

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB Band 2: Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft. Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft §§ 105-160

von

Prof. Dr. MichaelENZINGER, Prof. Dr. Joachim JICKELI, Dr. Gerd H. LANGHEIN, Prof. Dr. Hans-Joachim PRIESTER, Prof.
Dr. Peter RAWERT, Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten SCHMIDT

3. Auflage

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB Band 2: Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille
Gesellschaft. Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft §§ 105-160 – ENZINGER / JICKELI / LANGHEIN / et al.

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Handelsgesetzbuch](#)



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 61022 6

Inhaltsverzeichnis: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB Band 2: Zweites Buch.
Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft. Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft §§ 105-160 – ENZINGER
/ JICKELI / LANGHEIN / et al.

nisses.²⁵ Die Differenzierung zwischen den Mitverwaltungsrechten und den Vermögensrechten rührt daher, dass eine Abspaltung einzelner vermögensrechtlicher Ansprüche die Geltendmachung anderer Mitgliedschaftsrechte grundsätzlich nicht beeinträchtigt, während dies bei den Mitverwaltungsrechten nicht der Fall ist. § 717 Satz 1 BGB soll die funktionale Einheit aller mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechte in der Person des Gesellschafters in seinem, aber auch im Interesse der Mitgesellschafter erhalten.²⁶ Der Schutz der Mitgliedschaft vor Einflussnahmen Dritter ist nur eine Nebenwirkung.²⁷ Das Abspaltungsverbot gilt daher auch im Verhältnis der Gesellschafter untereinander und steht der Übertragung einzelner Mitverwaltungsrechte auf Mitgesellschafter entgegen, um Abhängigkeiten zwischen den Gesellschaftern untereinander auszuschließen. Umgekehrt hindert das Abspaltungsverbot nicht die schuldrechtliche Einräumung von Mitspracherechten an Nichtgesellschafter, zB besonderer Zustimmungs- oder Kontrollrechte.²⁸ Die Schranken für derartige Vereinbarungen ergeben sich aus den nicht positivierten Grundsätzen der Verbandssouveränität und der Selbstorganschaft. Das Abspaltungsverbot hängt nicht mit der grundsätzlichen Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft bei Personenhandelsgesellschaften zusammen, weil sich diese aus der Notwendigkeit eines persönlichen Vertrauensverhältnisses gründet und vertraglich die freie Übertragbarkeit festgelegt werden kann. Das Abspaltungsverbot hat zwingenden Charakter, sodass entgegenstehende Gesellschaftsvertragsbestimmungen oder Beschlüsse aus dem Gesichtspunkt der rechtlichen Unmöglichkeit heraus nichtig sind.²⁹

Die genaue **Reichweite des Abspaltungsverbots** ist strittig.³⁰ Wie weit es die Wirksamkeit von Stimmrechtsregelungen, insbes. unwiderrufliche Vollmachten (dazu § 119 Rd-Nr. 17 ff.) oder die Ermächtigung, Verwaltungsrechte im eigenen Namen auszuüben begrenzt, hängt von der ratio des Abspaltungsverbots ab. Aus dem Abspaltungsverbot folgt, dass der überlassende Gesellschafter hinsichtlich des überlassenen Rechts in jeder Hinsicht dispositionsbefugt bleibt. Unwiderrufliche Übertragungen sind daher jedenfalls unzulässig.³¹ Die geltungserhaltende Interpretation unzulässiger Vertragsgestaltungen ist grundsätzlich möglich.³² Es macht keinen Unterschied, ob die Mitverwaltungsrechte durch den Dritten im eigenen oder fremden Namen ausgeübt werden.³³ Die Einräumung von Mitverwaltungsrechten an Gesellschaftsfremde bedarf immer der Zustimmung der Mitgesellschafter.³⁴ Dies bezieht sich daher u. a. auf die Teilnahme Dritter an der Gesellschafterversammlung oder die Ausübung der Informationsrechte durch Dritte.³⁵ Bei Regelungen mit Treuhand-

13

²⁵ Staub/Ulmer RdNr. 26; Schlegelberger/Martens RdNr. 13; vgl. zu der unterschiedlich beurteilten ratio des Abspaltungsverbotes etwa Teichmann, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970 S. 191; H. P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, S. 382 ff.; ders., Gestaltungsfreiheit im Personengesellschaftsrecht in den Händen des BGH, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe der Wissenschaft Bd. II, S. 245, 254; Reuter, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 1973, S. 154; ders. ZGR 1978, 634.

²⁶ Schlegelberger/Martens RdNr. 14; Schön ZHR 158 (1994), 257; E/B/J/S/Mayen RdNr. 8.

²⁷ Abw.: BGHZ 36, 292, 294 ff.; Staub/Ulmer RdNr. 26.

²⁸ ZB BGH NJW 1960, 936 f.; zust. Hueck JZ 1960, 490; Düringer/Hachenburg § 115 Anm. 15; Staub/Ulmer RdNr. 27; Staudinger/Kießler § 709 RdNr. 10; aA Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Die Personengesellschaft, S. 235 ff.; Priester, FS Werner, 1984, S. 657, 664; Teichmann, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970, S. 218 ff.; Schlegelberger/Martens RdNr. 14.

²⁹ BGHZ 3, 354, 357 f.; BGHZ 13, 179, 192 ff.; BGHZ 20, 363, 364 f.; Soergel/Siebert/Hefermehl § 134 Rd-Nr. 2 ff.; Larenz BGB AT § 22 II; GroßkommHGB/Fischer RdNr. 18; Hadding, FS Steindorff, 1990, S. 31, 41 f.; H. P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaft, 1970, S. 394 ff.

³⁰ Übersicht bei Lockowandt, Stimmrechtsbeschränkungen im Recht der Personengesellschaften, Kernbereichslehre und Stimmrechtsausschluss, 1996, S. 235 ff.

³¹ BGHZ 3, 354 (357, zum Stimmrecht); BGHZ 26, 263, 265; BGHZ 36, 292 (295 zur Generalvollmacht); BGH LM § 105 Nr. 27; A. Hueck, Das Recht der OHG, § 11 II a; Teichmann, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970, S. 225.

³² BGHZ 20, 363; zust. Comes DB 1974, 2240; aA: MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer § 717 RdNr. 9; Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Die Personengesellschaft, S. 221.

³³ E/B/J/S/Mayen RdNr. 9; Staub/Ulmer RdNr. 28; vgl. H. P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, S. 398 ff.

³⁴ Schlegelberger/Martens RdNr. 15; Staub/Ulmer RdNr. 28; unzut. BGH NJW 1960, 963.

³⁵ ÖOGH SZ 52/134.

§ 109 14–16

2. Buch. 1. Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft

Charakter, beim Nießbrauch und der Testamentsvollstreckung ist zu beachten, dass sie die gesamte Mitgliedschaft erfassen, sodass der Treuhänder, Nießbraucher oder Testamentsvollstrecker mit quasi dinglicher Wirkung an der Gesellschaft beteiligt ist, und dass der Treuhänder, Nießbraucher oder Testamentsvollstrecker der Gesellschaft nicht wie ein außenstehender Dritter gegenübersteht (zum Nießbrauch und zur Treuhand vgl. Vor § 230).³⁶ Die Vereinbarung einer „Vertreterklausel“ (dazu § 119 RdNr. 52) stellt keinen Verstoß gegen das Abspaltungsverbot dar.³⁷

14 cc) Vertragsbeendigungsfreiheit (§ 133 Abs. 3; § 723 Abs. 3 BGB). Gemäß § 723 Abs. 3 BGB, § 133 Abs. 3 sind Vereinbarungen nichtig, durch welche das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder den gesetzlichen Vorschriften zuwider beschränkt wird. Diese vorsorgliche Beschränkung der Privatautonomie dient gleichzeitig der Absicherung der künftigen Vertragsabschlussfreiheit und daher wiederum der Privatautonomie. Zu den Einzelheiten der Kündigung aus wichtigem Grund s. die Kommentierung bei § 133; zur Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen über das Kündigungsrecht s. § 132 und § 134. Der Grundsatz der Vertragsbeendigungsfreiheit ist auch im Fall einer mehrheitlich beschlossenen Verlängerung³⁸ oder einer Option zur Umwandlung der Gesellschafterstellung in eine Kommanditbeteiligung nach erfolgter Kündigung der Gesellschaft³⁹ zu beachten.

15 dd) Verbandssouveränität. Die Verbandsverfassung beruht auf dem Gesellschaftsvertrag. Die Disposition hierüber steht nach einhelliger Ansicht ausschließlich den Gesellschaftern zu.⁴⁰ Dieser Grundsatz gilt für Personengesellschaften ebenso wie für Kapitalgesellschaften.⁴¹ Die ratio dieser Beschränkung der Privatautonomie liegt in der Absicherung der **Autonomie der Verbandsmitglieder**, die bei der OHG wegen der persönlichen Haftung schon grundsätzlich keiner Fremdbestimmung zugänglich ist.⁴² Damit sollen die Gesellschafter vor Selbstentmündigung in Angelegenheiten, die die Grundlagen der Gesellschaft betreffen, geschützt werden.⁴³

16 Auch wenn der Gesetzgeber dies nicht ausdrücklich festgehalten hat, steht die Änderung des Gesellschaftsvertrages bei der OHG nach einhelliger Auffassung ausschließlich den Gesellschaftern zu. Entscheidungsrechte oder Zustimmungsvorbehalte Dritter können daher nicht rechtswirksam begründet werden bzw. lassen die Alleinzuständigkeit der Gesellschafter unberührt.⁴⁴ Dies bezieht sich bei Grundlagengeschäften auch auf gesellschaftsvertraglich eingesetzte Gesellschaftsorgane, sodass etwa ein Beirat, der nicht ausschließlich aus Gesellschaftern zusammengesetzt ist, keine Gesellschaftsvertragsänderungen beschließen

³⁶ BGHZ 108, 187, 199; BGHZ 58, 316, 318; BGH LM Nr. 12; Ulmer, FS Fleck, 1988, S. 383 ff.; Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Die Personengesellschaft, § 17 VI, S. 359 ff.; Staub/Ulmer RdNr. 29; Fleck, FS Fischer, 1978, S. 107 ff.; Schlegelberger/Martens RdNr. 15; E/B/J/S/Mayen RdNr. 12; Schön ZHR 158 (1994) 229.

³⁷ Lockowandt, Stimmrechtsbeschränkungen im Recht der Personengesellschaften, Kernbereichslehre und Stimmrechtsausschluss, 1996, S. 249, Fn. 691.

³⁸ BGH NJW 1973, 1602.

³⁹ BGH WM 1983, 170.

⁴⁰ Teichmann, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970, S. 189 ff., 217 ff.; Wiedemann, FS Schilling, 1973, S. 105, 111 ff.; ders., GesR I, § 7 II 1, S. 371; Voormann, Die Stellung des Beirats im Gesellschaftsrecht, 1981, 128, 123 ff.; Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. I/1, Die Personengesellschaft, § 14 VII, S. 237 ff.; K. Schmidt GesR § 5 I 3, S. 66 f.; Teubner ZGR 1986, 565, 567 f.; Staub/Ulmer RdNr. 31; Mertens, FS W. Stimpel, 1985, S. 417, 420; Priester, FS W. Werner, 1984, S. 657, 663 f.; U. H. Schneider ZGR 1975, 253, 269; Straube/U. Torggler/H. Torggler RdNr. 4 a.

⁴¹ Für die AG: KG JW 1930, 1412; KK/Zöllner § 179 RdNr. 45; für die GmbH: RGZ 169, 65, 80 ff.; KG OLGE 42, 225 und OLGE 44, 237; Hachenburg/Ulmer § 53 RdNr. 76.

⁴² BGHZ 33, 105, 109 = NJW 1960, 1997; Teichmann, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970, S. 217 f., 225; Wiedemann, FS Schilling, 1973, S. 114; Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Die Personengesellschaft, I/1, § 14 VII, S. 239 f.; K. Schmidt GesR § 5 I 3, S. 66.

⁴³ Staub/Ulmer RdNr. 31.

⁴⁴ BGHZ 33, 105, 107 = NJW 1960, 1997; Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. I/1, Die Personengesellschaft, § 14 VII, S. 239 f.; Wiedemann, FS Schilling, 1973, S. 111; Voormann, Die Stellung des Beirats im Gesellschaftsrecht, 1981, S. 132.

kann.⁴⁵ Das Inkrafttreten des UmwG (v. 28. 10. 1994, BGBl. I S. 3210) hat diese Grundsätze bestätigt. Einzelheiten dazu s. § 119 RdNr. 90.

Ob der Grundsatz der Verbandssouveränität auch Vereinbarungen entgegensteht, mit denen sich ein Gesellschafter direkt gegenüber einem Dritten bindet, ist differenziert zu beurteilen. Derartige häufig als **Syndikate** bezeichnete Vereinbarungen entfalten nur im Verhältnis der jeweiligen Vertragsparteien untereinander Rechtswirkungen und besitzen daher keinen sozietären, sondern nur **schuldrechtlichen Charakter** (vgl. dazu § 119 RdNr. 35). Formal gesehen verstoßen sie daher nicht gegen die Verbandssouveränität, weil die Durchsetzung der aus ihnen abgeleiteten Pflichten nur inter partes erfolgt, also die Nichterfüllung zwar vertragswidrig ist, aber am gesellschaftsrechtlichen status quo nichts ändert. Werden derartige Vereinbarungen im Wege des § 894 ZPO vollstreckt, kann sich allerdings eine indirekte Einflussnahme außenstehender Dritter auf die Verfassung der Gesellschaft ergeben. Daher sind derartige schuldrechtliche Vereinbarungen – als Selbstschutzmaßnahme zugunsten des einzelnen Gesellschafters – nur ausnahmsweise wirksam, wenn sie im Einzelfall sachlich gerechtfertigt sind (zB Mitspracherechte Dritter bei einer Unternehmenssanierung).⁴⁶

Die Einräumung von Mitspracherechten an Dritte ist auch dann grundsätzlich unzulässig, wenn es sich nicht um Grundlagenentscheidungen handelt.⁴⁷ Zulässig sind allerdings Regelungen, mit denen einem Dritten das Stimmrecht zusätzlich eingeräumt wird⁴⁸ oder solche, die mit dem Zweck der Verbandsautonomie nicht kollidieren und einem gemeinsamen Bedürfnis der Gesellschafter entsprechen. Dies ist etwa beim Kontrollrecht der Fall.⁴⁹ Wegen der Letztentscheidungsbefugnis der Gesellschafter ist die Entziehung derartiger Mitverwaltungsrechte aus wichtigem Grund jederzeit möglich.⁵⁰ Gegen die Zulässigkeit von Beiratslösungen mit Beteiligung Dritter bestehen daher außerhalb der Grundlagengeschäfte keine Bedenken (zum Beirat im Einzelnen § 119 RdNr. 55). Dritte unterliegen in diesen Fällen der gesellschaftlicher Treuepflicht und der Bindung an den Gesellschaftszweck.⁵¹

ee) Selbstorganschaft. Die organschaftliche **Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis** ist bei Personenhandelsgesellschaften den persönlich haftenden Gesellschaftern vorbehalten (für abwickelnde Gesellschaften vgl. aber § 146).⁵² Dadurch wird den besonderen Haftungsverhältnissen Rechnung getragen. Der Grundsatz der Selbstorganschaft dient daher dem Selbstschutz der Gesellschafter wegen des unbeschränkten Haftungsrisikos.⁵³ Auch der Verkehr ist reflexartig geschützt, weil die Selbstorganschaft eine gewisse Sicherheit dafür bietet, dass Geschäftsführungshandlungen aus eigenem Interesse auf ihr Risiko abgewogen und nicht leichtsinnig getroffen werden.⁵⁴ Der Grundsatz der Selbstorganschaft ist in jüngerer Zeit in Diskussion gezogen worden (näher § 114 RdNr. 23 ff., § 125 RdNr. 5 ff.).

ff) Gleichbehandlungsgrundsatz. Der Grundsatz der Gleichbehandlung gilt nach einhelliger Auffassung auch im Recht der Personengesellschaften,⁵⁵ selbst wenn hier eine

⁴⁵ Staub/Ulmer RdNr. 32.

⁴⁶ Schlegelberger/Martens RdNr. 10; Priester, FS Werner, 1984, S. 657, 675 für Stimmbindungsvereinbarungen.

⁴⁷ Priester, FS W. Werner, 1984, S. 657, 675; Schlegelberger/Martens RdNr. 11.

⁴⁸ BGH LM Nr. 6.

⁴⁹ Staub/Ulmer RdNr. 33.

⁵⁰ AA für die GmbH: Fleck GmbH 1970, 221, 223; dagegen Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. I/2, § 9 II, S. 327; Teubner ZGR 1986, 565, 568; Ulmer, FS W. Werner, 1984, S. 911, 921; BGH WM 1984, 29; für die jederzeitige Entzugsbefugnis der Gesellschafter: Schlegelberger/Martens RdNr. 11.

⁵¹ Schlegelberger/Martens RdNr. 12.

⁵² Baumbach/Hopt § 146 RdNr. 4; Koller/Roth/Morck § 146 RdNr. 3.

⁵³ Hüffer ZHR 151 (1987) 396; Schlegelberger/Martens RdNr. 5; Staub/Ulmer RdNr. 34; Wiedemann, GesR I, § 6 IV 1 a, S. 343 f.; ders., FS Schilling, 1973, S. 109 f.; H. P. Westermann, Die grundsätzliche Bedeutung des Grundsatzes der Selbstorganschaft im Personengesellschaftsrecht, FS Lutter, 2002, S. 955 ff.; BGHZ 33, 105, 109 = NJW 1960, 1997; zweifelnd K. Schmidt GesR § 14 II 2 e, S. 310 f.

⁵⁴ So insb. K. Schmidt GesR § 14 II 2 a, der allerdings die Übertragung der Organstellung auf einen Dritten im Wege der einstweiligen Verfügung für die Dauer des Prozesses über die Ausschließung des einzigen geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten Gesellschafters einer OHG als zulässig erachtet.

⁵⁵ BVerfGE 14, 263, 285; RGZ 38, 14, 15 f.; 49, 195, 198; 52, 287, 293 f.; 80, 80, 85; 112, 14, 18 f.; 113, 152, 156; 120, 363, 371 f.; BGHZ 20, 363, 369; 116, 359, 373; A. Hueck, Das Recht der OHG, § 9 III

ausdrückliche positiv rechtliche Grundlage fehlt.⁵⁶ Er kommt in einer Reihe von Bestimmungen zum Ausdruck (§§ 706 Abs. 1, 709 Abs. 1, 722 Abs. 1, 734 Abs. 1 BGB; §§ 114 Abs. 1, 119 Abs. 1, 121 Abs. 3, 122, 125 Abs. 1). Über den Geltungsgrund im Allgemeinen und bei der OHG im speziellen bestehen verschiedene Ansichten. Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird teilweise aus der gesellschaftlichen Treuepflicht⁵⁷ oder aus dem Bestand eines Gemeinschaftsverhältnisses abgeleitet,⁵⁸ fallweise aus der Übertragung von Verteilungsmacht⁵⁹ oder aus dem Willen der Beteiligten.⁶⁰ Manche halten ihn für Gewohnheitsrecht.⁶¹ Da sich aus den verschiedenen Begründungsansätzen keine unmittelbaren Rechtsfolgen ableiten lassen, kann die Frage auf sich beruhen.⁶² Der Gleichbehandlungsgrundsatz stellt kein subjektives Recht dar, sondern ist Bestandteil und Inhalt der Mitgliedschaft.⁶³ Der Gleichbehandlungsgrundsatz steht der **ungleichen Festlegung der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten** im Gesellschaftsvertrag (ggf. auch nachträglich im Wege einer Gesellschaftsvertragsänderung) nicht entgegen.⁶⁴ Jeder Gesellschafter kann (auch im Anlassfall) auf die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verzichten.

- 21 Der Gleichheitsgrundsatz hat erhebliche Bedeutung bei der Einforderung rückständiger Einlagen oder Beiträge, bei der Gewinnverteilung und dem Entnahmerecht weiters bei der Beurteilung verdeckter Gewinnausschüttungen⁶⁵ und der Änderung der Kapitalanteile⁶⁶ sowie bei der nachträglichen Einräumung von Mehrstimmrechten oder der Fassung von **Mehrheitsbeschlüssen** (s. § 119 RdNr. 83 ff.).

- 22 **gg) Treupflicht.** Die Treupflicht ist in Lehre und Rechtsprechung als allgemeines Prinzip des Verbandsrechts anerkannt, das die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander und zur Gesellschaft bestimmt. Inhalt und Reichweite der gesellschaftlichen Treupflicht werden, soweit es die Vertragsgrundlagen der Gesellschaft betrifft, bei § 105

(S. 112); K. Schmidt GesR § 47 I 2 (S. 370); G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958, S. 35 ff., 225 ff., 333 ff.; Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 301 ff.; Staub/Ulmer § 105 RdNr. 252 ff.; Straube/U. Torggler/H. Torggler RdNr. 10; Lockowandt, Stimmrechtsbeschränkungen im Recht der Personengesellschaften, Kernbereichslehre und Stimmrechtsausschluß, 1996, S. 94 ff.; F. Bydliński, Der Gleichheitsgrundsatz im österr. Privatrecht, Gutachten zum 1. ÖJT (1961), 20 ff., 56 ff.; öOGH SZ 52/158.

⁵⁶ Vgl. aber § 69 II. 6 ALR, wo Mehrheitsentscheidungen als unzulässig erklärt werden, mit denen nicht „allen sondern nur einem oder etlichen Mitgliedern neue Lasten und Verbindlichkeiten auferlegt werden sollen“.

⁵⁷ Ritter JW 1934, 325.

⁵⁸ A. Hueck, Das Recht der OHG, § 9 III (S. 111); G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958, S. 151 ff.; Wüst, Die Interessengemeinschaft, 1958, S. 60.

⁵⁹ L. Raiser ZHR 111 (1948), 75 ff., 90 ff., 94; Müller-Erzbach, Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, 1948, S. 68 ff.

⁶⁰ Cohn AcP 132 (1930), 154 ff.

⁶¹ Schlegelberger/Martens RdNr. 127.

⁶² KK/Lutter/Zöllner § 53 a AktG RdNr. 4.

⁶³ RG JW 1938, 1329; Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 110; G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958, S. 88 f.; Bodenheimer, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, 1932, S. 30 ff.

⁶⁴ BGHZ 16, 59, 70; BGH WM 1965, 1284, 1286; BGH WM 2002, 957; Heymann/Emmerich RdNr. 14; Schlegelberger/Martens RdNr. 29; Straube/U. Torggler/H. Torggler RdNr. 10, auch im Wege eines Mehrheitsbeschlusses, wenn der Mehrheit dieses Recht im Vertrag ausdrücklich eingeräumt wird; U. Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gewinnanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 1970, S. 42; auch durch Gesellschafterbeschluss; vgl. auch die zentrale Bestimmung im Vereinsrecht: § 35 BGB, wonach Sonderrechte eines Mitglieds ohne dessen Zustimmung durch Mehrheitsbeschluss nicht beeinträchtigt werden können; zu den Grenzen: RGZ 151, 227; A. Hueck, FS Heymann, Bd. II, 1965, S. 711; zum „Gesellschafter minderen Rechts“: Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. I/2, Die Personengesellschaft, § 10 III, § 12 III; Partikel, Gesellschafter minderen Rechts im Recht der Personenhandelsgesellschaften, 1993, S. 1 ff.; K. Schmidt GesR § 16 II 4 b cc; unzut. E/B/J/S/Mayen RdNr. 27, die für eine unterschiedliche Festlegung von Gesellschafterrechten im Vertrag eine sachliche Rechtfertigung verlangen; abl. zum Gesellschafter minderen Rechts: BGH NJW 1981, 2565, 2566 f.; differenzierend: U. Huber ZGR 1980, 191 ff.

⁶⁵ Dazu Bitter ZHR 168 (2004), 321 ff.

⁶⁶ Nachweise bei E/B/J/S/Mayen RdNr. 28.

und, soweit es die Ausübung der Gesellschafterrechte, namentlich des Stimmrechts betrifft, bei § 119 erörtert.

hh) Kernbereich der Mitgliedschaft. Der Gesetzgeber hat die sozietären Grundrechte nur punktuell geregelt. Es gibt über diese Bestimmungen hinausgehend einen weiteren Kreis sozietärer Rechte, die mit einem erhöhten Bestandsschutz gegenüber der Regelungsbefugnis der Gesellschafter ausgestattet sind. Dieser wird im Schrifttum meist als Kernbereich bezeichnet. Diese Schranke soll einen gewissen **Mindeststandard an Gesellschafterrechten** gewährleisten. Die Kernbereichsrechte können durch den Gesellschaftsvertrag nicht beschränkt werden. Die wesentliche Funktion der Kernbereichsrechte entfaltet sich bei den Mehrheitsbeschlüssen (zu Einzelheiten der Kernbereichslehre vgl. § 119 RdNr. 64).

ii) Bestimmtheitsgrundsatz. Die Reichweite gesellschaftsvertraglicher Mehrheitsklauseln richtet sich nach überwiegender Auffassung nach der Lehre vom Bestimmtheitsgrundsatz. Dieser wird zwar als Instrument des Minderheitenschutzes begriffen, hat aber mit den Grenzen der privatautonomen Gestaltungsbefugnis nichts zu tun (zu Einzelheiten s. § 119 RdNr. 78).

jj) actio pro socio. Ebenso wie das Kontrollrecht stellt die Klagebefugnis der Gesellschafter zur Verfolgung sozietärer Ansprüche gegen Mitgesellschafter eine notwendige Voraussetzung zur Sicherung der Individualmitgliedschaftsrechte dar.⁶⁷ Das Recht zur Erhebung der actio pro socio kann daher durch den Gesellschaftsvertrag grundsätzlich nicht beschränkt und nur hinsichtlich der Modalitäten der Ausübung modifiziert werden. Zu den Einzelheiten vgl. § 105 RdNr. 197 ff.

kk) Umwandlungsgesetz. Durch das Gesetz vom 28. 10. 1994 (BGBl. I S. 3210; berichtet am 22. 3. 1995 durch BGBl. I S. 428) wurde das Umwandlungsrecht neu gestaltet. Gem. § 1 Abs. 3 Satz 1 UmwG kann von den Bestimmungen des Gesetzes nur abgewichen werden, wenn dies ausdrücklich zugelassen ist. Da das UmwG auch Umwandlungen von Personenhandelsgesellschaften erfasst, sind der Regelungsbefugnis der Gesellschafter iS des § 109 insofern Schranken gesetzt. Einzelheiten s. § 119 RdNr. 90.

II. Das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander (Überblick)

1. Die Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis. Alle Rechte und Pflichten der Gesellschafter untereinander und zur Gesellschaft⁶⁸ beruhen auf dem Gesellschaftsvertrag und dem Gesetz. Die Gesamtheit dieser Rechte und Pflichten bestimmt das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander. Dieses basiert nicht auf bloß schuldrechtlicher sondern verbandsrechtlicher Grundlage. Die Mitgliedschaft ist eine **sozietäre Sonderrechtsbeziehung** und ist zugleich ein subjektives Recht (dazu im Einzelnen § 105 RdNr. 169 ff.).⁶⁹ Der Gesellschaftsvertrag schafft in Verbindung mit den gesetzlichen Grundlagen eine rechtliche Rahmenordnung. Das Rechtsverhältnis ist daher anders als bei den Austauschverträgen nicht von vornherein in allen rechtlichen Einzelheiten exakt festgelegt.⁷⁰ Der Inhalt der Mitgliedschaft wird wesentlich durch die gesellschafterliche Treupflicht (dazu § 105 RdNr. 171, 188 ff.) und den Gleichbehandlungsgrundsatz (RdNr. 20 f. und § 119 RdNr. 85) bestimmt. Die Einheitlichkeit der Mitgliedschaft wird zu den das Binnenrecht der Personengesellschaften charakterisierenden Grundsätzen gerechnet. Die höchstrichterliche Rechtsfortbildung insbes. zur Parteifähigkeit der AußenGbR⁷¹ hat der Diskussion, ob bei

⁶⁷ BGH NJW 1985, 2830; Lutter AcP 180 (1980) 132 ff., 151; Hadding, Actio pro socio, 1966; U. Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gewinnanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 1970, S. 21 ff.; Nitschke ZHR 128 (1965), 48 f.; Martens, Mehrheits- und Konzernherrschaft in der personalistischen GmbH, 1970, S. 78 ff.; Wiedemann, WM-Sonderbeil. 4/1975, 39 f.; Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. I/2, Die Personengesellschaft, S. 139 ff.

⁶⁸ Dazu K. Schmidt GesR § 19 III 1 a.

⁶⁹ Baumbach/Hopt RdNr. 1; Lutter AcP 180 (1980), 84.

⁷⁰ Fischer, FS Barz, 1974, S. 196.

⁷¹ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 bestätigt durch BGH NJW 2002, 1207 und BGH ZIP 2002, 1763.

§ 109 28–32

2. Buch, 1. Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft

Personengesellschaften eine mehrfache Mitgliedschaft in einer Hand qua Privatautonomie geschaffen werden kann bzw. gesetzlich zulässig ist, neuen Auftrieb gegeben. Dazu eingehend § 105 RdNr. 75 ff.

- 28 2. Die Rechte und Pflichten der Gesellschafter.** Zu den allgemeinen Pflichten der Gesellschafter zählt die Treupflicht (zur dogmatischen Grundlage, zum Umfang und Inhalt s. § 105 RdNr. 188 ff.). Daneben besteht die Beitragspflicht (§ 706 BGB), die sich nicht in der Leistung der Einlagen erschöpft (dazu im Einzelnen § 105 RdNr. 177 ff.). Zu den besonderen Gesellschafterpflichten zählt die Verpflichtung zur Geschäftsführung (§§ 114 ff.) und zur Einhaltung des Wettbewerbsverbots (§§ 112 f.).
- 29** Die Rechte der Gesellschafter sind in Mitverwaltungsrechte und Vermögensrechte zu unterscheiden, die einer unterschiedlichen rechtlichen Behandlung unterliegen (§ 717 Satz 1 BGB; dazu RdNr. 12). Zu den Mitverwaltungsrechten zählen: Geschäftsführungsbefugnis (§§ 114 ff.), Stimmrecht (§ 119 RdNr. 12), Kontrollrecht samt Auskunftsanspruch (§ 118). Zu den Vermögensrechten zählen: Gewinnanspruch (§ 121), Entnahmerecht (§ 122), Anspruch auf Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens (§§ 738 ff. BGB, § 140 Abs. 2, § 142 Abs. 3, § 155), Aufwandsersatzanspruch (§ 110).
- 30 3. Schutz der Mitgliedschaft.** Als Schutzrechte zur Abwehr rechtswidriger Angriffe auf die Mitgliedschaft kommen einerseits Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüche sowie andererseits verbandsrechtliche Gestaltungsklagen in Betracht. Der Gesellschafter genießt Schutz gegen Eingriffe von außenstehenden Dritten nach § 823 Abs. 1 BGB (dazu § 105 RdNr. 172) und gegen Eingriffe von Mitgesellschaftern bei schuldhaften Pflichtverletzungen.⁷² Weiters kommen Ansprüche auf Feststellung des Bestehens und des Umfangs der Mitgliedschaftsrechte in Betracht.
- 31** Rechtsstreitigkeiten über das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander sind ungeachtet der in § 124 festgelegten Parteifähigkeit zwischen den Gesellschaftern auszutragen.⁷³ Die Bestimmung der Prozessparteien richtet sich nach dem strittigen Rechtsverhältnis. Innenprozesse sind daher zwischen den Gesellschaftern untereinander auszutragen,⁷⁴ wobei mehrere auf der Kläger- oder Beklagtenseite Beteiligte keine notwendigen Streitgenossen sind.⁷⁵ Hingegen sind Klagen zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen die Gesellschaft zur Durchsetzung vermögensrechtlicher Ansprüche (zB Entnahme, Aufwandsersatz, Auseinandersetzungsguthaben) oder von Mitverwaltungsrechten (zB Kontrollrecht, Übermittlung des Jahresabschlusses) grundsätzlich gegen die Gesellschaft zu richten.⁷⁶ Jeder Gesellschafter kann mit der *actio pro socio* Ansprüche der Gesellschaft gegen Mitgesellschafter auch im eigenen Namen geltend machen. Zur dogmatischen Grundlage, prozessualen Behandlung und zum Verhältnis zur Klage der Gesellschaft s. § 105 RdNr. 197 ff. sowie oben RdNr. 25.

III. Österreichisches Recht⁷⁷

- 32 § 108 UGB (ex § 109 HGB) lautet: Gestaltungsfreiheit**

Das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrag; die Vorschriften der §§ 109 bis 122 finden nur insoweit Anwendung, als nicht durch den Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist.

⁷² Str.: Baumbach/Hopt RdNr. 1; Lutter AcP 180 (1980), 84.

⁷³ Grunewald, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990; Habersack, Die Mitgliedschaft, Rechtsverhältnis und „sonstiges Recht“, 1996; Herrmann, Gesellschafterklagen auf Unterlassen in der OHG und KG, Jura 1998, 511; Lutter AcP 180 (1980), 84; Raiser ZHR 153 (1989), 1; Oberhammer, Die OHG im Prozess, 1998.

⁷⁴ BGH WM 1990, 309.

⁷⁵ BGHZ 30, 195, 197; BGH WM 1999, 79.

⁷⁶ Dazu Brandes WM 2000, 385, 388.

⁷⁷ UGB 2005; dazu § 105 RdNr. 276 ff.

§ 110 [Ersatz für Aufwendungen und Verluste]

(1) **Macht der Gesellschafter in den Gesellschaftsangelegenheiten Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, oder erleidet er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, Verluste, so ist ihm die Gesellschaft zum Ersatze verpflichtet.**

(2) **Aufgewendetes Geld hat die Gesellschaft von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen.**

Schrifttum: *Bastuck*, Enthaftung des Managements, 1986; *Fitz*, Risikozurechnung bei Tätigkeit im fremden Interesse, 1985; *Genius*, Risikohaftung des Geschäftsherrn, AcP 173 (1973) 481; *Hadding*, Zum Rückgriff des ausgeschiedenen haftenden Gesellschafters einer oHG oder KG, FS Stimpel, 1985, S. 139; *Köhler*, Arbeitsleistungen als Aufwendungen, JZ 1985, 359; *Kubis*, Der Regreß des Personenhandelsgesellschafters aus materiellrechtlicher und verfahrensrechtlicher Sicht, 1988; *K. Schmidt*, Haftungsregreß bei Personengesellschaften, BGH, NJW-RR 2002, 455, JuS 2003, 228; *Walter*, Der Gesellschafter als Gläubiger seiner Gesellschaft, JuS 1982, 81.

Übersicht

	RdNr.		RdNr.
I. Überblick	1–5	b) Wahrnehmung von Gesellschafterrechten	14, 15
1. Normzweck und Anwendungsbereich	1	3. „Für erforderlich halten darf“	16
2. Entstehungsgeschichte	2	IV. Der Anspruch auf Ersatz von Verlusten	17–23
3. Abgrenzung zu anderen Regelungen	3, 4	1. Verlust	17
4. Anwendung auf andere Gesellschaftsformen	5	2. Zusammenhang mit der Geschäftsführung	18, 19
II. Anspruchsberechtigte und -verpflichtete	6–10	a) Allgemeines	18
1. Die anspruchsberechtigten Personen	6–8	b) Einzelfälle	19
a) Die Gesellschafter	6, 7	3. Verschulden der Gesellschaft und Verschulden des Gesellschafters	20
b) Dritte	8	4. Freiheits- und Geldstrafen, Geldbußen	21–23
2. Anspruchsverpflichtete	9	V. Zinspflicht (§ 110 Abs. 2)	24, 25
3. Die Haftung der Mitgesellschafter	10	VI. Freistellung und Vorschuss	26, 27
III. Der Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen	11–16	1. Freistellungsanspruch	26
1. Aufwendungen	11, 12	2. Vorschuss	27
a) Allgemein	11	VII. Abweichende Bestimmungen ..	28
b) Dienstleistungen	12	VIII. Die Rechtslage in Österreich ..	29
2. Tätigkeit in Gesellschaftsangelegenheiten	13–15		
a) Voraussetzungen	13		

I. Überblick

1. Normzweck und Anwendungsbereich. Nach §§ 105 Abs. 3, 713 BGB bestimmen sich die Rechte und Verpflichtungen geschäftsführender Gesellschafter grundsätzlich nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664 bis 670 BGB. Diese eher lockeren Regelungen eignen sich nur bedingt für die Personengesellschaft.¹ § 110 modifiziert und erweitert die allgemeinen Regeln daher in mehrfacher Hinsicht: Auf die Geschäftsführung iSd. § 114 kommt es nicht an, für den Maßstab der erforderlichen Aufwendungen wird auf subjektive Umstände abgestellt, auch unfreiwillige Vermögensverluste sind zu ersetzen ohne Rücksicht auf Verschulden, und Geld ist vom Zeitpunkt der Aufwendung an zu verzinsen (§ 110 Abs. 2). § 110 ist demnach eine für alle Gesellschafter in gleicher

¹ So jedenfalls die Auffassung des historischen Gesetzgebers. Nach heutigem Verständnis der Risikozurechnung und insbesondere des § 670 BGB ist der eigentliche Anlass des § 110 entfallen, vgl. E/B/J/S/Goette RdNr. 1; Staub/Schäfer RdNr. 1.

§ 110 2–6

2. Buch, 1. Abschnitt, Offene Handelsgesellschaft

Weise anwendbare **Ausgleichsregelung für freiwillige und unfreiwillige Vermögenssonderopfer**, die sie in Wahrnehmung der gemeinsamen Gesellschaftsangelegenheiten (dh. nicht ihrer eigenen Gesellschafterrechte) erlitten haben.² Andererseits begründet § 110 keinen Anspruch auf Vergütung für Geschäftsführung oder Schadensersatz.³

- 2 **2. Entstehungsgeschichte.** Die Bestimmung ist mit einer sachlich unerheblichen Fassungsänderung aus Art. 93 Abs. 2 S. 1 und 2 ADHGB übernommen; ihr Grundgedanke war die Berufung auf Billigkeit im Rahmen einer engen Arbeits- und Haftungsgemeinschaft sowie die Schaffung eines gegenüber dem bürgerlichen Recht eigenständigen Ersatzanspruchs.⁴ Der Kern dieses Anlasses ist heute infolge des gewandelten Verständnisses des § 670 BGB im Wesentlichen entfallen.⁵ Umgekehrt wird § 110 jetzt überwiegend als Ausprägung eines allgemeinen Prinzips der Risikozurechnung verstanden.⁶
- 3 **3. Abgrenzung zu anderen Regelungen.** § 110 ist grundsätzlich **keine Anspruchsgrundlage** für die Vergütung der Geschäftsführer oder sonstiger Dienstleistungen einzelner Gesellschafter.⁷ Zu deren Grundlagen und Umfang vgl. § 114 RdNr. 77 ff.
- 4 **Gegenüber § 670 BGB** ist § 110 **lex specialis**, soweit es um Aufwendungsersatz und Verlust geht.⁸ Über §§ 105 Abs. 3, 713 BGB gelten die **allgemeinen auftragsrechtlichen Vorschriften**, und zwar auch für nicht geschäftsführende Gesellschafter,⁹ sofern nicht die gesellschaftsvertragliche Grundlagen, Rechte und Pflichten entgegenstehen.¹⁰ Zum Vor-schuss vgl. RdNr. 27. Zu § 426 BGB vgl. BGH DB 2002, 318, 319 sowie K. Schmidt JuS 2003, 228. Zur **cessio legis** neben § 110 vgl. § 128 RdNr. 31.
- 5 **4. Anwendung auf andere Gesellschaftsformen.** Über § 161 Abs. 2 gilt § 110 auch für die **KG**. Da es im Rahmen des § 110 nicht auf Geschäftsführung iSd. §§ 114, 164 ankommt,¹¹ hat die Norm gerade für den Kommanditisten besondere Bedeutung. Entsprechendes gilt für die **EWiV** und deren nicht geschäftsführende Gesellschafter (§ 1 EWiV-AG). Für die **Partnerschaftsgesellschaft** ordnet § 6 Abs. 3 S. 2 PartGG die entsprechende Anwendung des § 110 an, soweit der Partnerschaftsvertrag keine Bestimmungen enthält. Auf die **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** ist § 110 grundsätzlich nicht anzuwenden.¹² Haben die Gesellschafter jedoch vereinbart, eine Eintragung im Handelsregister herbeizuführen (§ 105 Abs. 2), oder ist die Gesellschaft Unternehmensträgerin, kommt eine Analogie in Betracht (vgl. § 105 RdNr. 275).

II. Anspruchsberechtigte und -verpflichtete

- 6 **1. Die anspruchsberechtigten Personen. a) Die Gesellschafter.** Die Verpflichtung der Gesellschaft zum Ersatz von Aufwendungen und Verlusten besteht gegenüber **jedem Gesellschafter**, der Aufwendungen macht oder Verluste erlitten hat. Auch von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter und insbes. Kommanditisten sind hinsichtlich beider in Absatz 1 geregelten Tatbestände mögliche Berechtigte.¹³ Zwar legt der Wortlaut

² Schlegelberger/Martens RdNr. 1; E/B/J/S/Goette RdNr. 2.

³ Baumbach/Hopt RdNr. 1; Schlegelberger/Martens RdNr. 3; Staub/Schäfer RdNr. 3, 4.

⁴ Vgl. Denkschrift zum HGB S. 83; Düringer/Hachenburg/Flechtheim Anm. 1; E/B/J/S/Goette RdNr. 1; Genius AcP 173 (1973) 506 ff., 520; wN bei Fitz Risikozurechnung S. 139 f.

⁵ E/B/J/S/Goette RdNr. 1; Staub/Schäfer RdNr. 1.

⁶ Baumbach/Hopt RdNr. 1; E/B/J/S/Goette RdNr. 1; Röhrich/v. Westphalen/v. Gerkan/Haas RdNr. 1; Schlegelberger/Martens RdNr. 2; Staub/Schäfer RdNr. 1.

⁷ Baumbach/Hopt RdNr. 19; Staub/Schäfer RdNr. 3; Schlegelberger/Martens RdNr. 1.

⁸ AllgM, E/B/J/S/Goette RdNr. 39; Röhrich/v. Westphalen/v. Gerkan/Haas RdNr. 17; Staub/Schäfer RdNr. 33.

⁹ E/B/J/S/Goette RdNr. 39; Staub/Schäfer RdNr. 34; Röhrich/v. Westphalen/v. Gerkan/Haas RdNr. 18.

¹⁰ Etwa hinsichtlich der Geschäftsführungsbefugnis, näher Staub/Schäfer RdNr. 33.

¹¹ S. RdNr. 6, hM.

¹² Vgl. § 105 RdNr. 275; Karsten Schmidt GesR § 58 V 2.

¹³ Zum atypisch stillen Gesellschafter bzw. Kommanditisten vgl. BGH DB 2002, 318; Baumbach/Hopt RdNr. 2; Röhrich/v. Westphalen/v. Gerkan/Haas RdNr. 2; Staub/Schäfer RdNr. 6, 18, 23; Genius AcP 173 (1973), 506; Oetker/Weitemeyer RdNr. 4.