

Xaminatorium

Handels- und Gesellschaftsrecht

Examinatorium Zivilrecht - Ferienteil Frühjahr 2007

Johannes Fridrich, Maitre en Droit

Skriptvorlage:

PD Dr. Stefan J. Geibel (Handelsrecht, OHG, KG)
Dr. Rüdiger Wilhelmi (GbR, GmbH, Registerpublizität)
Skripten Handels- und Gesellschaftsrecht Prof. Dr. Heinz-Dieter Assmann, LL.M.

.... auch ich geh' ins Xaminatorium!



Sitzung Nr. 3 (19.03.2007)

II. Die offene Handelsgesellschaft (oHG)

1. Begriffsmerkmale und Rechtsnatur der OHG

GbR deren Gesellschaftszweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist

Gem. § 105 III HGB: die §§ 705 ff. BGB (+) soweit die §§ 105 ff. HGB nicht etwas speziell regelt.

Die OHG ist eine rechtssubjektfähige Personengesellschaft i.S.v. § 14 II BGB und eine Gesamthandsgemeinschaft, aber keine juristische Person.

2. Errichtung der OHG

Innenverhältnis: Abschluss des Gesellschaftsvertrages

Gesellschafter einer OHG können alle natürlichen und juristischen Personen sowie teilrechtsfähige Personengesamtheiten (OHG, KG, PartG; str., ob auch Außen-GbR, nicht dagegen z. B. die Erbengemeinschaft) werden.

b. Im Außenverhältnis: § 123 II HGB zumindest der Beginn der Geschäfte hinzukommen

Genügt eine dem Gesellschaftszweck dienende vorbereitende Handlung (z. B. Kontoeröffnung) BGH Urteil vom 26.04.2004, JuS 2004, 727 = JA 2004, 708).

3. Innenverhältnis der Gesellschafter (§§ 109-122 HGB)

Innenverhältnis: Vertragsfreiheit, d. h. die §§ 110 -122 HGB sind dispositiv (§ 109 Hs. 2 HGB).

Wie alle Personengesellschaft: Selbstorganschaft

4. Außenverhältnis der Gesellschaft und der Gesellschafter zu Dritten (§§ 123-130b HGB)

a. Die OHG kann rechtsgeschäftlich unter ihrer Firma handeln und Trägerin von Rechten und Pflichten sein (§ 124 I HGB).

Sie ist auch deliktsfähig, sie haftet analog § 31 BGB für unerlaubte Handlungen ihrer Gesellschafter.

Die OHG ist ferner partei-, grundbuch- und insolvenzfähig.

b. Sie wird von jedem Gesellschafter organschaftlich vertreten (§ 125 I HGB: grundsätzlich Einzelvertretungsmacht), daneben auch aufgrund rechtsgeschäftlicher Vollmachten (z.B. Prokura, HVm.),

Die Art der (organschaftlichen) Vertretungsmacht muss nach § 106 I, II Nr. 4 HGB im Handelsregister eingetragen werden.

Es muss darauf geachtet werden, dass eine (Einzel- oder Gesamt-)Vertretung der Gesellschafter allein (ohne Prokurist) möglich bleibt (sonst liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Selbstorganschaft vor).

Die organschaftliche Vertretungsmacht erstreckt sich auf alle Rechtshandlungen (auch Veräußerung und Belastung von Grundstücken, Erteilung und Widerruf einer Prokura) (§ 126 I HGB).

Beschränkungen im Innenverhältnis (auch Widersprüche) können Dritten nicht entgegen gehalten werden (§ 126 11 HGB). Die Entziehung der Vertretungsmacht aus wichtigem Grund nach § 127 HGB kann im Gesellschaftsvertrag nicht völlig ausgeschlossen werden (str.).

5. Haftung §§ 128, 130 HGB

6. Auflösung der Gesellschaft sowie Ausscheiden und Wechsel von Gesellschaftern

(§§ 131 ff. HGB)

- **Auflösung** der OHG: Gründe in § 131 I, II HGB

- ggf. weiterer im Gesellschaftsvertrag
(und festgelegter) Gründe.

- Die Erreichung oder Unmöglichkeit des Gesellschaftszwecks ist (im Gegensatz zur GbR) kein Auflösungsgrund, sondern rechtfertigt nur eine Kündigung oder eine Auflösungsklage (h.M.).

- **Ausscheiden** eines Gesellschafters: Gründe in §§ 131 III Nr. 1-4 HGB

- im Gesellschaftsvertrag geregelt (§ 131 III Nr. 5, 6 HGB)

7. Gesellschafterwechsel infolge Beerbung eines Gesellschafters

a) So regelt es das Gesetz (§ 131 III Nr. 1 HGB)

Tod eines Gesellschafters-→ Ausscheiden (§ 131 III Nr. 1 HGB).

Anders bei GbR gem. § 727 I BGB und bei der OHG nach a.F. vor 1998 (Fortsetzungsklausel wie bei der GbR bedarf es daher nicht.)

Folge:

- Die Mitgliedschaft des Verstorbenen erlischt.
-
- Sein Anteil wächst den übrigen Gesellschaftern an (§ 105 III HGB i.V.m. § 738 I 1 BGB).
-
- Der Abfindungsanspruch (§ 105 III HGB i.V.m. §§ 738, 740 BGB) fällt in die Erbmasse (§§ 1922, 2032 BGB).

b) Abweichende gesellschaftsvertragliche Gestaltungen

Abbedingung von § 131 III Nr. 1 HGB möglich

(1) Erbenbezogene gesellschaftsvertragliche Nachfolgeklausel:

(a) Nachfolgeklausel i.S.d. § 139 HGB: Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben (= allen Erben) des verstorbenen Gesellschafters.

➤ *Klausel: „Im Falle des Todes eines der Gesellschafter wird die Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortgesetzt“.*

-Erben werden im Todesfall automatisch Gesellschafter.

(-) als Erbengemeinschaft (Gesamtrechtsnachfolge)

(+) Sonderrechtsnachfolge: jeder anteilig !

- § 139 I, III HGB: Kommanditistenstellung einräumen lassen 3 Monat-Frist

Grund: Verhinderung der strengen Haftung §§ 128, 130 HGB

Bei Ablehnung durch Gesellschaft: § 139 II HGB: Ausscheiden und Abfindung (§ 105 III HGB i.V.m. §§ 738, 740 BGB); Haftung § 139 IV HGB, 1975 ff. BGB

Die Einsetzung eines für die Mitgesellschafter unzumutbaren Erben stellt einen Treueverstoß dar, der zum Ausschluss des automatisch in die Stellung des verstorbenen Gesellschafters eingerückten Erben berechtigt (BGH WM 1982, 235).

(b) Nachfolgeklausel i.S.d. § 139 HGB: Fortsetzung der Gesellschaft mit namentlich benannten Erben: „**Qualifizierte Nachfolgeklausel**“

Klauseln:

- 1) *„Im Falle des Todes des Gesellschafters Erwin Erbe wird die Gesellschaft mit dessen Erbin Erna Erbe fortgesetzt“.*

- 2) *„Im Falle des Todes des Gesellschafters Erwin Erbe wird die Gesellschaft mit dessen Erben Erna Erb und Edgar Erbe fortgesetzt“.*

Der im Gesellschaftsvertrag namentlich benannte Nachfolger wird tatsächlich Erbe

Der Erbe hat die Rechte aus § 139 I, II HGB.

Bei Miterbengemeinschaft:

- Kein Ausgleichs-/Abfindungsanspruch der Erbengemeinschaft gegen OHG

Problem: Der im Gesellschaftsvertrag namentlich benannte Nachfolger wird nicht Erbe

Eventuell Umdeutung der Nachfolgeklausel in Eintrittsklausel (§ 140 BGB):

Option aber keine Pflicht zum Eintritt

(Nicht automatisch, wäre Vertrag zu Lasten Dritter)

(2) Abbedingung durch nicht erbenbezogene gesellschaftsvertragliche Nachfolgeklausel:

(a) Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag

*Klausel: „Im Falle des Todes des Gesellschafters Erwin Erbe wird die Gesellschaft aufgrund der mit dem Prokuristen der Gesellschaft Norbert Nichterbe getroffenen **Vereinbarung** vom 1.1.2000 mit diesem fortgesetzt.“*

- Unter Zeitbestimmung eines Anfangstermins (§ 163 BGB; nicht § 158 BGB, da Tod eines Menschen gewiss und nur der Zeit nach ungewiss ist) stehender Gesellschafterbeitritt (= Gesellschaftsvertrag zwischen den Gesellschaftern und einem Dritten), der mit dem Tod des Gesellschafters die Gesellschafterstellung des Dritten herbeiführt.
- Abfindungsanspruch der Erbengemeinschaft gegen die OHG (wie oben VII. 1. a.).
- kein Vertrag zu Lasten des Eintretenden da Vereinbarung mit ihm

(b) Eintrittsklausel

Klausel: „Die Gesellschafter vereinbaren für den Fall des Todes eines Gesellschafters die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Prokuristen der Gesellschaft Norbert Nichterbe“.

- Dritter erhält Recht (Option), aber keine Pflicht zum Eintritt.
- Eintrittvereinbarung = Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328 I BGB).

Es ist auch möglich im Gesellschaftsvertrag reziprok zu vereinbaren, dass kein Ausgleichsanspruch in die Erbmasse fällt.

III Die Kommanditgesellschaft (KG)

1. Begriffsmerkmale und Rechtsnatur der KG

- Die KG ist eine "Sonderform" der OHG
- Einziger Unterschied:

Für mindestens einen der Gesellschafter ist die Haftung auf Vermögenseinlage beschränkt (§ 161 I HGB) sog. **Kommanditist**

Daneben mind. ein persönlich haftenden Gesellschafter: sog. **Komplementär**,

Sonderform:

Die GmbH & Co KG wird auf dem grauen Kapitalmarkt (Markt für nichtverbriefte Wertpapiere) zur Sonderform der Publikums-KG verwendet (Anleger als Kommanditisten oder "mittelbar" über einen Treuhandkommanditisten)

2. Errichtung der KG

Grd. wie OHG,

Besonderheit: Haftsumme/-einlage muss vereinbart werden und § 106 II HGB

3. Innenverhältnis der Gesellschafter (§§ 163-169 HGB)

Vertragsfreiheit: sonst: §§ 164-169 HGB.

- Von der Geschäftsführung sind die Kommanditisten ausgeschlossen (§ 164 S. 1 Hs.1 HGB).

Zu **außergewöhnlichen Geschäften** muss jedoch ihre Zustimmung eingeholt werden (Zustimmungspflicht gemäß § 116 II HGB: Beschluss sämtlicher, also auch der nicht-geschäftsführenden Gesellschafter).

Nicht nur Widerrufsrecht, trotz Wortlaut des 164 S. 1, Hs. 2 HGB

4. Außenverhältnis der Gesellschaft und der Gesellschafter zu Dritten (§§ 170-176 HGB)

Im Grundsatz wie oHG Gesagte.

Kommanditist von der organschaftlichen Vertretungsmacht zwingend ausgeschlossen (§ 170 HGB), möglich: rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht

5. Haftung

Komplementäre haften nach §§ 128, 161 II HGB.

Kommanditist haftet nur bis zur Höhe seiner Einlage (wenn noch nicht geleistet): § 171 I HGB

Wird die Einlage später an den Kommanditisten zurückgezahlt haftet er wieder unmittelbar beschränkt auf die Haftsumme (§ 172 IV 1 HGB)..

5. Wechsel von Gesellschaftern

Zwischen Eintritt und Eintragung im Handelsregister: Haftung gemäß § 176 II, I 1 HGB unbeschränkt und unmittelbar

Lösung: Eintritt bedingt durch Eintragung ins Handelregister.

Vor seinem Eintritt begründete Gesellschaftsschulden: §§ 171, 172 HGB (§ 173 HGB).

Diese Haftung bezieht sich auf die vor seinem Ausscheiden begründeten Gesellschaftsschulden und ist gemäß § 160 HGB zeitlich begrenzt.

Kommanditistenhaftung bei Anteilsübertragung

Problem: Scheidet ein Kommanditist aus und wird ihm ein Abfindungsguthaben ausgezahlt, lebt die Haftung des Kommanditisten nach §§ 171 I Hs. 1, 160 HGB wieder auf. Dies gilt es zu verhindern beim Wechsel der Kommanditisten.

Unterscheide zwei denkbare Konstruktionen:

- Doppelvertrag:

Ausscheiden des Kommanditisten durch „ersten“ Vertrag mit den übrigen Gesellschaftern aus, denen sein Anteil anwächst (§ 738 I 1 BGB iVm §§ 161 II, 105 III HGB).

Beitritt des andere Gesellschafter durch „zweiten“ Vertrag mit den übrigen Gesellschaftern ein, deren Anteil entsprechend an ihn als (Neu-Kommanditist) abwachsen (entsprechend § 738 I 1 BGB) .

Nachteil:

Neuer Kommanditist muss Einlage erbringen, um nicht nach § 171 I HGB zu haften und der scheidende Kommanditist muss seine Einlage in der KG belassen, um nicht nach § 172 IV HGB zu haften.

- Unmittelbare Anteilsübertragung

Hierbei bleibt der Anteil ununterbrochen existent und wird als solcher nach §§ 413, 398 BGB abgetreten. Die übrigen Gesellschafter müssen zustimmen. Möglich ist das Einverständnis schon im Gesellschaftsvertrag zu geben.

Folge: Nur eine Einlage haftet. Dem Rechtsverkehr wird dies durch den Nachfolgevermerk signalisiert.

Beim **Tode eines Kommanditisten:** Kein Ausscheiden wie Komplementär, sondern der (vererbliche) Kommanditanteil geht auch ohne Nachfolgeklausel im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf Erben über (§ 177 HGB). Der Gesellschaftsvertrag kann Abweichendes festlegen. Ist der Erbe schon Komplementär der KG, bleibt er es mit vergrößertem Anteil.

IV. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

1. Die Errichtung der GmbH

a. Vorgründungsgesellschaft

- Rechtsverbindliche Vereinbarungen der künftigen Gesellschafter
- I.d.R. BGB-Gesellschaft zu qualifizieren
- Beachte § 2 GmbHG wenn Verpflichtung zur Gründung einer GmbH
- Auf Abschluss des Gesellschaftsvertrags gerichtet, endet dann wegen Zweckerreichung.

b. Gesellschaftsvertrag

- § 2 GmbHG in notarieller Form
- § 3 GmbHG zumindest Name und Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, den Betrag des Stammkapitals und der von den Gesellschaftern darauf zu leistenden Stammeinlage enthalten.

c. Vor-GmbH

Mit dem Gesellschaftsvertrag entsteht die **Vor-GmbH**, auch Vorgesellschaft genannt. Die Rechte und Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft gehen nicht automatisch auf die Vor-GmbH über, sondern müssen eigens übertragen werden

aa. Anwendbares Recht

Die Vor-GmbH ist Gesellschaft sui generis, für welche die Gründungsvorschriften des Gesetzes und des Gesellschaftsvertrags sowie das Recht der rechtsfähigen GmbH, soweit es nicht die Eintragung voraussetzt, gelten.

Insbesondere zwischen den Gesellschaftern sowie zwischen ihnen und der Gesellschaft gelten also bereits die Rechtsregeln der fertigen GmbH.

bb. Verlustdeckungshaftung der Gesellschafter

Für die Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft haften zunächst diese selbst.

Daneben: Anteilig: **unbeschränkten Verlustdeckungshaftung:**

- Diese Innenhaftung besteht gegenüber der Gesellschaft, nicht aber gegenüber deren Gläubigern (str.)

cc. Handelndenhaftung

§ 11 II GmbHG begründet, soweit jemand als Geschäftsführer oder wie ein solcher rechtsgeschäftlich tätig wird.

Umstritten ist, ob dies nur für das Handeln im Namen der GmbH gilt (so BGH) oder auch für das Auftreten für die Vor-GmbH.

Pro BGH: Wortlaut;

Pro a.A.: Funktion der Vorschrift als Ausgleich für den noch fehlenden Schutz des Stammkapitals und als Anreiz zur Beschleunigung des Gründungsvorgangs sowie die Annäherung der Haftung für die Vor-Gesellschaft an die Unterbilanzhaftung zum Zeitpunkt des Entstehens der GmbH.

dd. Scheitern der Vor-GmbH

Scheitert die Vor-GmbH, weil die Eintragung nicht mehr möglich ist oder angestrebt wird, gelten die Regeln für die Vor-GmbH nur dann weiter, wenn sie nach dem Scheitern nicht fortgesetzt, sondern liquidiert wird. Andernfalls gelten die allgemeinen Regeln, so dass eine BGB-Gesellschaft oder eine oHG vorliegt und die entsprechenden Regelungen Anwendung finden.

d. Eintragung ins Handelsregister §§ 7 ff GmbHG

Unversehrtheitsgrundsatz und Unterbilanzhaftung

Nach dem sogenannten Unversehrtheitsgrundsatz muss das Stammkapital zum Zeitpunkt der Entstehung der GmbH gewährleistet sein.

Nach dem früher vertretenen **Vorbelastungsverbot**, wonach das Stammkapital bei Eintragung tatsächlich verfügbar sein musste, war die Vertretungsmacht entsprechend beschränkt, so dass derartige das Stammkapital antastende Geschäfte die GmbH nicht verpflichten konnte. wurde. Dieses Verbot wurde aufgelockert. An die Stelle des Vorbelastungsverbots tritt nun die richterrechtliche **Unterbilanzhaftung**, nach der die Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft für die Differenz haften, um die das Gesellschaftsvermögen zum Zeitpunkt der Eintragung hinter dem Stammkapital zurückbleibt (vgl. BGHZ 80, 129, 140 ff.).

bb. Neugründung durch Mantelverwendung?

Die geschilderte rechtlichen Neugründung wird vielfach durch eine sogenannte wirtschaftliche Neugründung vermieden, wenn statt der Gründung einer neuen GmbH ein GmbH-Mantel für ein Unternehmen verwendet wird. Ein GmbH-Mantel ist eine zwar bestehende, aber nicht aktive GmbH, er kann im Wege des sogenannten Mantelkaufs auch von den bisherigen Gesellschaftern erworben werden. Da das Stammkapital zum Zeitpunkt der Verwendung des GmbH-Mantels nicht mehr gewährleistet ist und verbraucht sein kann, wendet der BGH die Gründungsvorschriften einschließlich der Unterbilanz- und der Handelndenhaftung analog an (vgl. BGHZ 153, 158, 161 ff.; BGHZ 155, 318, 321 ff.). Teilweise wird dies bestritten, da die rechtliche Neugründung auf eine Gesellschaft gerichtet ist, während die wirtschaftliche Neugründung ein Unternehmen betrifft (vgl. BayObLG, GmbHR 1999, 607, 608).

e. GmbH

aa. Juristische Person

Die Eintragung ist konstitutiv. Mit ihr entsteht die GmbH als juristische Person. Als solche ist sie selbst Trägerin von Rechten und Pflichten.

bb. Identität mit Vor-GmbH

Da die GmbH aus der Vor-GmbH entsteht, gehen alle Rechte und Pflichten der Vor-GmbH auf sie über, ohne dass es einer gesonderten Übertragung bedarf (vgl. BGHZ 80, 129 ff.).

cc. Haftung

Als juristische Person haftet die Gesellschaft ihren Gläubigern nur mit ihrem eigenen Vermögen. Die Gesellschafter haften gemäß § 13 II GmbHG nicht mit ihrem Privatvermögen.

Eine Ausnahme stellt die Durchgriffshaftung dar, die jedoch in eng begrenzten Missbrauchsfällen eingreift.

dd. Schutz des Stammkapitals

Als Ausgleich für die fehlende Haftung der Gesellschafter ist das Stammkapital der Gesellschaft besonders geschützt. Es muss gemäß § 5 I GmbHG mindestens 25.000 Euro betragen. Seine Aufbringung wird bei der Gründung insbesondere durch die Mindesteinlagepflicht gemäß § 7 II und III GmbHG, vor allem aber durch die richterrechtliche Unterbilanzhaftung gewährleistet (vgl. o. § 18 B 1 d). Nach der Gründung verbietet der Grundsatz der Kapitalerhaltung in §§ 30, 31 GmbHG, Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter zu erbringen, soweit dann kein Vermögen in Höhe der Stammkapitalziffer mehr vorhanden ist.

2. Die Vertretung und Geschäftsführung der GmbH

a. Geschäftsführer als Gesellschaftsorgan

Die Vertretung und die Geschäftsführung der GmbH erfolgt gemäß § 35 I GmbHG durch den oder die Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft, nicht durch die Gesellschafter. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, können die Geschäftsführer die GmbH gemäß § 35 II GmbHG nur gemeinsam aktiv, jedoch jeder allein passiv vertreten, wenn im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist.

b. Bestellung der Geschäftsführer

Die Geschäftsführer werden gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG von den Gesellschaftern durch Beschluss der Gesellschafterversammlung gemäß §§ 47, 48 GmbHG bestellt und abberufen. Die Bestellung und Abberufung ist gemäß § 39 GmbHG eine eintragungspflichtige Tatsache, so dass die Publizität des Handelsregisters greift.

c. Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis

Die Geschäftsführer unterliegen gemäß § 37 I GmbHG den Beschränkungen des Gesellschaftsvertrags und den Weisungen durch Beschlüsse der Gesellschafter.

d. Missbrauch der Vertretungsmacht

Beschränkungen der Vertretungsbefugnis sind gemäß § 37 II GmbHG nur im Innenverhältnis, nicht aber gegenüber Dritten wirksam. Jedoch kann nach h.M. ein

Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegen, wenn die Geschäftsführungsbefugnis überschritten wird, indem etwa außerhalb des Gesellschaftszwecks oder gegen eine Weisung der Gesellschafter gehandelt wird, und der Missbrauch dem Geschäftsgegner bekannt oder für ihn objektiv evident war, sich ihm geradezu aufdrängen musste (vgl. K. Schmidt, aaO., § 10 II 2).

☺ Examenstipp:

Erstmals seit 1980 ist mit dem „Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen“ (kurz: MoMiG) eine wesentliche Reform des GmbH-Rechts geplant. Diese soll zum 01.10.2007 in Kraft treten. Vorgesehen ist u.a. die Herabsetzung des Stammkapitals auf 10.000 €, um die GmbH gegenüber der englischen Limited wieder attraktiver zu machen. Auch soll gegen Missbräuche bei angeschlagenen GmbHs vorgegangen werden (Bekämpfung der sog. Firmenbestatter). Gerade im Hinblick auf die mündliche Prüfung ist es lohnenswert, sich diesbezüglich durch Lektüre der juristischen Ausbildungs- und Fachzeitschriften auf dem Laufenden zu halten .

Sitzung Nr. 4 (21.03.2007)

Besprechung der Examensklausur 1992-II-4

Materialien wurden aus urheberrechtlichen Gründen nur in Papierform ausgegeben.