

Prüfungs-Nr.: [REDACTED]

Gießen, den [REDACTED]

**Die Gesellschaftervergütung im Spannungsverhältnis zwischen  
Drittgeschäft und Sozialverbindlichkeit**

– Abgrenzungsfragen rund um den Mitgesellschafterregress –

Schwerpunktbereichsprüfung – Hausarbeit

Schwerpunktbereich 3: Wirtschaftsrecht

Prüfungskampagne [REDACTED]

Fachbereich Rechtswissenschaft

Justus-Liebig-Universität Gießen

**Aufgabenstellung:**

**Individuelle Gewinnansprüche eines GbR-Gesellschafters und persönliche Haftung des anderen Gesellschafters für solche Ansprüche**

– Analysieren Sie das Urteil des OLG Brandenburg v. 24.8.2022, 7 U 213/21 –

## **Literaturverzeichnis:**

*Adler, Karl:* Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts, Berlin 1895.

*Altmeyen, Holger:* Die akzessorische Haftung der Gesellschafter einer Personengesellschaft für einen „Drittanspruch“ ihres Mitgesellschafters, in: NJW 2009, 2241–2245.

*ders.:* Wer schuldet die Abfindung bei Einziehung eines Geschäftsanteils in der GmbH?, in: NJW 2013, 1025–1030.

*ders.:* Kernbereichslehre, Bestimmtheitsgrundsatz, und Vertragsfreiheit in der Personengesellschaft, in: NJW 2015, 2065–2071.

*Armbrüster, Christian:* Nachschusspflicht im Personengesellschaftsrecht, in: ZGR 2009, 1–30.

Artz, Markus/ Ball, Wolfgang/Benecke, Martina/Geibel, Stefan J./Gsell, Beate et.al. (Hrsg.): beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB, München, Stand: 1.7.2023.

*Barfuß, Werner:* Zur Erhöhung der Einlagen bei Personengesellschaften, in: DB 1977, 571–575.

Baumgärtel, Gottfried (Begr.)/Laumen, Hans-Willi/Prütting, Hans (Hrsg.): Handbuch der Beweislast, Band 2: §§ 1–811 BGB, 5. Aufl., Köln 2023.

*Berg, Hans:* Hauptprobleme bei den Personengesellschaften des Handelsrechts, in: JuS 1974, 685–693.

Bochmann, Christian/Scheller, Johannes/Prütting, Jens (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 9: Recht der Familienunternehmen, 6. Aufl., München 2021.

*Bork, Reinhard:* Die Haftung des entlohnten Gesellschafter-Geschäftsführers bei der GmbH & Co. KG, in: AcP 184 (1984), 465–496.

*Bormann, Michael/Hellberg, Claus:* Ausgewählte Probleme der Gewinnverteilung in der Personengesellschaft, in: DB 1997, 2415–2421.

- Born, Manfred/Ghassemi-Tabar, Nima/Gehle, Burkhard (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 7: Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten (Corporate Litigation), 6. Aufl., München 2020.
- Brandis, Peter/Heuermann, Bernd (Hrsg.): Ertragssteuerrecht, Kommentar, München, Stand: 167. Ergänzungslieferung, Mai 2023.
- Bunjes, Johann/Geist, Reinhold (Begr.)/Brandl, Harald/Heidner, Hans-Hermann/Korn, Christian/Robisch, Martin: Umsatzsteuergesetz, Kommentar, 22. Aufl., München 2023.
- Büscher, Dirk/Klusmann, Martin: Forthftung und Regreß ausgeschiedener Personengesellschafter, in: ZIP 1992, 11–18.
- Carlé, Dieter: Zur zivilrechtlichen und steuerrechtlichen Beurteilung von Leistungen von Gesellschaftern einer Personengesellschaft an die Personengesellschaft, in: Carlé, Dieter/Stahl, Rudolf/Strahl, Martin (Hrsg.), Gestaltung und Abwehr im Steuerrecht, Festschrift für Klaus Korn zum 65. Geburtstag am 28. Januar 2005, Bonn, Berlin 2005, S. 251–272.
- Coing, Helmut: Zur Auslegung der Verträge bei Personengesellschaften, in: ZGR 1978, 659–677.
- Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner (Hrsg.): BGB, Schuldrecht, Kommentar, Band 2: §§ 241–853, 4. Aufl., Baden-Baden 2021.
- Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schmidt, Karsten (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 2: §§ 105–229, 5. Aufl., München 2022.
- Drygala, Tim: Gesellschafterregress im Personengesellschaftskonzern, in: Damm, Reinhard/Heermann, Peter W./Veil, Rüdiger (Hrsg.), Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2005, Berlin, Boston 2005, S. 63–80.
- Düringer, Adelbert/Hachenburg, Max (Hrsg.)/Flechtheim, Julius: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (unter Ausschluß des Seerechts) auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Kommentar, Band 2/2. Hälfte: §§ 105–177, 335–342, 3. Aufl., Mannheim 1932.

- Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/ /Joost, Detlev (Begr.)/Joost, Detlev/Strohn, Lutz (Hrsg.): *Handelsgesetzbuch, Kommentar, Band 1: §§ 1–342e*, 4. Aufl., München 2020.
- Eisenhardt, Ulrich/Wackerbarth, Ulrich: *Gesellschaftsrecht I – Recht der Personengesellschaften*, 17. Aufl., Heidelberg 2022.
- Erman, Walter (Begr.)/Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (Hrsg.): *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, 17. Aufl., Köln 2023.
- Faust, Florian*: Der Regress gegen Mitgesellschafter bei Personenhandels- gesellschaften, in: Bitter, Georg/Lutter, Marcus/Priester, Hans- Joachim/Schön, Wolfgang/Ulmer, Peter (Hrsg.), *Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag*, Köln 2009, S. 357–374.
- Flechtheim, Julius*: Prozesse der offenen Handelsgesellschaft gegen ihre eigenen Teilhaber, in: LZ 1914, 1260–1268.
- Fleischer, Holger/Goette, Wulf (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum GmbHG, Band 1: §§ 1–34 GmbHG*, 4. Aufl., München 2023.
- Fleischer, Holger/Pendl, Matthias*: Der Arbeitsgesellschafter im Perso- nengesellschaftsrecht, in: WM 2017, 881–890.
- Flume, Werner*: Gesellschaftsschuld und Haftungsverbindlichkeit des Ge- sellschafters bei der OHG, in: Flume, Werner/Hamm, Richard (Hrsg.), *Festschrift für Alexander Knur*, München 1972, S. 125– 143.
- ders.*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band/Erster Teil: Die Personengesellschaft, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, Hong Kong, Barcelona, Budapest 1977.
- Gellings, Marcel*: Inanspruchnahme eines Gesellschafters: Innenregress und Gesamtschuldnerausgleich, in: JuS 2012, 589–593.
- v. *Gierke, Otto*: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtspre- chung, 1. Aufl., Berlin 1887.

- ders.*: Deutsches Privatrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil und Personenrecht, 1. Aufl., Leipzig 1895.
- Grever, Sebastian*: Disquotale Ausgestaltung von Gesellschafterrechten – zivilrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten und steuerrechtliche Folgen, in: RNotZ 2019, 1–18.
- Grüneberg, Christian et.al.*: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 82. Aufl., München 2023.
- Grunewald, Barbara*: Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen, in: ZGR 1995, 68–92.
- dies.*: Die Haftung der Personengesellschafter für sogenannte Sozialverbindlichkeiten, Anmerkung zu OLG Brandenburg, Urt. v. 24.8.2022 – 7 U 213/21, in: JZ 2023, 725–728.
- Gummert, Hans/Weipert, Lutz (Hrsg.)*: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 5. Aufl., München 2019.
- Habersack, Mathias*: Der Regreß bei akzessorischer Haftung – Gemeinsamkeiten zwischen Bürgschafts- und Gesellschaftsrecht, in: AcP 198 (1998), 152–170.
- Habersack, Mathias/Casper, Matthias/Löbke, Marc (Hrsg.)*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Großkommentar, Band II: §§ 29–52, 3. Aufl., Tübingen 2020.
- Hachmeister, Dirk/Kahle, Holger/Mock, Sebastian/Schüppen, Matthias (Hrsg.)*: Bilanzrecht, Kommentar, 3. Aufl. Köln 2022.
- Hadding, Walther*: Die Handelsrechtsklausur – Eine Anleitung zur Lösung handelsrechtlicher Fälle, in: JuS 1978, 23–28.
- ders.*: Rückgriff des haftenden Treuhandkommanditisten – Besprechung der Entscheidung BGHZ 93, 246, in: Goerdeler, Reinhard/Hom-

- melhoff, Peter/Lutter, Marcus/Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Fleck zum 70. Geburtstag am 30. Januar 1988, Berlin, New York 1988, S. 71–87.
- ders.*: Einschränkung des Umfangs organschaftlicher Vertretungsmacht bei OHG und KG entsprechend § 179a AktG?, in: Schneider, Uwe H./Hommelhoff, Peter/Schmidt, Karsten/Timm, Wolfram/Grune-wald, Barbara/Drygala, Tim (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Köln 2000, S. 851–869.
- Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar, BGB, 67. Edition, München, Stand: 1.8.2023.
- Häublein, Martin/Hoffmann-Theinert, Roland (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar, HGB, 39. Edition, München, Stand: 15.1.2023.
- Heidel, Thomas/Schall, Alexander (Hrsg.): Handelsgesetzbuch, Hand-kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2020.
- Henssler, Martin/Strohn, Lutz (Hrsg.): Gesellschaftsrecht, Kommentar, 5. Aufl., München 2021.
- Heymann, Ernst (Begr.)/Horn, Norbert (Hrsg.): Handelsgesetzbuch, Kom-mentar, Band 2/Zweites Buch: §§ 105–237, 2. Aufl., Berlin, New York 1996.
- Hopt, Klaus J./Kumpan, Christoph/Leyens, Patrick C./Merkt, Hanno/Roth, Markus*: Handelsgesetzbuch, Kommentar, 42. Aufl., München 2023.
- Huber, Ulrich*: Gesellschafterkonten in der Personengesellschaft, in: ZGR 1988, 1–103.
- Hueck, Alfred*: Das Recht der Offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl., Ber-lin, New York 1971.
- Hüffer, Uwe*: 100 Bände BGHZ: Personengesellschaftsrecht, in: ZHR 151 (1987), 396–421.
- Hüffer, Uwe (Begr.)/Koch, Jens: Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., München 2021.

- John, Uwe*: Die organisierte Rechtsperson – System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht, Berlin 1977.
- Graf v. Kanitz, Friedrich*: Rechnungslegung bei Personenhandelsgesellschaften, in: WPg 2003, 324–345.
- ders.*: Bilanzkunde für Juristen, 4. Aufl., München 2023.
- Koller, Ingo*: Aufwendungsersatz und Drittgläubigerforderung bei Personenhandelsgesellschaften, in: Stathopoulos, Michael/Beys, Kostas/Doris, Philippos/Karakostas, Ioannis (Hrsg.), Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag, Athen, München, Bern 2006, S. 671–688.
- Koller, Ingo/Kindler, Peter/Drüen, Klaus-Dieter/Huber, Stefan/Stelmazczyk, Peter/Bach, Nina*: Handelsgesetzbuch, Kommentar, 10. Aufl., München 2023.
- Kornblum, Udo*: Der praktische Fall – Handelsrecht: Eine teure Geschäftsreise, in: JuS 1971, 363–366.
- ders.*: Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften, Frankfurt am Main 1972.
- Kretschmer, Detlev*: Die Haftung der oHG und ihrer Gesellschafter für vermögensrechtliche Ansprüche von Mitgesellschaftern unter besonderer Berücksichtigung des Tilgungsregresses, Frankfurt am Main 1973.
- Ley, Ursula*: Das Eigenkapital der abgeleiteten Steuerbilanz und der E-Bilanz, in: DStR 2013, 271–279.
- Lindacher, Walter F.*: Kommanditisten als Sicherungsgeber – Regreß nach erfolgter Inanspruchnahme, in: Häuser, Franz/Hammen, Horst/Hennrichs, Joachim/Steinbeck, Anja/Siebel, Ulf R./Welter, Reinhard (Hrsg.), Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, Berlin 2004, S. 529–537.

- Löffler, Joachim*: Der Kernbereich der Mitgliedschaft als Schranke für Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften, in: NJW 1989, 2656–2662.
- Mecke, Thomas*: Vertragsändernde Mehrheitsbeschlüsse in der OHG und KG – Zugleich eine Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 15.6.1987 – II ZR 261/86, in: BB 1988, 2258–2265.
- Mugdan, Benno (Hrsg.): Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
- Nentwig, Martin*: Grenzen der Gestaltungsfreiheit im Hinblick auf Beitragserhöhungen im Personengesellschaftsrecht – § 707 BGB als dogmatische Herausforderung für die Kautelarpraxis, in: WM 2011, 2168–2175.
- Neumann, Lorenz*: Der unfreiwillige Austausch der Komplementärgesellschaft einer Publikumskommanditgesellschaft, in: ZIP 2017, 1141–1149.
- Neumayer, Jochen*: Gesellschaftsvertragliche Bilanzklauseln und Ausschüttungsregelungen nach BilMoG, in: BB 2011, 2411–2414.
- Oetker, Hartmut (Hrsg.): Handelsgesetzbuch, Kommentar, 7. Aufl., München 2021.
- Offerhaus, Klaus/Söhn, Hartmut (Begr.)/Lange, Hans-Friedrich/Rauch, Gregor (Hrsg.): Umsatzsteuer, Kommentar, Heidelberg, Stand: 353. Lieferung, August 2023.
- Prediger, Bernhard*: Der Gesamtschuldnerausgleich unter den Gesellschaftern einer Offenen Handelsgesellschaft während des Bestehens der Gesellschaft, in: BB 1970, 868–869.
- Ders.*: Die Inanspruchnahme der OHG und der Mitgesellschafter aus „Drittverhältnissen“ von seiten eines Gesellschafters, in: BB 1971, 245–249.

- Priester, Hans-Joachim*: Haftungsgefahren bei Zahlung von Geschäftsführerbezügen an Kommanditisten, in: DB 1975, 1878–1882.
- ders.*: Änderung von Gewinnverwendungsbeschlüssen, in: ZIP 2000, 261–264.
- ders.*: Vergütungen an Komplementäre – Regelungsebenen, Organkompetenzen, Jahresabschluss, in: Carlé, Dieter/Stahl, Rudolf/Strahl, Martin (Hrsg.), Gestaltung und Abwehr im Steuerrecht, Festschrift für Klaus Korn zum 65. Geburtstag am 28. Januar 2005, Bonn, Berlin 2005, S. 377–387.
- ders.*: Jahresabschlussfeststellung bei Personengesellschaften, Grundlagengeschäft? – Mehrheitsregeln – Thesaurierung im Konzern, in: DStR 2007, 28–32.
- Prinz, Ulrich/Kahle, Holger (Hrsg.): Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften – Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, 5. Aufl., München 2020.
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl., Hürth 2023.
- Rau, Günter/Dürrwächter, Erich/Flick, Hans/Geist, Reinhold (Begr.): Umsatzsteuergesetz, Kommentar, Köln, Stand: 204. Lieferung, Juni 2023.
- Reuter, Dieter*: Zur Lehre Karsten Schmidts vom Innenrecht der Personengesellschaft und der GmbH, in: Bitter, Georg/Lutter, Marcus/Priester, Hans-Joachim/Schön, Wolfgang/Ulmer, Peter (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 1357–1374.
- Riegger, Bodo*: Geschäftsführervergütung und persönliche Haftung des Kommanditisten, in: DB 1983, 1909–1911.
- Röhrich, Volker (Begr.)/Graf von Westphalen, Friedrich/Haas, Ulrich/Mock, Sebastian/Wöstmann, Heinz (Hrsg.): Handelsgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. Köln 2023.

- Rowedder, Heinz (Begr.)/Pentz, Andreas (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 7. Aufl., München 2022.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7: Schuldrecht – Besonderer Teil IV, §§ 705–853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 8. Aufl. 2020.
- Schäfer, Carsten*: Der Bestimmtheitsgrundsatz ist (wirklich) Rechtsgeschichte, in: NZG 2014, 1401–1404.
- ders.*: Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2018.
- ders.*: Neue Impulse für den Minderheitenschutz gegen Mehrheitsbeschlüsse, in: Dreher, Meinrad/Drescher, Ingo/Mülbert, Peter O./Verse, Dirk A. (Hrsg.), Festschrift für Alfred Bergmann zum 65. Geburtstag am 13. Juli 2018, Berlin, Boston 2018, S. 617–635.
- Schmidt, Karsten*: Mehrheitsregelungen in GmbH & Co.-Verträgen – Verständnis oder Mißverständnis des „Bestimmtheitsgrundsatzes“?, in: ZHR 158 (1994), 205–228.
- ders.*: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 2002.
- ders.*: Mehrheitsbeschlüsse in Personengesellschaften – Stand und Fortbildung des Innenrechts der Personengesellschaften nach dem „Otto“-Urteil des Bundesgerichtshofs, in: ZGR 2008, 1–33.
- ders.*: Gesetzgebung und Rechtsfortbildung im Recht der GmbH und der Personengesellschaften, in: JZ 2009, 10–20.
- ders.*: Gesellschaftsrecht: Sanieren oder Ausscheiden, in: JuS 2016, 173–174.
- Schlegelberger, Franz (Begr.)/Geßler, Ernst/Hefermehl, Wolfgang/Hildebrand, Wolfgang et.al.: Handelsgesetzbuch, Kommentar, Band 3/Halbband 1: §§ 105–160, 5. Aufl., München 1992.

- Schneider, Uwe H.:* Die Rückdatierung von Rechtsgeschäften – Unter besonderer Berücksichtigung der Probleme rückdatierter Gesellschaftsverträge, in: AcP 175 (1975), 279–303.
- Schodder, Thomas F. W.:* Persönliche Haftung eines BGB-Gesellschafters für Anspruch aus Vertragsverhältnis mit der Gesellschaft nur bei Ansprüchen außerhalb des Gesellschaftsvertrags, Kurzkomentar zu OLG Brandenburg, Urt. v. 24.8.2022 – 7 U 213/21, in: EWiR 2023, 139–140.
- Scholz, Franz (Begr.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, Band 2: §§ 35–52 GmbHG, 12. Aufl., Köln 2021.
- Schulze, Reiner/Dörner, Heinrich/Ebert, Ina et.al.:* Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. Aufl., Baden-Baden 2022.
- Soergel, Hans Theodor (Begr.)/Hadding, Walther (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Band 11/1: Schuldrecht. 9.1. §§ 705 – 758, 13. Aufl., Stuttgart 2012.
- Sölch, Otto/Ringleb, Karl (Begr.)/Treiber, Andreas (Hrsg.): Umsatzsteuergesetz, Kommentar, München, Stand: 98. Ergänzungslieferung, Juni 2023.
- Staub, Hermann (Begr.)/Canaris, Claus-Wilhelm/Habersack, Matthias/Schäfer, Carsten (Hrsg.): Handelsgesetzbuch, Großkommentar, Band 3: §§ 105–160, 5. Aufl., Berlin 2009.
- v. Staudinger, Julius (Begr.)/Reuter, Dieter (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 705–740 (Gesellschaftsrecht), 13. Bearb., Berlin 2003.
- Steinbeck, Anja:* Grundfälle zum Personengesellschaftsrecht, in: JuS 2012, 105–112.
- Stürner, Rolf (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl., München 2023.

- Theile, Carsten*: Ausweisfragen beim Jahresabschluß der GmbH & Co. KG nach neuem Recht, in: BB 2000, 555–561.
- Ulmer, Peter*: Gewinnanspruch und Thesaurierung in OHG und KG, in: Schneider, Uwe H./Hommelhoff, Peter/Schmidt, Karsten/Timm, Wolfram/Grunewald, Barbara/Drygala, Tim (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Köln 2000, S. 935–954.
- Walter, Gerhard*: Der Gesellschafter als Gläubiger seiner Gesellschaft, in: JuS 1982, 81–87.
- ders.*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 1.12.1982 – VIII ZR 206/81, JZ 1983, 260–261.
- Wertenbruch, Johannes*: Begründung von Nachschusspflichten in der Personengesellschaft, in: DStR 2007, 1680–1684.
- Westermann, Harry (Begr.)/Westermann, Harm Peter/Wertenbruch, Johannes (Hrsg.)*: Handbuch Personengesellschaften, Köln, Stand: 86. Lieferung, August 2023.
- Wicke, Hartmut*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 4. Aufl., München 2020.
- ders.*: Mehrheitsentscheidungen in Personengesellschaften, in: MittBay-Not 2017, 125–130.
- Wicke, Hartmut/Bachmann, Gregor (Hrsg.)*: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 6. Aufl., München 2023.
- Wiechmann, Jost*: Der Jahres- und Konzernabschluß der GmbH & Co. KG, in: WPg 1999, 916–926.
- Wiedemann, Herbert*: Kapitalerhöhung in der Publikums-KG – Besprechung der Entscheidung BHHZ 66, 82, in: ZGR 1977, 690–697.
- ders.*: Gesellschaftsrecht, Band I: Grundlagen, München 1980.
- ders.*: Rechte und Pflichten des Personengesellschafters, in: WM Sonderbeilage 7/1992, 1–54.

- ders.*: Gesellschaftsrecht, Band II: Recht der Personengesellschaften, München 2004.
- Wieland, Karl*: Handelsrecht, Erster Band: Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften, München, Leipzig 1921.
- Wiesner, Georg*: Haftung ausgeschiedener OHG-Gesellschafter für öffentlichrechtliche Gesellschaftsverbindlichkeiten, in: Hoffmann-Becking, Michael/Hommelhoff, Peter/Graf von Westphalen, Friedrich (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Hellwig zum 70. Geburtstag, Köln 2010, S. 413–429.
- Wilde, Heiko*: Nachschusspflichten in KG und GbR – Ein Zwischenresümee zu geklärten und offenen Rechtsfragen in der Rechtsprechung des BGH, in: NZG 2012, 215–217.
- Graf Wolffskeel v. Reichenberg, Luitpold*: Der Personengeschafter als Gläubiger seiner Gesellschaft, Frankfurt am Main 2014.
- ders.*: Forderungen eines Personengeschafters gegen seine Gesellschaft bzw. Mitgesellschafter, in: NZG 2017, 45–50.
- Wollin, Sören*: Haftung der Mitgesellschafter für Dritt- vs. Sozialverbindlichkeiten, Anmerkung zu OLG Brandenburg, Urt. v. 24.8.2022 – 7 U 213/21, in: ZPG 2023, 67–70.
- Zunft, Fritz*: Grenzen der Rückwirkung im Zivil- und Zivilprozessrecht, in: AcP 152 (1952–53), 289–322.

## **Inhaltsverzeichnis:**

A. Einleitung und Gang der Untersuchung .....	1
B. Sachverhaltsüberblick.....	2
C. Zur Unterscheidung von Drittgläubigeranspruch und Sozialverbindlichkeit im Zusammenhang mit Vergütungsansprüchen eines Gesellschafters .....	2
I. Überblick.....	3
II. Entscheidung des Gerichts.....	6
III. Rezeption im Schrifttum .....	6
IV. Kritik und Stellungnahme.....	7
1. Vergütungsanspruch aus dem Gesellschaftsverhältnis .....	7
a) Rechtliche Zweifel an der Begründung des <i>OLG</i> .....	7
b) Von Anfang an kein dienstvertraglicher Vergütungsanspruch .....	10
2. Vergütete Leistung als Beitrag i.S.v. § 706 III BGB .....	14
3. Wirksamkeit des Gewinnverteilungsbeschlusses .....	15
a) Kompetenz der Gesellschafterversammlung.....	15
b) Zulässigkeit eines Mehrheitsbeschlusses .....	16
D. Zur Haftung des Mitgesellschafters für Sozialverbindlichkeiten.....	20
I. Überblick.....	20
II. Entscheidung des Gerichts.....	21
III. Rezeption im Schrifttum .....	21
IV. Kritik und Stellungnahme.....	22
1. Originäre Unanwendbarkeit des § 128 HGB (analog).....	22
2. Zu Reichweite und Zweck des § 707 BGB .....	26
E. Fazit und Ausblick .....	28

## A. Einleitung und Gang der Untersuchung

Das *OLG Brandenburg* sah sich kürzlich mit Fragen der Haftung *inter socios* in einer Personengesellschaft konfrontiert.<sup>1</sup> Gegenstand der Entscheidung ist *in nuce* zum einen die rechtliche Einordnung eines Vergütungsanspruchs des geschäftsführenden Gesellschafters einer GbR. Diese ist haftungsrechtlich besonders relevant, kommt dabei doch die Anspruchsgründung entweder auf einen Schuld- oder auf den Gesellschaftsvertrag in Betracht. Es liegt also entweder ein Drittgläubigeranspruch oder aber eine Sozialverbindlichkeit vor.<sup>2</sup>

Zum anderen erlangt – daran anknüpfend – erneut die seit Langem diskutierte Frage der Haftung eines Mitgesellschafters für Sozialverbindlichkeiten<sup>3</sup> entscheidungserhebliche Bedeutung. Nicht zuletzt äußert sich das Gericht zu wichtigen Kompetenz- und Mehrheitsfragen im Zusammenhang mit Ergebnisverteilungs- respektive -verwendungsabreden. Vor beachtliche Probleme stellte den Senat in faktischer Hinsicht vor allem die Interpretation der Ambiguitäten des Sachverhalts. Das Urteil ist inzwischen nach Rücknahme einer Nichtzulassungsbeschwerde rechtskräftig.<sup>4</sup>

Der Beitrag unternimmt den Versuch einer kritischen Betrachtung. Er gliedert sich dazu in zwei Hauptteile, die sich einerseits der Abgrenzung von Drittgläubigeranspruch und Sozialverbindlichkeit sowie andererseits der Mitgläubigerinregressnahmemöglichkeit bei Letzterer widmen. Die Untersuchung des Judikats erfolgt dergestalt, dass jeweils zunächst die Problemlage und die Lösung des Gerichts skizziert werden. Daran knüpft sich die eigene Analyse des Verfassers an. Der Beitrag schließt mit einem kurzen Fazit.

---

<sup>1</sup> OLG Brandenburg, Urt. v. 24.8.2022 – 7 U 213/21 = NZG 2022, 1483 = ZPG 2023, 67 m. Anm. *Wollin* = JZ 2023, 725 m. Anm. *Grunewald* = EWIR 2023, 139 m. Kurzkomm. *Schodder*.

<sup>2</sup> Hierzu mit ausführlichen Nachweisen bei C. (Zur Unterscheidung von Drittgläubigeranspruch und Sozialverbindlichkeit im Zusammenhang mit Vergütungsansprüchen eines Gesellschafters).

<sup>3</sup> Diese Frage beschäftigte bereits die Rechtsprechung des *Reichsoberhandelsgerichts* und die des *Reichsgerichts* ROHG, Urt. v. 28.3.1874 – II 160/74 = ROHGE 13, 142, 145; ROHG, Urt. v. 29.3.1876 – II 63/76 = ROHGE 19, 414, 416; RG, Urt. v. 2.3.1892 – I 346/354/91 = RGZ 29, 15; RG, Urt. v. 12.6.1893 – VI 82/93 = RGZ 31, 139, 141; RG, Urt. v. 8.11.1904 – II 68/04 = RGZ 59, 143 ff.; RG, Urt. v. 7.2.1928 – II 211/27 = RGZ 120, 135 ff.; RG, Urt. v. 26.2.1937 – II 200/36 = JW 1937, 1986; RG, Urt. v. 4.3.1943 – II 113/42 = RGZ 170, 392, 395.

<sup>4</sup> So *Schodder* (aaO), 140 Rn. 3.3.

## **B. Sachverhaltsüberblick**

Der Kläger war als Gesellschafter an einer zunächst aus vier Personen bestehenden GbR mit 25 % beteiligt. Mit dieser schloss er am 30.8.2012 einen – mehrfach verlängerten – sog. Beratervertrag ab, der Beratungsleistungen bezüglich eines Bauprojekts zum Gegenstand hatte und eine monatliche Vergütung zzgl. Umsatzsteuer vorsah. In der Folgezeit stellte der Kläger Rechnungen und erhielt Zahlungen nur über Nettobeträge, bis die Rechnungslegung gänzlich unterblieb. Zudem schrieb er seinem buchhalterischen Gesellschafterkonto unter der Überschrift „Gesellschaftereinlagen“ einen Betrag i.H.v. 75 % des vereinbarten Honorars gut. Bei der Aufstellung der Jahresabschlüsse verbuchten die Steuerberater die Vergütung auf dieser Grundlage stets als Gewinnanspruch des Klägers. Nachdem diese Praxis jahrelang so fortgeführt wurde, fassten drei der vier Gesellschafter – ausschließlich des späteren Beklagten – den Beschluss, dass die Zahlungen vom Beratervertrag als Vorabgewinn zu verstehen seien. Als diese ausblieben, wendete sich der Kläger gegen seinen – mittlerweile ausgeschiedenen – vormaligen Mitgesellschafter. Dieser haftete persönlich für den Vergütungsanspruch, da es sich um ein Drittgeschäft handele. Der Beklagte erwiderte daraufhin, dass die Forderung – die ohnehin nicht bestünde – eine Sozialverbindlichkeit sei, für die er nicht persönlich einzustehen habe.

## **C. Zur Unterscheidung von Drittgläubigeranspruch und Sozialverbindlichkeit im Zusammenhang mit Vergütungsansprüchen eines Gesellschafters**

Sobald es um die Haftung eines Mitgesellschafter für Forderungen eines anderen Gesellschafters geht, ist deren Ableitung aus dem Sozialverhältnis oder einem Drittgeschäft<sup>5</sup> von eminenter praktischer und rechtlicher Be-

---

<sup>5</sup> Zur Terminologie MünchKommBGB/Schäfer, § 705 Rn. 193; MünchKommHGB/Fleischer, § 105 Rn. 267 ff.; BeckOKHGB/Klimke, § 105 Rn. 123, 127; R/GvW/H/M/W/Haas/Wöstmann, § 105 Rn. 130; Soergel/Hadding/Kießling, § 705 Rn. 51; BeckHdbPersG/Gesell, § 4 Rn. 31 f.; Wiedemann, WM Sonderbeilage 7/1992, 1, 3, 4 ff.

deutung. Die persönliche Haftung der Mitgesellschafter für Drittgläubigeransprüche<sup>6</sup> ist nämlich dem Grunde nach<sup>7</sup> unbestritten.<sup>8</sup> Für Sozialverbindlichkeiten wird sie hingegen während des Bestehens der Gesellschaft grundsätzlich abgelehnt.<sup>9</sup>

## I. Überblick

Ein Gesellschafter kann für die Leistung von Diensten bei entsprechender schuldrechtlicher Abrede wie ein Dritter Entgeltansprüche erwerben.<sup>10</sup> Früher wurde ihm, vor dem Hintergrund einer postulierten fehlenden rechtlichen Verselbstständigung der Personengesellschaft<sup>11</sup> und einer sonst eintretenden „Konfusionslage“,<sup>12</sup> teils noch die Möglichkeit der Einnahme einer solchen Gläubigerstellung abgesprochen.<sup>13</sup> Fehlt eine gesonderte Abrede und beruht die Leistungsbeziehung stattdessen auf dem Gesellschaftsverhältnis, handelt es sich bei den Diensten um Beiträge i.S.v. § 706 III

---

<sup>6</sup> *Hadding/Kießling* (Fn. 5), § 705 Rn. 57: „Ist der Gläubiger zugleich Gesellschafter der verpflichteten GbR, handelt es sich um einen sogenannten Drittgläubigeranspruch“.

<sup>7</sup> Zur Höhe der Haftung bestehen unterschiedliche Auffassungen – für eine Haftung *minus rata* RG, Urt. v. 26.2.1937 – II ZR 200/36 = JW 1937, 1986, 1987; BGH, Urt. v. 1.12.1982 – VIII ZR 206/81 = NJW 1983, 749; BGH, Urt. v. 18.3.2002 – II ZR 103/01 = NZG 2002, 519; *EBJS/Wertenbruch*, § 105 Rn. 234; *Fleischer* (Fn. 5), § 105 Rn. 270; mit anderer Begründung: *Altmeyen*, NJW 2009, 2241, 2242 ff.; für eine *pro rata* *Düringer/Hachenburg/Flechtheim*, § 128 Rn. 15; *Prediger*, BB 1971, 245, 248; *Walter*, JuS 1982, 81, 86; *ders.*, JZ 1983, 260 f.; gegen eine Abzugspflicht *Wieland*, Handelsrecht, S. 849 f.

<sup>8</sup> Allg.M.: BGH, Urt. v. 10.11.1969 – II ZR 40/67 = WM 1970, 280; BGH, Urt. v. 1.12.1982 – VIII ZR 206/81 = NJW 1983, 749; OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.1.2001 – 6 U 137/00 = NZG 2001, 748, 749; MünchKommHGB/K. *Schmidt/Drescher*, § 128 Rn. 12; *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 13; *Oetker/Boesche*, § 128 Rn. 21; *Hopt/Roth*, § 128 Rn. 2, 24; *EBJS/Hillmann*, § 128 Rn. 10; anders noch RG, Urt. v. 7.10.1911 – I 410/10 = RGZ 77, 102, 104.

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 11.1.1960 – II ZR 69/59 = WM 1960, 187; BGH, Urt. v. 2.7.1962 – II ZR 204/60 = NJW 1962, 1863, 1864; BGH, Urt. v. 10.4.1989 – II ZR 158/88 = NJW-RR 1989, 866; *Habersack* (aaO), § 128 Rn. 12; *Roth* (aaO), § 128 Rn. 22; *Hillmann* (aaO), § 128 Rn. 11; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 49 I 2b, S. 1412, 1437; *Berg*, JuS 1974, 685, 689; a.A. kürzlich *Grunewald*, JZ 2023, 725, 726 ff.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 8.10.2013 – II ZR 310/12 = NZG 2013, 1334 Rn. 37 ff.; *Fleischer* (Fn. 5), § 105 Rn. 269; *Klimke* (Fn. 5), § 105 Rn. 127; *Wiedemann* (Fn. 5), 1, 8 ff.

<sup>11</sup> Vgl. *Mugdan*, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, S. 330: „Der Vertrag bezweckt und erzeugt nur ein obligatorisches Rechtsverhältnis unter den Kontrahenten [...] Im Verkehre mit Dritten kommt dem Gesellschaftsverhältnisse an sich keine Bedeutung zu.“; eine Rechtssubjektivität im Außenverhältnis ablehnend *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 660 f.; *ders.*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, S. 343.

<sup>12</sup> *Wolffskeel v. Reichenberg*, NZG 2017, 45; zur „confusio“ in diesem Zusammenhang anschaulich und aus historischer Perspektive auch *Flechtheim*, LZ 1914, 1260, 1261 f.

<sup>13</sup> *Adler*, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts, S. 129; spätestens seit BGH, Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341 („ARGE Weißes Ross“) obsolet.

BGB,<sup>14</sup> die die Zweckförderungspflicht konkretisieren.<sup>15</sup> Diese werden grundsätzlich nur über die allgemeine Gewinnbeteiligung abgegolten,<sup>16</sup> was aus § 733 II 3 BGB resultiert.<sup>17</sup> Gleichwohl kann auch hier gesellschaftsvertraglich eine Vergütung vereinbart werden.<sup>18</sup> Gebräuchlich ist die Erhöhung des Gewinnanteils oder die Zahlung eines erfolgsabhängigen oder -unabhängigen Vorabgewinns.<sup>19</sup> Der (Vorab-)Gewinnanspruch ergibt sich dann aus einer Gewinnverteilungsabrede,<sup>20</sup> die den Gesellschaftsvertrag durch eine Modifikation des bisherigen (dispositiven) Gewinnverteilungsschlüssels abändert.<sup>21</sup> Ausnahmsweise entsteht der Anspruch bereits vor Feststellung des Jahresabschlusses<sup>22</sup> und ist Individualanspruch respektive Sozialverbindlichkeit.<sup>23</sup> Auch im Falle seiner Erfolgsunabhängigkeit hat er zwingend Einfluss auf die Ergebnisverteilung, da sich zumindest der den anderen Gesellschaftern im Innenverhältnis zufallende Verlustanteil erhöht.<sup>24</sup> Ein den Ergebnisverteilungsschlüssel ändernder Beschluss soll aufgrund der Berührung der in den „Kernbereich“

---

<sup>14</sup> *Hadding/Kießling* (Fn. 5), § 706 Rn. 3; *Priester*, in: FS Korn, S. 377, 379.

<sup>15</sup> *Staudinger/Habermeier*, § 706 Rn. 9.

<sup>16</sup> *K. Schmidt* (Fn. 9), § 47 II 4b, S. 1379; *Priester* (aaO), S. 377, 379; für die Geschäftsführung: RG, Urt. v. 4.3.1943 – II 113/42 = RGZ 170, 392, 396; BGH, Urt. v. 21.5.1955 – IV ZR 7/55 = NJW 1955, 1227; OLG Koblenz, Urt. v. 14.2.1986 – 2 U 1603/84 = NJW-RR 1987, 24; BeckOKBGB/*Schöne*, § 709 Rn. 14; *Habermeier* (aaO), § 709 Rn. 34; *Staub/Schäfer*, § 114 Rn. 47.

<sup>17</sup> *MünchKommHGB/Jickeli*, § 114 Rn. 77; *K. Schmidt* (Fn. 9), § 20 II 1a, S. 569.

<sup>18</sup> RG, Urt. v. 4.3.1943 – II 113/42 = RGZ 170, 392, 396; BGH, Urt. v. 21.5.1955 – IV ZR 7/55 = NJW 1955, 1227; BGH, Urt. v. 15.3.2016 – II ZR 114/15 = NZG 2016, 823 Rn. 22 ff.; *Schäfer* (Fn. 5), § 709 Rn. 32; *Jickeli* (aaO), § 114 Rn. 78.

<sup>19</sup> *Schäfer* (Fn. 5), § 709 Rn. 33; *ders.* (aaO), § 121 Rn. 26 ff.; *MünchHdbGesR-Bd. 1/v. Ditfurth*, § 53 Rn. 75; *MünchKommHGB/Priester*, § 121 Rn. 38 ff.; *ders.* (aaO), S. 377, 381; *Henssler/Strohn/Finckh*, § 121 Rn. 29; *Bormann/Hellberg*, DB 1997, 2415, 2419; siehe auch *Riegger*, DB 1983, 1909, 1910.

<sup>20</sup> Vgl. *Jickeli* (aaO), § 114 Rn. 79; *MünchHdbGesR-Bd. 1/Gummert*, § 15 Rn. 26; *Jickeli* spricht im Unterschied zu *Gummert* von einer „Gewinnverwendungsabrede“ – die terminologischen Differenzen rühren wohl daher, dass es bei Personengesellschaften keines gesonderten Gewinnverwendungsbeschlusses bedarf (siehe Fn. 22) und so die Entscheidungen über den Gewinnverteilungsschlüssel und die Gewinnverwendung sich der Sache nach miteinander verbinden.

<sup>21</sup> *Gummert* (aaO), § 15 Rn. 15; *Roth* (Fn. 8), § 121 Rn. 19 f.; siehe hierzu auch *Brandis/Heuermann/Bode EstG*, § 15 Rn. 543.

<sup>22</sup> Vgl. *Schäfer* (aaO), § 121 Rn. 5; bei der Personengesellschaft ist i.d.R. kein gesonderter Gewinnverwendungsbeschluss nötig: LG Frankfurt a.M., Urt. v. 20.3.2013 – 3-13 O 119/12 = NZG 2013, 1222, 1224 (zur KG); *Gummert* (aaO), § 15 Rn. 39; *Hachmeister/Kahle/Mock/Schuppen/v. Kanitz*, § 122 HGB Rn. 17; *Ulmer*, in: FS Lutter, S. 935, 945.

<sup>23</sup> *Gummert* (aaO), § 15 Rn. 39; *Carlé*, in: FS Korn, S. 251, 258; vgl. BGH, Urt. v. 10.4.1989 – II ZR 158/88 = WM 1989, 1021, 1022.

<sup>24</sup> *Jickeli* (aaO), § 114 Rn. 80; v. *Ditfurth* (aaO), § 53 Rn. 75.

der Mitgliedschaft fallenden Vermögensrechte<sup>25</sup> der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters bedürfen.<sup>26</sup>

Zur Frage, wie die Abgrenzung zwischen Drittgläubigeranspruch und Sozialverbindlichkeit vorzunehmen sei, werden verschiedene Differenzierungskriterien genannt.<sup>27</sup> Einer Literaturmeinung zufolge soll die *causa* des Rechtsgeschäfts maßgeblich sein.<sup>28</sup> Bei einem Drittgeschäft verfolgten beide Parteien eigenen Zwecke, wohingegen im anderen Fall die Leistung *causa societatis*, also zur Förderung des Gesellschaftszwecks,<sup>29</sup> – etwa aufgrund gesellschaftsvertraglicher Abreden oder unter Berücksichtigung der Gesellschafterstellung – erfolge.<sup>30</sup> Für andere soll es wiederum auf einen Drittvergleich ankommen.<sup>31</sup> Die Rechtsprechung<sup>32</sup> und weite Teile des Schrifttums<sup>33</sup> nehmen die Abgrenzung schließlich nach rein objektiven Merkmalen vor. Es solle einzig entscheidend sein, ob der Anspruch seine Rechtsgrundlage im Gesellschaftsverhältnis oder aber in einem separaten Rechtsgeschäft habe.<sup>34</sup>

---

<sup>25</sup> Schäfer bezeichnet die Gewinnbeteiligung als „das wesentlichste der mit der Mitgliedschaft verbundenen Vermögensrechte“, (Fn. 5) § 121 Rn. 9.

<sup>26</sup> Schäfer (Fn. 5), § 709 Rn. 95; Habermeier (Fn. 15), § 709 Rn. 51; Gummert (Fn. 20)), § 15 Rn. 15; Schäfer (Fn. 5), § 121 Rn. 11; Grever, RNotZ 2019, 1, 8.

<sup>27</sup> Umfassender Überblick – auch in historischer Hinsicht – bei *Wolffskeel v. Reichenberg*, Der Personengeschafter als Gläubiger seiner Gesellschaft, S. 7 ff.

<sup>28</sup> Habersack (Fn. 8), § 126 Rn. 10; Schäfer (Fn. 16), § 105 Rn. 13; Lindacher, in: FS Hadding, S. 529 f.; wohl auch Koller, in: FS Georgiades, S. 671, 678 ff.

<sup>29</sup> Vgl. Faust, in: FS K. Schmidt, S. 357, 368.

<sup>30</sup> Schäfer (Fn. 16), § 105 Rn. 213.

<sup>31</sup> Kornblum, Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften, S. 142 ff.; mit Abweichungen zustimmend Kretschmer, Die Haftung der oHG und ihrer Gesellschafter für vermögensrechtliche Ansprüche von Mitgesellschaftern unter besonderer Berücksichtigung des Tilgungsregresses, S. 147 ff.

<sup>32</sup> RG, Urte. v. 5.1.1937 – II 182/36 = RGZ 153, 305, 310 f.; RG, Urte. v. 26.2.1937 – II ZR 200/36 = JW 1937, 1986, 1987; BGH, Urte. v. 29.9.1955 – II ZR 66/54 = WM 1955, 1585, 1586; BGH, Urte. v. 10.11.1969 = WM 1970, 280; BGH, Urte. v. 1.4.1974 – II ZR 95/72 = WM 1974, 749, 751; BGH, Urte. v. 20.10.1977 – II ZR 92/76 = WM 1978, 89, 90; BGH, Urte. v. 10.4.1989 – II ZR 158/88 = NJW-RR 1989, 866; BGH, Urte. v. 3.4.2006 – II ZR 40/05 = NZG 2006, 459 Rn. 20; BGH, Urte. v. 8.10.2013 – II ZR 310/12 = NZG 2013, 1334 Rn. 18.

<sup>33</sup> Hadding/Kießling (Fn. 5), § 705 Rn. 51; Prütting/Wegen/Weinreich/v. Ditzfurth/Notz, § 705 Rn. 29, 31; Boesche (Fn. 8.), § 128 Rn. 21; Heidel/Schall/Seeger, § 128 Rn. 8; K. Schmidt/Drescher (Fn. 8), § 128 Rn. 12; Heymann/Emmerich, § 128 Rn. 14 f.; Hillmann (Fn. 8), § 128 Rn. 10; Henssler/Strohn/Steitz, § 128 Rn. 10; Roth (Fn. 8), § 124 Rn. 51; Jauernig/Stürner, § 706 Rn. 10; *Wolffskeel v. Reichenberg* (aaO), S. 10 f.; Walter (Fn. 7), 81, 84 f.; früh schon *Flechtheim* (Fn. 12). 1260, 1261.

<sup>34</sup> So *pars pro toto* BGH, Urte. v. 8.10.2013 – II ZR 310/12 = NZG 2013, 1334 Rn. 18.

## II. Entscheidung des Gerichts

Um herauszufinden, ob die streitigen Leistungsansprüche des Klägers ihre Grundlage nicht außerhalb des Gesellschaftsvertrags hätten,<sup>35</sup> wog das *OLG* die dafür und dagegen sprechenden Argumente umfassend ab. Für ein Drittgeschäft spräche die Tatsache, dass der Gesellschaftsvertrag zuvor den Kläger nicht zur Erbringung von Beratungsleistungen verpflichtet und man diese als umsatzsteuerpflichtig angesehen habe.<sup>36</sup> Als entscheidungserheblich erachtet das Gericht indes die nachfolgende Behandlung des Vertrags – die Rechnungen und Zahlungen nur über Nettobeträge und das spätere gänzliche Unterbleiben einer Rechnungsstellung.<sup>37</sup> Es postuliert, man habe die Vergütung „schließlich ausdrücklich klarstellend abweichend von einem Drittgeschäft geregelt“<sup>38</sup> und verweist dazu auf die – oben dargelegte<sup>39</sup> – buchhalterische Handhabung.<sup>40</sup> Zudem führe der am 28.2.2016 gefasste klarstellende Beschluss zur Einordnung des Vergütungsanspruchs als Sozialverbindlichkeit.<sup>41</sup> Rechtlich sei ein solcher Beschluss auch wirksam. Zwar berühre die Regelung bisher gesellschaftsvertraglich nicht vereinbarter Gewinnansprüche „das Recht aller Gesellschafter als mitgliedshaftliches Recht und damit die Grundlagen der Gesellschaft“, sodass Änderungen der Zustimmung aller Gesellschafter bedürften, doch habe hier der Gesellschaftsvertrag eine Mehrheitsklausel von 75 % vorgesehen.<sup>42</sup>

## III. Rezeption im Schrifttum

Die Entscheidung des *OLG* verhallte nicht ohne Resonanz aus dem Schrifttum.<sup>43</sup> So übt *Wollin* Kritik an deren Begründung und der „„gelebten‘ Sichtweise“ des *OLG*.<sup>44</sup> Nicht hinreichend deutlich werde, „durch

---

<sup>35</sup> OLG Brandenburg, Urt. v. 24.8.2022 – 7 U 213/21 = NZG 2022, 1483 Rn. 20.

<sup>36</sup> OLG Brandenburg (aaO), 1483 Rn. 21.

<sup>37</sup> OLG Brandenburg (aaO), 1483 Rn. 22.

<sup>38</sup> OLG Brandenburg (aaO), 1483 Rn. 23.

<sup>39</sup> Siehe hierzu B. (Sachverhaltsüberblick).

<sup>40</sup> OLG Brandenburg (aaO), 1483 Rn. 23 f.

<sup>41</sup> OLG Brandenburg (aaO), 1483 Rn. 28; die Eingangsinstanz sah dies noch anders und ordnete den „Beratervertrag“ als Drittgeschäft ein, die Entscheidungsgründe blieben aber leider unveröffentlicht.

<sup>42</sup> OLG Brandenburg (aaO), 1483 Rn. 27.

<sup>43</sup> *Wollin*, ZPG 2023, 67.

<sup>44</sup> *Wollin* (aaO), 67, 70 f.

welches der aufgeführten Sachverhaltselemente [...] die ‚abweichende Regelung‘ [von einem Drittgeschäft] geschehen sein soll“.<sup>45</sup> Primär in Ermangelung einer gesellschaftsvertraglichen Verpflichtung sei vielmehr zunächst ein Dienstvertrag mit dem Charakter eines Drittgeschäfts „in der Welt“ gewesen.<sup>46</sup> Allenfalls kämen eine spätere gesellschaftsvertragliche Erweiterung der Geschäftsführungspflichten des Klägers um die Beratungsleistungen sowie die Fassung entsprechender „Gewinnverteilungsbeschlüsse“ in Betracht.<sup>47</sup> Daran anknüpfend stellen sich für *Wollin* ungeklärte Folgefragen hinsichtlich des Verhältnisses einer gesonderten Dienst- zur organschaftlichen Geschäftsführungspflicht.<sup>48</sup> Was gelte etwa, wenn der Kläger die geleisteten Dienste „bereits zur Erfüllung seiner Geschäftsführungspflicht ‚verbraucht‘“ habe?<sup>49</sup> Rechtliche Zweifel hegt *Wollin* auch an der Reichweite der gesellschaftsvertraglichen Mehrheitsklausel. Die Gesellschafter hätten damit kaum ihre „antizipierte Zustimmung für einen Eingriff in ihre Gewinnrechte per Mehrheitsbeschluss“ gegeben.<sup>50</sup> Ausmaß und Umfang der möglichen späteren Belastung hätten dafür in der Klausel deutlicher zum Ausdruck kommen müssen.<sup>51</sup>

#### **IV. Kritik und Stellungnahme**

Die *ratio decidendi* birgt in der Tat mehrere rechtsdogmatische und interpretatorische Unstimmigkeiten, die nachfolgend erörtert werden sollen.

##### **1. Vergütungsanspruch aus dem Gesellschaftsverhältnis**

###### **a) Rechtliche Zweifel an der Begründung des *OLG***

Richtigerweise stellt das *OLG* zur Bestimmung des Rechtscharakters des Vergütungsanspruchs auf dessen Rechtsgrundlage ab.<sup>52</sup> Das Kriterium der

---

<sup>45</sup> *Wollin* (Fn. 43), 67, 70.

<sup>46</sup> Ebd.

<sup>47</sup> *Wollin* (Fn. 43), 67, 70 f.

<sup>48</sup> *Wollin* (Fn. 43), 67, 70.

<sup>49</sup> Ebd.

<sup>50</sup> *Wollin* (Fn. 43), 67, 71.

<sup>51</sup> Ebd.

<sup>52</sup> *E contrario* aus *OLG Brandenburg* (Fn. 35), 1483 Rn. 20.

*causa societatis* kann ob seiner Unbestimmtheit und der damit verbundenen rechtlichen Unsicherheit nicht überzeugen.<sup>53</sup> Die gesellschaftsvertragliche Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrags kann etwa nicht über die Existenz zweier unterscheidbarer Rechtsverhältnisse hinwegtäuschen.<sup>54</sup> Trotz dieser richtigen Prämisse überzeugt das weitere Vorgehen des OLG nicht. Um den Abschluss eines Dienstvertrags (mit Geschäftsbesorgungscharakter) ablehnen zu können, hätte das mehrdeutige Rechtsgeschäft vom 30.8.2012 ausgelegt und dessen Vertragsinhalt gem. §§ 133, 157 BGB ermittelt werden müssen. Das Gericht betrachtet indes die von einem Drittgeschäft abweichende Behandlung des Rechtsgeschäfts „in der Folgezeit“ sowie die „schließlich“ erfolgte, davon ausdrücklich differierende, Regelung.<sup>55</sup> Tatsächlich gilt bei der Auslegung von Gesellschaftsverträgen die Besonderheit, dass der einvernehmlichen praktischen Durchführung des Vertrags ein Primat gegenüber der Wortlautauslegung eingeräumt werden kann,<sup>56</sup> da dessen Vertragsdauer und -zweck sowie die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht besonders zu berücksichtigen seien.<sup>57</sup> Bei genauerem Hinsehen ist hier aber eine Vorfrage betroffen. *Realiter* ist nicht etwa der Gesellschaftsvertrag auszulegen, sondern zu prüfen, ob durch das Rechtsgeschäft vom 30.8.2012 dieser überhaupt geändert oder stattdessen ein separater Dienstvertrag geschlossen wurde. Für die Einordnung eines Vertrags hat das nachträgliche Verhalten nur insoweit Bedeutung, als es Aufschluss über den tatsächlichen Willen und das Verständnis der Beteiligten im Zeitpunkt seines Wirksamwerdens gibt, es kann jedoch nicht mehr den

---

<sup>53</sup> So auch *Faust* (Fn. 29), S. 357, 368; *Wolffskeel v. Reichenberg* (Fn. 27), S. 10.

<sup>54</sup> Vgl. *K. Schmidt/Drescher* (Fn. 8), § 128 Rn. 12; *Habersack* (Fn. 8), § 128 Rn. 13; *Hillmann* (Fn. 8), § 128 Rn. 10; *Emmerich* (Fn. 33) Rn. 17; *Faust* (Fn. 29), S. 357, 368; *Drygala*, FS Raiser, S. 63, 68; *Koller* (Fn. 28), S. 671, 680; abweichend OLG München, Urt. v. 28.7.2000 – 23 U 4359/99 = NZG 2000, 1124; *Westermann/Wertenbruch/Wertenbruch*, Rn. I 897a.

<sup>55</sup> OLG Brandenburg (Fn. 35), 1483 Rn. 22 f.

<sup>56</sup> BGH, Urt. v. 13.3.1989 – II ZR 193/88 = NJW-RR 1989, 993, 994; *Schäfer* (Fn. 5), § 705 Rn. 176 f.; *ders.* (Fn. 19), § 105 Rn. 193; *Erman/Lieder*, § 705 Rn. 90; *Fleischer* (Fn. 5), § 105 Rn. 164; *Heidel/Schall/Heidel*, § 105 Rn. 160; *Wertenbruch* (Fn. 7), § 105 Rn. 101; *Henssler/Strohn/Henssler*, § 105 Rn. 98; *Schlegelberger/K. Schmidt*, § 105 Rn. 131; *Emmerich* (Fn. 33), § 105 Rn. 18 f.; *Coing*, ZGR 1978, 659, 667; *Grunewald*, ZGR 1995, 68, 69 f.

<sup>57</sup> *Schäfer* (Fn. 5), § 705 Rn. 176 f.; *ders.* (Fn. 19), § 105 Rn. 193; vgl. MünchHdbGesR-Bd. 1/*Schücking*, § 1 Rn. 11.

objektiven Vertragsinhalt umgestalten.<sup>58</sup> Selbst eine mögliche spätere konkludente (Gesellschafts-)Vertragsänderung<sup>59</sup> hätte daher nicht einen bereits im Außenverhältnis geschlossenen Dienstvertrag *uno actu* beseitigen können. Allenfalls denkbar erschiene dessen damit einhergehende konkludente (rückwirkende)<sup>60</sup> Aufhebung, was aber angesichts der hierbei geltenden erhöhten Anforderungen an den Rechtsbindungswillen<sup>61</sup> unwahrscheinlich ist. Aus dem gleichen Grund kann auch der nachträgliche Klarstellungsbeschluss – sofern man ihm, wie das *OLG* suggeriert, konstitutive Wirkung beimisst<sup>62</sup> – nichts zur Ermittlung des wirklichen Parteiwillens im maßgeblichen Zeitpunkt und zur Frage des Vorliegens eines Drittgeschäfts beitragen. Sogar wenn die Gesellschafter mit dem Beschluss vom 28.2.2016 eine Rückwirkung der Rechtsfolgen beabsichtigt hätten, hätte eine solche Rückdatierung lediglich obligatorische Wirkung im Innenverhältnis gehabt und ließe das Außenverhältnis unberührt.<sup>63</sup> Wie *Wollin* zutreffend bemerkt, wird nicht einmal klar, welchem Sachverhaltsmerkmal das *OLG* letztlich bei seiner eklektischen Gesamtbetrachtung maßgebliche Bedeutung zuerkennt – ob nun der buchhalterischen Handhabung, der Nettoabrechnung oder dem späteren Beschluss. Das bloße Abstellen auf die nachträgliche Handhabung, ohne dabei Rückschlüsse auf den wirklichen Parteiwillen im maßgeblichen Zeitpunkt vorzunehmen, ist jedoch in jedem Fall rechtsdogmatisch zweifelhaft und untauglich, eine brauchbare Abgrenzung zu leisten.

---

<sup>58</sup> BGH, Urt. v. 24.6.1988 – V ZR 49/87 = NJW 1988, 2878, 2879; BGH Urt. v. 16.10.1997 – IX ZR 164/96 = NJW- RR 1998, 259; BGH, Urt. v. 26.11.1997 – XII ZR 308/95 = NJW-RR 1998, 801, 803; BGH, Urt. v. 22.6.2005 – VIII ZR 214/04 = NJW-RR 2005, 1323, 1324; BGH, Beschl. v. 29.9.2022 – I ZB 15/22 = WM 2023, 1300, 1302; vgl. BeckOGKBGB/*Möslein*, § 133 Rn. 67; Grüneberg/*Ellenberger*, § 133 Rn. 17.

<sup>59</sup> BGH, Urt. v. 17.1.1966 – II ZR 8/64 = NJW 1966, 826, 827; BGH, Urt. v. 29.3.1996 – II ZR 263/94 = NJW 1996, 1678, 1680; BGH, Urt. 18.5.2005 -- II ZR 55/03 = NJW 2005, 625; *Lieder* (Fn. 56), § 705 Rn. 90, *Fleischer* (Fn. 5), § 105 Rn. 188; *Roth* (Fn. 8), § 105 Rn. 62; *Klimke* (Fn. 5), § 105 Rn. 57; *Wertenbruch* (Fn. 7), § 105 Rn. 117; *Schäfer* (Fn. 16), § 105 Rn. 187.

<sup>60</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 16.6.1978 – V ZR 115/77 = NJW 1978, 2198; BeckOGKBGB/*Herresthal*, § 311 Rn. 171; MünchKommBGB/*Emmerich*, § 311 Rn. 21; Dauner-Lieb/*Langen/Becker*, § 311 Rn. 26; *Staudinger/Feldmann*, § 311 Rn. 32.

<sup>61</sup> *Herresthal* (aaO), § 311 Rn. 166.

<sup>62</sup> Vgl. *OLG Brandenburg* (Fn. 35), 1483 Rn. 28.

<sup>63</sup> Vgl. *Schneider*, AcP 175 (1975), 279, 299 f.; zur rückwirkenden Aufnahme eines Gesellschafters *Zunft*, AcP 152 (1952–53), 289, 313.

## b) Von Anfang an kein dienstvertraglicher Vergütungsanspruch

Wenngleich die Begründung des *OLG* kritikwürdig ist, bleibt zu untersuchen, ob dessen Entscheidung, den Vergütungsanspruch des Klägers als Sozialverbindlichkeit einzustufen, im Ergebnis dennoch zutreffend ist. Die dagegen aufgeführten Argumente sind gewichtig. So wurde das fragliche Rechtsgeschäft als „Beratervertrag“<sup>64</sup> und nicht als Gesellschaftsvertragsänderung bezeichnet. Aus dem Gesellschaftsvertrag habe sich zuvor, wie das Gericht annimmt, keine Verpflichtung zur Erbringung von Beratungsleistungen bei der Baubetreuung ergeben,<sup>65</sup> sodass der Abschluss eines gesonderten Schuldvertrags zur Ausgestaltung einer nicht bereits beitragsmäßig geschuldeten – überobligatorischen – Leistung nach jeder Ansicht möglich gewesen wäre und die Rechtsgrundlage für einen etwaigen Vergütungsanspruch hätte bilden können.<sup>66</sup> Für den Abschluss eines solchen spricht *prima facie* auch die Vereinbarung einer Bruttovergütung, denn aus der bloßen Gesellschafterstellung resultiert grundsätzlich noch keine Unternehmereigenschaft i.S.d. § 2 I UStG.<sup>67</sup> Zudem kann selbst eine Anspruchsverbuchung in ein Gesellschafterkonto nicht *per se* einem Drittgläubigeranspruch entgegenstehen. Wird anstelle des alleinigen Kontos „Kapitalanteil“ nämlich ein Mehrkontenmodell gewählt, können im „Darlehenskonto“ auch Verbindlichkeiten aus Drittgeschäften verbucht werden.<sup>68</sup> Schließlich ist nicht ersichtlich, welchen Zweck die Rechnungsstellung hätte haben sollen, wenn die Vergütung ohnehin durch eine vorherige Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels gesichert gewesen wäre.

---

<sup>64</sup> OLG Brandenburg (Fn. 35), 1483.

<sup>65</sup> OLG Brandenburg (Fn. 35), 1483 Rn. 21.

<sup>66</sup> E.A. lehnt die Möglichkeit des Abschlusses eines separaten Schuldvertrags mit dem aus dem Gesellschaftsvertrag zur Geschäftsführung verpflichteten Gesellschafter ab *Schäfer* (Fn. 5), § 709 Rn. 32; *ders.* (Fn. 19), § 114 Rn. 20; v. *Ditfurth* (Fn. 19), § 53 Rn. 73 f.; nach a.A. wäre der Abschluss eines Dienstvertrages ohnehin möglich BGH, Urt. v. 5.2.1963 – VI ZR 33/62 = NJW 1963, 1051, 1052; OLG Celle, Urt. v. 26.3.1973 – VI ZR 33/62 = OLGZ 1973, 343, 344; OLG Brandenburg, Urt. v. 30.3.2007 – / U 164/06 = DB 2007, 1130; *Jickeli* (Fn. 17), § 114 Rn. 79; *Roth* (Fn. 8), § 110 Rn. 19; EBJS/*Drescher*, § 114 Rn. 49; *Koller/Kinder/Drüen/Kindler*, § 114 Rn. 7; *Priester* (Fn. 14), S. 377, 380 f.; *ders.*, DB 1975, 1878 f.; *Bork*, AcP 184 (1984), 465, 471 f.

<sup>67</sup> BFH, Urt. v. 16.5.2002 – V R 4/01 = DStRE 2002, 1253, 1254; *Offerhaus/Söhn/Lange/Hartmann*, § 2 Rn. 330; *Rau/Dürrwächter/Stadie*, § 2 Rn. 514; sie steht einer solchen aber auch nicht entgegen BFH, Urt. v. 6.6.2002 – V R 43/01 = DStR 2002, 1346, 1347 f.; *Bunjes/Korn*, § 2 Rn. 160.

<sup>68</sup> v. *Kanitz*, Bilanzkunde für Juristen, S. 210 ff.; *Ley*, DStR 2013, 271, 273 f.; einschränkend EBJS/*Ehrlicke*, § 120 Rn. 82; implizit ablehnend *Huber*, ZGR 1988, 1, 73.

Trotz allem könnte der Parteiwille im maßgeblichen Zeitpunkt gleichwohl auf eine gesellschaftsvertragliche Verankerung des Vergütungsanspruchs gerichtet gewesen sein. Entgegen dem *OLG* und *Wollin* kann aus der Klassifizierung einer Leistung als umsatzsteuerpflichtig nicht hinreichend sicher gefolgert werden, dass die Beteiligten das Rechtsverhältnis auf eine außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses liegende Grundlage stellen wollten. Im Gegenteil entspricht es sogar der Rechtsprechung des *BFH*, einen unmittelbaren Zusammenhang<sup>69</sup> zwischen Leistung und Entgelt i.S.v. § 1 I Nr. 1 UStG bei der Gewährung erfolgsunabhängiger Vorabgewinne, mit deren Zahlung der Gesellschafter rechnen könne, anzunehmen,<sup>70</sup> da dann die konkrete Höhe der Vergütung nicht von anderen Faktoren, sondern unmittelbar von der Leistungserbringung selbst abhänge.<sup>71</sup> Ein auf dem Gesellschaftsvertrag beruhendes Rechtsverhältnis kann in diesem Fall steuerpflichtig sein.<sup>72</sup> Bei Gewährung einer fixen monatlichen Vergütung – wie hier – ist die Erfolgsunabhängigkeit des Vorabgewinnanspruchs jedenfalls wahrscheinlich.<sup>73</sup>

Darüber hinaus geht *in casu* bereits aus dem von den Steuerberatern auf Grundlage der Buchungen des Klägers aufgestellten<sup>74</sup> Jahresabschluss für das Jahr 2012 – also dem Jahr des Abschlusses des fraglichen Rechtsgeschäfts – eine vom gesetzlich dispositiven Ergebnisverteilungsschlüssel des § 722 I BGB abweichende (teilweise) vorweggenommene<sup>75</sup> Gewinn-

---

<sup>69</sup> Vgl. *BFH*, Beschl. v. 12.11.2020 – V R 22/19 = DStR 2021, 859 Rn. 16; *BFH*, Urt. v. 4.7.2013 – V R 33/11 = DStRE 2013, 1306 Rn. 15; *BFH*, Urt. v. 15.4.2010 – V R 10/08 = DStR 2010, 1331 Rn. 19; *BFH*, Urt. v. 5.12.2007 – V R 60/05 = DStR 2008, 866, 868.

<sup>70</sup> *BFH*, Beschl. v. 12.11.2020 – V R 22/19 = DStR 2021, 859 Rn. 25; *BFH*, Urt. v. 17.3.1994 – V R 39/92 = DStR 1994, 972 f.; siehe auch FG Münster, Urt. v. 27.3.2018 – 5 K 3718/17 U = MwStR 2018, 721 Rn. 23; a.A. *Stadie* (Fn. 67), § 2 Rn. 518 ff.

<sup>71</sup> Vgl. *Sölch/Ringleb/Oelmeier*, § 1 Rn. 74; bei Erfolgsabhängigkeit einer Vergütung liegt kein unmittelbarer Zusammenhang vor vgl. EuGH, Urt. v. 14.11.2000, *Floridienne, Berginvest*, C-142/99, EU:C:2000:623, Rn. 23 = DStR 2000, 2068, 1270; EuGH, Urt. v. 27.9.2001, *Cibo Participations*, C-16/00, EU:C:2001:495, Rn. 43 = DStR 2001, 1795, 1798 f.

<sup>72</sup> So *BFH*, Beschl. v. 12.11.2020 – V R 22/19 = DStR 2021, 859 Rn. 25; *BFH*, Urt. v. 5.12.2007 – V R 60/05 = DStR 2008, 866, 868.

<sup>73</sup> *Schäfer* (Fn. 5), § 709 Rn. 33; vgl. *Schöne* (Fn. 16), § 709 Rn. 14.

<sup>74</sup> Zur Terminologie: *Priester* (Fn. 19), § 120 Rn. 48; MünchHdbGesR-Bd. 1/*Sangen-Emden*, § 62 Rn. 54 f.; *Neumayer*, BB 2011, 2411.

<sup>75</sup> Bei der Personengesellschaft soll die Aufstellung des Jahresabschlusses ohnehin nach vollständiger Ergebnisverwendung (§ 268 I 1 HGB) erfolgen v. *Kanitz* (Fn. 22), § 122 HGB Rn. 26; *ders.*, WPg 2003, 324, 334; *Theile*, BB 2000, 555, 558; *Wiechmann*, WPg 1999, 916, 921.

verwendung entsprechend der vereinbarten Vergütungshöhe hervor. Beträge in Höhe der Vergütung wurden dabei explizit als „Gewinnansprüche des Klägers“ verbucht. Eine auf eine schuldrechtliche Sondervergütung hindeutende buchhalterische Behandlung der Vergütung als Aufwand wurde hingegen nicht vorgenommen.<sup>76</sup> Aus der Aufstellung des Jahresabschlusses lässt sich damit nicht nur die Ergebnisverteilung unter Berücksichtigung des erhöhten Gewinnanteils des Klägers nach einem divergierenden Gewinnverteilungsschlüssel, sondern auch – aufgrund des Gebrauchs des Terminus „Anspruch“ – die Fälligkeit entsprechender Gewinnentnahmeansprüche vor dessen Feststellung<sup>77</sup> als unterjährige Vorabgewinne ablesen. Der demgemäß aufgestellte Jahresabschluss wurde daraufhin – davon ist auszugehen, denn Gegenteiliges wurde nicht vorgetragen – von allen Gesellschaftern festgestellt<sup>78</sup> und damit rechtlich gebilligt sowie für verbindlich erklärt<sup>79</sup>. Diese widerspruchslöse Billigung durch die Gesellschafter impliziert ein schon alsbald nach dem 30.8.2012 vorhandenes Verständnis der Vergütungsabwicklung über die aus dem Gesellschaftsverhältnis erwachsende Gewinnbeteiligung<sup>80</sup>. Offen bleibt aber, ob die im Jahresabschluss sichtbare vermeintliche Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels tatsächlich auf einer zuvor getroffenen Gewinnverteilungsabrede beruhte und wenn ja, worin diese zu sehen ist. Die Feststellung einer sich nicht mit den Vereinbarungen der Gesellschafter deckenden Verbuchung einer Sozialverbindlichkeit gegenüber dem Kläger würde für sich genommen nur wie ein kausales Schuldanerkenntnis wirken<sup>81</sup> und hätte wiederum keinen Einfluss auf das Rechtsgeschäft vom 30.8.2012.

---

<sup>76</sup> Vgl. BFH, Urt. v. 13.10.1998 – VIII R 4/98 = NZG 1999, 225, 226; FG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 15.1.2013 - 6 K 6188/08 = DStRE 2013, 965, 967.

<sup>77</sup> Vgl. Schäfer (Fn. 16), § 121 Rn. 5.

<sup>78</sup> Die Feststellung des Jahresabschlusses ist grundsätzlich Sache aller Gesellschafter BGH, Urt. v. 24.3.1980 – II ZR 88/79 = NJW 1980, 1689, 1690; BGH, Urt. v. 6.4.1981 – II ZR 186/80 = NJW 1981, 2563; BGH, Urt. v. 29.3.1996 – II ZR 263/94 = NJW 1996, 1678; BGH, Urt. v. 15.1.2007 – II ZR 245/05 = NJW 2007, 1685 Rn. 13; OLG Karlsruhe, Urt. v. 3.2.1999 – 1 U 192/98 = NZG 1999, 878, 879; Drescher (Fn. 66), § 114 Rn. 7; K. Schmidt (Fn. 9), § 47 IV 1, S. 1386; ders., JZ 2009, 10, 15; Priester, DStR 2007, 28; Neumayer (Fn. 74), 2411; Ulmer (Fn. 22), S. 935, 938.

<sup>79</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 29.3.1996 – II ZR 263/94 = NJW 1996, 1678; Finckh (Fn. 19), § 121 Rn. 24; Ehrlicke (Fn. 68), § 120 Rn. 33; Sangen-Emden (Fn. 74), § 62 Rn. 74; Priester (Fn. 19), § 120 Rn. 56.

<sup>80</sup> Wertenbruch (Fn. 7), Rn. 236; Oetker/Lieder, § 105 Rn. 68; Schulze/Saenger, § 705 Rn. 15; Grüneberg/Sprau, § 705 Rn. 30.

<sup>81</sup> Gummert (Fn. 20), § 13 Rn. 33 f.

Angesichts des Verhaltens der Beteiligten ist aber vielmehr wahrscheinlich, dass diese vom Vorliegen einer Gewinnverteilungsabrede ausgingen. Sonst hätte man einerseits wohl kaum die Buchungen wie dargelegt vorgenommen und andererseits erst recht nicht diese Buchungspraxis widerspruchslos hingenommen und durch die Feststellung gebilligt. Aber worin ist dann die Gewinnverteilungsabrede zu sehen? Für die Zeit bis zur Jahresabschlussfeststellung wird keine Vornahme etwaiger ausdrücklicher Gesellschafterbeschlüsse vorgetragen. Auch ein konkludenter Beschluss kann allenfalls vermutet werden, wenn die Gesellschafter eine abweichende Gewinnverteilung jahrelang praktiziert haben.<sup>82</sup> Die entsprechende Gewinnverteilungsabrede kann daher nur im „Beratervertrag“ gesehen werden. Dieser Schluss wird zum einen durch den unwidersprochenen Parteivortrag des Klägers, er sei aufgrund des „Vertrages mit der Gesellschaft berechtigt gewesen, sich einen Vorabgewinn zuschreiben zu lassen, aus dem sich ein [...] Gewinnanspruch [...] ergebe“, gestützt. Zum anderen kann auf den Beschluss vom 28.2.2016 verwiesen werden, der, ungeachtet seiner Wirksamkeit, keinen geänderten Willen der Beteiligten betreffend der Vergütungsmodalitäten erkennen lässt, sondern dem man vielmehr einen rein deklaratorischen Charakter attestieren muss.<sup>83</sup> Der Feststellung, dass der übereinstimmende Wille der Beteiligten darauf gerichtet gewesen sein muss, durch den „Beratervertrag“ den Gewinnverteilungsschlüssel abzuändern und dem Kläger einen Vorabgewinn zukommen zu lassen, steht nicht entgegen, dass der Parteiwille im Vertragsdokument nur unzureichend Ausdruck gefunden hat und eine mehrdeutige Bezeichnung gewählt wurde. Solange ein übereinstimmender Wille ermittelt werden kann, ist dieser für die rechtliche Einordnung eines Rechtsgeschäfts entscheidend.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> BGH, Urt. v. 17.1.1966 – II ZR 8/64 = NJW 1966, 826, 827; BGH, Urt. v. 29.3.1996 – II ZR 263/94 = NJW 1996, 1678, 1680; BGH, Urt. v. 18.4.2005 – II ZR 55/03 = NZG 2005, 625; *Gummert* (Fn. 20), § 15 Rn. 15; *Baumgärtel/J.-R. Schmidt*, § 722 Rn. 1; *Schäfer* (Fn. 5), § 722 Rn. 6.

<sup>83</sup> Sogar das OLG selbst misst dem Beschluss eine (zumindest auch) klarstellende Wirkung bei, siehe OLG Brandenburg (Fn. 35), 1483 Rn. 26.

<sup>84</sup> BGH, Urt. v. 15.3.1978 – VIII ZR 180/76 = NJW 1978, 1050; BGH, Urt. v. 5.10.1988 – IVb ZR 91/87 = NJW 1989, 526, 527; BGH, Urt. v. 20.1.1994 – VII ZR 174/92 = NJW 1994, 1528, 1529; BGH, Urt. v. 25.6.2002 – X ZR 83/00 = NJW 2002, 3317; BGH, Beschl. v. 5.4.2005 – VIII ZR 160/04 = NJW 2005, 1950, 1951.

Folglich entsprangen etwaige Vergütungsansprüche als Elemente der Gewinnverteilungsabrede stets der gesellschaftlichen Sphäre und es bestanden zu keinem Zeitpunkt solche dienstvertraglicher Provenienz. Die Vergütung ist daher als (Vorab-)Gewinn i.S.v. § 722 BGB und nicht etwa als Sonderentgelt anzusehen.<sup>85</sup> Die Beantwortung der Frage nach der Ergebnis- oder -unabhängigkeit des Vorabgewinnanspruchs ist in Anbetracht der Unklarheiten des Sachverhalts bloße Spekulation, kann aber hier ohnehin nichts an dessen feststehender Ableitung aus dem Gesellschaftsverhältnis ändern. Dem Gericht ist somit im Ergebnis, wenngleich nicht in der Begründung, zuzustimmen.

## **2. Vergütete Leistung als Beitrag i.S.v. § 706 III BGB**

Offenbar ist, dass die Änderung der Gewinnverteilung nicht lediglich abstrakt erfolgen, sondern mit der Statuierung einer Pflicht des Klägers zur Erbringung von Beratungsleistungen korrespondieren sollte.<sup>86</sup> Aufgrund dieser übereinstimmend beabsichtigten engen Verknüpfung ist anzunehmen, dass die Leistungspflicht zugleich gesellschaftsvertraglich verankert werden sollte. Der Abschluss eines unentgeltlichen Dienstvertrags ist fernliegend. Gleiches gilt für die Vereinbarung einer dienstvertraglichen Verpflichtung der Gesellschaft zu einer entsprechenden Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels. Eine Änderung der Gewinnbeteiligung tangiert die individuelle Rechtsstellung der Gesellschafter und damit die Grundlagen der Gesellschaft.<sup>87</sup> Im Außenverhältnis kann die Gesellschaft aber nicht zur Vornahme von Grundlagengeschäften verpflichtet werden,<sup>88</sup> da sonst die innergesellschaftliche Kompetenzverteilung konterkariert würde.<sup>89</sup> Aufgrund dessen muss sich der Kläger durch den „Beratervertrag“ zu einer weiteren Beitragsleistung<sup>90</sup> i.S.v. § 706 III BGB in Gestalt

---

<sup>85</sup> Vgl. *Gummert* (Fn. 20), § 15 Rn. 26; *Schäfer* (Fn. 5), § 709 Rn. 33; *Riegger* (Fn. 19), 1909, 1910.

<sup>86</sup> Vgl. OLG Brandenburg (Fn. 35), 1483.

<sup>87</sup> *Henssler/Strohn/Kilian*, § 722 Rn. 6; *Schöne* (Fn. 16), § 722 Rn. 2.

<sup>88</sup> RG, Urt. v. 20.12.1939 – II 88/38 = RGZ 162, 370, 374; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, S. 524 f.; *Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider*, § 35 Rn. 45 ff. (zur GmbH).

<sup>89</sup> *MünchHdbGesR-Bd. 3/Wolff*, § 37 Rn. 11; *Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider*, § 35 Rn. 47 (zur GmbH).

<sup>90</sup> Zum Beitragsbegriff *K. Schmidt* (Fn. 9), § 20 II 2, S. 568 ff.

der Beratungsleistungen verpflichtet haben. Ob dies durch vertragliche Erweiterung des Umfangs der Geschäftsführungsbefugnis<sup>91</sup> oder durch die Verpflichtung zur Erbringung davon zu trennender beitragsmäßig zu leistender Dienste geschehen ist, ist unerheblich. Auf die von *Wollin* aufgeworfenen Fragen bezüglich des Verhältnisses von Beitragspflicht zu separater Dienstpflicht kommt es daher hier nicht an.<sup>92</sup>

### 3. Wirksamkeit des Gewinnverteilungsbeschlusses

Einer eingehenderen Begutachtung bedürfen fernerhin die Ausführungen des *OLG* zu Kompetenz- und Mehrheitsfragen hinsichtlich der Regelung individueller Gewinnansprüche.

#### a) Kompetenz der Gesellschafterversammlung

Zutreffend stuft das *OLG* die Entscheidung über die Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels und die, die Gewinnverwendung betreffende, Zuerkennung individueller (Vorab-)Gewinnansprüche als Grundlagengeschäft und damit Sache der Gesellschafterversammlung ein.<sup>93</sup> Grundlagengeschäfte betreffen das organisatorische Gerüst der Gesellschaft sowie elementare Inhalte des vertraglich fundierten Gesellschaftsverhältnisses.<sup>94</sup> Durch eine Änderung der Gewinnverteilung wird die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebende vermögensmäßige Rechtsstellung des Gesellschafters berührt.<sup>95</sup> *In concreto* ist das Gewinnbezugsrecht – welches teilweise als wichtigstes Vermögensrecht bezeichnet wird<sup>96</sup> – als ein noch

---

<sup>91</sup> Auch die Verpflichtung zur Geschäftsführung fällt unter § 706 III BGB: RG, Urt. v. 10.10.1933 – II 148/33 = RGZ 142, 13, 18; *Schäfer* (Fn. 5), § 706 Rn. 14; *K. Schmidt* (Fn. 9), § 20 II 2, S. 569; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. 2, S. 210; *Fleischer/Pendl*, WM 2017, 881.

<sup>92</sup> Hierzu indes *Schäfer* (Fn. 5), § 706 Rn. 14; *Hadding/Kießling* (Fn. 5), § 706 Rn. 30; *Riegger* (Fn. 19), 1909, 1910.

<sup>93</sup> Vgl. *OLG Brandenburg* (Fn. 35), 1483 Rn. 27; ebenfalls zustimmend *Wollin* (Fn. 43), 67, 71.

<sup>94</sup> *Hadding/Kießling* (Fn. 5), § 709 Rn. 11 f.; *Schäfer* (Fn. 5), § 709 Rn. 10; v. *Ditfurth* (Fn. 19), § 7 Rn. 5; *Hadding*, in: FS Lutter, S. 851, 859 f.

<sup>95</sup> So bereits BGH, Urt. v. 19.11.1984 – II ZR 102/84 = NJW 1985, 972, 973.

<sup>96</sup> Vgl. *Schäfer*, (Fn. 5) § 121 Rn. 9; MünchHdbGesR-Bd. 9/*Otte*, § 47 Rn. 81; betreffend die GmbH *Wicke*, § 29 Rn. 8; *Rowedder/Pentz/Pentz*, § 29 Rn. 20; siehe auch BGH, Urt. v. 10.5.1976 – II ZR 180/74 = WM 1976, 661.

nicht zu einem konkreten Anspruch erwachsenes Recht auf Gewinnbeteiligung entsprechend dem Gewinnverteilungsschlüssel<sup>97</sup> betroffen, da der den nicht bedachten Gesellschaftern zustehende Gewinnanteil *uno actu* vermindert wird.<sup>98</sup> Umgekehrt muss *a fortiori* die hier zugleich erfolgende Manifestierung der geänderten Gewinnverteilung in Gestalt der Zuerkennung eines Gewinnanspruchs als Konkretisierung des Gewinnbezugsrechts in den Zuständigkeitsbereich der Gesellschafterversammlung fallen.<sup>99</sup> Demgemäß ist die Einordnung als Grundlagengeschäft nur folgerichtig.<sup>100</sup>

### **b) Zulässigkeit eines Mehrheitsbeschlusses**

Das OLG erachtete den Mehrheitsbeschluss vom 28.2.2016 betreffend der Änderung der Gewinnverteilung als wirksam.<sup>101</sup> In der Tat herrscht in Rechtsprechung und Schrifttum weitgehend Einigkeit über die grundsätzliche Zulässigkeit von Mehrheitsentscheidungen in diesem Bereich.<sup>102</sup> Jedoch lässt man die Beschlusskontrolle nicht bei der bloßen Feststellung des Vorliegens einer Mehrheitsklausel bewenden, sondern macht vielmehr die Wirksamkeit eines Beschlusses von weiteren formellen und materiellen Voraussetzungen abhängig. Von deren näheren Prüfung sah das Gericht allerdings in bemerkenswerter Nonchalance ab.<sup>103</sup> Um einen effektiven Minderheitenschutz in Fällen horizontaler Machtasymmetrien zu gewähr-

---

<sup>97</sup> Vgl. MünchHdbGesR-Bd. 7/*Wiegand-Schneider*, § 37 Rn. 49; betreffend die GmbH MünchKommGmbHG/*Ekkenga*, § 29 Rn. 39; *Pentz* (Fn. 96), § 29 Rn. 22 (zur GmbH).

<sup>98</sup> Vgl. *Priester* (Fn. 19), § 121 Rn. 39 f.

<sup>99</sup> Der BGH stuft schon die Feststellung des Jahresabschlusses als allen Gesellschaftern obliegende Angelegenheit der laufenden Verwaltung – wenngleich nicht mehr als Grundlagengeschäft – ein, da dieser die Grundlage für die Berechnung der Gewinnansprüche bildet BGH, Urt. v. 15.1.2007 – II ZR 245/05 = NJW 2007, 1685 Rn. 13; zuvor noch BGH, Urt. v. 29.3.1996 – II ZR 263/94 = NJW 1996, 1678.

<sup>100</sup> Ebenso *Kilian* (Fn. 87), § 722 Rn. 6; *Schöne* (Fn. 16), § 722 Rn. 2.

<sup>101</sup> OLG Brandenburg (Fn. 35), 1483 Rn. 27.

<sup>102</sup> BGH, Urt. v. 29.9.1986 – II ZR 285/85 = NJW-RR 1987, 285, 286; BeckOGKBGB/*Kell*, § 722 Rn. 15; *Schöne* (Fn. 16), § 722 Rn. 2; § 721 Rn. 15; *Priester* (Fn. 19), § 121 Rn. 30; *Ehricke* (Fn. 68), § 121 Rn. 15; *Roth* (Fn. 8), § 121 Rn. 10; anders wohl *Schäfer* (Fn. 16), § 121 Rn. 23.

<sup>103</sup> Siehe OLG Brandenburg (Fn. 35), 1483 Rn. 27: „abweichend sieht § 8 Nr. 9 GV vor, dass Änderungen des Gesellschaftsvertrags mit einer Mehrheit von nur 75 % beschlossen werden können“.

leisten, bediente sich die Rechtsprechung zunächst dem „Bestimmtheitsgrundsatz“<sup>104</sup> sowie der „Kernbereichslehre“<sup>105</sup>, wonach einerseits eine Mehrheitsklausel jedenfalls bei grundlegenden Angelegenheiten hinreichend deutlich Aufschluss über deren Tragweite geben und andererseits ein „Kernbereich“ gesellschaftlicher Rechte ohne gesonderte Zustimmung unangetastet bleiben sollte. Später ging der *BGH* unter Abkehr vom Bestimmtheitsgrundsatz dazu über, in einem ersten Schritt durch Auslegung die Betroffenheit des Beschlussgegenstandes von der Mehrheitsklausel<sup>106</sup> und danach die materielle Wirksamkeit des Beschlusses zu prüfen.<sup>107</sup> Nicht ganz klar ist, ob damit die Kernbereichslehre nicht nur terminologisch aufgegeben wurde.<sup>108</sup> Jedenfalls soll es in materieller Hinsicht nach wie vor neben der Treuepflicht vor allem auf die Wahrung absolut und relativ unentziehbarer Mitgliedschaftsrechte ankommen<sup>109</sup> – erstere sind schlechthin unverzichtbar, letztere nur mit (eventuell antizipierter) Zustimmung beschränkbar.<sup>110</sup>

In Anbetracht dessen ist fraglich, ob die Mehrheitsklausel des Gesellschaftsvertrags den genannten Kriterien Rechnung trägt. Die Klausel lässt

---

<sup>104</sup> *BGH*, Urt. v. 12.11.1959 – II ZR 260/51 = *NJW* 1953, 102, 103; *BGH*, Urt. v. 10.5.1976 – II ZR 180/74 = *WM* 1976, 661; *BGH*, Urt. v. 13.3.1978 – II ZR 63/77 = *NJW* 1978, 1382; zuvor schon ähnlich *RG*, Urt. v. 23.11.1917 – II 242/17 = *RGZ* 91, 166, 168; *RG*, Urt. v. 15.5.1936 – II 291/35 = *RGZ* 151, 321, 326; *RG*, Urt. v. 13.4.1940 – II 143/39 = *RGZ* 163, 385, 391.

<sup>105</sup> *BGH*, Urt. v. 5.11.1984 – II ZR 111/84 = *NJW* 1985, 974; *BGH*, Urt. v. 19.11.1984 – II ZR 102/84 = *NJW* 1985, 972, 973; *BGH*, Urt. v. 10.10.1994 – II ZR 18/94 = *NJW* 1995, 194, 195; *BGH*, Urt. v. 29.3.1996 – II ZR 263/94 = *NJW* 1996, 1678, 1679; dazu ausführlich *Löffler*, *NJW* 1989, 2656 ff.

<sup>106</sup> Grundlegend *BGH*, Urt. v. 21.10.2014 – II ZR 84/13 = *NZG* 2014, 1296 Rn. 12 ff.; zuvor schon andeutend *BGH*, Urt. v. 15.1.2007 – II ZR 245/05 = *NJW* 2007, 1685 Rn. 9; *BGH* Urt. v. 24.11.2008 – II ZR 116/08 = *NJW* 2009, 669 Rn. 15 f.; *BGH* Urt. v. 15.11.2011 – II ZR 266/09 = *NJW* 2012, 1439 Rn. 16; *BGH*, Urt. v. 16.10.2012 – II ZR 251/10 = *NZG* 2013, 57 Rn. 25.

<sup>107</sup> *BGH*, Urt. v. 17.9.2013 – II ZR 68/11 = *NZG* 2014, 302 Rn. 27; *BGH*, Urt. v. 21.10.2014 – II ZR 84/13 = *NZG* 2014, 1296 Rn. 12 ff.

<sup>108</sup> Hierzu *EBJS/Freitag*, § 119 Rn. 72.

<sup>109</sup> *Schäfer*, *NZG* 2014, 1401, 1403 f.; *Altmeppen*, *NJW* 2015, 2065, 2068; *Kindler* (Fn. 66), § 119 Rn. 11; *Schäfer* (Fn. 16), § 119 Rn. 38 ff.; *Roth* (Fn. 8), § 119 Rn. 36; vgl. *BGH*, Urt. v. 21.10.2014 – II ZR 84/13 = *NZG* 2014, 1296 Rn. 12 ff.; *BGH*, Urt. v. 13.10.2020 – II ZR 359/18 = *NZG* 2020, 1384 Rn. 15 ff.

<sup>110</sup> *MünchKommHGB/Enzinger*, § 119 Rn. 68; *Kindler* (Fn. 66), § 119 Rn. 11; *Finckh* (Fn. 19), § 119 Rn. 46; vgl. *BGH*, Urt. v. 15.1.2007 – II ZR 245/05 = *NJW* 2007, 1685 Rn. 10.

eine  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit für Beschlüsse über die Änderung des Gesellschaftsvertrags mit Ausnahme solcher über Nachschüsse genügen.<sup>111</sup> Nach zutreffender Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes, der *in praxi* durch umfangreiche kautelarjuristische Gestaltungen oftmals ohnehin ausgehebelt wurde,<sup>112</sup> muss eine Änderung der Gewinnverteilung folglich als von der Mehrheitsklausel umfasst angesehen werden.<sup>113</sup> Weiterhin dürften jedoch nicht die materiellen Grenzen der Mehrheitsmacht überschritten worden sein. Ein Eingriff in die mitgliedschaftlichen Vermögensrechte, insbesondere in das Gewinn(bezugs-)recht, soll zur Gewährung eines angemessenen Minderheitenschutzes der Zustimmung der betroffenen Gesellschafter bedürfen.<sup>114</sup> Damit gilt dies auch für eine Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels.<sup>115</sup> In Ermangelung einer ausdrücklichen Zustimmung des Beklagten käme allenfalls dessen antizipierte Zustimmung durch den Gesellschaftsvertrag in Betracht. Trotz Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes hält der *BGH* an seinen hohen Voraussetzungen in Bezug auf die antizipierte Zustimmung demgemäß fest, dass „die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Regelung hinreichend das Ausmaß und den Umfang einer möglichen zusätzlichen Belastung für den Gesellschafter deutlich werden [lassen muss]“.<sup>116</sup> Dies ist mit Verweis auf die Schwächen des Bestimmtheitsgrundsatzes zwar nicht ganz nachvollziehbar und widersprüchlich,<sup>117</sup> kann aber der Tatsache keinen Abbruch tun, dass diese Anforderungen angesichts der Allgemeinheit der vorliegenden Klausel eindeutig

---

<sup>111</sup> Vgl. OLG Brandenburg (Fn. 35), 1483 Rn. 27.

<sup>112</sup> Siehe hierzu und zu weiteren Kritikpunkten *K. Schmidt*, ZHR 158 (1994), 205, 206 ff.

<sup>113</sup> In einem ähnlichen Fall *BGH*, Urt. v. 13.10.2020 – II ZR 359/18 = NZG 2020, 1384 Rn. 11.

<sup>114</sup> *BGH*, Urt. v. 15.1.2007 – II ZR 245/05 = NJW 2007, 1685 Rn. 10 (ob dies auch für Gewinnverwendungsbeschlüsse bezüglich der Thesaurierung von Gewinnen gilt, hat der Senat indes ausdrücklich offengelassen); *Schäfer* (Fn. 16), § 119 Rn. 40; *Heidel/Schall/Psaroudakis*, § 119 Rn. 11a; *Lieder* (Fn. 80), § 119 Rn. 59; *Klimke* (Fn. 5), § 119 Rn. 54; *Enzinger* (Fn. 110), § 119 Rn. 72; allgemein zu den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen von Eingriffen in relativ unentziehbare Rechte *BGH*, Urt. v. 13.10.2020 – II ZR 359/18 = NZG 2020, 1384 Rn. 21.

<sup>115</sup> *Schäfer* (Fn. 16), § 119 Rn. 40; *ders.*, in: FS Bergmann, S. 617, 624; *Gummert* (Fn. 20), § 15 Rn. 36; *Neumann*, ZIP 2017, 1141, 1143.

<sup>116</sup> *BGH*, Urt. v. 21.10.2014 – II ZR 84/13 = NZG 2014, 1296 Rn. 17; *BGH*, Urt. v. 13.10.2020 – II ZR 359/18 = NZG 2020, 1384 Rn. 22; übereinstimmend *Schäfer* (Fn. 16), § 119 Rn. 44; zuvor bereits *Hüffer*, ZHR 151 (1987), 396, 408; *Mecke*, BB 1988, 2258, 2263; *Löffler* (Fn. 105), 2656, 2661.

<sup>117</sup> So auch *Enzinger* (Fn. 110), § 119 Rn. 66; siehe zudem *Reuter*, in: FS K. Schmidt, S. 1357, 1368 ff.

nicht gegeben sind.<sup>118</sup> Folgt man hingegen *Enzinger* und lehnt die Möglichkeit einer antizipierten Zustimmung gänzlich ab, ist der Beschluss ohnehin materiell unwirksam. Den rechtlichen Ausführungen des *OLG* kann daher abermals nicht gefolgt werden. Indem es dem Beschluss vom 28.2.2016 wohl konstitutive Wirkung beimisst,<sup>119</sup> verkennt es sogar, dass dann der Beschluss rückwirkend in die Gewinnverteilung und in bereits entstandene Gewinnauszahlungsansprüche der anderen Gesellschafter – der Kläger macht nämlich Ansprüche aus dem Jahr 2015 geltend – eingriffe. Dass dies nicht ohne Zustimmung der Gesellschafter geschehen kann, ist erst recht unbestritten.<sup>120</sup>

Nach hier vertretener Ansicht ist der Gewinnverteilungsbeschluss indes im „Beratervertrag“ ‚zwischen dem Kläger und der GbR‘ zu sehen. Diesem müssen auch alle Gesellschafter zugestimmt haben. Obgleich den Beteiligten der Beschluss entgegen ihrem wirklichen Willen und wegen ihres laienhaften Rechtsverständnisses als „Vertrag“ erschien, müssen an diesem gleichwohl alle Gesellschafter mitgewirkt haben. Denn zum einen ist mangels vertraglicher Regelung von einer Gesamtvertretung gem. §§ 714, 709 I BGB auszugehen und zum anderen muss – sofern die Wirksamkeit des „Vertrags“ wie hier von den Parteien übereinstimmend nicht in Abrede gestellt wird – der Kläger trotz § 181 BGB zumindest als ‚Vertragspartner‘ mitgewirkt haben.

Mithin muss erneut konstatiert werden, dass dem *OLG* zwar im Ergebnis, doch ausdrücklich nicht in der rechtlichen Begründung und faktischen Sachverhaltsauslegung, zu folgen ist.

---

<sup>118</sup> So im Ergebnis auch *Wollin* (Fn. 43), 67, 71.

<sup>119</sup> Vgl. *OLG Brandenburg* (Fn. 35), 1483 Rn. 28: „Die Klarstellung, es handele sich [...] um einen Gewinnanspruch führt zur Unbegründetheit des [...] Anspruchs.“

<sup>120</sup> *BGH*, Urt. v. 27.1.1975 – II ZR 170/73 = *WM* 1975, 662, 663; *BGH*, Urt. v. 5.11.1984 – II ZR 111/84 = *NJW* 1985, 974; *BGH*, Urt. v. 29.9.1986 – II ZR 285/85 = *WM* 1986, 1556, 1557 *OLG Jena*, Urt. v. 10.8.2016 – 2 U 506/14 = *BeckRS* 2016, 16921 Rn. 111; *Priester* (Fn. 19), § 122 Rn. 57; siehe auch *ders.*, *ZIP* 2000, 261, 263.

## D. Zur Haftung des Mitgesellschafters für Sozialverbindlichkeiten

Nachdem das Gericht den Vergütungsanspruch als Sozialverbindlichkeit eingestuft hatte, verwehrt es dem Kläger, der allgemeinen Meinung<sup>121</sup> folgend, konsequent die Ingressnahme seines (ehemaligen) Mitgesellschafters.<sup>122</sup> Mit *Grunewald* wendet sich nunmehr eine bedeutende Literaturstimme gegen diese tradierte<sup>123</sup> Sichtweise,<sup>124</sup> sodass zu prüfen sein wird, ob die Argumentationslinie des *OLG* vor diesem Hintergrund aufrecht erhalten bleiben kann oder nicht vielmehr ein Paradigmenwechsel angezeigt ist.

## I. Überblick

Die herrschende Meinung begründet die Ablehnung der persönlichen Haftung des Mitgesellschafters für Sozialverbindlichkeiten während des Bestehens der Gesellschaft in erster Linie mit einem Verweis auf das Mehrbelastungsverbot des § 707 BGB.<sup>125</sup> Dieses stünde einer unfreiwilligen Leistungsvermehrung über die vereinbarten Beiträge hinaus entgegen und liefe andernfalls weitgehend leer.<sup>126</sup> Zudem könne § 128 HGB (analog) ob

---

<sup>121</sup> Siehe nur BGH, Urt. v. 11.1.1960 – II ZR 69/59 = WM 1960, 187; BGH, Urt. v. 2.7.1962 – II ZR 204/60 = NJW 1962, 1863, 1864; BGH, Urt. v. 10.4.1989 – II ZR 158/88 = NJW-RR 1989, 866; *Habersack* (Fn. 8), § 128 Rn. 12; *Roth* (Fn. 8), § 128 Rn. 22; *Hillmann* (Fn. 8), § 128 Rn. 11; *K. Schmidt* (Fn. 9), § 49 I 2b, S. 1412, 1437; *Berg* (Fn. 9), 685, 689; *Walter* (Fn. 7), 81, 82.

<sup>122</sup> OLG Brandenburg (Fn. 35), 1483 Rn. 28.

<sup>123</sup> Siehe nur bereits RG, Urt. v. 12.6.1893 – VI 82/93 = RGZ 31, 139, 141; RG, Urt. v. 8.11.1904 – II 68/04 = RGZ 59, 143, 145; RG, Urt. v. 7.10.1911 – I 401/10 = RGZ 77, 102, 105; RG, Urt. v. 25.10.1912 – II 326/12 = RGZ 80, 268, 272 f.; RG, Urt. v. 7.2.1928 – II 211/27 = RGZ 120, 135, 137; RG, Urt. v. 5.1.1937 – II 182/36 = RGZ 153, 305, 309 ff.; RG, Urt. v. 4.3.1943 – II 113/42 = RGZ 170, 392, 395.

<sup>124</sup> *Grunewald* (Fn. 1), 725 ff.

<sup>125</sup> ROHG, Urt. v. 28.3.1874 – II 160/74 = ROHGE 13, 142, 144 f.; RG, Urt. v. 12.6.1893 – VI 82/93 = RGZ 31, 139, 141 (jeweils noch zur ähnlichen Vorgängernorm des Art. 92 ADHGB); RG, Urt. v. 25.10.1912 – II 326/12 = RGZ 80, 268, 272 f.; BGH, Urt. v. 29.9.1955 – II ZR 66/54 = WM 1955, 1585, 1586; BGH, Urt. v. 2.7.1962 = II ZR 204/60 = NJW 1962, 1863, 1864; BGH, Urt. v. 27.11.1963 – VIII ZR 142/62 = DB 1964, 67; BGH, Urt. v. 2.7.1979 – II ZR 132/78 = NJW 1980, 339, 340; BGH, Urt. v. 10.4.1989 – II ZR 158/88 = NJW-RR 1989, 866; *Hillmann* (Fn. 8), § 128 Rn. 11; *EBJS/Bergmann*, § 110 Rn. 29; *Habersack* (Fn. 8), § 128 Rn. 12; *Schäfer* (Fn. 16), § 110 Rn. 31; *ders.* (Fn. 5), § 705 Rn. 229; *Steitz* (Fn. 33), § 128 Rn. 11; *Seeger* (Fn. 33), § 128 Rn. 9; *Roth* (Fn. 8), § 128 Rn. 22; *Boesche* (Fn. 8), § 128 Rn. 20; *Heymann* (Fn. 33), § 128 Rn. 14; *Drygala* (Fn. 54), S. 63, 65 f.; *Koller* (Fn. 28), S. 671, 674; *Flume*, AT 1/1, S. 298; *A. Hueck*, Das Recht der OHG, § 18 III 2, S. 267; *Kornblum* (Fn. 31), S. 141; *Kretschmer* (Fn. 31), S. 29 ff.; *Walter* (Fn. 7), 81, 83; *Gellings*, JuS 2012, 589, 592 f.; letztlich auch *Wolffskeel v. Reichenberg* (Fn. 27), S. 28.

<sup>126</sup> So etwa BGH, Urt. v. 10.4.1989 – II ZR 158/88 = NJW-RR 1989, 866.

seiner systematischen Stellung in dem mit „Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu ‚Dritten‘“ überschriebenen Teil des zweiten Buches des Handelsgesetzbuchs ohnehin nicht auf Sozialverbindlichkeiten angewendet werden.<sup>127</sup> Überdies greife das drittgläubigerschützende *Telos* der Norm nicht.<sup>128</sup> Die persönliche Gesellschafterhaftung stelle nämlich das personengesellschaftsrechtliche Substitut der kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften dar<sup>129</sup> und habe gleichsam<sup>130</sup> drittschützenden Charakter<sup>131</sup>.

## II. Entscheidung des Gerichts

Das *OLG* folgt wenig überraschend argumentativ dem altbekannten Begründungsmodell der Rechtsprechung und verweist apodiktisch auf das Mehrbelastungsverbot des § 707 BGB. Dazu führt es aus: „Die persönliche Haftung würde gegen den Ausschluss von Nachschüssen durch die Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen verstoßen“<sup>132</sup>. Einer näheren Begründung wie auch einer Befassung mit den anderen aufgeführten Argumenten bleibt es hingegen schuldig.

## III. Rezeption im Schrifttum

*Grunewald* nahm die Entscheidung zum Anlass, um die allgemeine Meinung einer Fundamentalkritik zu unterziehen. Sie postuliert eine vollumfängliche Aufgabe jedweder Differenzierung zwischen Sozialverbindlich-

---

<sup>127</sup> Hüffer/Koch, Gesellschaftsrecht, S. 187; Eisenhardt/Wackerbarth, Gesellschaftsrecht I, S. 155; Kretschmer (Fn. 31), S. 28 f.; Kornblum (Fn. 31), S. 141; Wolffskeel v. Reichenberg (Fn. 27), S. 22; Hadding, JuS 1978, 23, 27; Steinbeck, JuS 2012, 105, 110.

<sup>128</sup> Hüffer/Koch (aaO), S. 187; Kretschmer (Fn. 31), S. 28; Wolffskeel v. Reichenberg (Fn. 27), S. 22.

<sup>129</sup> BGH, Urt. v. 21.12.1961 – II ZR 74/59 = NJW 1962, 536, 537; BGH, Urt. v. 7.4.2003 – II ZR 56/02 = NJW 2003, 1803, 1804; BGH, Urt. v. 3.5.2007 – IX ZR 218/05 = NJW 2007, 2490 Rn. 25; Boesche (Fn. 8), § 128 Rn. 2; Habersack (Fn. 8), § 128 Rn. 1; Altmeppen (Fn. 7.), 2241, 2242; Hillmann (Fn. 8), § 128 Rn. 1; Seeger (Fn. 33), § 128 Rn. 1; John, Die organisierte Rechtsperson, S. 251; Wiesner, in: FS Hellwig, S. 413.

<sup>130</sup> Vgl. etwa zum gläubigerschützenden Normzweck der nominellen Kapitalerhaltung *Ekkenga* (Fn. 97), § 30 Rn. 15; Habersack/Casper/Löbbecke/Habersack, § 30 Rn. 3.

<sup>131</sup> Wolffskeel v. Reichenberg (Fn. 27), S. 22 f.; Hüffer/Koch (Fn. 127), S. 187; Kretschmer (Fn. 31), S. 28 f.

<sup>132</sup> OLG Brandenburg (Fn. 35), 1483 Rn. 28.

keit und Drittgläubigeranspruch und damit eine dem Grunde nach unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter für sämtliche gegen die Gesellschaft gerichteten Forderungen.<sup>133</sup> Ihre Kernthesen sollen daher kurz skizziert werden: § 707 BGB könne einer (Außen-)Haftung für Gesellschaftsschulden nicht entgegengehalten werden. Mit dieser sei keine Beitragserhöhung verbunden, da keine Zahlung in das Gesellschaftsvermögen erfolge.<sup>134</sup> Die Norm bezwecke ohnehin lediglich den Schutz der überstimmten Gesellschafter vor durch Mehrheitsbeschlüsse drohenden unabsehbaren Belastungen. Die persönliche Haftung sei indes der Gesellschafterstellung inhärent und beruhe auf keinem Gesellschafterbeschluss.<sup>135</sup> Der Verweis auf die systematische Stellung sei darüber hinaus untauglich, da dieser gerade offenlasse, ob der Gesellschafter einem Dritten gleichstehe oder nicht.<sup>136</sup> Nicht zuletzt überzeugten die „Ausnahmetatbestände“ der herrschenden Meinung nicht und nähmen den praktisch wichtigsten Fall von der Grundregel aus. Begleiche ein Gesellschafter nämlich eine Drittschuld, könne dieser, des § 707 BGB ungeachtet, seine Mitgesellschafter über § 426 I BGB in Regress nehmen. Betreffs Sozialverbindlichkeiten ließe sich ebenso problemlos sagen, dass die Gesellschafter als Gesamtschuldner hafteten.<sup>137</sup> Gebe man die Unterscheidung auf, erübrigten sich auch etwaige diffizile Abgrenzungsfragen.<sup>138</sup>

#### **IV. Kritik und Stellungnahme**

##### **1. Originäre Unanwendbarkeit des § 128 HGB (analog)**

Der Einwand *Grunewalds* betreffs § 128 HGB wäre entkräftet, wenn sich die kategorische Unterscheidung zwischen Gesellschafter und ‚Drittem‘ gleichwohl aus der *sedes materiae* deduzieren ließe. Dass das HGB eine

---

<sup>133</sup> *Grunewald* (Fn. 1), 725, 728.

<sup>134</sup> *Grunewald* (Fn. 1), 725, 726.

<sup>135</sup> *Grunewald* (Fn. 1), 725, 726.

<sup>136</sup> *Grunewald* (Fn. 1), 725, 727.

<sup>137</sup> Ebd.

<sup>138</sup> *Grunewald* (Fn. 1), 725, 726.

explizite normative Trennung zwischen Außen- und Innenverhältnis statuiert,<sup>139</sup> die durch die rechtliche Verselbstständigung der Gesellschaft und der damit korrespondierenden Abgrenzbarkeit zwischen innergesellschaftlicher Sphäre einerseits und Rechtssphäre der Gesellschaft zu außenstehenden Rechtssubjekten andererseits bedingt ist,<sup>140</sup> ist schwerlich von der Hand zu weisen, wird sie doch bereits durch die legistische Überschriftenbildung im zweiten Buch illustriert.<sup>141</sup> Dass diese Trennung eine ausschließliche ist, wird dadurch bekräftigt, dass § 109 HGB lediglich die §§ 110–120 HGB zur gesellschaftsvertraglichen Disposition stellt<sup>142</sup>, wohingegen die §§ 123 ff. HGB weitgehend *ius cogens* normieren.<sup>143</sup> Zweck dahinter ist die Ermöglichung weitgehender privatautonomer Gestaltungsfreiheit in der innergesellschaftlichen Sphäre<sup>144</sup> – ein Typusmerkmal und Vorzug der Personengesellschaft schlechthin<sup>145</sup> – bei gleichzeitiger, ersteres bedingender, Gewährleistung des Verkehrsschutzes durch die Entziehung einzelner Regelungsmaterien der innergesellschaftlichen Dispositionswillkür.<sup>146</sup> § 128 S. 2 HGB exemplifiziert diese Bipolarität anschaulich.<sup>147</sup> Die Gesellschafter hingegen bedürfen dieses Schutzes nicht, da sie selbst an der Gestaltung der rechtlichen Organisationsverfassung der Gesellschaft partizipieren. § 128 HGB ist folglich eine Vorschrift des dem Innenrecht diametral entgegenstehenden Außenrechts, das einzig die Regelung von Rechtsbeziehungen der Gesellschaft zu Dritten adressiert, nicht aber die innergesellschaftliche Sphäre.<sup>148</sup> Keine unzulässige Gleichsetzung von Gesellschafter und Drittem *contra legem* stellt es daher dar, die

---

<sup>139</sup> Vgl. Roth (Fn. 8), § 109 Rn. 1; ders. (Fn. 8), § 123 Rn. 1; Klimke (Fn. 5), § 109 Rn. 2; ders. (Fn. 5), § 123 Rn. 1; Hillmann (Fn. 8), § 123 Rn. 1; Heidel/Schall/Freitag, § 123 Rn. 1; Steitz (Fn. 33), § 123 Rn. 1.

<sup>140</sup> Siehe hierzu K. Schmidt (Fn. 9), § 7 I 3a, S. 171.

<sup>141</sup> Darauf hinweisend auch Hüffer/Koch (Fn. 127), S. 187; Eisenhardt/Wackerbarth (Fn. 127), S. 155; Kretschmer (Fn. 31), S. 28 f.; Kornblum (Fn. 31), S. 141; Wolffskeel v. Reichenberg (Fn. 27), S. 22; Hadding (Fn. 127), 23, 27; Steinbeck (Fn. 127), 105, 110.

<sup>142</sup> EBS/Born, § 109 Rn. 2; Klimke (Fn. 5), § 109 Rn. 1.

<sup>143</sup> Vgl. Enzinger (Fn. 110), § 109 Rn. 1; Klimke (Fn. 5), § 109 Rn. 2.

<sup>144</sup> Born (aaO), § 109 Rn. 1; Enzinger (Fn. 110), § 109 Rn. 1; gleichwohl unterliegt die Vertragsfreiheit Grenzen, hierzu Schäfer (Fn. 16), § 109 Rn. 20 ff.; Roth (Fn. 8) Rn. 3; Enzinger (Fn. 110), § 109 Rn. 6 ff.

<sup>145</sup> Lieder (Fn. 80), § 109 Rn. 2 f.; Enzinger (Fn. 110), § 109 Rn. 1.

<sup>146</sup> Vgl. Psaroudakis (Fn. 114), § 109 Rn. 1, der allen voran auf den zwingenden Charakter des § 128 HGB verweist; Schäfer (Fn. 16), § 109 Rn. 1.

<sup>147</sup> Kretschmer (Fn. 31), S. 28.

<sup>148</sup> Roth (Fn. 8), § 109 Rn. 1; Kindler (Fn. 8), § 109 Rn. 1; ders. (Fn. 8), § 123 Rn. 1.

akzessorische Gesellschafterhaftung für Drittgläubigeransprüche trotz alledem zuzulassen.<sup>149</sup> Hier entspringt der Anspruch nicht der innergesellschaftlichen Sphäre und Gesellschaft und Gesellschafter stehen sich in dieser konkreten Rechtsbeziehung als rechtlich unverbundene Rechtssubjekte – jenseits der partiellen gesellschaftsvertraglichen Sonderverbindung<sup>150</sup> – gegenüber.<sup>151</sup> Das Innenverhältnis ist nicht tangiert. Die Gesellschafterstellung ist bloß eine formale. Der Sozialanspruch hingegen entstammt begriffsnotwendig der innergesellschaftlichen Sphäre. In diesem Fall besteht eine Gesellschaftssphärenzugehörigkeit, die einem Nichtgesellschafter-Dritten nicht zu eigen sein kann. Somit kann – umgekehrt – auch nicht die auf dem Sozialverhältnis beruhende Gläubigerstellung jener – von § 128 HGB adressierten (Dritt-)Gläubigerstellung – gleichstehen.<sup>152</sup>

Dem Postulat *Grunewalds* ist damit bereits *de lege lata* die rechtliche Grundlage entzogen. Eine andere Anspruchsgrundlage für die persönliche Haftung des Gesellschafters gibt es schlichtweg nicht.<sup>153</sup> Nicht zu überzeugen weiß in dieser Hinsicht *Grunewalds* Argumentation, es ließe sich „müheles“ sagen, dass die Gesellschafter für die Sozialverbindlichkeiten der Gesellschaft als Gesamtschuldner hafteten und daher – wie beim Regress nach Begleichung einer Drittverbindlichkeit durch den in Anspruch genommenen Gesellschafter – ein Ausgleichsanspruch gem. § 426 I BGB bestünde.<sup>154</sup> Eine Gesamtschuldnerstellung könnte nur angenommen werden, wenn die Gesellschafter tatsächlich für Sozialverbindlichkeiten persönlich hafteten. Dies ist aber gerade Gegenstand der Diskussion und wäre Voraussetzung für den daran anknüpfenden Gesamtschuldnerausgleich

---

<sup>149</sup> So die allgemeine Meinung, siehe Nachweise bei Fn. 8.

<sup>150</sup> Dennoch sollen gewisse Treuebindungen gelten *K. Schmidt/Drescher* (Fn. 8), § 128 Rn. 12; *Habersack* (Fn. 8), § 128 Rn. 13; *Roth* (Fn. 8), § 128 Rn. 24; *Klimke* (Fn. 5), § 128 Rn. 8; a.A. OLG Köln, Urt. v. 28.12.2012 – 18 U 48/12 = NZG 2014, 179, 182; *Habermeier* (Fn. 15), § 705 Rn. 43; *Hillmann* (Fn. 8), § 128 Rn. 10; *Prediger* (Fn. 7), 245, 246; *Habersack*, AcP 198 (1998), 152, 163; auch bestehen unterschiedliche Auffassungen zur Höhe der Haftung vgl. Fn. 7.

<sup>151</sup> *Hillmann* (Fn. 8), § 128 Rn. 110; *Seeger* (Fn. 33), § 128 Rn. 8; im Grundsatz zustimmend *Habermeier* (Fn. 15) Rn. 43.

<sup>152</sup> So auch *Wolffskeel v. Reichenberg* (Fn. 27), S. 22 f.; *Hüffer/Koch* (Fn. 127), S. 187; *Kretschmer* (Fn. 31), S. 28 f.

<sup>153</sup> *Wolffskeel v. Reichenberg* (Fn. 27), S. 21; früher wurde zumindest für den Aufwendungsersatzanspruch aus dem Sozialverhältnis ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag gegen die Mitgesellschafter angenommen *Wieland* (Fn. 7), S. 538; demgegenüber ablehnend *Kornblum*, JuS 1971, 363, 365; *Kretschmer* (Fn. 31), S. 25 f.; *Wolffskeel v. Reichenberg* (Fn. 27), S. 21.

<sup>154</sup> Siehe *Grunewald* (Fn. 1), 725, 727.

nach § 426 I BGB. Hier wird die Schuldnerstellung indes als bereits gegeben vorausgesetzt, um überhaupt auf § 426 I BGB zurückgreifen zu können. Es liegt mithin eine *petitio principii* vor. Im Übrigen konnte ohnehin oben dargelegt werden, dass die Gesellschafter wegen der originären Unanwendbarkeit des § 128 HGB und mangels anderer in Betracht kommender Anspruchsgrundlagen nicht persönlich und damit auch nicht gesamtschuldnerisch haften. Entgegen *Grunewald* stellt es schließlich auch keine systematisch inkonsequente Ausnahme vom Grundsatz der Nichthaftung für Sozialverbindlichkeiten dar, dem Gesellschafter, der von einem Dritten gem. § 128 HGB (analog) in Anspruch genommen wurde, einen Regressanspruch gegen seine Mitgesellschafter zuzubilligen. Dieser ergibt sich nämlich nicht aus den §§ 670, 713 BGB, 128 HGB (analog),<sup>155</sup> sondern folgt aus § 426 I BGB.<sup>156</sup> Im Außenverhältnis haften die Gesellschafter nach dem Wortlaut des § 128 HGB als Gesamtschuldner. Der Gesamtschuldnerausgleich unter den Gesellschaftern ist nichts anderes als die indirekte Konsequenz dieser Außenhaftung und lässt das Innenverhältnis unberührt.<sup>157</sup> Es bleibt also beim Grundsatz der Unanwendbarkeit des § 128 HGB auf Sozialverbindlichkeiten. *E contrario* bedeutet dies, bezogen auf das in Rede stehende Judikat, dass die Entscheidung des *OLG*, die persönliche Gesellschafterhaftung für Sozialverbindlichkeiten abzulehnen, mangels tauglicher Anspruchsgrundlage im Ergebnis richtig gewesen sein muss.

---

<sup>155</sup> So aber (jeweils zur OHG) *Walter* (Fn. 7), 81, 83 f.; *Kornblum* (Fn. 31), S. 171; *ders.* (Fn. 154), 363, 365; *Kretschmer* (Fn. 31), S. 114 ff.

<sup>156</sup> BGH, Urt. v. 2.7.1979 – II ZR 132/78 = NJW 1980, 339, 340; BGH, Urt. v. 15.1.1988 – V ZR 183/86 = NJW 1988, 1375, 1376; BGH, Urt. v. 17.12.2001 – II ZR 382/99 = NZG 2002, 232; BGH, Urt. v. 15.10.2007 – II ZR 136/06 = NJW-RR, 2008, 256, 257; *K. Schmidt/Drescher* (Fn. 8), § 128 Rn. 35; *Boesche* (Fn. 8), § 128 Rn. 38; *Hillmann* (Fn. 8), § 128 Rn. 32; *Habersack* (Fn. 8), § 128 Rn. 48; *Roth* (Fn. 8), § 128 Rn. 27; *Flume*, in: FS Knur, S. 125, 142 f.; *Hadding*, in: FS Fleck, S. 71, 75; *ders.* (Fn. 127), 23, 27; *Armbrüster*, ZGR 2009, 1, 4; *Prediger*, BB 1970, 868, 869; *Büscher/Klusmann*, ZIP 1992, 11, 16; *Wertenbruch*, DStR 2007, 1680, 1683.

<sup>157</sup> BGH, Urt. v. 2.7.1962 – II ZR 204/60 = NJW 1962, 1863, 1864; *Habersack* (Fn. 8), § 128 Rn. 48; *Hillmann* (Fn. 8), § 128 Rn. 32.

## 2. Zu Reichweite und Zweck des § 707 BGB

Damit bleibt lediglich offen, ob das *OLG* mit dem Verweis auf § 707 BGB auch eine rechtsdogmatisch belastbare Begründung für das bereits als richtig erkannte Ergebnis vorgenommen hat. Aus § 707 BGB folgt das Verbot, einem Gesellschafter durch Mehrheitsbeschluss, im Innenverhältnis<sup>158</sup> ohne dessen Zustimmung, zusätzliche über die vereinbarten Beiträge hinausreichende Leistungspflichten aufzubürden.<sup>159</sup> Insoweit hat die Norm nur deklaratorische Bedeutung, da die Vereinbarung einer höheren Beitragspflicht eine Änderung des Gesellschaftsvertrags bedeutet und über derartige Grundlagengeschäfte die Gesellschafterversammlung ohnehin grundsätzlich einstimmig zu beschließen hat.<sup>160</sup> Darüber hinaus solle das Zustimmungserfordernis des § 707 BGB nach verbreiteter Auffassung und wohl entgegen *Grunewald*<sup>161</sup> den einzelnen Gesellschafter vor jedweder Belastung schützen, deren konkreter Umfang nicht bereits aus dem Gesellschaftsvertrag klar hervorgehe,<sup>162</sup> wobei indes eine objektive Bestimmbarkeit von Art und Umfang genüge<sup>163</sup>. Zum Ausdruck kämen dabei die Leitgedanken des Individualschutzes<sup>164</sup> und der Privatautonomie<sup>165</sup>.<sup>166</sup> Damit wäre freilich eine persönliche Haftung für Sozialverbindlichkeiten unver-

---

<sup>158</sup> *Schöne* (Fn.16), § 707 Fn. 2; Henssler/Strohn/*Servatius*, § 707 Rn. 1.

<sup>159</sup> RG, Urt. v. 20.1.1906 – I 342/05 = RGZ 62, 303, 312; RG, Urt. v. 1.2.1908 – I 210/07 = RGZ 68, 93, 96; RG, Urt. v. 23.3.1903 – II 318/22 = RGZ 106, 403, 404; RG, Urt. v. 15.5.1936 – II 291/35 = RGZ 151, 321, 326; RG, Urt. v. 13.4.1940 – II 143/39 = RGZ 163, 385, 391; *K. Schmidt* (Fn. 9), § 16 III 3b cc, S. 473; *Schöne* (Fn.16), § 707 Fn. 1; *Dauner-Lieb/Langen/Heidel*, § 707 Rn. 1; *Barfuß*, DB 1977, 571.

<sup>160</sup> *Schöne* (Fn. 16), § 707 Rn. 1; *Schäfer* (Fn. 5), § 707 Rn. 1; *Wertenbruch* (Fn. 156), 1680; *ders.* (Fn. 54), Rn. I 397.

<sup>161</sup> Vgl. *Grunewald* (Fn. 1), 725, 726.

<sup>162</sup> *Wiedemann*, ZGR 1977, 690, 692; *Schöne* (Fn. 16), § 707 Rn. 1; *Habermeier* (Fn. 15), § 707 Rn. 3; vgl. BGH, Urt. v. 23.1.2006 – II ZR 306/04 = NZG 2006, 306 Rn. 14; BGH, Urt. v. 5.3.2007 – II ZR 282/05 = NJW-RR 2007, 757, 758; *Schäfer* (Fn. 5), § 707 Rn. 1; *Barfuß* (Fn. 159), 571, 573 f.

<sup>163</sup> BGH, Urt. v. 23.1.2006 – II ZR 306/04 = NZG 2006, 306 Rn. 14; BGH, Urt. v. 23.1.2006 – II ZR 126/04 = NZG 2006, 379 Rn. 14; BGH, Urt. v. 19.3.2007 – II ZR 73/06 = NZG 2007, 382 Rn. 17; BGH, Urt. v. 5.11.2007 – II ZR 230/06 = NZG 2008, 65 Rn. 17; BGH, Urt. v. 3.12.2007 – II ZR 36/07 = NZG 2008, 336 Rn. 5; *Schäfer* (Fn. 5), § 707 Rn. 3; *Schöne* (Fn. 16), § 707 Rn. 4; *Hadding/Kießling* (Fn. 5), § 707 Rn. 1; *Armbrüster* (Fn. 156), 1, 6; *Wertenbruch* (Fn. 156), 1680, 1681 f.; vgl. *Wilde*, NZG 2012, 215; *Wicke*, MittBayNot 2017, 125, 127 ff.

<sup>164</sup> *K. Schmidt* (Fn. 112), 205, 225 ff.; *ders.*, ZGR 2008, 1, 16; *Nentwig*, WM 2011, 2168, 2169.

<sup>165</sup> *Habermeier* (Fn. 15), § 707 Rn. 1.

<sup>166</sup> *Wiedemann* (aaO), 690, 692; vgl. *Schäfer* (Fn. 5), § 707 Rn. 1.

einbar, denkt man nur an die niedrigen Voraussetzungen, die für das Entstehen eines Aufwendungsersatzanspruches erfüllt sein müssen<sup>167</sup>. Unabhängig von der Reichweite des § 707 BGB ist jedoch nochmals deutlich zu unterstreichen, dass die Vorschrift eine Norm des Innenrechts ist.<sup>168</sup> Sie hat „nicht [das Verhältnis] zu den Gläubigern der Gesellschafter<sup>169</sup> im Auge“.<sup>170</sup> Damit unterscheidet sich ihr Regelungsbereich *a priori* fundamental von dem des § 128 HGB.<sup>171</sup> Innergesellschaftliche Beitragspflicht und persönliche Haftung im Außenverhältnis stehen nebeneinander und in keinem Spannungsverhältnis.<sup>172</sup> Entweder ist das Außenverhältnis mit § 128 HGB betroffen und nur dann – wie gesehen – eine Haftung hiernach möglich, oder das Innenverhältnis und nur dann ein Konflikt mit § 707 BGB denkbar.<sup>173</sup> Wenn es um die Frage einer akzessorischen Haftung nach § 128 HGB geht, sollte diese mithin nicht unter Rekurs auf § 707 BGB abgelehnt werden.<sup>174</sup> Dies suggeriert das *OLG* allerdings zumindest, indem es seine Ausführungen einem die Haftung aus „§§ 675 BGB, 128 HGB“ verneinenden *Tenor* folgen lässt.<sup>175</sup> Systematisch konsequent sollte vielmehr auf die fehlende Anspruchsgrundlage im Innenverhältnis verwiesen werden. Inwieweit kann aber § 707 BGB dennoch argumentativ fruchtbar gemacht werden? Eine akzessorische Haftung der Gesellschafter für Sozialverbindlichkeiten bedürfte einer rechtlichen Grundlage. Mangels einer dem § 128 HGB im Innenverhältnis vergleichbaren Norm, könnte eine solche einzig gesellschaftsvertraglich geschaffen werden. Dergleichen würde dann aber gegen das aus § 707 BGB fließende Verbot unabsehbarer Belastungen verstoßen,<sup>176</sup> wenn man der Norm zu Recht einen

---

<sup>167</sup> Hierzu *Faust* (Fn. 29), 357, 366; vgl. *Wolffskeel v. Reichenberg* (Fn. 27), S. 27 f.

<sup>168</sup> Vgl. Fn. 159.

<sup>169</sup> Hier kommt die nunmehr historische Vorstellung von der GbR als reiner nicht rechtsfähiger Innengesellschaft zum Ausdruck vgl. Fn. 11.

<sup>170</sup> So geht es bereits aus den Materialien zur Entstehung des BGB hervor *Mugdan* (Fn. 11), Bd. 2, S. 333 f.

<sup>171</sup> *Armbrüster* (Fn. 156), 1, 24 f.; *Kretschmer* (Fn. 31), S. 174.

<sup>172</sup> *Armbrüster* (Fn. 156), 1, 24 f.; *Walter* (Fn. 7), 81, 84; *Kretschmer* (Fn. 31), S. 174; vgl. *Wolffskeel v. Reichenberg* (Fn. 27), S. 39 f.; siehe auch *K. Schmidt*, JuS 2016, 173, 174; zumindest missverständlich *Faust* (Fn. 29), 357, 363.

<sup>173</sup> Vgl. *Armbrüster* (Fn. 156), 1, 24 f.

<sup>174</sup> So auch richtigerweise *Armbrüster* (Fn. 156), 1, 24 f.; unzutreffend daher u.a. BGH, Urt. v. 2.7.1962 – II ZR 204/60 = NJW 1962, 1863, 1864; *Habersack* (Fn. 8), § 128 Rn. 12; *Bergmann* (Fn. 125), § 110 Rn. 29; *Schäfer* (Fn. 16), § 110 Rn. 31.

<sup>175</sup> Siehe *OLG Brandenburg* (Fn. 35), 1483 Rn. 19.

<sup>176</sup> Vgl. *Schäfer* (Fn. 5), § 707 Rn. 5.

eigenen freiheitssichernden Regelungsbereich<sup>177</sup> beimit und sie unter Verweis auf §§ 53 III GmbHG, 180 I, 54 I AktG als Verkörperung eines „allgemeinen Instituts des Gesellschaftsrechts“<sup>178</sup> ansieht. Dieses Ergebnis ist in Anbetracht der gesetzlichen Systematik und der Rechtssubjektivität der GbR auch nur folgerichtig. Diesbezügliche Konzessionen geht das Gesetz in haftungsrechtlicher Hinsicht bei der werbenden Gesellschaft nur im Außenverhältnis zu Zwecken des Gläubigerschutzes und der Gewährleistung der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft<sup>179</sup> über § 128 HGB ein. Erst im Rahmen der Liquidation des Rechtssubjekts GbR respektive des Ausscheidens eines Gesellschafters erfolgt gem. §§ 735, 739 BGB im Innenverhältnis – und dann auch nur gegenüber der Gesellschaft<sup>180</sup> – eine vollständige Abrechnung bezogen auf die anteiligen Verluste.<sup>181</sup> Im Übrigen bleibt es aber dabei, dass die GbR ausschließliches Haftungssubjekt ihrer Verbindlichkeiten ist. Aus § 707 BGB kann daher auch gefolgert werden, dass eine persönliche Haftung für Sozialverbindlichkeiten nicht gesellschaftsvertraglich vereinbart werden kann.<sup>182</sup> Dabei ist es völlig unerheblich, ob die Gesellschaft den Gesellschafter oder der Gesellschaftergläubiger diesen direkt in Anspruch nehmen können soll.<sup>183</sup>

Erneut ist dem Gericht im Ergebnis beizupflichten. Zweifel bestehen obgleich abermals in Bezug auf dessen rechtliche Begründung.

## **E. Fazit und Ausblick**

Eine persönliche unmittelbare Haftung der Gesellschafter für Sozialverbindlichkeiten – als welche die Vergütungsansprüche letztlich zutreffend

---

<sup>177</sup> Siehe Fn. 163.

<sup>178</sup> *K. Schmidt* (Fn. 9), § 16 III 3b cc, S. 473.

<sup>179</sup> *Wolffskeel v. Reichenberg* (Fn. 27), S. 22 f.; *Hüffer/Koch* (Fn. 127), S. 187; *Kretschmer* (Fn. 31), S. 28 f.

<sup>180</sup> BGH, Urt. v. 15.11.2011 – II ZR 266/09 = NJW 2012, 1439 Rn. 33 ff.; *Schäfer* (Fn. 5), § 735 Rn. 5; *Schöne* (Fn. 16), § 735 Rn. 5; *Hadding/Kießling* (Fn. 5), § 735 Rn. 2; *Habermeier* (Fn. 15), § 735 Rn. 4; vgl. *Altmeyen*, NJW 2013, 1025, 1030; zutreffend OLG Brandenburg (Fn. 35), 1483 Rn. 28.

<sup>181</sup> *Schöne* (Fn. 16), § 707 Rn. 3; *Schäfer* (Fn. 5), § 707 Rn. 6; *ders.*, Gesellschaftsrecht, S. 71; *Flume* (Fn. 125), S. 173.

<sup>182</sup> Vgl. *Schäfer* (Fn. 5), § 707 Rn. 5.

<sup>183</sup> Im Übrigen wird zu Recht auf die identische wirtschaftliche Belastung und den Schutzzweck der Norm hingewiesen *Gellings* (Fn. 125), 589, 592; *Wolffskeel v. Reichenberg* (Fn. 27), S. 26 f.

eingeorordnet wurden – ist abzulehnen. Dass diese Wertung eindeutig aus dem gesetzlichen Regelungsregime folgt, sollte die vorstehende Analyse gezeigt haben. Die Überwindung damit verbundener schwieriger Abgrenzungsfragen durch eine Gleichbehandlung von Drittgläubigeransprüchen und Sozialverbindlichkeiten mag ein billigenwertes Desiderat darstellen, ist *de lege lata* aber kein gangbarer Weg. Auch mit Blick auf das in Bälde in Kraft tretenden MoPeG<sup>184</sup> steht keine Aufgabe jener haftungsrechtlichen Grundunterscheidung bevor.<sup>185</sup> Einstweilen kann den Personengesellschaften vor der Festlegung gesonderter Gesellschaftervergütungen demnach nur dringend die Einholung kautelarjuristischen Rechtsrats empfohlen werden.

Die nun erfolgte obergerichtliche Zuordnung der Entscheidung über die Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels in den Kompetenzbereich der Gesellschafterversammlung dürfte niemanden ernstlich überrascht haben. Gegenteiliges gilt hingegen für die bedenkenlose Zulassung einer diesbezüglichen Mehrheitsentscheidung. Dies hätte vor dem *BGH* angesichts dessen früherer Judikatur wohl kaum Bestand gehabt. Auch hier seien die Gesellschaften weiterhin besser auf eine eingehendere juristische Beratung verwiesen.

---

<sup>184</sup> Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts v. 10.8.2021, BGBl. 2021 I S. 3436.

<sup>185</sup> Vgl. RegE, BT-Drs. 19/27635, S. 165.