

# 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!



## **B Gesellschaftsrecht**

### **I. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)**

#### **1. Begriff und Bedeutung**

##### **a. Begriff**

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder BGB-Gesellschaft ist gemäß § 705 BGB ein auf einem Gesellschaftsvertrag beruhender Zusammenschluss mehrerer Personen mit dem Ziel, einen gemeinsamen Zweck durch gemeinsame Leistungen zu erreichen, in der Regel auf der Grundlage des persönlichen Zusammenwirkens.

##### **b. Abgrenzung von OHG und KG**

Die BGB-Gesellschaft ist eine Personengesellschaft. Als solche ist sie von den anderen Personengesellschaften, insbesondere der OHG und der KG abzugrenzen. Eine OHG bzw. KG liegt gemäß § 105 HGB bzw. § 161 HGB immer dann vor, wenn ein Handelsgewerbe betrieben wird, also gemäß § 1 HGB eine selbständige, auf Dauer angelegte und auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit mit Ausnahme der freien Berufe, die einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

##### **c. Bedeutung**

BGB-Gesellschaften kommen demgemäß insbesondere bei Zusammenschlüssen von Angehörigen der freien Berufe vor, etwa zu einer Arztpraxis, einer Rechtsanwaltssozietät oder einer Wirtschaftsprüfer- oder Steuerberaterkanzlei. Sie kommen ebenfalls häufig vor, wenn es an einer auf Dauer angelegten Tätigkeit fehlt, etwa bei einem Finanzierungs- oder Kreditkonsortium von Banken oder einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) von Bauunternehmen, die nur der Durchführung einzelner Geschäftsvorhaben dienen.

#### **2. Gründung**

Die BGB-Gesellschaft entsteht mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags.

#### **3. Gesellschaftsvertrag**

##### **a. Inhalt**

Der Gesellschaftsvertrag enthält die Verpflichtung der Gesellschafter, einen gemeinsamen Zweck zu erreichen und diesen insbesondere durch Erbringung der vereinbarten Beiträge zu fördern.

## **b. Form**

Er ist formfrei, es sei denn er enthält ein formbedürftiges Leistungsversprechen, etwa die Einbringung eines Grundstücks in die Gesellschaft.

## **c. Rechtsnatur**

### **aa. Organisationsvertrag**

Der Gesellschaftsvertrag ist Organisationsvertrag, indem er die Organisation der Gesellschaft regelt.

### **bb. Schuldvertrag**

Er ist aber auch ein schuldrechtlicher Vertrag, in dem sich die Vertragsparteien zur Erbringung von Leistungen verpflichten. Auf ihn finden daher die Vorschriften des Allgemeinen Teils und des allgemeinen Schuldrechts des BGB grundsätzlich Anwendung. Bei Schlechterfüllung entstehen etwa Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung gemäß § 280 BGB.

### **cc. Austauschvertrag?**

Umstritten ist, ob es sich um einen Austauschvertrag handelt, auf den insbesondere die §§ 320 ff. BGB Anwendung finden. Dies ist allenfalls eingeschränkt der Fall, da die Vorschriften nicht nur gegen den säumigen Gesellschafter, sondern auch gegen die übrigen Gesellschafter und damit die Gesellschaft Wirkung entfalten würden (vgl. Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht, 20. Aufl. 2002, § 6 Rn. 3 ff.). So ist insbesondere ein Rücktritt gemäß §§ 323 bis 326 BGB ausgeschlossen. Stattdessen kommt nur die Kündigung gemäß § 732 BGB oder die Auflösung der Gesellschaft mit Wirkung für die Zukunft in Betracht, ähnlich dem in Vollzug gesetzten Arbeitsverhältnis.

## **d. Fehlerhafte Gesellschaft**

### **aa. Grundsatz**

Ist ein Gesellschaftsvertrag fehlerhaft abgeschlossen oder ein bereits abgeschlossener Gesellschaftsvertrag fehlerhaft abgeändert worden, etwa durch einen fehlerhaften Eintritt eines neuen Gesellschafters, liegt eine fehlerhafte Gesellschaft vor, wenn die Gesellschaft bereits in Vollzug gesetzt wurde, indem sie ihre Geschäfte aufgenommen hat. Eine derartige Gesellschaft ist trotz ihrer Fehlerhaftigkeit wirksam zustande gekommen und kann grundsätzlich nicht rückwirkend vernichtet werden. Die Fehlerhaftigkeit stellt nur einen Auflösungs- und Kündigungsgrund mit Wirkung für die Zukunft dar.

## **bb. Ausnahmen**

Eine fehlerhafte Gesellschaft kann jedoch keine Verpflichtungen gegenüber nicht- oder nicht vollgeschäftsfähigen Personen gemäß §§ 104 ff. BGB oder aufgrund von Verstößen gegen die guten Sitten gemäß § 138 BGB begründen, da der Schutzzweck dieser Vorschriften vorgeht. Bei einer arglistigen Täuschung gemäß § 123 BGB liegt zwar insbesondere im Außenverhältnis eine wirksam zustande gekommene Gesellschaft vor, im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander soll Mitgesellschaftern aus ihrer arglistigen Täuschung oder Drohung jedoch kein Vorteil entstehen.

## **e. Änderungen**

Änderungen des Gesellschaftsvertrags bedürfen grundsätzlich der Einstimmigkeit, wenn nicht für bestimmte Änderungen Mehrheitsentscheidungen vorgesehen sind.

## **4. Geschäftsführung und Vertretung**

### **a. Geschäftsführung**

Die Geschäftsführung der Gesellschaft, also die auf die Verfolgung des Gesellschaftszwecks gerichtete Tätigkeit der Gesellschafter, obliegt allein den Gesellschaftern.

#### **aa. Gesetzliche Regelung**

Nach der gesetzlichen Regelung des § 709 I BGB gilt der Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung, nach dem die Gesellschafter die Geschäftsführungsmaßnahmen nur mit Zustimmung aller vornehmen dürfen.

#### **bb. Gesellschaftsvertragliche Regelung**

Der Gesellschaftsvertrag kann aber vorsehen, dass

- gemäß § 709 II BGB die Mehrheit der Gesellschafter oder der Anteile entscheidet,
- gemäß § 711 BGB alle Gesellschafter an der Geschäftsführung teilnehmen, aber jeder für sich allein handeln kann, wobei jeder andere Gesellschafter der Geschäftsführungsmaßnahme widersprechen kann oder
- gemäß § 710 BGB die Geschäftsführung nur einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen wird und die anderen Gesellschafter ausgeschlossen sind und auch kein Widerspruchsrecht haben.

#### **cc. Notgeschäftsführer**

Auch der nicht oder nicht allein geschäftsführungsberechtigte Gesellschafter ist gemäß § 744 II BGB zur Notgeschäftsführung berechtigt, da die Regelungen über die Gemeinschaft subsidiär auch für die BGB-Gesellschaft gelten.

#### **dd. Pflichtverletzung des Geschäftsführers**

Verletzt ein Gesellschafter schuldhaft seine Geschäftsführungspflicht, so ist er der Gesellschaft aus positiver Forderungsverletzung gemäß § 280 BGB schadensersatzpflichtig, wobei er gemäß § 708 BGB nur die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten schuldet.

#### **ee. Aufwendungsersatz des Geschäftsführers**

Der oder die Geschäftsführer kann gemäß § 713 i.V.m. § 679 BGB von der Gesellschaft Ersatz seiner im Interesse der Gesellschaft erbrachten Aufwendungen verlangen. Die Mitgesellschafter haften wegen § 707 BGB bis zur Auseinandersetzung nur, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht oder gemäß § 426 BGB eine Ausgleichspflicht besteht, weil sie als Gesamtschuldner haften.

#### **b. Vertretung**

Die Vertretungsmacht ist die Fähigkeit, im Namen der Gesellschaft rechtsgeschäftliche Erklärungen mit Wirkung unmittelbar für und gegen die Gesellschaft abzugeben.

##### **aa. Maßgeblichkeit der Geschäftsführungsbefugnis**

Sie entspricht gemäß § 714 BGB der Geschäftsführungsbefugnis, wenn im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist. Damit führt eine Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis im Zweifel auch zu einer Beschränkung der Vertretungsmacht. Der Widerspruch gegen Geschäftsführungsmaßnahmen gemäß § 711 BGB lässt die Vertretungsmacht allerdings unberührt (vgl. BGHZ 16, 394, 398).

##### **bb. Missbrauch der Vertretungsmacht**

Weicht die Vertretungsmacht von der Geschäftsführungsbefugnis ab, kann nach h.M. ein Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegen, wenn der Missbrauch dem Geschäftsgegner bekannt oder für ihn objektiv evident war.

##### **cc. Überschreitung der Vertretungsmacht**

Überschreitet ein Gesellschafter seine Vertretungsmacht, handelt er als Vertreter ohne Vertretungsmacht, so dass die §§ 177 bis 179 BGB anwendbar sind, wenn keine Anscheins- oder Duldungsvollmacht vorliegt.

##### **c. Selbstorganschaft**

Die Geschäftsführung und Vertretung muss nach dem Grundsatz der Selbstorganschaft durch die Gesellschafter erfolgen können, ohne dass ein Nichtgesellschafter mitwirken muss.

## **5. Rechtsstellung der Gesellschafter**

### **a. Treupflichten**

Die Gesellschafter unterliegen einer sogenannten Treupflicht gegenüber der Gesellschaft und ihren Mitgesellschaftern aufgrund des Charakters der BGB-Gesellschaft als Personengesellschaft mit entsprechender Bindung der Gesellschafter. Sie haben daher grundsätzlich alles zu unterlassen, was die Interessen der Gesellschaft oder die mitgliedschaftlichen Vermögensinteressen ihrer Mitgesellschafter beeinträchtigt. Dies betrifft insbesondere

- die Weitergabe von Informationen
- die Wahrnehmung von Geschäftschancen der Gesellschaft
- die Geschäftsführertätigkeit mit Ausübung des Widerspruchsrechts und der Beschlussfassung über Geschäftsführungstätigkeiten.

### **b. Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter**

Die Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag bestehen zwischen der Gesellschaft als Gesamtheit der Gesellschafter und den einzelnen Gesellschaftern. Forderungen aus dem Gesellschaftsvertrag, sogenannte Sozialansprüche, stehen der Gesellschaft zu und sind an sich von der Gesamtheit der Gesellschafter geltend zu machen. Aufgrund der Personenbezogenheit der gesellschaftsvertraglichen Pflichten kann aber auch jeder einzelne Gesellschafter durch Gesellschafterklage (actio pro socio) im eigenen Namen Leistung verlangen, allerdings nur an die Gesamtheit der Gesellschafter als Berechtigte (vgl. BGHZ 25, 47, 49 f.).

## **6. Gesellschaftsvermögen**

Das Gesellschaftsvermögen besteht gemäß § 718 BGB aus den Beiträgen der Gesellschafter und den durch die Geschäftsführung der Gesellschaft erworbenen Gegenständen.

### **a. Beitragspflicht**

Die Gesellschafter sind regelmäßig zur Leistung von Beiträgen verpflichtet. Maßgeblich für die zu erbringenden Leistungen ist der Gesellschaftsvertrag. Dieser legt Art und Höhe der Leistungen gemäß §§ 705, 707 BGB im Zweifel selbst abschließend fest, kann aber auch die Gesellschafter ermächtigen, die Beiträge durch Beschluss zumindest der Mehrheit der Gesellschafter festzulegen.

### **b. Verteilung von Gewinn und Verlust**

Die Gesellschafter haben gemäß § 722 BGB gleichen Anteil an Gewinn und Verlust, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt.

### **c. Gesamthandsvermögen**

Das Gesellschaftsvermögen ist ein vom Privatvermögen der Gesellschafter zu trennendes Sondervermögen. Es ist Gesamthandsvermögen, über dessen Bestandteile nur gemäß den Regelungen für Geschäftsführung und Vertretung verfügt werden kann. Der einzelne Gesellschafter kann gemäß § 719 BGB nicht alleine über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen verfügen. Nur die Gesamthand kann über diese Anteile verfügen, so dass der einzelne Gesellschafter der Zustimmung aller anderen Gesellschafter bedarf.

## **7. Rechts- und Parteifähigkeit**

### **a. Keine juristische Person**

Die BGB-Gesellschaft ist keine juristische Person.

### **b. Rechts- und Parteifähigkeit**

Ob die GbR rechtsfähig, also Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann, war lange umstritten.

Nunmehr hat der BGH für die **Außen-GbR** die Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit bejaht (BGH, Urt. vom 29.1.2001 = NJW 2001, 1056). Die Gegenansicht ist heute in der Klausur kaum mehr vertretbar.

Vgl. zur Argumentation: Klausur 2004-I-3 (Mit Lösungsskizze in Sitzung 1 ausgegeben)

Mit der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft wird ihre Parteifähigkeit verbunden, so dass sie Klägerin oder Beklagte im Zivilprozess sein kann (vgl. BGHZ 146, 341).

### **aa. Außen- und Innengesellschaft**

Die Außengesellschaft ist vor allem durch das Vorhandensein des Gesamthandsvermögens und das Auftreten als Gesellschaft nach außen, insbesondere im Rechtsverkehr, gekennzeichnet. Ihr steht die Innengesellschaft gegenüber, die kein Gesamthandsvermögen hat und nicht nach Außen auftritt, etwa wenn die Geschäfte von einem Gesellschafter allein und in eigenem Namen geführt werden, während sie unter den Gesellschaftern auf gemeinsame Rechnung gehen.

### **bb. Eigentümer- und Gläubigerstellung**

Aufgrund ihrer Rechtsfähigkeit wird die Gesellschaft selbst etwa Eigentümerin an ihren Vermögensgegenständen und Gläubigerin von Ansprüchen aus Vertrag, aber auch ungerechtfertigter Bereicherung oder Delikt.

### **cc. Grundbuchfähigkeit**

Die Grundbuchfähigkeit der GbR richtet sich nicht nach materiellem Recht, sondern nach dem Recht der GBO. Vor der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR war sie nach allgemeiner Ansicht zu verneinen. Vielmehr waren die einzelnen Gesellschafter nach § 47 GBO mit erklärendem Zusatz einzutragen: „A, B, C als Gesellschafter einer GbR“.

Trotz nunmehr anerkannter Rechts- und Parteifähigkeit der GbR ist deren Grundbuchfähigkeit nach wie vor, insbesondere wegen fehlender Registerpublizität der GbR, umstritten. Überwiegend wird nun in der Literatur die Grundbuchfähigkeit der GbR propagiert. Hierfür wird neben dem Gleichklang von materiellem und Verfahrensrecht die Entlastung der Grundbuchämter angeführt. Die hieraus resultierenden Publizitätsprobleme seien im Rahmen des § 29 GBO über die Vorlage einer Gesellschafterliste und den Nachweis der Vertretungsverhältnisse zu lösen (so *Müko/Ulmer*, § 705 Rn 312 ff.).

Der BGH hat die Grundbuchfähigkeit der GbR ausdrücklich offen gelassen (BGH WM 2004, 1827 = ZIP 2004, 1775-1778).

Die obergerichtliche Rechtsprechung lehnte die Grundbuchfähigkeit der GbR bisher ab vgl. OLG Zelle, Beschluss vom 13.03.2006, NJW 2006 2194 f; BayObLG, Beschluss vom 31.10.2002, NJW 2003, 70 m.w.N. Nunmehr hat das OLG Stuttgart die Grundbuchfähigkeit bejaht (Beschluss vom 09.01.2007, ZIP 2007, 419).

### **dd. Firmenfähigkeit:**

Die GbR hat keinen eigenen Namen (keine „Firma“ wie etwa OHG oder KG; §§105 I, 124 I HGB), denn die GbR ist nicht „firmenfähig“; daran hat sich auch nach BGH vom 29.1.2001 (NJW 2001, 1056) nichts geändert. Bsp.: A, B, C: Die Gesellschaft tritt auf als A, B, C in gesamthänderischer Verbundenheit einer GbR. Abzugrenzen ist eine Firma von der zulässigen „Etablissementbezeichnung“ (z.B. Rechtsanwaltskanzlei „Schwarzes Schaf“).

### **ee. Erbfähigkeit:**

Die frühere Auffassung, die GbR als nicht erbrechtsfähig i.S.d. § 1923 BGB anzusehen (so noch: BayObLG FamRZ 99, 170) ist mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR nach Literaturansicht als überholt anzusehen (so Palandt/ *Edenhofer*, § 1923, Rn. 7).

### **ff. Mitgliedschaft in anderen Gesellschaften**

Der rechtsfähigen BGB-Gesellschaft wird auch die Fähigkeit zugesprochen, Mitglied einer anderen Personengesellschaft oder einer juristischen Person zu sein, obwohl gemäß § 106 HGB die Gesellschafter ins Handelsregister eingetragen werden müssen, weshalb neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter zum Zeitpunkt der Eintragung eingetragen werden müssen (vgl. BGHZ 148, 291, 295).

## **8. Haftung**

Zur Haftung der GbR vgl. auch Lösungsskizze **Klausur 2004-I-3** Aufgabe 2

### **a. Gesellschaftsvermögen**

Für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet zunächst das Gesellschaftsvermögen.

### **b. Sonstiges Vermögen der Gesellschafter**

Daneben haften die Gesellschafter als Gesamtschuldner mit ihrem sonstigen Vermögen.

#### **aa. Akzessorietätstheorie**

Diese persönliche Haftung wird nunmehr mit dem in § 128 f. HGB zum Ausdruck kommenden allgemeinen Grundsatz des Privatrechts begründet, dass wer einzeln oder gemeinsam mit anderen Geschäfte betreibt, für die daraus entstehenden Verpflichtungen mit seinem gesamten Vermögen haftet, solange sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt oder mit dem Vertragspartner nichts anderes vereinbart wird (vgl. BGHZ 142, 315 ff.). Nach der Akzessorietätstheorie haften die Gesellschafter nun also unmittelbar für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

Diese Haftungsregelung soll jedoch erst auf künftige Beitrittsfälle anzuwenden sein: Aufgrund der früheren, gefestigten Rechtsprechung des BGH, dass Neugesellschafter nicht mit ihrem Privatvermögen für Altverbindlichkeiten der GbR haften, habe sich auf Seiten der neu eintretenden Gesellschafter diesbezüglich ein schützenswertes Vertrauen gebildet.

Demgegenüber ist nach einer aktuellen Entscheidung des BGH (NZG 2006, 106 f.) der Neugesellschafter in seinem Vertrauen auf den Fortbestand der vor der Publikation des Senatsurteils vom 7. April 2003 bestehenden Rechtslage nicht geschützt, sondern haftet analog § 130 HGB, wenn er die Altverbindlichkeit, für die er in Anspruch genommen wird, bei seinem Eintritt in die Gesellschaft kennt oder wenn er deren Vorhandensein bei auch nur geringer Aufmerksamkeit hätte erkennen können.

Die Haftung für Altverbindlichkeiten gem. § 130 HGB analog gilt jedoch nicht für Scheingesellschafter, da dieser auch nicht an den Vorteilen der GbR partizipiert, insbesondere kein Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen hat (vgl. OLG Saarbrücken, NZG 06, 619).

Die früher vertretene Doppelverpflichtungslehre, wonach der einzelne Gesellschafter nicht nur für die Gesellschaft sondern auch für die anderen Gesellschafter handelte und diese persönlich verpflichtete, ist mit der Anwendung von § 128 HGB analog hinfällig geworden.

#### **bb. Akzessorietät**

Die persönliche Haftung ist eine akzessorische, so dass für die persönliche Haftung der Gesellschafter entsprechend §§ 128 f. HGB der jeweilige Bestand der Gesellschaftsschuld maßgeblich ist (vgl. BGHZ 146, 341, 358). Aus der Akzessorietät gemäß §§ 128 f. HGB wird auch abgeleitet, dass dem für eine Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch

genommenen Gesellschafter gemäß § 129 HGB die Einwendungen und Einreden der Gesellschaft zustehen.

#### **cc. Abweichung von der Akzessorietätstheorie**

Umstritten ist, ob § 128 ff HGB auch bei atypischen Gesellschaftsarten wie geschlossene Immobilienfonds in Form einer Anlage-(Publikums-) GbR Anwendung findet. Hiergegen wird eingewandt, dass die Gesellschafter reine Kapitalanlagezwecke verfolgen und es für den einzelnen Anleger unbillig wäre, ein wirtschaftlich nicht abschätzbares, unbegrenztes Haftungsrisiko auf sich zu nehmen (vgl. Kübler/ Assmann § 6 III c aa).

Demnach dürfen nach BGHZ 150,1 = NJW 2002, 1642 bereits existierende GbR-Immobilienfonds auch nach dem Rechtsprechungswechsel (BGHZ 142, 315) für davor abgeschlossene Verträge sich auf die im GV regelmäßig vorgesehene Haftungsbeschränkung (nur Haftung mit dem jeweiligen Anteil) berufen nach den Grundsätzen der alten Rechtsprechung (Beschränkung erkennbar für Vertragspartner). Des weitern kann auch wegen der Eigenart der Immobilienfonds als reine Kapitalanlagegesellschaft für neue Verträge die Haftung auch in AGBs eingeschränkt oder ausgeschlossen werden, ohne gegen § 307 BGB zu verstoßen.

Allerdings schließt dies, im Einzelfall auch für Altfälle, eine im Verhältnis der kapitalmäßigen Beteiligung quotale, jedoch unbeschränkte persönliche Haftung gem. §§ 128,130 HGB analog nicht aus. (so BGH, WM 2006, 1673-1677; OLG Dresden, NZG 05, 549ff).

#### **dd. Haftungsbeschränkung?**

Die persönliche Haftung der Gesellschafter kann grundsätzlich beschränkt werden, jedoch anders als noch bei der Doppelverpflichtungstheorie nicht einseitig im Gesellschaftsvertrag, sondern nur durch entsprechende Vereinbarung mit dem Vertragspartner. Streitig ist, ob eine Haftungsbeschränkung auch durch AGB möglich ist (ablehnend BGHZ 142, 315, 320 ff.).

#### **ee. Besonderheiten**

##### **aaa. Ansprüche aus Delikt**

Unerlaubte Handlungen können zunächst nur durch die Gesellschafter im Rahmen der Geschäftsführung begangen werden. Insoweit haften die Gesellschafter selbst. Ob daneben auch die Gesellschaft aus § 31 BGB und damit auch die anderen Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen haften, ist umstritten. Gegen die Anwendung der Organhaftung des § 31 BGB spricht, dass die BGB-Gesellschaft anders als der rechtsfähige Verein nicht körperschaftlich organisiert ist und die handelnden Gesellschafter daher keine Organ sind. Die h.M. bejaht die Anwendung des § 31 BGB aufgrund der nunmehr angenommenen Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft (vgl. BGHZ 154, 88 ff.).

### **bbb. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung**

Die Gesellschafter haften grundsätzlich auch für Ansprüche gegen die Gesellschaft aus ungerechtfertigter Bereicherung persönlich, es sei denn, das Gesellschaftsvermögen oder sein sonstiges Vermögen ist nicht mehr bereichert.

### **ccc. Keine persönliche Haftung für Sozialverbindlichkeiten**

Für Sozialverbindlichkeiten, also Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis, wie die Verpflichtung zur Erstattung von Aufwendungen gemäß § 713 i.V.m. 670 BGB oder zur Auszahlung von Gewinnanteilen gemäß § 721 BGB haften die Gesellschafter grundsätzlich nicht persönlich, da sonst entgegen § 707 BGB eine Nachschusspflicht bestünde. Allerdings besteht ein Ausgleichsanspruch aus § 426 BGB, wenn ein Gesellschafter Regress für die Begleichung von Forderungen gegen die Gesellschaft aus seinem sonstigen Vermögen sucht und das Gesellschaftsvermögen dafür nicht ausreicht.

### **ddd. Ausgleichspflicht bei Haftung gegenüber Gesellschafter-Gläubigern**

Für Ansprüche eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft, die nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis stammt, also auch einem Nichtgesellschafter zustehen könnten, haften die Gesellschafter persönlich und zwar gemäß § 427 BGB als Gesamtschuldner. Da die in Anspruch genommenen übrigen Gesellschafter ihrerseits grundsätzlich wieder Ausgleichsansprüche gegen den Gesellschafter-Gläubiger haben, muss sich dieser seinen Verlustanteil anrechnen lassen, kann also nur den verbleibenden Anspruch geltend machen, um dem Einwand des *dolo petit* zu entgehen.

### **eee. Analoge Anwendbarkeit des § 28 I HGB**

Umstritten ist, ob § 28 I auf die GbR Anwendung findet.

In seinem Urteil vom 22.1.2004 (BGHZ157, 361-370= NJW 2004, 836) hat sich der BGH mit der Frage beschäftigt, ob auch bei Eintritt eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns § 28 I S.1 HGB entsprechende Anwendung im Recht der GbR findet.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatten sich zwei Rechtsanwälte zu einer GbR zusammengeschlossen. Der BGH hatte die Frage zu klären, ob der eine Rechtsanwalt für Altverbindlichkeiten des andern Rechtsanwalts, die durch pflichtwidrige Beratung entstanden waren, gemäß §§ 28 Abs. 1 S. 1, 128 S.1 HGB analog eintreten müsse.

Der BGH lehnte eine solche Haftung im konkreten Fall ab, da das Verhältnis von Rechtsanwalt und Mandant sich gerade durch eine persönliche Leistungserbringung des Anwalts auszeichne. Die Anwendung von § 28 I HGB auf innerhalb einer solchen persönlichen Leistungserbringung entstandene Verbindlichkeiten sei ausgeschlossen.

Des weiteren führt der BGH aus, dass gegen die analoge Anwendung spricht, dass eine GbR sich im Gegensatz zur oHG nicht durch Eintragung ins Handelsregister nach § 28 II alt.

1 HGB gegenüber Dritten von der Haftung durch Vereinbarung befreien kann. Sonst stünden Nichtkaufleute schlechter als Kaufleute. Auch aus der analogen Anwendung des § 130 HGB folge nicht zwingend eine Analogie zu 28 I 1 HGB, da beide Normen unterschiedliche Normzwecke verfolgen (vgl. BGH, a.a.O., m.w.N.)

Demgegenüber sieht das OLG Sachen-Anhalt in einem Urteil vom 17.01.2006 (AnwBI 2006, 416f) die Streitfrage für höchstrichterlich nicht geklärt und kommt zu einer analogen Anwendung des § 28 I HGB, wenn es sich nicht um eine persönliche Leistung (z.B. eines Rechtsanwaltes, Arztes) handelt, sondern um „normale“ Zahlungsverpflichtungen (z.B. aus Mietvertrag). So sei es vor dem Hintergrund des Gläubigerschutzes nicht verständlich zu differenzieren, ob sich zwei Angehörige eines freien Berufes oder zwei Gewerbetreibende zur gemeinsamen Berufsausübung zusammenschließen (so auch K. Schmidt NJW 2003, 1897, 1903 m.w.N.). Die weitere Entwicklung der BGH-Rechtsprechung bleibt abzuwarten.

## **9. Gesellschafterwechsel**

Die BGB-Gesellschaft beruht als Personengesellschaft auf dem persönlichen Vertrauen, dass sich die einzelnen Gesellschafter entgegenbringen, so dass der Tod eines Gesellschafters gemäß § 727 BGB im Zweifel zur Beendigung der Gesellschaft führt und ein neuer Gesellschafter grundsätzlich nicht ohne Zustimmung aller Gesellschafter aufgenommen werden kann.

### **a. Eintreten neuer Gesellschafter**

#### **aa. Notwendigkeit der Zustimmung aller Gesellschafter**

Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters bedarf der Änderung oder Ergänzung des Gesellschaftsvertrages durch einen sogenannten Aufnahmevertrag und damit der Zustimmung aller bisherigen Gesellschafter. Auch die Übertragung eines Gesellschaftersanteils von einem bisherigen auf einen neuen Gesellschafter bedarf gemäß § 719 BGB der Zustimmung aller Gesellschafter.

#### **bb. Abweichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag**

Allerdings kann der Gesellschaftsvertrag bereits eine generelle Zustimmung zur Übertragung der Anteile enthalten oder vorsehen, dass ein neuer Gesellschafter mit Zustimmung der Mehrheit der Gesellschafter aufgenommen werden kann.

#### **cc. Haftung**

(vgl. hierzu auch Lösungsskizze Klausur 2004-I-3)

Der neu hinzutretende Gesellschafter haftet nach der nunmehr h.M. auch für die Verbindlichkeiten persönlich, die vor seinem Eintritt entstanden sind, da aus der nunmehr anerkannten Akzessorietät der Haftung auch die entsprechende Anwendung des § 130 HGB

folge und der allgemeine Grundsatz gelte, dass die jeweiligen Gesellschafter für die jeweils bestehenden Verbindlichkeiten persönlich haften (vgl. BGHZ 154, 370 ff.).

### **b. Vererbung des Gesellschaftsanteils**

Der Anteil an einer BGB-Gesellschaft kann nach der gesetzlichen Regelung nicht vererbt werden, da der Tod als Erbfall gemäß § 727 BGB zur Beendigung der Gesellschaft führt. Allerdings kann der Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung der Gesellschaft mit allen oder einem Teil der Erben vorsehen; der oder die Erben treten dann mit allen Rechten und Pflichten an die Stelle des verstorbenen Gesellschafters. Dabei regelt das Erbrecht, wer Erbe wird, und das Gesellschaftsrecht, welche Folgen der Erbfall für die Gesellschaft hat.

### **c. Ausscheiden eines Gesellschafters**

Ein Gesellschafter kann freiwillig aus der BGB-Gesellschaft ausscheiden, wenn ein Kündigungsmöglichkeit gemäß §§ 723 ff. BGB oder Gesellschaftsvertrag besteht. Er kann gemäß § 737 BGB zum Ausscheiden gezwungen werden, wenn dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist.

#### **aa. Haftung**

Die Haftung des ausscheidenden Gesellschafters der BGB-Gesellschaft bemisst sich gemäß § 737 BGB nach den Regelungen der Personenhandelsgesellschaften, so dass grundsätzlich eine fünfjährige Ausschlussfrist entsprechend § 160 I HGB besteht, die mangels Registerpublizität mit Kenntnis des jeweiligen Gläubigers vom Ausscheiden des Gesellschafters beginnt.

#### **bb. Abfindung**

Mit dem Ausscheiden erwirbt ein Gesellschafter gemäß § 738 BGB einen Abfindungsanspruch im Wert seines Gesellschaftsanteils. Allerdings kann der Abfindungsanspruch im Gesellschaftsvertrag in den Grenzen des § 138 I BGB beschränkt oder ganz ausgeschlossen werden. Ein vollständiger Ausschluss ist danach nur bei BGB-Gesellschaften mit ideeller Zielsetzung möglich. Erwerbswirtschaftlich tätige BGB-Gesellschaften dürfen ausscheidende Gesellschafter hingegen nicht unangemessen benachteiligen.

## **10. Beendigung**

### **a. Auflösung**

#### **aa. Zweckänderung**

Die Auflösung der Gesellschaft führt nicht sofort zur Beendigung der Gesellschaft, sondern ist nur auf diese gerichtet. Der ursprüngliche, im Gesellschaftsvertrag festgelegte

Gesellschaftszweck ändert sich und ist nunmehr auf die Abwicklung gerichtet. Die Gesellschafter können einstimmig die Fortsetzung der noch nicht vollständig beendeten Gesellschaft beschließen.

#### **bb. Auflösungsgründe**

Auflösungsgründe für die BGB-Gesellschaft sind gemäß § 723 ff. BGB vor allem

- die Kündigung,
- die Erreichung des Gesellschaftszwecks,
- der Tod eines Gesellschafters,
- die Insolvenz eines Gesellschafters,
- die Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszwecks,
- ein Auflösungsbeschluss der Gesellschafter.

#### **b. Auseinandersetzung**

Nach der Auflösung steht die Liquidation durch Auseinandersetzung gemäß §§ 729 ff. BGB. Bei der Auseinandersetzung werden gemäß § 733 BGB zunächst die Gläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigt und anschließend die Einlagen zurückerstattet. Reicht das Gesellschaftsvermögen dazu nicht aus, besteht eine Nachschusspflicht der Gesellschafter gemäß § 735 BGB. Verbleibendes Vermögen wird gemäß § 734 BGB unter den Gesellschaftern verteilt.

#### **c. Vollbeendigung**

Mit dem Abschluss der Erfüllung aller Verbindlichkeiten und der Verteilung eines etwaigen Überschusses tritt die Vollbeendigung der Gesellschaft ein.

## Sitzung Nr. 3 (19.03.2007)

### II. Die offene Handelsgesellschaft (oHG)

#### 1. Begriffsmerkmale und Rechtsnatur der OHG

a. Die OHG ist eine Gesellschaft, bei der (1) alle Begriffsmerkmale einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR<sup>1</sup>) vorliegen, (2) deren Gesellschaftszweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, und zwar (3) unter gemeinschaftlicher Firma (vgl. v. a. §§ 19, 22, 24 HGB), und bei der (4) alle Gesellschafter gegenüber Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haften (§ 105 I HGB). Auf sie finden nach § 105 III HGB grundsätzlich die §§ 705 ff. BGB Anwendung, soweit die §§ 105 ff. HGB nicht etwas anderes vorsehen. Zu den Begriffsmerkmalen einer GbR s. o. B II, zum Begriff des Handelsgewerbes s. o. A. II 1)

b. Eine Gesellschaft, die auf einen Kleingewerbebetrieb oder (nach h.M. auch auf) den Betrieb eines land- oder forstwirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist, oder eine Gesellschaft, die nur eigenes Vermögen verwaltet, wird zur OHG, wenn die Firma des Unternehmens im Handelsregister eingetragen wird, § 105 II HGB i. V. m. §§ 2, 3 HGB. Wie beim Kann-(Einzel-)Kaufmann haben die Gesellschafter ein Wahlrecht. Betreiben die Gesellschafter in diesen Fällen eine Eintragung ins Handelsregister, so entsteht bis zur Eintragung nach außen hin zunächst eine GbR, auf die jedoch im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander die Regelungen über das Innenverhältnis der OHG (§§ 109-116, 118-122 HGB) ergänzend zum Gesellschaftsvertrag Anwendung finden (h.M.). Die OHG entsteht erst mit der in den Fällen des § 105 II HGB konstitutiven Handelsregister-eintragung. Sinkt nachträglich der Betrieb einer OHG auf den eines Kleingewerbes herab, so wird die OHG zur GbR. Str. ist auch hier, ob es eines Antrags nach §§ 2 S. 2, 105 II 2 HGB oder eines Widerspruchs im Rahmen eines Lösungsverfahrens bedarf, damit die OHG im Handelsregister eingetragen bleiben darf (bejahend die wohl h.M.). Solange sie eingetragen bleibt, finden jedenfalls §§ 5, 6 I HGB Anwendung. Ferner sind von der OHG die freien Berufe ausgenommen, die kein Gewerbe betreiben und für die es die Gesellschaftsform der Partnerschaft gibt (PartGG).

c. Die OHG ist eine rechtssubjektfähige Personengesellschaft i.S.v. § 14 II BGB und eine Gesamthandsgemeinschaft, aber keine juristische Person. Dass die OHG als solche Trägerin von Rechten und Pflichten ist, ergibt sich nach nun wohl h.M. nicht mehr erst aus § 124 I HGB, sondern wie bei der Außen-GbR bereits aus der im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung vertretenen rechtlichen Verselbstständigung der Gesamthand im Außenverhältnis. Für das Innenverhältnis und den Wechsel von Gesellschaftern bleibt der gesamthänderische Charakter prägend. Die Kaufmannseigenschaft hat nicht nur die OHG

als solche (§ 61 HGB), sondern sie wird nach wohl h.M. auch für die einzelnen Gesellschafter anerkannt, soweit nicht der Zweck der jeweils anzuwendenden Norm entgegen steht.

## **2. Errichtung der OHG**

**a.** Für das Innenverhältnis ist ausschlaggebend der (formfreie) 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. Minderjährige bedürfen für den Abschluss des Gesellschaftsvertrages der Mitwirkung ihrer gesetzlichen Vertreter (Eltern, Vormund) sowie der Genehmigung des Familien- bzw. Vormundschaftsgerichts (§§ 1643 I, 1822 Nr. 3 BGB), ebenso für den Austritt, nach h.M. aber nicht für eine Änderung des Gesellschaftsvertrages. (Zur Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft s.o. B I 3 d). Bei Vollzug eines nichtigen oder anfechtbaren Gesellschaftsvertrages gelten die OHG-Regelungen für die Vergangenheit sowohl im Innen- wie im Außenverhältnis, die Gesellschaft kann nur für die Zukunft aufgelöst werden. Ausnahmen gelten im Hinblick auf den besonderen Schutzzweck der verletzten Rechtsnormen (z.B. § 138 BGB, Minderjährigenschutz).

**b.** Im Außenverhältnis genügt noch nicht der bloße Abschluss des Gesellschaftsvertrages für die (außen-)wirksame Entstehung der OHG. Grundsätzlich muss hierfür nach § 123 II HGB zumindest der Beginn der Geschäfte hinzukommen. Hierfür genügt eine dem Gesellschaftszweck dienende vorbereitende Handlung (z. B. Kontoeröffnung), sofern der Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist und ausreichende Anhaltspunkte für eine entsprechende Ausgestaltung und Einrichtung des Unternehmens in Kürze bestehen (vgl. BGH Urteil vom 26.04.2004, JuS 2004, 727 = JA 2004, 708). Die Eintragung im Handelsregister. ist in den Fällen des § 105 I HGB nur deklaratorisch, obwohl die Gesellschafter nach §§ 106 - 108 HGB registerrechtlich zur Anmeldung zum Handelsregister. verpflichtet sind. Konstitutiv ist die Handelsregistereintragung dagegen in den Fällen des § 105 II HGB, vgl. § 123 II i. V. m. § 123 I HGB.  
Sonderfälle: Scheingesellschaft, Scheinhandelsgesellschaft .

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

**a.** Im Grundsatz gilt für das Innenverhältnis die Vertragsfreiheit, d. h. die §§ 110 -122 HGB sind dispositiv (§ 109 Hs. 2 HGB). Schranken der Vertragsfreiheit (und der Möglichkeit von Mehrheitsentscheidungen) sind aber neben den allgemeinen zwingenden Vorschriften wie z.B. §§ 134, 138 BGB vor allem die Abgrenzungsmerkmale der OHG gegenüber KG und GbR (Typenzwang des Gesellschaftsrechts), die gesamthänderische Gebundenheit der Gesellschafter, die Treuepflicht der Gesellschafter untereinander und gegenüber der Gesellschaft (u.U. sogar Stimmpflicht in einem bestimmten Sinne), der Gleichbehandlungsgrundsatz (v. a. Minderheitenschutz), das Verbot von Nachschüssen ohne Zustimmung des Gesellschafters, der Grundsatz der Selbstorganschaft, das

Abspaltungsverbot, ferner die sog. Kernbereichslehre (siehe zu den letzteren drei Schranken sogleich unter b und c).

**b.** Als Personengesellschaft unterliegt die Geschäftsführung dem Grundsatz der Selbstorganschaft, d. h. die organschaftliche Geschäftsführung der OHG können in aller Regel nur Gesellschafter übernehmen und ist höchstpersönlich, d. h. nicht übertragbar. Möglich ist aber die Generalbevollmächtigung eines Dritten mit umfassenden Geschäftsführungsaufgaben, solange die Kontroll- und Planungsbefugnis der Gesellschafter gewahrt bleibt (str., manche sind noch restriktiver). Anders als bei der GbR (dort ist nach § 709 BGB die gemeinschaftliche Geschäftsführung der Regelfall) gehen §§ 114, 115 I HGB mangels abweichender Vereinbarung vom Grundsatz der Einzelgeschäftsführungsbefugnis jedes Gesellschafters aus. Jeder geschäftsführende Gesellschafter hat aber ein Widerspruchsrecht gegen Handlungen eines anderen Geschäftsführers, § 115 I Hs. 2 HGB. Für Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der OHG hinausgehen, ist ein Beschluss sämtlicher Gesellschafter notwendig, § 116 I, II HGB. Zu Bestellung und Widerruf einer Prokura im Innenverhältnis (besondere Vertrauenssache) siehe § 116 III HGB (Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter nötig), für das Außenverhältnis gilt aber § 126 I, 11 HGB.

Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis kann im Gesellschaftsvertrag über § 117 HGB hinaus erschwert, wohl aber nicht ganz ausgeschlossen werden (str.).

**c.** Die Gesellschafterbeschlüsse sind grundsätzlich einstimmig zu fassen (§ 119 I HGB) und formfrei. Wenn die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag Mehrheitsbeschlüsse (vgl. § 119 II HGB) nicht nur in laufenden Angelegenheiten, sondern auch für Grundlagengeschäfte, z. B. für die Änderung des Gesellschaftsvertrages zulassen wollen, müssen sie dies und den Gegenstand, der einer Änderung durch Mehrheitsbeschluss unterliegen soll, im Gesellschaftsvertrag gesondert zum Ausdruck bringen (Bestimmtheitsgrundsatz). Stellvertretung bei der Stimmabgabe ist nur zulässig, wenn dies der Gesellschaftsvertrag vorsieht. Keinesfalls darf aber das Stimmrecht getrennt von der Mitgliedschaft übertragen werden (Abspaltungsverbot). Eingriffe in den Kernbereich einer Gesellschafterposition sind allgemein nur mit Zustimmung der betroffenen Gesellschafter zulässig und von einer Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag nicht gedeckt (sog. Kernbereichslehre, i. E. str.). Die aktienrechtlichen Regeln über Mängel von Beschlüssen sind nicht anwendbar. Mangelhafte Beschlüsse sind grundsätzlich nichtig, Mängel der Stimmabgabe (Willenserklärung) richten sich nach den allgemeinen Vorschriften (z. B. §§ 119 ff. BGB), der Beschluss ist dann nur bei vorliegender Kausalität (kam es auf die mangelhafte Stimme an?) unwirksam.

**d.** Weitere Themen im Innenverhältnis: z.B. Aufwendungs- und Verlustersatzanspruch der Gesellschafter (auch der nicht geschäftsführenden) gegen die OHG nach § 110 HGB (dispositiv, lex specialis zu § 670 BGB), Wettbewerbsverbot (§§ 112, 113 HGB dispositiv), Informationsrechte (§ 118 HGB), Ermittlung und Verteilung von Gewinn und Verlust, Kapitalanteile, Entnahmerecht (§§ 120, 121, 122 HGB).

#### **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 deliktstfähig, sie haftet analog § 31 BGB für unerlaubte Handlungen ihrer Gesellschafter. Ihr Vermögen ist Gesamthandvermögen und setzt sich aus den Beiträgen, aus Erwerb im Namen der Gesellschaft, aus Erwerb aufgrund zum Gesellschaftsvermögen gehörender Rechte und aus Surrogation (§§ 718II BGB, 105 IIIHGB) zusammen. 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.), wobei das Problem auftreten kann, ob durch umfassende Vollmacht Selbstorganschaft umgangen wird. Zu den Möglichkeiten einer Gesamtvertretung oder einer unechten (gemischten) Gesamtvertretung siehe i.E. § 125 II, III HGB. Die Art der (organschaftlichen) Vertretungsmacht muss nach § 106 I, II Nr. 4 HGB im Handelsregister eingetragen werden. Bei der unechten Gesamtvertretung muss darauf geachtet werden, dass außerdem noch 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 II HGB). Die Entziehung der Vertretungsmacht aus wichtigem Grund nach § 127 HGB kann im Gesellschaftsvertrag nicht völlig ausgeschlossen werden (str.).

**c.** Für die Gesellschaftsschulden haften neben der oHG nach § 128 HGB zwingend die Gesellschafter persönlich, unbeschränkt und unbeschränkbar (§ 128 S. 2 HGB), akzessorisch (vgl. § 129 HGB), unmittelbar (ohne Umweg über die oHG), primär (ohne Einrede der Vorausklage o. ä.) und gesamtschuldnerisch mit ihrem Privatvermögen. Bei anderen als Geldschulden haftet der Gesellschafter in der Regel auf Erfüllung derselben Leistung wie die oHG (so die herrschende modifizierte Erfüllungstheorie, anders die Haftungstheorie: reine Ausfallhaftung in Geld). Allerdings ist in Ausnahmefällen wie z.B. bei personenbezogenen Leistungen, die der in Anspruch genommene Gesellschafter auch nicht durch Beauftragung Dritter erbringen kann, auf Grund eines unzumutbaren Eingriffs in die Privatsphäre lediglich Geldersatz zu leisten. Ist der Gläubiger selbst Gesellschafter der oHG, trifft die übrigen Gesellschafter die Haftung nach § 128 HGB nur dann, wenn der Anspruch keine Sozialverbindlichkeit aus dem Gesellschaftsverhältnis ist, sondern aus einem Drittgeschäft (anderer Rechtsgrund als das Gesellschaftsverhältnis) basiert (dann aber auch i.d.R. unter Abzug des eigenen Verlustanteils des Gläubigers). Eintretende Gesellschafter haften nach § 130 HGB zwingend für die bereits bestehenden Gesellschaftsschulden (anders als bei § 25 HGB kommt es auf die Fortführung der Firma nicht an). Ausgeschiedene Gesellschafter haften weiterhin für Gesellschaftsschulden (auch aus Dauerschuldverhältnissen), die vor ihrem Ausscheiden entstanden sind, nach § 160 I HGB jedoch begrenzt auf höchstens 5 Jahre ab Eintragung ihres Ausscheidens im Handelsregister (§ 143 I 1, II HGB) und ferner nur dann, wenn die Verbindlichkeit vor Ablauf

der 5 Jahre fällig wird und daraus Ansprüche gegen den Gesellschafter rechtskräftig festgestellt oder sonst (i.S.v. § 197 I Nr. 4, 5 BGB) vollstreckbar geworden oder schriftlich anerkannt worden sind. Der Lauf der Ausschlussfrist unterliegt bestimmten Verjährungsvorschriften für die (Ablauf-)Hemmung (§ 160 I 3 HGB). Nach § 160 III HGB gilt die Nachhaftungsbegrenzung auch dann, wenn ein OHG-Gesellschafter Kommanditist wird.

## **5. Auflösung der Gesellschaft sowie Ausscheiden und Wechsel von Gesellschaftern** (§§ 131 ff. HGB)

**a.** Die Auflösung der OHG geschieht aufgrund der in § 131 I, II HGB aufgelisteten (und ggf. weiterer im Gesellschaftsvertrag 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.). Zur Auflösung durch gerichtliche Entscheidung siehe § 133 HGB. Noch nach der Auflösung können die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen, § 144 HGB enthält insofern eine verallgemeinerungsfähige Regelung. Mit der Auflösung tritt die OHG in das Stadium der Liquidation (§§ 145 ff HGB), erst nach deren Ende tritt Vollbeendigung ein. Ansprüche gegen die Gesellschafter aus § 128 HGB für Gesellschaftsschulden verjähren in 5 Jahren nach Eintragung der Auflösung der OHG im Handelsregister. (§ 143 I HGB), sofern die Ansprüche fällig sind, sonst ab Fälligkeit (§ 159 HGB).

**b.** Die in §§ 131 III Nr. 1-4 HGB aufgeführten Gründe führen zum **Ausscheiden** eines Gesellschafters. Der Gesellschaftsvertrag oder können weitere Gründe vorsehen (§ 131 III Nr. 5, 6 HGB) (anders vor 1998: damals führte zB. die Insolvenz eines Gesellschafters zur Auflösung der OHG, die Gesellschafter konnten aber die Fortsetzung beschließen). Insbesondere führt die Kündigung eines Gesellschafters nicht mehr (wie noch vor 1998) zur Auflösung der Gesellschaft, sondern zu seinem Austritt. § 132 HGB modifiziert § 723 BGB hinsichtlich Kündigungsfrist und -termin bei auf unbestimmte Zeit eingegangener OHG. Der Gesellschaftsvertrag kann in den Grenzen des § 723 III BGB Einschränkungen der Kündigungsmodalitäten vorsehen. Zur Ausschließung eines Gesellschafters durch gerichtliche Entscheidung siehe § 140 HGB, v. a. § 140 I 2 HGB, der dies auch bei Verbleiben nur eines Gesellschafters erlaubt und so die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft verhindert. Zum Abfindungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters siehe allgemein §§ 738 I 2 HGB, 155 I HGB.

**c.** Im Fall des **Todes eines Gesellschafters** scheidet er grundsätzlich aus der oHG aus (§ 131 III Nr. 1 HGB) und seine Erben haben einen Abfindungsanspruch. Der Gesellschaftsvertrag kann aber entweder die Auflösung der OHG oder ihre Fortsetzung mit den Erben des Gesellschafters vorsehen. Im letzteren Fall gilt § 139 HGB, der dem Erben das Recht gewährt, innerhalb von 3 Monaten nach Kenntnis vom Anfall der Erbschaft die Stellung eines Kommanditisten zu verlangen (um der Geschäftsführungspflicht und der unbeschränkten Haftung zu entgehen). Wenn die übrigen Gesellschafter dies ablehnen, kann der Erbe ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aus der Gesellschaft ausscheiden und das Abfindungsguthaben verlangen. Enthält der Gesellschaftsvertrag eine erbrechtliche

Nachfolgeklausel, wonach die Erben mit dem Erbfall automatisch in die Gesellschafterstellung einrücken, so tritt im Falle mehrerer Erben eine Sonderrechtsnachfolge in den Gesellschaftsanteil ein (also keine Erbengemeinschaft am Erbteil, Abweichung vom Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge in richterlicher Rechtsfortbildung, "Vorrang des Gesellschaftsrechts vor dem Erbrecht"). Qualifizierte Nachfolgeklauseln können eine Fortsetzung nur mit einigen von mehreren Erben vorsehen, andere Erben haben dann keinen Abfindungsanspruch gegen die übrigen Gesellschafter (aber es findet im Zweifel eine Anrechnung des geerbten Gesellschaftsanteil bei der Erbauseinandersetzung statt). Wird der Nachfolger nicht Erbe, scheitert die erbrechtliche Nachfolgeklausel, da sie wegen § 128 HGB einen Vertrag zu Lasten Dritter darstellen würde. Unabhängig von der erbrechtlichen Lage ist die Eintrittsklausel, durch welche der Gesellschaftsvertrag den (dem) Erben lediglich ein Recht zum Eintritt in die Gesellschaft einräumt. In diesem Fall wächst der Gesellschaftsanteil zunächst den übrigen Gesellschaftern an und der Eintritt der (des) Erben vollzieht sich erst durch einen Aufnahmevertrag (z. B. müssten §§ 1643, 1822 Nr. 3 BGB beachtet werden). Macht ein Erbe von seinem Eintrittsrecht keinen Gebrauch, so hat er einen Abfindungsanspruch.

### III Die Kommanditgesellschaft (KG)

#### 1. Begriffsmerkmale und Rechtsnatur der KG

Die KG ist eine Personenhandelsgesellschaft, für die grundsätzlich die OHG-Vorschriften gelten (§ 161 II HGB, über § 105 III HGB auch §§ 705 ff. BGB), sofern nicht §§ 161-177a HGB etwas anderes bestimmen. Die KG ist eine "Sonderform" der OHG mit dem einzigen Unterschied, dass für mindestens einen der Gesellschafter die Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist (§ 161 I HGB). Außer diesen so genannten **Kommanditisten** muss die KG mindestens einen persönlich haftenden Gesellschafter, den sog. **Komplementär**, haben, der einem oHG-Gesellschafter gleichsteht. Die Kommanditisten sind als solche keine Kaufleute. Die KG ist Gesamthandsgemeinschaft und enthält neben "personalistischen" auch "kapitalistische" Elemente, ohne jedoch juristische Person zu sein. Verbunden werden die Vorzüge der Kapitalgesellschaft mit solchen der Personengesellschaft in der Mischform der GmbH & Co KG, die KG ist. 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

Grundsätzlich gilt das zur oHG Gesagte. Im Gesellschaftsvertrag muss die Haftsumme/-einlage vereinbart werden, auf welche der Kommanditist im Außenverhältnis beschränkt haftet. Sie ist von der im Innenverhältnis zu leistenden Pflichteinlage zu unterscheiden (Abweichung in der Höhe möglich, aber selten). Die Anmeldung zum Handelsregister muss neben den für Komplementäre, Kommanditisten und Gesellschaft nach § 106 II HGB erforderlichen Angaben die Haftsummen und Namen der Kommanditisten enthalten (§ 162 I

1 HGB). Die Angaben zu den Kommanditisten nach § 106 II HGB werden (abweichend von § 10 I 2 HGB) nicht bekannt gemacht, § 15 HGB ist auf Eintragungen bezüglich der Kommanditisten nicht anzuwenden (§ 162 II HGB, vgl. näher z. B. K. Schmidt, ZIP 2002, 413 ff.). Ist eine Außen-GbR Kommanditistin, sind auch deren Gesellschafter (samt späterer Änderungen) anzumelden (§ 162 I 2 HGB). Den Namen eines Kommanditisten in die Firma der KG (vgl. v. a. § 19 I Nr. 3, II HGB) aufzunehmen, wäre i.d.R. irreführend i.S.v. § 18 II HGB.

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

a. Für die Ausgestaltung des Innenverhältnisses herrscht grundsätzlich Vertragsfreiheit (§ 163 HGB). Schweigt der Gesellschaftsvertrag, gelten die §§ 164-169 HGB.

b. 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). Nach h.M. hat der Kommanditist nicht nur ein Widerspruchsrecht, wie der Wortlaut des § 164 S. 1, Hs. 2 HGB nahe legt, zumal der Kommanditist typischerweise keine Kenntnis von Geschäftsführungsmaßnahmen hat. Daneben hat der Kommanditist bestimmte Kontrollrechte (§ 166 HGB) und ausnahmsweise ein Notgeschäftsführungsrecht analog § 744 II BGB. Im Gesellschaftsvertrag kann vereinbart werden, dass bestimmten Kommanditisten die Geschäftsführung ganz oder teilweise übertragen wird oder die Komplementäre bei bestimmten (nicht außergewöhnlichen) Geschäften an die Zustimmung der Kommanditisten gebunden sind. Im Gesellschaftsvertrag kann aber umgekehrt das Zustimmungsrecht der Kommanditisten bei außergewöhnlichen Geschäften weiter eingeschränkt oder sogar ausgeschlossen werden (h.M.). Ihre Grenzen findet die Einschränkung der Kommanditistenrechte in der Kernbereichslehre.

c. Für den Kommanditisten gilt kein Wettbewerbsverbot (§ 165 HGB), aber ihn trifft ebenfalls die allgemeine Treuepflicht.

d. Für die Gewinn- und Verlustverteilung gelten §§ 167, 168 HGB (dispositiv). Insbesondere ist die Zuschreibung zum Kapitalanteil nach § 120 II HGB beim Kommanditisten begrenzt (§ 167 II, III HGB): Der Gewinn wird dem Kommanditisten nur bis zur Höhe der Pflichteinlage (nicht: Haftsumme) zugeschrieben, darüber hinausgehende Gewinnanteile werden dem Privatkonto als Forderungskonto gutgeschrieben, über das der Kommanditist verfügen kann; Verluste werden dem Kommanditisten nur bis zum Betrag des Kapitalanteils und einer noch etwaigen rückständigen Einlage zugeschrieben. Das Entnahmerecht in Höhe von 4% des Kapitalanteils nach § 122 HGB gilt nicht für den Kommanditisten (§ 169 HGB).

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

a. Im Grundsatz gilt das zur oHG Gesagte. Im Unterschied zur oHG ist aber der Kommanditist von der organschaftlichen Vertretungsmacht zwingend ausgeschlossen (§ 170 HGB), möglich ist nur eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht für den Kommanditisten. Gesamtvertretung mit einem Kommanditisten ist wegen § 170 HGB nicht zulässig. Existiert nur ein Komplementär, so kann diesem folglich die organschaftliche Vertretungsmacht nicht entzogen werden

b. **Komplementäre** haften nach §§ 128, 161 II HGB. Ein **Kommanditist** haftet im Außenverhältnis den Gläubigern der Gesellschaft nur insoweit, als er seine Einlage (noch) nicht geleistet hat (tatsächliche Wertzuführung erforderlich), allerdings der Höhe nach beschränkt auf die im Handelsregister. eingetragene Haftsumme (§ 171 I HGB). Soweit er die Einlage geleistet hat, ist seine Haftung ausgeschlossen. Bei nicht in Geld erbrachten Einlagen ist deren objektiver Wert für das Außenverhältnis maßgebend, die freie Bewertung im Innenverhältnis gilt nicht für die Frage der Haftung im Außenverhältnis. Einwendungen im Innenverhältnis können den Gläubigern der Gesellschaft nicht entgegengehalten werden (§ 172 III HGB).

Wird die Einlage später ganz oder z.T. (auch mittelbar) an den Kommanditisten zurückgezahlt (auch z. B. Auszahlung eines Abfindungsguthabens), verliert der Kommanditist insoweit das Privileg des Haftungsausschlusses und haftet (wieder) unmittelbar (beschränkt auf die Haftsumme) (§ 172 IV 1 HGB).

Das Gleiche gilt für Gewinnentnahmen, die den Kapitalanteil unter den Betrag der geleisteten Einlage mindern (§ 172 IV 2 HGB). Die Eintragung im Handelsregister. ist für Herabsetzungen der Haftsumme konstitutiv (§ 174 HGB). Unbeschränkt (!) und unmittelbar haftet der Kommanditist für bis zur Eintragung der KG begründete Verbindlichkeiten (nicht aber solche aus unerlaubter Handlung, str.) nach § 176 HGB dann, wenn die KG ihre Geschäfte (als Handelsgewerbe, vgl. § 176 I 2 HGB) mit seiner Zustimmung schon vor der Eintragung der KG im Handelsregister beginnt, es sei denn dem Gläubiger ist die Kommanditistenstellung bekannt.

## 5. Auflösung der Gesellschaft sowie Ausscheiden und Wechsel von Gesellschaftern

a. Grundsätzlich gilt das zur oHG Gesagte. Scheidet der letzte Komplementär aus der KG aus, führt dies zur Auflösung der Gesellschaft als solche (evtl. Fortführung durch die Kommanditisten als KG oder oHG, wenn zumindest einer die Stellung als persönlich haftender Gesellschafter übernimmt).

b. Besonderheiten ergeben sich beim Wechsel von Kommanditisten. Tritt jemand als Kommanditist in eine bestehende oHG oder KG ein, so haftet er für die zwischen seinem Eintritt und seiner Eintragung im Handelsregister begründeten Gesellschaftsschulden gemäß § 176 I 1 HGB unbeschränkt und unmittelbar (§ 176 II HGB), für vor seinem Eintritt begründete Gesellschaftsschulden dagegen nur nach Maßgabe der §§ 171, 172 HGB (§ 173 HGB). Scheidet ein Kommanditist aus und wird ihm ein Abfindungsguthaben ausgezahlt, lebt die Haftung des Kommanditisten nach § 171 I Hs. 1 HGB wieder auf. Diese

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

### **c. Kommanditistenhaftung bei Anteilsübertragung mit /ohne Nachfolgevermerk**

Unterscheide zwei denkbare Konstruktionen:

#### **- Doppelvertrag:**

Hierbei scheidet der eine Kommanditist durch „ersten“ Vertrag mit den übrigen Gesellschaftern aus, denen sein Anteil anwächst (§ 738 I 1 BGB iVm §§ 161 II, 105 III HGB). Anschließend tritt der andere Gesellschafter durch „zweiten“ Vertrag mit den übrigen Gesellschaftern ein, deren Anteil entsprechend an ihn als (Neu-Kommanditist abwachsen (entsprechend § 738 I 1 BGB) .

**Folge:** Neue 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.

- Welche Konstruktion gewollt ist, ist nach §§ 133,157 BGB zu ermitteln:

Ist eine unmittelbare Anteilsübertragung gewollt, unterbleibt jedoch der dies signalisierende Nachfolgevermerk im Handelregister, so entsteht für den Rechtsverkehr der Anschein, es sei die Konstruktion des „Doppelvertrags“ gewählt worden, was zur Folge hat, dass zu Lasten der Beteiligten eine Rechtsscheinhaftung greift.

**d.** Im Fall des Todes eines Kommanditisten scheidet dieser nicht (wie ein Komplementär) aus der KG aus, sondern der (vererbliche) Kommanditanteil geht grundsätzlich (auch ohne Nachfolgeklausel) im Wege der Sonderrechtsnachfolge an die einzelnen Erben über, mit denen die Gesellschaft fortgesetzt wird (§ 177 HGB). Der Gesellschaftsvertrag kann Abweichendes festlegen. Ist der Erbe schon Komplementär der KG, bleibt er es mit vergrößertem Anteil (Einheitlichkeit des Gesellschaftsanteils: jemand kann nicht zwei Anteile an einer Personengesellschaft haben).

## **IV. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)**

### **1. Die Errichtung der GmbH**

#### **a. Vorgründungsgesellschaft**

Sobald die künftigen Gesellschafter rechtsverbindliche Vereinbarungen zur Vorbereitung der Gründung einer Gesellschaft treffen, entsteht eine sogenannte **Vorgründungsgesellschaft**. Diese ist in der Regel als BGB-Gesellschaft zu qualifizieren, wenn sie ein Handelsgewerbe betreibt gemäß § 105 HGB als oHG. Geht der Zweck der Gesellschaft über die Vorbereitung der Gründung hinaus und enthält die Verpflichtung zur Gründung, muss auch der Gesellschaftsvertrag der BGB-Gesellschaft in der notariellen Form des § 2 GmbHG geschlossen werden. Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft unbeschränkt und persönlich. Die Vorgründungsgesellschaft ist auf den Abschluss des Gesellschaftsvertrags gerichtet und endet dann wegen Zweckerreichung.

#### **b. Gesellschaftsvertrag**

Der Gesellschaftsvertrag muss nach § 2 GmbHG in notarieller Form erfolgen und nach § 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 eine 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 (vgl. BGHZ 21, 242, 246). 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 unterliegen die Gesellschafter anteilig einer unbeschränkten Verlustdeckungshaftung. Diese

ist nach Ansicht des BGH eine Innenhaftung, besteht also nur gegenüber der Gesellschaft, nicht aber gegenüber deren Gläubigern (vgl. BGHZ 134, 333 ff.).

Von der Gegenansicht wird eine unbeschränkte Außenhaftung der Gesellschafter entsprechend §§ 128 und 176 HGB bzw. § 54 BGB befürwortet, nach der die Gläubiger die Gesellschafter direkt in Anspruch nehmen können, da die Innenhaftung eine ungerechtfertigte Privilegierung der Gesellschaft gegenüber der ohne gesetzliche Anordnung allgemein geltenden unbeschränkten Außenhaftung bedeutet (etwa K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 34 III 3 c).

### **cc. Handelndenhaftung**

Weiter wird die sogenannte Handelndenhaftung gemäß § 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 etwa noch BGHZ 53, 210, 211; OLG Hamm, WM 1985, 658, 660) oder auch für das Auftreten für die Vor-GmbH (so etwa K. Schmidt, aaO., § 34 III 3 d bb). Für die erste Auffassung spricht der Wortlaut; für die zweite die 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**

Die Eintragung der GmbH in das Handelsregister setzt gemäß § 9c GmbHG voraus, dass die Mindesteinlagen gemäß § 7 II und III GmbHG geleistet sind, eine den Anforderungen des § 8 GmbHG entsprechende Anmeldung erfolgt ist und der Inhalt des Gesellschaftsvertrags keine schweren Mängel im Sinne des § 9c II GmbHG aufweist. Die Eintragung erfolgt entsprechend § 10 GmbHG; sie muss unter anderem die Geschäftsführer und ihre Vertretungsbefugnis enthalten und bekannt gemacht werden.

### **aa. 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. 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.  
Lösung bei der Aufsicht im juristischen Seminar.