

Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft

4. Auflage 2019
ISBN 978-3-406-67703-8
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

II. Schranken der Vertragsfreiheit

Die geschilderte Inhaltsfreiheit ist **allerdings nicht schrankenlos**. Wie bei jedem ⁴ Rechtsgeschäft sind die Grenzen von §§ 134, 138 Abs. 1, 2 BGB einzuhalten (→ § 161 Rn. 28 ff.). Im Recht der Personengesellschaften treten weitere Schranken hinzu, nämlich die Kernbereichslehre (unverzichtbare Gesellschafterrechte), der Grundsatz der Selbstorganschaft, das Abspaltungsverbot und der Grundsatz der Verbandssouveränität. Hierbei handelt es sich um nichts weiter, als um eine konkrete Ausformulierung der allgemeinen Schranke von § 138 Abs. 1 BGB (Erl. → § 105 Rn. 195, → § 109 Rn. 9 ff., → § 119 Rn. 64 ff.). Zur Inhaltskontrolle bei Publikumsgesellschaften → § 161 Rn. 124 ff.; zur Investment-KG Anh. § 161.

III. Österreichisches Recht

Österreichisches Recht (UGB 2005; dazu → § 105 Rn. 276 ff.). **§ 163 UGB** lautet: ⁵

UGB § 163 Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander

Für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander gelten in Ermangelung abweichender Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags die besonderen Vorschriften der §§ 164 bis 169.

§ 164 [Geschäftsführung]

¹Die Kommanditisten sind von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossen; sie können einer Handlung der persönlich haftenden Gesellschafter nicht widersprechen, es sei denn, daß die Handlung über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht. ²Die Vorschriften des § 116 Abs. 3 bleiben unberührt.

Schrifttum: *Becker*, Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte, 1997; *Beuthien*, Darf ein Kommanditist mehr als widersprechen?, NZG 2013, 967; *Bork*, Die Haftung des entlohten Gesellschafter-Geschäftsführers bei der GmbH & Co. KG, AcP 184 (1984), 465; *Bork/Oepen*, Einzelklagebefugnis des Personengesellschafters, ZGR 2001, 515; *Dietrich*, Möglichkeiten und Grenzen einer vertraglichen „Entrechtung“ der Komplementäre im Bereich der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft, Diss. Mainz 1998; *Emde*, Die Klage der Kommanditisten auf Rücknahme kompetenzwidrig vorgenommener Geschäftsführungsmaßnahmen, WM 1996, 1205; *Fleischer/Pendl*, Der Arbeitsgesellschafter im Personengesellschaftsrecht, WM 2017, 881; *Grunewald*, Die in § 23 AGBG vorgesehene Bereichsausnahme für Gesellschaftsrecht, FS Semler, 1993, 179; *Grunewald*, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990; *Grunewald*, Die Rechtstellung des Kommanditisten als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, GmbHR 2018, 63; *Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und sonstiges Recht, 1996; *Hadding*, Ergibt die Vereinsmitgliedschaft „quasi vertragliche“ Ansprüche, erhöhte Treue- und Förderpflichten sowie ein „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB?, FS Kellermann, 1991, 91; *Hadding*, Einschränkung des Umfangs organschaftlicher Vertretungsmacht bei OHG und KG entsprechend § 179a AktG?, FS Lutter, 2000, 851; *Herrmann*, Der Ausschluss eines tätigen Gesellschafters aus einer Personenhandelsgesellschaft, RdA 1989, 313; *Immenga*, Die Minderheitsrechte des Kommanditisten, ZGR 1974, 385; *Jaeniche*, Die Dritteinflußnahme bei Personengesellschaften, 1995; *Kalss*, Der Anleger im Handlungsdreieck von Vertrag, Verband und Markt, 2001; *Klingberg*, Mitarbeitende Kommanditisten im Gesellschaftsrecht, 1990; *Krause*, Mitarbeit im Unternehmen, 2002; *Lutter*, Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180 (1980), 85; *Mertens*, Die Geschäftsführerhaftung in der GmbH und das ITT-Urteil, FS R. Fischer, 1979, 460; *Priester*, Haftungsgefahren bei Zahlung von Geschäftsführerbezügen an Kommanditisten, DB 1975, 1878; *Raiser*, Das Recht der Gesellschafterklage, ZHR 153 (1998), 1; *Reuter*, Die Mitgliedschaft als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, FS Lange, 1992, 707; *K. Schmidt*, Vermögensveräußerung aus der Personengesellschaft: Ein Lehrstück am Rande des neuen Umwandlungsrechts, ZGR 1995, 675; *K. Schmidt*, Die Vereinsmitgliedschaft als Grundlage von Schadensersatzansprüchen, JZ 1991, 157; *C. Schmitz*, Grundlagengeschäfte in der Personengesellschaft, 1999; *Schneider*, Die Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen, ZGR 1978, 1; *Schürbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, 2007; *Schulze-Osterloh*, Zur Tätigkeit des Kommanditisten im Dienste der KG, AG 2003, 27; *Schütz*, Sachlegitimation und richtige Prozesspartei bei innergesellschaftlichen Streitigkeiten in Personengesellschaften, 1994; *Schwab*, Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2005; *Voormann*, Der Beirat im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1990; *Wertenbruch*, Geschäftsführungsbezogene Gesellschafterbeschlüsse in KG und GmbH & Co. KG, NZG 2016, 1081; *Westermann*, Die Gestaltungsfreiheit im Personengesellschaftsrecht in den Händen des Bundesgerichtshofs, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. II, 2000, 245; *Westermann*, Streit um Geschäftsführungsmaßnahmen in verschachtelten Personengesellschaften, FS Maier-Reimer, 2010, 853; *Wiedemann*, Die Übertragung

und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965; Zöllner, Die sogenannten Gesellschafterklagen im Kapitalgesellschaftsrecht, ZGR 1988, 392.

Übersicht		
	Rn.	Rn.
I. Die Verteilung der Geschäftsführungsbefugnis nach der gesetzlichen Regelung	1–22	
1. Die Geschäftsführungsbefugnis als Berechtigung zum Handeln	1	b) Erteilung und Versagung der Zustimmung 17 c) Handeln ohne Zustimmung der Kommanditisten 18, 19
2. Geschäftsführung im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs	2–9	5. Erteilung und Widerruf von Prokura .. 20 6. Notgeschäftsführung 21, 22
a) Kompetenz der Komplementäre/Kommanditisten	2, 3	II. Abweichende Vereinbarungen 23–31
b) Rechte des Kommanditisten bei nicht ordnungsgemäßer Geschäftsführung	4–9	1. Grundsatz 23
3. Außergewöhnliche Geschäfte	10–15	2. Stärkung der Rechtsstellung des Kommanditisten 24–30
a) Begriffsbestimmung	10	a) Grenzen der Vertragsfreiheit 24–26
b) Erteilung und Versagung der Zustimmung	11, 12	b) Rechtsstellung des geschäftsführenden/mitarbeitenden Kommanditisten 27–30
c) Handeln ohne Zustimmung	13–15	3. Schwächung der Rechtsstellung des Kommanditisten 31
4. Grundlagengeschäfte	16–19	III. Österreichisches Recht 32
a) Begriffsbestimmung	16	

I. Die Verteilung der Geschäftsführungsbefugnis nach der gesetzlichen Regelung

- 1 **1. Die Geschäftsführungsbefugnis als Berechtigung zum Handeln.** § 164 regelt die Geschäftsführungsbefugnisse der Gesellschafter. Hierunter ist die **Berechtigung zum Handeln in Sachen der Gesellschaft** (zB durch Beschluss der Gesellschafter)¹ zu verstehen. Es muss also nicht unbedingt um ein rechtsgeschäftliches Tätigwerden gehen (dazu → § 170 Rn. 1). Auch die Berechtigung zu einem rein tatsächlichen Handeln (zB Durchsicht der Post) fällt unter diese Bestimmung.
- 2 **2. Geschäftsführung im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs. a) Kompetenz der Komplementäre/Kommanditisten.** Nach der gesetzlichen Regelung **führen die Komplementäre die Geschäfte der KG** im üblichen Rahmen (zur Abgrenzung → Rn. 10) alleine. Für das Verhältnis mehrerer Komplementäre untereinander gelten die §§ 114–116. Die Komplementäre sind bei der Geschäftsführung nicht völlig ungebunden. Vielmehr schulden sie der KG eine am Wohl der Gesellschaft ausgerichtete Geschäftsführung, die die Kompetenzordnung der KG einhält. Sofern die Komplementäre dem nicht nachkommen, kann die KG Erfüllung (auch in der Form der Unterlassung fehlerhafter Geschäftsführung) und Schadensersatz verlangen. Als Verschuldensmaßstab gilt § 708 BGB (→ § 114 Rn. 59 f.; anders bei Publikumsgesellschaften → § 161 Rn. 139).
- 3 Die Kommanditisten haben im Bereich der Geschäftsführung im Grundsatz **keine Einflussmöglichkeit**. Auch ein Widerspruchsrecht steht ihnen nicht zu. Sie trifft weder eine Verpflichtung zur Geschäftsführung² noch steht ihnen eine entsprechende Berechtigung zu. Doch kann sich aus der allgemeinen Treupflicht im Verhältnis zur KG das Recht und die Pflicht ergeben, auf besondere Chancen oder Risiken, die sich für die KG ergeben, hinzuweisen³ (zur Notgeschäftsführung → Rn. 21). Kommanditisten, die sich außerhalb ihrer Berechtigung in die Geschäfte der KG einmischen, verletzen ihre Pflichten aus dem Geschäftsführervertrag und machen sich gegebenenfalls schadensersatzpflichtig.

¹ BGHZ 76, 160 (164 f.) = NJW 1980, 1463; s. OLG Stuttgart DB 2009, 1977 (1979); OLG Hamm BeckRS 2016, 03150; GroßkommHGB/Casper Rn. 6; Wertenbruch NZG 2016, 1081 (1082).

² GroßkommHGB/Casper Rn. 6; Oetker/Oetker Rn. 7.

³ GroßkommHGB/Casper Rn. 6.

b) Rechte des Kommanditisten bei nicht ordnungsgemäßer Geschäftsführung. 4

aa) Actio pro socio. Sofern ein Kommanditist unter den Voraussetzungen der actio pro socio⁴ **den auf eine ordnungsgemäße Geschäftsführung gerichteten Anspruch der KG** geltend machen könnte, läge eine Durchbrechung der vertraglich vereinbarten Organisation der KG vor. Nicht der Komplementär hätte das letzte Wort in Bezug auf die Geschäftsführung, sondern der Kommanditist. Diese Durchbrechung der Zuständigkeitsordnung war für den BGH⁵ der entscheidende Grund für die Abweisung einer den Bereich der Geschäftsführung betreffenden Unterlassungsklage eines Kommanditisten gegen einen Komplementär (es handelte sich um eine GmbH). Schadensersatz, gestützt auf den Vorwurf nicht ordnungsgemäßer Geschäftsführung, soll demgegenüber verlangt werden können.⁶ Demgemäß bleibt dem Kommanditisten bei Zugrundelegung der Ansicht des BGH nur die Hinnahme der Geschäftsführung, kombiniert mit einer Schadensersatzklage gegen den geschäftsführenden Gesellschafter, wobei diese Klage (actio pro socio) auf Zahlung von Geldersatz an die KG zu richten ist.

Diese Sichtweise des BGH kann nicht überzeugen.⁷ Denn eine Schadensersatzklage, 5 die auf Leistung aus dem Privatvermögen des Komplementärs abzielt, beeinflusst die Geschäftsführung kaum weniger als eine Handlungs- oder Unterlassungsklage. Den in dem Urteil des BGH geäußerten wichtigen Bedenken, dass ein **Hineinregieren des Kommanditisten in die Geschäfte** des Komplementärs vermieden werden muss, ist daher auf andere Weise Rechnung zu tragen. Sowohl eine auf Schadensersatz wie auch eine auf Handeln oder Unterlassen gerichtete Klage kann nur Erfolg haben, wenn der Komplementär sein weites unternehmerisches Ermessen überschreitet. Es muss sich also um eine offensichtlich unvertretbare Maßnahme handeln.⁸ Wenn eine solche Evidenz gegeben ist, bestehen keine überzeugenden Gründe mehr für die Einräumung eines noch weitergehenden unternehmerischen Freiraums. Auf diese Weise hat der Kommanditist die Möglichkeit, krasse Fehlentscheidungen des Komplementärs zu unterbinden. Ob sich der BGH dieser Sicht anschließen wird, ist momentan offen. Immerhin spricht eine neuere Entscheidung von engen Ausnahmen, die an § 744 Abs. 2 BGB zu orientieren seien und die zur Zulässigkeit der Unterlassungsklage führen.⁹

Auch der auf **Schadensersatz gerichtete Anspruch** der KG (→ Rn. 2) kann von 6 einem Kommanditisten unter den Voraussetzungen der actio pro socio durchgesetzt werden. Ebenfalls möglich ist die Bestellung eines besonderen Vertreters, → § 161 Rn. 37. In Extremfällen bleibt zudem die Möglichkeit, die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis auf dem Weg von § 117 zu betreiben. Auch hieran wirken die Kommanditisten mit.

⁴ Dazu, dass auch ein Kommanditist die actio pro socio erheben kann: → § 161 Rn. 37.

⁵ BGHZ 76, 160 (167 f.) = NJW 1980, 1463; zust. OLG Celle GmbHR 2000, 388, es ging um eine einstweilige Verfügung; Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas/Haas/Mock Rn. 2.

⁶ S. auch BGHZ 25, 47 = NJW 1957, 1358; Schadensersatzansprüche werden aber wohl nicht gegeben sein, wenn sie auf Naturalrestitution gerichtet sind. Denn dann liegt dieselbe Argumentation nahe wie bei Klagen, die auf Handeln oder Unterlassen abzielen.

⁷ Bork/Oepen ZGR 2001, 515 (537); Becker, Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte, 1997, 567; GroßkommHGB/Casper Rn. 8; Grunewald, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, 29 ff.; NK-HGB/Häublein Rn. 22; Oetker/Oetker Rn. 8; Schütz, Sachlegitimation und richtige Prozesspartei bei innergesellschaftlichen Streitigkeiten in der Personengesellschaft, 1994, 122 f.; s. auch Kalss, Der Anleger im Handlungs-dreieck von Vertrag, Verband und Markt, 2001, 400, falls ein tiefer Eingriff in die Mitgliedschaft vorliegt; Lutter AcP (1980), 84 (139) für Fälle des Überschreitens des Geschäftsführungsrahmens; Schwab, Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2005, 150, sofern der Kommanditist ein Informationsrecht nach § 166 HGB habe; aber das überzeugt nicht, da das Informationsrecht ein Hilfsrecht ist, das die Durchsetzung anderer Rechte seinerseits unterstützt (→ § 166 Rn. 13).

⁸ Ebenso Schütz, Sachlegitimation und richtige Prozesspartei bei innergesellschaftlichen Streitigkeiten in der Personengesellschaft, 1994, 123 f.; ähnlich NK-HGB/Häublein Rn. 21 ff.; skeptisch gegenüber diesem Ansatz MüKoBGB/Schäfer BGB § 705 Rn. 204; Zöllner ZGR 1988, 392 (431) unter Hinweis darauf, dass schwer feststellbar sei, wann Evidenz gegeben ist. Aber das muss für den Schadensersatzprozess sowieso geklärt werden. IERG ähnlich wie hier K. Schmidt HandelsR § 21 V 3b: Klage erfolgreich, wenn die Zone des Leitungsermessens evident überschritten wird. Nach K. Schmidt klagt der Gesellschafter aber aus eigenem Recht (sog. Abwehrklage); weitergehend Baumbach/Hopt/Roth § 116 Rn. 4, der keine Evidenz fordert.

⁹ NZG 2006, 194 (195).

7 **bb) Klage aus eigenem Recht gegen die KG.** Aus dem **Rechtsverhältnis zwischen Kommanditist und KG folgt kein Anspruch auf Unterlassung jedes rechtswidrigen Verhaltens der KG.** Dies gilt grundsätzlich auch für rechtswidrige Geschäftsführungsmaßnahmen (zu außergewöhnlichen Maßnahmen, die ohne Zustimmung der Kommanditisten erfolgen, → Rn. 13 ff.). Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass sich jeder Kommanditist mit dem Argument, bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen seien für die KG nachteilig und daher rechtswidrig, gegen solche Vorgehensweisen des Komplementärs wenden und auf diese Weise entgegen der gesetzlich oder vertraglich vorgesehenen Kompetenzverteilung in die Geschäftsführung eingreifen könnte. Daher sollte man bei dem Grundsatz bleiben, dass eine ordnungsgemäße Geschäftsführung von den zur Geschäftsführung berechtigten und verpflichteten Gesellschaftern der Gesellschaft und nicht von der Gesellschaft den Mitgesellschaftern geschuldet ist. Nur wenn Schäden liquidiert werden sollen, die dem Kommanditisten direkt und nicht nur mittelbar über die Entwertung seiner Beteiligung entstanden sind (Beispiel → § 166 Rn. 9), gilt etwas anderes. In diesem Fall hat der Gesellschafter einen Anspruch gegen die KG, die sich das Fehlverhalten des Komplementärs über § 31 BGB zurechnen lassen muss. Hier besteht nämlich kein primärer Anspruch der KG gegen den Komplementär¹⁰ und das aufgezeigte Problem (Eingriff in die Kompetenzstruktur der Gesellschaft) kann nicht entstehen.

8 Statt Ansprüche aus dem Rechtsverhältnis zwischen KG und Gesellschafter zu entwickeln, wird vielfach auf das Deliktsrecht zurückgegriffen und der Versuch unternommen, **die Mitgliedschaft jedenfalls in bestimmten Ausprägungen als durch § 823 Abs. 1 BGB** geschütztes sonstiges Recht anzusehen (zu außergewöhnlichen Geschäften → Rn. 13, zu Grundlagengeschäften → Rn. 18).¹¹ Sofern man dies tut, sind jedenfalls die → Rn. 7 aufgestellten Überlegungen zu beachten, so dass ein weitergehender Schutz gegenüber der KG auch auf diesem Weg für den Gesellschafter nicht erreichbar ist.¹² Zu Ansprüchen gegen den Geschäftsführer der GmbH bei der GmbH & Co. KG → § 161 Rn. 85 ff.

9 **cc) Klage aus eigenem Recht gegen den Komplementär.** Aus den genannten Gründen (→ Rn. 7) besteht kein Anspruch eines Gesellschafters gegen den Komplementär auf Erbringung einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung. Diese wird allein der KG geschuldet. Der Komplementär kann nur dann auf Schadenersatz von den Mitgesellschaftern in Anspruch genommen werden, wenn kein gleichlautender Anspruch der KG besteht (Beispiel → § 166 Rn. 9) oder die Voraussetzungen der *actio pro socio* erfüllt sind (→ Rn. 6).

10 **3. Außergewöhnliche Geschäfte. a) Begriffsbestimmung.** Für die OHG bestimmt § 116, dass außergewöhnliche Geschäfte erst durchgeführt werden dürfen, wenn alle Gesellschafter dem Geschäft zugestimmt haben. Für die KG gilt insofern nichts anderes: **Geschäfte, die nach ihrem Gegenstand, Zuschnitt oder dem mit ihnen verbundenen Risiko über das hinausgehen, was in der KG häufiger geschieht,** bedürfen der Zustimmung der Kommanditisten.¹³ Im Gesellschaftsvertrag kann ein Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte festgelegt werden.¹⁴ Diese Geschäfte sind dann auf jeden Fall zustimmungspflichtig.

¹⁰ Der Anspruch der KG gegen den Komplementär entsteht erst in dem Moment, in dem die KG den Schaden des Kommanditisten ersetzt. Zuvor hat die KG keinen Schaden.

¹¹ Eine Schilderung der Rechtsprechung findet sich bei Reuter FS Lange, 1992, 707 ff.; bejahend Habersack/Habersack, Die Mitgliedschaft – subjektives und sonstiges Recht, 1996, 117 ff.; K. Schmidt HandelsR § 21 V 1, der eine subjektiv-rechtliches Betroffensein des Mitglieds fordert; s. auch K. Schmidt JZ 1991, 157 (159); verneinend Hadding FS Kellermann, 1991, 91 (102).

¹² Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, 39, 464; nach Reuter FS Lange, 1992, 707 (721 ff.) gibt es im „Verbandsinnenrecht“ keinen deliktischen Schutz; ähnlich Scholz/Schneider GmbHG § 43 Rn. 215; aA Mertens FS Fischer, 1979, 460 (469 f.); K. Schmidt JZ 1991, 157 (158).

¹³ Beispiel OLG Hamm NZG 2009, 1117 (1118) (Abschluss eines Unternehmensvertrages); OLG Stuttgart ZIP 2010, 474 (476): Schadenersatzklage gegen Komplementär. Zur Definition der außergewöhnlichen Geschäfte → § 116 Rn. 6 ff.; Geschäfte, die vom Unternehmensgegenstand der KG nicht gedeckt sind, müssen bis zu einer Vertragsänderung unterbleiben; aA GroßkommHGB/Casper Rn. 10: dies sei ein außergewöhnliches Geschäft.

¹⁴ Beispiel OLG Karlsruhe DB 2009, 1977.

b) Erteilung und Versagung der Zustimmung. Nach der Formulierung des Gesetzes ¹¹ sieht es so aus, als hätten die Kommanditisten lediglich ein Recht, gegen eine bestimmte außergewöhnliche Maßnahme zu votieren. Das würde voraussetzen, dass sie von einem solchen Geschäft überhaupt erfahren. Demgegenüber entspricht es der ganz herrschenden Meinung, dass vor **Durchführung** einer solchen Maßnahme die **Zustimmung aller Gesellschafter einzuholen ist**.¹⁵ Den Kommanditisten ist also die geplante Geschäftstätigkeit ungefragt offen zu legen und ihre Stellungnahme ist abzuwarten.¹⁶ Eine solche Vorlagepflicht des Komplementärs ist schon deshalb unabdingbar, weil es anderenfalls mehr oder weniger vom Zufall abhängen würde, ob die Kommanditisten von der Maßnahme erfahren und ihre Rechte nutzen können. Es gilt also – trotz anderslautender Formulierung – die Regelung von § 116 Abs. 2. Nicht mehr zur Vorlagepflicht gehört die Ausarbeitung und Vorlage von Alternativen zu den von dem Komplementär geplanten Maßnahmen.¹⁷ Allerdings wird er dies regelmäßig schon deshalb tun, um den Kommanditisten die Zustimmung zu erleichtern.

Ob ein Kommanditist der beabsichtigten Maßnahme zustimmt, steht nicht in ¹² seinem Belieben. Vielmehr muss er sich bei der Entscheidung vom Wohl der Gesellschaft und seiner **Treuepflicht** gegenüber den Mitgesellschaftern leiten lassen.¹⁸ Bei unternehmerischen Entscheidungen steht ihm aber ein nicht unerheblicher Beurteilungsspielraum zu.¹⁹ Dies gilt insbesondere für die Erteilung der Zustimmung, da sich der Kommanditist im Regelfall auf die Geschäftsführung der Komplementäre verlassen darf. Er kann daher nur in seltenen Fällen für die Erteilung der Zustimmung haftbar gemacht werden. Wenn der Kommanditist seine Weigerung nicht begründet (zu der Frage, ob eine Begründung geschuldet ist, → § 115 Rn. 23) und auch ansonsten keine vernünftigen Gründe für diese Entscheidung ersichtlich sind, liegt die Vermutung nahe, dass die Zustimmung treuwidrig verweigert wird. Wenn dies der Fall ist und der Kommanditist gleichwohl nicht zustimmt, kann er auf Erteilung der Zustimmung verklagt werden.²⁰ Auch schuldet er, wenn er mit der Zustimmung in Verzug gerät, Schadensersatz (§ 286 BGB).²¹ Eine besondere Eilbedürftigkeit der Maßnahme ist nicht erforderlich,²² da zum einen auch in Bezug auf nicht eilbedürftige Maßnahmen (zB Geschäftsausweitung) eine Zustimmungspflicht bestehen kann und zum anderen Verzug ebenfalls keine Eilbedürftigkeit der Schuld voraussetzt. Handeln die Komplementäre ohne die eigentlich geschuldete Zustimmung, so ist dies, sofern nicht Gefahr im Verzug ist,²³ zwar rechtswidrig.²⁴ Schadensersatzpflichtig werden sich die Komplementäre aber kaum je machen. Denn da der Kommanditist die Zustimmung schuldet, können er oder die KG nicht verlangen, so gestellt zu werden, wie sie stehen würden, wenn diese rechtswidrige Blockade erfolgreich gewesen wäre.²⁵

c) Handeln ohne Zustimmung. aa) Unterlassungsklage der Kommanditisten. ¹³ Wenn die Kommanditisten erfahren, dass die Komplementäre ein außergewöhnliches Geschäft ohne ihre Zustimmung durchführen wollen, stellt sich die Frage, ob sie dies mit der Unterlassungsklage verhindern können.²⁶ Hierfür bieten sich **zwei Ansatzpunkte** an:

¹⁵ RGZ 158, 302 (306); BGHZ 76, 160 (164) = NJW 1980, 1463; Becker, Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte, 1997, 567; Beuthien NZG 2013, 967 (970 ff.); GroßkommHGB/Casper Rn. 12; Emde WM 1996, 1205; Baumbach/Hopt/Roth Rn. 5; Oetker/Oetker Rn. 12.

¹⁶ Nach Beuthien NZG 2013, 967 (969) folgt die Vorlagepflicht und Pflicht, die Reaktion der Kommanditisten abzuwarten, aus der Treuepflicht. Das macht iErg keinen Unterschied.

¹⁷ OLG Karlsruhe DB 2009, 1977 (1980).

¹⁸ GroßkommHGB/Casper Rn. 13; Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas/Haas/Mock Rn. 6; Oetker/Oetker Rn. 13; Westermann FS Maier-Reimer, 2010, 853 (855).

¹⁹ GroßkommHGB/Casper Rn. 13; Westermann FS Maier-Reimer, 2010, 853 (855).

²⁰ BGH WM 1973, 1291 (1294); GroßkommHGB/Casper Rn. 13; EBJS/Weipert Rn. 25; HdBPersG/Westermann I Rn. 261.

²¹ EBJS/Weipert Rn. 25; HdBPersG/Westermann I Rn. 261c.

²² AA GroßkommHGB/Casper Rn. 13.

²³ Dann gilt § 115 Abs. 2 analog; Baumbach/Hopt/Roth § 116 Rn. 5; Heymann/Horn Rn. 5.

²⁴ AA Heymann/Horn Rn. 5.

²⁵ NK-HGB/Häublein Rn. 31; EBJS/Weipert Rn. 25.

²⁶ Bejahend Becker, Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte, 1997, 568; Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas/Haas/Mock Rn. 7; Habersack, Die Mitgliedschaft – subjektives und sonstiges Recht, 1996, 316;

Zum einen schulden die Komplementäre der KG die Einhaltung der vereinbarten Kompetenzordnung innerhalb der Gesellschaft. Dieser Anspruch der KG kann von den Kommanditisten unter den üblichen Voraussetzungen der **actio pro socio** geltend gemacht werden. Darüber hinausgehend sind die Kommanditisten in der geschilderten Situation auch **selber in ihren eigenen Mitgliedschaftsrechten verletzt**. Denn die Komplementäre und die KG²⁷ schulden aufgrund der **Treuepflicht** den Kommanditisten als den eigentlich Betroffenen Unterlassung einer kompetenzwidrig die Kommanditistenrechte beschneidenden Maßnahme.²⁸ Neben diesen auf Verletzung der Treuepflicht gestützten Anspruch tritt ein weiterer Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB (Mitgliedschaft als sonstiges Recht).²⁹ Dies ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn der Komplementär eine GmbH ist und der Kommanditist gegen den Geschäftsführer der GmbH vorgehen will.³⁰ Da dieser nicht Mitgesellschafter ist, scheidet ein Anspruch aus Verletzung der Treuepflicht aus und es bleibt nur eine Inanspruchnahme nach § 823 Abs. 1 BGB.

- 14 **bb) Schadensersatzansprüche.** Wie geschildert liegt in der Durchführung der geschilderten Maßnahme unter Missachtung der Kommanditistenrechte eine Treuepflichtverletzung und eine Schädigung der Kommanditisten nach § 823 Abs. 1 BGB. Daher schuldet der Komplementär, sofern er schuldhaft gehandelt hat,³¹ den Kommanditisten und der KG Schadensersatz.³² **Sofern Ersatz in Geld zu leisten ist**, ist vorrangig in das Vermögen der KG zu zahlen.³³ Dieser gegenüber begehrt der Komplementär ja ebenfalls eine Pflichtverletzung (→ Rn. 2) und eine doppelte Inanspruchnahme des Komplementärs wegen derselben Maßnahme lässt sich nur vermeiden, wenn die Schadensersatzleistung so erfolgt, dass beide Ansprüche (der der KG und der des Kommanditisten) gleichermaßen erfüllt werden. Das lässt sich nur durch eine Leistung an die KG erreichen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Kommanditist einen Schaden geltend macht, der ihm direkt und nicht nur mittelbar durch eine Entwertung seiner Beteiligung an der KG entstanden ist.

- 15 Wenn **Naturalrestitution** (also Rückgängigmachung der Maßnahme) geleistet werden soll, ergeben sich vielfach rein tatsächliche Schwierigkeiten. Wenn rechtsgeschäftliches Handeln im Außenverhältnis erfolgt ist, ist eine Rückabwicklung oftmals nicht möglich, da der Dritte auf die Vertretungsmacht des Komplementärs vertrauen kann (§ 126 Abs. 2) und das Geschäft daher wirksam ist. Dem Dritten gegenüber spielt die Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis keine Rolle, es sei denn, ausnahmsweise lägen die Voraussetzungen für die Annahme eines Missbrauchs der Vertretungsmacht vor.³⁴ Dagegen steht einer solchen Klage nicht entgegen, dass mit ihr ein Eingriff in die Geschäftsführungskompetenz des Komplementärs verbunden wäre. Denn schließlich wird im Wege der Naturalrestitution nur der Zustand hergestellt, der bei rechtmäßigem Handeln des Komplementärs sowieso bestehen würde.³⁵

Oetker/Oetker Rn. 14; Raiser ZHR 153 (1989), 1 (32); K. Schmidt HandelsR § 21 V 3a; C. Schmitz, Grundlagengeschäfte in der Personengesellschaft, 1999, 109; HdBPersG/Westermann I Rn. 270; verneinend Heymann/Horn Rn. 6, falls nicht das gesamte Gesellschaftsvermögen gefährdet wird; offengelassen in BGHZ 76, 160 (167 f.) = NJW 1980, 1463; entgegen Emde WM 1996, 1205 (1210) kann dem Urteil nicht entnommen werden, Unterlassungsklagen gegen ungewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen seien zulässig.

²⁷ Das Fehlverhalten der Komplementäre wird über § 31 BGB der KG zugerechnet: GroßkommHGB/Casper Rn. 16; Emde WM 1996, 1205 (1208); Habersack, Die Mitgliedschaft – subjektives und sonstiges Recht, 1996, 318.

²⁸ Emde WM 1996, 1205 (1207); Habersack, Die Mitgliedschaft – subjektives und sonstiges Recht, 1996, 316.

²⁹ GroßkommHGB/Casper Rn. 16; Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas/Haas/Mock Rn. 8.

³⁰ S. GroßkommHGB/Casper Rn. 16; Westermann FS Maier-Reimer, 2010, 853 (861).

³¹ Allg. zur Anwendung von § 708 bei Überschreiten der Geschäftsführerbefugnis bei → § 114 Rn. 61 ff.; auch BGH ZIP 1996, 2164 (2165); zu Publikumsgesellschaften → § 161 Rn. 139.

³² S. den Fall BGH ZIP 1996, 2164, da der Mitgesellschafter mittlerweile Alleininhaber geworden war, war nicht zu klären, an wen Schadensersatz zu leisten ist; auch Westermann FS Maier-Reimer, 2010, 853 (861) (Anspruch des Kommanditisten).

³³ GroßkommHGB/Casper Rn. 17; Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas/Haas/Mock Rn. 8.

³⁴ BGH ZIP 2008, 2260 (2261); Emde WM 1996, 1205 (1206); generell zu Voraussetzungen des Missbrauchs der Vertretungsmacht → § 126 Rn. 20 ff.

³⁵ Emde WM 1996, 1205 (1209); Habersack, Die Mitgliedschaft – subjektives und sonstiges Recht, 1996, 318; bejahend zur Klage gegen den Komplementär HdBPersG/Westermann Rn. I 260.

4. Grundlagengeschäfte. a) Begriffsbestimmung. Von der Geschäftsführungsbefugnis der Komplementäre nicht erfasst sind die sog. Grundlagengeschäfte, dazu bei → § 126 Rn. 10 f. Nach Ansicht des BGH gehört zu den Grundlagengeschäften auch die **Regelung, wer geschäftsführungsbefugt und wer vertretungsberechtigt sein soll.**³⁶ Diese Regeln werden allerdings oft bereits im Gesellschaftsvertrag getroffen (etwa bei der GmbH & Co. KG soll es die GmbH sein). Dann erfolgen Änderungen im Wege der Änderung des Gesellschaftsvertrags. Ansonsten gilt das dispositive Recht. Auch insofern kann nur durch Änderung des Gesellschaftsvertrages von diesen das Gesetz ergänzenden Regeln abgewichen werden. Daher ist der Rückgriff auf die Rechtsfigur des Grundlagengeschäfts nicht erforderlich, um die Beteiligung der Kommanditisten an der Entscheidungsfindung über Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht des Komplementärs zu erreichen. Etwas anderes gilt auch nicht, wenn ein Kommanditist Geschäftsführer der Komplementär-GmbH werden soll und auch nicht bei Abschluss des Anstellungsvertrages mit der KG.³⁷ Diese Entscheidung liegt bei den GmbH-Gesellschaftern. Die Kommanditisten sind hiervon nicht stärker – eher weniger – betroffen als bei Bestellung eines Fremdgeschäftsführers. Zu der Frage, ob die Feststellung des Jahresabschlusses dazu zählt → § 167 Rn. 2; zum Gewinnverwendungsbeschluss § 168; zur Bestellung des Geschäftsführers in der GmbH & Co. KG → § 161 Rn. 82. Die Freistellung des Komplementärs vom Wettbewerbsverbot des § 112 beinhaltet ein solches Grundlagengeschäft (→ § 165 Rn. 3). Zu Grundlagengeschäften bei der Konzernbildung → KonzernR Rn. 72.

b) Erteilung und Versagung der Zustimmung. Für die Durchführung der Grundlagengeschäfte ist die Zustimmung aller Gesellschafter, also auch der Kommanditisten, erforderlich.³⁸ Auf diese Weise wird sichergestellt, dass – sofern nichts anderes vereinbart ist –, die Kommanditisten bei einer grundlegenden Veränderung ihrer Rechtsstellung oder ihrer Gesellschaft mitwirken. Das heißt allerdings **nicht, dass die Kommanditisten in ihrer Entscheidung völlig ungebunden wären** (→ Rn. 12).

c) Handeln ohne Zustimmung der Kommanditisten. aa) Unterlassungsklage. 18
Sofern der Komplementär ein Grundlagengeschäft ohne Zustimmung der Kommanditisten durchführt, handelt er rechtswidrig. Der Kommanditist kann Unterlassung verlangen. Es gilt dasselbe wie im Bereich außergewöhnlicher Geschäfte (→ Rn. 13).

bb) Schadensersatzansprüche. Im Grundsatz gilt das zur Durchführung außergewöhnlicher Geschäfte Gesagte (→ Rn. 14). Sofern Naturalrestitution verlangt wird, stellt sich wiederum die Frage, **ob ein rechtsgeschäftliches Handeln gegenüber Dritten, das sich auf ein Grundlagengeschäft bezieht, auch ohne Zustimmung der Kommanditisten wirksam ist**, oder ob der Komplementär insoweit als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt. Für ein bestimmtes Grundlagengeschäft – die Veräußerung des gesamten Vermögens der KG – hat der BGH unter Berufung auf § 361 AktG aF (jetzt § 179a AktG) zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft unterschieden. Während das Verpflichtungsgeschäft unwirksam sein soll, soll der Komplementär für das Verfügungsgeschäft Vertretungsmacht haben.³⁹ Mit dieser Unterscheidung soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass die Gültigkeit von Verfügungsgeschäften wegen ihrer Wirksamkeit gegenüber jedermann besonders dringlich ist. Zudem geht es oftmals um die Übertragung zahlreicher Einzelobjekte. Über das Verpflichtungsgeschäft kann demgegenüber als Ganzes entschieden werden.⁴⁰ Diese Argumentation überzeugt nicht. Die durch § 126 festgeschriebene umfas-

³⁶ BGH NZG 2016, 826 (827); Wertenbruch NZG 2016, 1081 (1083).

³⁷ Grunewald GmbHR 2018, 63; offengelassen in BGH NZG 2016, 826 (827); aA Wertenbruch NZG 2016, 1081 (1088).

³⁸ BGH NJW 1995, 596 und ZIP 2005, 171 (173) (Vermögensübertragung); ZIP 1996, 750 (Bilanzfeststellung); GroßkommHGB/Casper Rn. 18; Baumbach/Hopt/Roth Rn. 4; EBJS/Weipert Rn. 11; K. Schmidt ZGR 1995, 675 (679).

³⁹ BGH NJW 1995, 596; Verpflichtungsgeschäft; NJW 1991, 2564; Verfügungsgeschäft; zust. K. Schmidt ZGR 1995, 675 (680); EBJS/Weipert Rn. 11.

⁴⁰ K. Schmidt ZGR 1995, 675 (680).

sende Vertretungsmacht des Komplementärs dient dem Schutz des Vertragspartners der KG. Dieser weiß aber auch beim Abschluss eines Verpflichtungsgeschäfts oftmals nicht, ob ein Grundlagengeschäft vorliegt oder nicht. Denn welchen Stellenwert ein bestimmtes Geschäft für die Kommanditgesellschaft hat, hängt von dem jeweiligen Zuschnitt der Gesellschaft ab, der dem Dritten nicht bekannt sein muss. Sofern dies einmal anders ist, helfen die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht.⁴¹ Die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts nützt dem Dritten demgegenüber nichts. Er bleibt ja nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zur Rückübertragung verpflichtet.

- 20 § 164 S. 2 bleibt die Regelung des § 116 Abs. 3 unberührt.** Demgemäß ist für die Erteilung der Prokura die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter erforderlich. Da die Kommanditisten nicht geschäftsführungsbefugt sind, wirken sie bei der Entscheidung über die Erteilung einer Prokura nicht mit.⁴² Gleiches gilt für den Widerruf, den die geschäftsführungsbefugten Gesellschafter jeder für sich verlangen können.⁴³ Im Außenverhältnis kann die Erteilung oder der Widerruf aber nur von einer für die KG vertretungsberechtigten Person (§ 126 Abs. 1) erklärt werden. Diese Regelung gilt auch, wenn die Erteilung der Prokura ein **außergewöhnliches oder ein Grundlagengeschäft sein sollte**.⁴⁴ Allerdings ist dann im Innenverhältnis die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich (→ Rn. 11).⁴⁵ Zwar wird dies unter Hinweis darauf bestritten, dass § 116 Abs. 3 eine Sonderregel zu § 116 Abs. 2 sei, die gem. § 164 S. 2 auch in der KG gelte.⁴⁶ Doch folgt daraus nicht, dass nicht auch die Grundregel von § 164 S. 1 einschlägig wäre, zumal eine Sonderbehandlung gerade der Erteilung einer Prokura nicht einleuchtet. Daher muss für sie, sollte sie ein außergewöhnliches Geschäft sein, die allgemeine Regel von § 164 S. 1 gelten. Dies ändert allerdings nichts daran, dass die Prokura auch ohne Zustimmung wirksam erteilt ist.⁴⁷ Auch hier zeigt sich, dass eine fehlende Zustimmung die Vertretungsmacht des Komplementärs nicht beeinträchtigt (→ Rn. 19). Gleiches gilt für den Widerruf.⁴⁸ Dies stellt zugleich sicher, dass Unklarheiten über die Frage, ob die Erteilung des Widerrufs einer Prokura ein außergewöhnliches Geschäft ist, im Außenverhältnis bedeutungslos sind. Für das Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander ist diese Problematik aber vom Gesetz vorgegeben (zur Erteilung von Prokura an einen Kommanditisten, → § 170 Rn. 15).

- 21 6. Notgeschäftsführung.** Aufgrund des Rechtsverhältnisses zwischen KG und Kommanditist bzw. der Treuepflicht der Gesellschafter zur KG und auch untereinander kann in Notsituationen für den Kommanditisten **die Berechtigung und Verpflichtung entstehen, für die KG tätig zu werden**⁴⁹ (etwa Mitarbeiter an Straftaten zu Lasten der KG zu hindern, Vermögensobjekte der KG gegen Gefährdungen durch Naturkatastrophen abzusichern, Hinweise an den Komplementär⁵⁰ etc). Da es um die Konkretisierung der Treuepflicht bzw. des Rechtsverhältnis KG/Kommanditist geht, ist der Umfang der Notgeschäftsführung von der realen Ausgestaltung der KG (kleine/große Zahl von Gesell-

⁴¹ Grunewald JZ 1995, 577; zust. Hadding FS Lutter, 2000, 851 (857 ff.); C. Schmitz, Grundlagengeschäfte in der Personengesellschaft, 1999, 113 ff.

⁴² GroßkommHGB/Casper Rn. 19; Baumbach/Hopt/Roth Rn. 5.

⁴³ GroßkommHGB/Casper Rn. 19; Baumbach/Hopt/Roth Rn. 5; Heymann/Horn Rn. 3.

⁴⁴ GroßkommHGB/Casper Rn. 20; HaKo-HGB/Eberl Rn. 14; Oetker/Oetker Rn. 15; EBJS/Weipert Rn. 8.

⁴⁵ NK-HGB/Häublein Rn. 33; Oetker/Oetker Rn. 15.

⁴⁶ Beuthien NZG 2013, 967 (968); GroßkommHGB/Casper Rn. 20; KKRD/Kindler Rn. 4.

⁴⁷ EBJS/Weipert Rn. 9.

⁴⁸ AA Beteiligung der Kommanditisten im Innenverhältnis sei auch dann nicht erforderlich, wenn es sich um ein außergewöhnliches Geschäft handelt: GroßkommHGB/Casper Rn. 21; HaKo-HGB/Eberl Rn. 15; Oetker/Oetker Rn. 16.

⁴⁹ BGH NJW 2018, 3014 (BGB-Gesellschaft); NK-HGB/Häublein Rn. 37 ff.; Oetker/Oetker Rn. 17f; MHdB GesR II/Scheel § 7 Rn. 89 f.; für die Berechtigung unter Berufung auf § 744 Abs. 2 BGB, aber diese Norm ist sehr starr. Die Berechtigung folgt aus dem Rechtsverhältnis KG/Kommanditist.

⁵⁰ GroßkommHGB/Casper Rn. 25; Oetker/Oetker Rn. 18.