



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Vorlesung

Gesellschaftsrecht

Wintersemester 2022/23

Prof. Dr. Dirk A. Verse
M. Jur. (Oxford)



§ 1 Einführung

Vorbemerkung: Pflichtfachstoff Gesellschaftsrecht

Pflichtfachstoff nach JAPrO:

- Abschnitt zu juristischen Personen im BGB AT (e.V., nicht: Stiftung) im Überblick
- Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)
- Recht der OHG und der KG (im Überblick)
- Errichtung, Vertretung und Geschäftsführung der GmbH (im Überblick)

Die Vorlesung konzentriert sich daher im Wesentlichen auf das Personengesellschaftsrecht und den GmbH-rechtlichen Pflichtfachstoff (mit einem Ausblick auf das Aktienrecht).

Das Recht der Kapitalgesellschaften ist i.Ü. Gegenstand des Schwerpunktbereichs 5b (Unternehmensrecht).



§ 1 Einführung

Vorbemerkung: Reform des Personengesellschaftsrechts

- Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) vom 10.8.2021, BGBl. 2021 I, 3436
 - Größte Reform des Personengesellschaftsrechts seit dem BGB 1900
 - Inkrafttreten aber erst zum 1.1.2024
- In dieser Vorlesung daher sowohl Darstellung des noch geltenden als auch des ab 1.1.2024 anwendbaren Personengesellschaftsrechts (gekennzeichnet als BGB-MoPeG oder HGB-MoPeG)



§ 1 Einführung

I. Begriff und Gegenstand des Gesellschaftsrechts

- Begriff der Gesellschaft (im weiteren Sinn):
 - Privatrechtliche Personenvereinigungen,
 - die zur Erreichung eines bestimmten gemeinsamen Zwecks
 - durch Rechtsgeschäft begründet werden
- Keine Gesellschaften sind folglich:
 - Juristische Personen des öffentlichen Rechts (durch Hoheitsakt begründet)
 - Privatrechl. Stiftungen, §§ 80 ff. BGB (keine Personenvereinigung, keine Mitglieder)
 - Bruchteilsgemeinschaften, §§ 741 ff. BGB; Erbengemeinschaften, §§ 2032 ff. (kein gemeinsamer Zweck)
 - Eheleiche Lebensgemeinschaften (§§ 1353 ff. BGB) (kein bestimmter gemeinsamer [Einzel-] Zweck)



§ 1 Einführung

I. Begriff und Gegenstand des Gesellschaftsrechts

➤ Das Gesellschaftsrecht regelt:

- Gründung
- Innen- und Außenbeziehungen
- Auflösung und Beendigung

von Gesellschaften i.w.S. (vgl. BGHZ 25, 134, 144: wie die Gesellschaft „entsteht, lebt und vergeht“)

➤ Motive für die Gründung von Gesellschaften

- Angestrebter Zweck lässt sich u.U. besser gemeinsam erreichen
- Haftungsbeschränkung (Kapitalgesellschaften, KapGes & Co. KG)



§ 1 Einführung

II. Gesellschaftsformen

1. Überblick über die Gesellschaftsformen

Körperschaften		Personengesellschaften	
e.V.		GbR	
AG		OHG	
KGaA		KG (Mischform: KapGes & Co. KG)	
GmbH, UG (haftungsbeschränkt)		Stille Gesellschaft	
eG		PartG, PartG mbB	
VVG			
Europäische Rechtsformen			
SE		EWIV	
SCE			
Ausländische Rechtsformen mit Verwaltungssitz in Deutschland			
z.B. Ltd.		z.B. LL.P.	



§ 1 Einführung

II. Gesellschaftsformen

2. Körperschaften und Personengesellschaften

a) Grundlagen

➤ Zwei Grundtypen der *Gesellschaft im weiteren Sinn*:

- e.V. (§§ 21 ff. BGB) als Grundtyp der Körperschaft
 - Erscheinungsformen des e.V.: nichtwirtschaftlicher Verein (Idealverein), § 21 BGB; wirtschaftlicher Verein, § 22 BGB (selten, Einzelheiten sogleich)
 - Kapitalgesellschaften (insbes. GmbH, AG) sind Sonderformen des wirtschaftlichen Vereins
- GbR (§§ 705 ff. BGB) als Grundtyp der Personengesellschaft
 - OHG, KG, PartGG als Sonderformen der GbR (vgl. §§ 105 III, 161 II HGB, § 1 IV PartGG)



§ 1 Einführung

II. Gesellschaftsformen

2. Körperschaften und Personengesellschaften

a) Grundlagen

- Wesentliche Unterschiede zw. Körperschaften und Personengesellschaften
 - Vertragliche Verbindung der Gesellschafter einer PersGes
 - Kennzeichnend für PersGes (*Gesellschaften i.e.S.*) ist, dass über die Merkmale einer Gesellschaft i.w.S. (s.o. I. 1.) hinaus die Gesellschafter *notwendig vertraglich verbunden* sind (arg. § 705 BGB).
 - Wegen des Vertragserfordernisses gibt es *keine PersGes mit nur einem Gesellschafter*
 - Beim Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters erlischt die PersGes ipso iure, und das Gesellschaftsvermögen geht per Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden „Gesellschafter“ über (bisher ungeschrieben, künftig § 712a BGB-MoPeG)
 - Mitglieder einer Körperschaft sind dagegen nicht notwendig vertraglich miteinander verbunden; GmbH und AG sind auch mit nur einem Gesellschafter denkbar (§ 1 GmbHG, § 2 AktG); im e.V. sind bei Gründung 7 Mitglieder nötig (§ 56 BGB), später aber Absinken der Zahl möglich (beachte aber § 73 BGB)



§ 1 Einführung

II. Gesellschaftsformen

2. Körperschaften und Personengesellschaften

a) Grundlagen

- Wesentliche Unterschiede zw. Körperschaften und PersGes (Forts.)
 - Rechtsnatur
 - Körperschaften sind (rechtsfähige) juristische Personen (explizit § 1 AktG: „Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit“, s. auch Überschrift zu § 13 GmbHG)
 - PersGes sind zwar mit Ausnahme von sog. Innengesellschaften (s.u.) auch rechtsfähig (§§ 124 I, 161 II HGB / §§ 105 II, 161 II HGB-MoPeG, § 705 II BGB-MoPeG), sie werden aber im deutschen Recht nicht als juristische Personen bezeichnet (vgl. z.B. § 14 I BGB, § 11 II Nr. 1 InsO)
 - Haftung
 - Bei PersGes haften die Gesellschafter persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, sei es unbeschränkt als Gesellschafter einer GbR, OHG oder Komplementär einer KG (§§ 128, 161 II HGB / §§ 126, 161 II HGB-MoPeG), sei es beschränkt als Kommanditist einer KG (§§ 171 f. HGB)
 - Bei den Körperschaften haftet dagegen nur diese (explizit § 13 II GmbHG)



§ 1 Einführung

II. Gesellschaftsformen

2. Körperschaften und Personengesellschaften

a) Grundlagen

- Wesentliche Unterschiede zw. Körperschaften und PersGes (Forts.)
 - Vertretung
 - Bei PersGes gilt der Grundsatz der Selbstorganschaft, d.h. die organschaftliche Vertretung liegt zwingend bei den unbeschränkt persönlich haftenden Gesellschaftern (§ 714 BGB / § 720 BGB-MoPeG, §§ 125, 161 II, 170 HGB / §§ 124, 161 II, 170 I HGB-MoPeG)
 - Bei Körperschaften können dagegen auch Nicht-Mitglieder dem Vertretungsorgan (Vorstand des e.V./der AG, Geschäftsführer der GmbH) angehören (explizit § 6 III 1 GmbHG)
 - Weitere Unterschiede: s. Übersicht auf folgender Folie



§ 1 Einführung

Wesentliche Unterschiede zwischen Personengesellschaften und Körperschaften

Personengesellschaft	Körperschaften
Abhängigkeit vom Mitgliederbestand: Vertragserfordernis, daher Erlöschen bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters	Auch mit nur 1 Mitglied denkbar (§ 2 AktG, § 1 GmbHG), für e.V. aber 7 Gründer nötig (§ 56 BGB)
Rechtsnatur: Keine juristische Person; OHG/KG aber rechtsfähig gem. §§ 124 I, 161 II HGB, für Außen-GbR bisher § 124 I HGB entspr., künftig § 705 II BGB-MoPeG	Juristische Person (explizit § 1 I 1 AktG: Gesellschaft „mit eigener Rechtspersönlichkeit“)
Persönliche Haftung der Gesellschafter (beschränkt bei Kommanditisten)	Haftung nur der Körperschaft
Selbstorganschaft	Fremdorganschaft zulässig (explizit § 6 III 1 GmbHG)
Willensbildung: grds. Einstimmigkeit (§ 709 I BGB, § 119 I HGB / § 714 BGB-MoPeG, § 109 III HGB-MoPeG), aber abdingbar	Grds. Mehrheitsprinzip (§ 32 I 3 BGB, § 47 I GmbHG, § 133 I AktG)
Übertragbarkeit der Gesellschafterstellung nur mit Zustimmung der Mitgesellschafter	In Kapitalgesellschaft grds. freie Übertragbarkeit (s. aber § 15 V GmbHG, § 68 II AktG); anders beim e.V. (§ 38 BGB)
Einkommensteuer auf Ebene der Gesellschafter	Körperschaftsteuer auf Ebene der Körperschaft, zusätzlich Abgeltungssteuer auf Dividenden



§ 1 Einführung

II. Gesellschaftsformen

2. Körperschaften und Personengesellschaften

b) Körperschaften

- e.V. (§§ 21 ff. BGB) als Grundtyp der Körperschaft; Erscheinungsformen:
- nichtwirtschaftlicher Verein (Idealverein), § 21 BGB (Regelfall): Zweck darf nicht „auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet“ sein
 - wirtschaftlicher Verein, § 22 BGB (Ausnahme)
 - Sehr selten (Bsp. GEMA, VG Wort), da staatliche Verleihung der Rechtsfähigkeit nach § 22 BGB nur erfolgt, wenn Organisation als AG/GmbH/eG (Sonderformen des wirtschaftlichen Vereins) unzumutbar ist
 - Hintergrund: Sonderformen des wirtschaftlichen Vereins (AG, GmbH, eG) tragen Belangen des Gläubigerschutzes besser Rechnung (insbes. durch Kapitalschutzbestimmungen des AktG, GmbHG; Pflicht zur Bilanzierung, Prüfung und Offenlegung der Rechnungslegung); *Belange des Gläubigerschutzes sind bei wirtschaftlicher Tätigkeit aufgrund der Eingehung unternehmerischer Risiken typischerweise besonders tangiert* (BGHZ 215, 69 = BGH NJW 2017, 1943 Rn. 31 – Kita)



§ 1 Einführung

II. Gesellschaftsformen

2. Körperschaften und Personengesellschaften

b) Körperschaften

- e.V. (§§ 21 ff. BGB) als Grundtyp der Körperschaft (Forts.)
- Abgrenzung zwischen Idealverein und wirtschaftl. Verein seit langem str.; wann ist der Zweck „auf einen wirtsch. Geschäftsbetrieb gerichtet“? Grundlegend BGHZ 215, 69 – Kita:
 - Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb (+), wenn der Verein „planmäßig, auf Dauer angelegt und nach außen gerichtet, d.h. über den vereinsinternen Bereich hinausgehend, eigenunternehmerische Tätigkeiten entfaltet, die auf die Verschaffung vermögenswerter Vorteile zugunsten des Vereins oder ihrer Mitglieder abzielen“ (Rn. 19)
 - Aber: trotz wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs liegt ein nichtwirtschaftlicher Verein vor, wenn die wirtschaftliche Tätigkeit „dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung ist (sog. Nebenzweckprivileg)“ (Rn. 19)
 - Anerkennung des Vereins als gemeinnützig i.S. der §§ 51 ff. AO entfaltet (starke) „Indizwirkung“ für nichtwirtsch. Hauptzweck (!); Arg: § 55 AO (Selbstlosigkeit, Mittel sind zeitnah dem gemeinnützigen Zweck zuzuführen, keine Kapitalanhäufung im Verein, keine Gewinnausschüttungen)
 - Im konkreten Fall entgeltlicher Betrieb von 9 Kitas (nicht nur für die Vereinsmitglieder!) als wirtschaftliche Tätigkeit, aber ideeller Hauptzweck, da Verein nach Satzung Vereinsmittel nur für gemeinnützige Zwecke einsetzen (also nicht an Mitglieder ausschütten) darf



§ 1 Einführung

II. Gesellschaftsformen

2. Körperschaften und Personengesellschaften

b) Körperschaften

- e.V. (§§ 21 ff. BGB) als Grundtyp der Körperschaft (Forts.)
 - Abgrenzung zwischen Idealverein und wirtschaftlichem Verein (Forts.):
 - Umstrittenes Beispiel: Fußball-Bundesligavereine (Vereinszweck: Pflege von Leibesübungen) mit Lizenzspielerabteilung, die nicht rechtlich verselbständigt ist (Bsp.: FSV Mainz 05, SC Freiburg, FC Schalke 04 jeweils als e.V. organisiert)
Wirtschaftliche Tätigkeit sicher (+), nach Kita-Rspr. des BGH (s.o.) aber wohl dennoch Idealverein, da dem gemeinnützigem Hauptzweck (Pflege von Leibesübungen) untergeordnet (insbes. keine Gewinnausschüttungen an Mitglieder); weiterhin abl. aber *Leuschner* NJW 2017, 1919, 1923 f.
 - Rechtsfolge bei Überschreitung des Nebenzweckprivilegs durch einen e.V.: drohende Löschung der Eintragung (§ 395 FamFG), aber kein automatisches Erlöschen und keine persönliche Haftung der Vereinsmitglieder (BGH NZG 2008, 670)
 - Lösungsmöglichkeit in Grenzfällen: Ausgliederung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs auf verselbständigte Gesellschaft, deren Anteile der Verein hält (BGHZ 85, 84 = NJW 1983, 569 – ADAC); die wirtschaftliche Tätigkeit wird dann nach BGH aaO. nicht mehr dem e.V. zugerechnet, in Lit. str.



§ 1 Einführung

II. Gesellschaftsformen

2. Körperschaften und Personengesellschaften

b) Körperschaften

- Kapitalgesellschaften (insbes. AG, GmbH) und Genossenschaften als Sonderformen des wirtschaftlichen Vereins
 - Geregelt in AktG/GmbHG/GenG: besser auf wirtschaftliche Tätigkeit zugeschnitten als Vereinsrecht
 - Insbes. intensiverer Gläubigerschutz: Kapitalschutzvorschriften in AktG, GmbHG; Bilanzierung, Prüfung und Offenlegung der Rechnungslegung, §§ 264 ff., 316, 325 HGB
 - Subsidiär Rückgriff auf Vereinsrecht (z.B. §§ 31, 35 BGB analog)



§ 1 Einführung

II. Gesellschaftsformen

2. Körperschaften und Personengesellschaften

b) Körperschaften

- Sonderfall: „nicht rechtsfähige“ Vereine iSd § 54 BGB (künftig: „Vereine ohne Rechtspersönlichkeit“)
 - Gemeint sind nicht im Vereinsregister eingetragene Vereine (in der Praxis aus historischen Gründen vor allem Gewerkschaften, politische Parteien)
 - Entgegen bisheriger Überschrift zu § 54 BGB erkennt die heute hM an, dass der n.e.V. rechtsfähig ist (wie Außen-GbR, auf die § 54 S. 1 BGB verweist); der n.e.V. ist aber keine jur. Person
 - Entgegen Wortlaut des § 54 S. 1 BGB erkennt die heute hM an, dass die unbeschränkte persönliche Haftung der GbR-Gesellschafter auf die Mitglieder eines n.r.V. keine Anwendung findet, sofern der Vereinszweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist.
 - Stattdessen Haftungsverfassung wie im e.V. (also keine Haftung der Mitglieder für Vereinsverbindlichkeiten), allerdings zuzüglich Handelndenhaftung nach § 54 S.2 BGB
 - Hintergrund: ursprünglicher Normzweck des § 54 S. 1 BGB, für den n.e.V. eine bewusst unpassende Regelung vorzusehen, um dem Gesetzgeber des Jahres 1900 missliebige Vereine (insbes. Gewerkschaften) ins Eintragungsverfahren zu drängen und dort ggf. nach § 61 II BGB aF scheitern zu lassen (näher BGHZ 50, 325, 328), ist heute überholt
 - **§ 54 BGB-MoPeG wird diesen Entwicklungsstand künftig im Gesetzeswortlaut abbilden!**



§ 1 Einführung

II. Gesellschaftsformen

2. Körperschaften und Personengesellschaften

c) Personengesellschaften

- GbR (§§ 705 ff. BGB) als Grundtyp der Personengesellschaft
 - Gemeinsamer Zweck i.S. des § 705 BGB kann **ideeller oder wirtschaftlicher** Natur sein
- Personenhandelsgesellschaften (OHG und KG, §§ 105 ff., 161 ff. HGB) als Sonderformen der GbR
 - §§ 705 ff. BGB subsidiär auf OHG und KG anwendbar, §§ 105 III, 161 II HGB
 - Gemeinsamer Zweck der OHG/KG muss gerichtet sein auf:
 - Betrieb eines Handelsgewerbes (§§ 105 I, 161 II HGB iVm § 1 HGB) oder eines kleingewerblichen Unternehmens oder Verwaltung eigenen Vermögens (§ 105 II HGB/§ 107 I HGB-MoPeG)
 - künftig auch möglich: gemeinsame Ausübung eines freien Berufs, soweit das jeweilige Berufsrecht dies zulässt (wie z.B. § 59b II 1 Nr. 1 BRAO in der ab 1.8.2022 geltenden Fassung)
 - Gesetzl. Regelung der OHG/KG daher stärker auf Bedürfnisse des unternehmerischen Verkehrs zugeschnitten als bei GbR (mit MoPeG allerdings Annäherung rf. GbR an OHG)
 - OHG/KG als Formkaufmann (§ 6 I HGB)
 - Registerpublizität! (wichtiger Unterschied zur GbR; s. künftig aber § 707 BGB-MoPeG)



§ 1 Einführung

II. Gesellschaftsformen

2. Körperschaften und Personengesellschaften

c) Personengesellschaften

- Weitere Unterscheidung innerhalb der Personengesellschaften zwischen Außen- und Innengesellschaften
 - Außengesellschaft (Normalfall): Gesellschaft tritt auch nach außen im Rechtsverkehr als solche in Erscheinung
 - Innengesellschaft: Gesellschaft, die als bloßes Schuldverhältnis nur im Innenverhältnis der Gesellschafter Wirkungen entfaltet und nicht rechtsfähig ist (§ 705 II Alt. 2 BGB-MoPeG spricht daher statt von Innengesellschaft von „nicht rf. Gesellschaft“)
 - nach außen tritt nur einer der Gesellschafter auf (Rechtsverkehr kontrahiert mit diesem, nicht mit der Gesellschaft)
 - Innengesellschaft nur als GbR und im Handelsrecht als stille Gesellschaft (§§ 230 ff. HGB, Sonderform der Innen-GbR) denkbar, nicht als OHG oder KG (da Gewerbebetrieb und andere in OHG/KG zulässige Aktivitäten stets auf Handeln nach außen gerichtet sind; ferner Registerpublizität)



§ 1 Einführung

II. Gesellschaftsformen

3. Europäische (supranationale) Gesellschaftsformen

- EWIV (Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung)
- SE (Societas Europaea, Europäische [Aktien-]Gesellschaft)
- SCE (Societas Cooperative Europaea, Europäische Genossenschaft)
- Anwendbares Recht: teils Unionsrecht (EWIV-VO, SE-VO, SCE-VO), subsidiär nationales Personengesellschafts-/Aktien-/Genossenschaftsrecht; vgl. z.B. Art.9 SE-VO



§ 1 Einführung

II. Gesellschaftsformen

4. Ausländische Gesellschaftsformen

- Anerkennung ausländischer Gesellschaften in Deutschland
- Bsp.: nach irischem Recht gegründete, im irischen Handelsregister eingetragene Ltd. (Pendant zur deutschen GmbH) mit Verwaltungssitz in Deutschland
 - Welches GesR findet Anwendung? Dies richtet sich nach dem (in Deutschland bisher nicht kodifizierten) internationalen GesR als Teildisziplin des internationalen Privatrechts (IPR).
 - Gründungstheorie: Bestimmung des anwendbaren GesR nach dem Recht, nach dem die Gesellschaft gegründet wurde; im Bsp.: irisches GesR
 - Sitztheorie: Bestimmung des anwendbaren GesR nach dem Recht des Staates, in dem die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz hat; im Bsp.: deutsches Recht
 - Folge der Sitztheorie: Ltd. wäre im Bsp. nicht als Kapitalgesellschaft anzuerkennen, da sie nicht die Anforderungen des deutschen Rechts an Kapitalgesellschaften erfüllt, insbes. hier nicht im Handelsregister eingetragen ist (§ 11 I GmbHG, § 41 I 1 AktG); stattdessen Umqualifizierung in OHG (bei Betrieb eines Handelsgewerbes) oder GbR oder einzelkm. Unternehmen (bei Einpersonen-Ltd.), da bei diesen Rechtsformen die Eintragung keine Wirksamkeitsvoraussetzung ist (vgl. BGH NJW 2002, 3539 zur Umqualifizierung in eine GbR)



§ 1 Einführung

II. Gesellschaftsformen

4. Ausländische Gesellschaftsformen

- Gilt nach deutschem internationalen GesR die Gründungs- oder die Sitztheorie?
- Deutsche Rspr. folgte früher durchweg der Sitztheorie
 - In Reaktion auf EuGH-Urteile Centros, Überseering und Inspire Art (1999-2003) zur Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) ist BGH aber in Bezug auf EU- und EWR-Auslandsgesellschaften zur Gründungstheorie übergegangen (BGH NJW 2003, 1461; NJW 2005, 1648; näher *Habersack/Verse*, Europäisches GesR, § 3 Rn. 15 ff., 24 ff.)
 - Konsequenz: Auch Unternehmen mit Verwaltungssitz im Inland können EU-/EWR-ausländische Rechtsform wählen; „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ innerhalb des Binnenmarkts (u.a. Auslöser der GmbH-Reform 2008 [MoMiG] mit Einführung der UG [haftungsbeschränkt], um deutsches GmbH-Recht attraktiver zu gestalten)
 - Für Gesellschaften aus Drittstaaten (weder EU noch EWR) bleibt es dagegen bei Sitztheorie (vorbehaltlich völkerrechtlicher Verträge wie dem deutsch/US-amerikanischen Freundschaftsvertrag); BGHZ 178, 192 = NJW 2009, 289 – Trabrennbahn (zu einer in der Schweiz gegründeten AG)
 - Letzteres gilt nach hM nach dem Brexit auch für Gesellschaften aus UK, da dieses nun Drittstaat ist (nach aA soll aus Handels- und Kooperationsabkommen zwischen EU und UK Fortgeltung der Niederlassungsfreiheit ableitbar sein; *J. Schmidt* BB 2021, 1923, 1938)



§ 1 Einführung

II. Gesellschaftsformen

5. Numerus clausus der Gesellschaftsformen

- Hintergrund: Gläubiger- und Verkehrsschutz (Dritte sollen erkennen können, mit wem sie es zu tun haben, zB ob Gesellschafter persönlich haften oder nicht)
 - Bsp.: keine „GbR mbH“ (BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483 Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen nicht einseitig durch Angabe auf Briefkopf o.Ä. möglich, sondern nur wirksam, wenn sie mit dem jeweiligen Vertragspartner *individualvertraglich* vereinbart wurde
 - AGB genügt wegen § 305c und § 307 I BGB nicht (allg.M.)
- Innerhalb der gewählten Rechtsform besteht aber weitgehend Vertragsfreiheit, soweit das Innenverhältnis betroffen ist
 - So etwa in der GbR (bisher ungeschrieben, künftig § 708 BGB-MoPeG), OHG (§ 109 HGB, § 108 HGB-MoPeG), KG (§ 161 II HGB) und GmbH (§ 45 II GmbHG)
 - Ausnahme: „Satzungsstrenge“ in der AG (§ 23 V AktG: Satzung darf nur in engen Grenzen vom Gesetz abweichen), da die AG als Publikumsgesellschaft konzipiert ist; im Interesse des Anlegerschutzes und zur Senkung von Transaktionskosten ist das AktG auch bzgl. des Innenverhältnisses weithin zwingend (Standardisierung der Aktie)



§ 1 Einführung

III. Rechtsgrundlagen

1. Nationales Recht

- Insbes. §§ 705 ff. BGB (GbR); §§ 105 ff. (OHG), 161 ff. HGB (KG); GmbHG; AktG; ferner §§ 21 ff. BGB (Verein)
- Kein allgemeiner Teil des Gesellschaftsrechts

2. Unionsrecht

- Primäres Unionsrecht (insbes. Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit)
- Sekundäres Unionsrecht
 - Zahlreiche Richtlinien im Kapitalgesellschaftsrecht (insbes. für die AG, z.T. auch für GmbH), z.B. Gesellschaftsrechts-RL (Registerpublizität, Kapitalschutz, Verschmelzung/Spaltung), Aktionärsrechte-RL, Bilanz-RL, Übernahme-RL; aber keine Richtlinien für Personengesellschaften
 - Verordnungen zu europäischen (supranationalen) Rechtsformen: SE-VO, SCE-VO, EWIV-VO

Zur Wiederholung/Vertiefung von § 1 der Vorlesung: *Schäfer* §§ 1-3; *Saenger* §§ 1-2



1. Teil:

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) und die offene Handelsgesellschaft (OHG)



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

Vorbemerkung

- Einerseits: GbR und OHG als separate Rechtsformen
 - OHG kann im Unterschied zur GbR nur zu den in § 105 I, II HGB genannten Zwecken gegründet werden
 - OHG speziell auf Bedürfnisse des Handelsverkehrs zugeschnitten (z.B. Registerpublizität nach §§ 106 ff., 15 HGB, von Geschäftsführungsbefugnis abstrahierte Vertretungsregeln nach §§ 125, 126 HGB; Überblick über weitere Unterschiede im Anh. zu § 5 der Vorlesung)
 - OHG als Formkaufmann iSv § 6 I HGB
- Andererseits: GbR und OHG als Rechtsformen mit vielen Gemeinsamkeiten
 - OHG als Sonderform der GbR (Bezugnahme auf §§ 705 ff. BGB in § 105 III HGB)
 - Weitere Annäherung der GbR an OHG durch Rechtsfortbildung; insbes. analoge Anwendung der §§ 124 I, 128 ff. HGB auf Außen-GbR (Rechtsfähigkeit, Haftung); künftig kodifiziert in § 705 II BGB-MoPeG, §§ 721 ff. BGB-MoPeG
 - Annäherung wird durch das MoPeG weiter vorangetrieben (u.a. durch Möglichkeit der Registereintragung der GbR, § 707 BGB-MoPeG, neue Regelung zum Umfang der Vertretungsmacht [§ 720 III BGB-MoPeG in Anlehnung an § 126 HGB], Neufassung der GbR-Vorschriften über das Ausscheiden von Gesellschaftern)
 - Daher im Folgenden jeweils parallele Ausführungen zu GbR und OHG



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

I. Der Gesellschaftsvertrag

1. Rechtsgrundlage und Rechtsnatur

- Regelung in § 705 BGB (i.V.m. § 105 III HGB)
- Gesellschaftsvertrag als Schuld- und Organisationsvertrag (Doppelnatur)
 - Schuldvertrag i.S. des § 311 I BGB; Parteien verpflichten einander, den gemeinsamen Zweck zu fördern
 - Organisationsvertrag: Vertrag bringt eigenes Rechtssubjekt hervor (anders bei Innengesellschaften) und bildet die Verfassung für diesen Verband



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

I. Der Gesellschaftsvertrag

1. Rechtsgrundlage und Rechtsnatur

- Folge der Doppelnatur: Schuldrecht nur mit Modifikationen anwendbar
 - § 320 BGB nach hM nur in Zweipersonengesellschaft anwendbar (nur dann mit gegenseitigem Vertrag vergleichbar)
 - Bsp.: Gesellschafter A und B dürfen vereinbarte Beitragsleistung nicht nach § 320 BGB zurückhalten, weil Mitgesellschafter C und D ihren Beitrag noch nicht geleistet haben
 - Bestandsschutz auch bei fehlerhaften, aber bereits in Vollzug gesetzten Gesellschaftsverträgen (Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft, s.u. § 2 I 6).



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

I. Der Gesellschaftsvertrag

2. Parteien

- Mindestens zwei (Vertragserfordernis, § 705 BGB)
 - Unterschied zu Kapitalgesellschaften (§ 2 AktG, § 1 GmbHG)
- Gesellschafter können nicht nur natürliche Personen, sondern auch oder sogar nur juristische Personen oder rechtsfähige Personengesellschaften sein
 - Bsp.: GbR mit einer GmbH, einer KG und einem e.V. als Gesellschafter



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

I. Der Gesellschaftsvertrag

3. Einigung über die Förderung eines gemeinsamen Zwecks

- Merkmale des Gesellschaftsvertrags nach § 705 BGB
 - Gemeinsamer Zweck (bei GbR und OHG unterschiedlich weit gefasst, s.u.)
 - Förderpflicht der Vertragsparteien
- Abgrenzung zu Gefälligkeiten: Rechtsbindungswille
 - I.d.R. unproblematisch bei ausdrücklichem Abschluss eines Gesellschaftsvertrags
 - Gesellschaftsvertrag kann aber auch konkludent zustande kommen; Bsp. für Grenzfälle: Fahrgemeinschaften (dazu BGHZ 46, 313); Lotto-Tippgemeinschaften (dazu BGH NJW 1974, 1705)
- Abgrenzung zu anderen Vertragstypen mitunter schwierig
 - Entscheidend ist immer, ob nach dem gem. §§ 133, 157 BGB zu ermittelnden Parteiwillen ein gemeinsamer Zweck verfolgt wird und Förderpflichten begründet werden sollen; bloß gleichgerichtetes Interesse reicht nicht.



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

I. Der Gesellschaftsvertrag

3. Einigung über die Förderung eines gemeinsamen Zwecks

➤ Abgrenzung von:

- Bruchteilsgemeinschaften (§§ 741 ff. BGB)
 - Erschöpft sich die Gemeinsamkeit im bloßen Anschaffen, Halten und Verwalten eines Gegenstands und will jede Partei den Gegenstand ansonsten für eigene Zwecke verwenden, liegt im Zweifel keine Gesellschaft, sondern eine Bruchteilsgemeinschaft vor
 - Praktisch relevant z.B. für Anwendung des § 747 S. 1 (jedes Mitglied einer Bruchteilsgemeinschaft kann über seinen Anteil gesondert verfügen), während über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens nur die Gesellschaft verfügen kann



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

I. Der Gesellschaftsvertrag

3. Einigung über die Förderung eines gemeinsamen Zwecks

➤ Abgrenzung von:

- Partiarische Rechtsverhältnisse (= Austauschverträge mit Gewinnbeteiligung)
 - Abgrenzungskriterium: Erreichung des Gewinns liegt zwar im Interesse der anderen Partei, aber keine gemeinsame Zweckverfolgung
 - Dennoch Abgrenzung zur Innengesellschaft/stillen Gesellschaft fließend; insbes. Verlustbeteiligung und Kontrollrechte sprechen für Gesellschaftsvertrag (vgl. §§ 230 ff. HGB), Über-/Unterordnungsverhältnis (z.B. Weisungsbefugnis eines Teils) spricht gegen Gesellschaftsvertrag
 - Bsp.: Rechtsverhältnis Künstler/Manager als partiarischer Dienstvertrag (BGH NJW 1983, 1191); ebenso gewinnabhängige Managervergütung



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

I. Der Gesellschaftsvertrag

3. Einigung über die Förderung eines gemeinsamen Zwecks

➤ Eheliche und nichteheliche Lebensgemeinschaften

- Bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung ist für Annahme einer (konkludenten) (Innen-) GbR ein *über die Verwirklichung der Lebensgemeinschaft hinausgehender Zweck* erforderlich
 - gemeinsamer, in etwa gleichberechtigter Betrieb eines Unternehmens oder – über bloße Benutzung der Sache hinausgehende – gemeinsame Wertschöpfung (vgl. BGHZ 165, 1 = BGH NJW 2006, 1268)
- Relevanz der Abgrenzung: bei Beendigung der GbR Auseinandersetzung nach §§ 730 ff. BGB / §§ 735 ff. BGB-MoPeG; wichtig insbes. in Fällen, in denen die Eheleute Gütertrennung vereinbart haben oder eine nichteheliche Lebensgemeinschaft vorliegt, da dann der Zugewinnausgleich nach §§ 1371 ff. BGB nicht eingreift
 - Bsp.: Ehegatte A hat mit erheblichem Aufwand das renovierungsbedürftige Haus von Ehegatten B renoviert, das er gemeinsam mit B bewohnt. Als die Ehe scheitert, verlangt A einen Ausgleich für seine Aufwendungen. A und B hatten Gütertrennung vereinbart.
 - Lösung: Nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen würde A einen Ausgleich analog § 738 I 2 BGB / § 728 I 1 BGB-MoPeG erhalten (hier aber (-), da kein weitergehender Zweck); nach FamR steht ihm dagegen kein Ausgleich zu; näher *J. Koch* § 10 Rn. 38 ff. und

Vorlesung FamR)

Prof. Dr. Dirk Verse
Gesellschaftsrecht



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

I. Der Gesellschaftsvertrag

4. Inhalt des gemeinsamen Zwecks

- Bei GbR: jeder erlaubte Zweck, gleich ob dauerhaft oder vorübergehend, wirtschaftl. oder ideeller Natur (Gewinnerzielungsabsicht keine Voraussetzung)
 - In der Regel wird die Gesellschaft zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks nach außen auftreten (Außen-GbR, neue Terminologie nach § 705 II Alt. 1 BGB: „rechtsfähige Gesellschaft“). Klassisches Beispiel: Sozietät von Freiberuflern (soweit nicht als PartG organisiert)
 - Bei GbR aber auch reine Innengesellschaft denkbar
- Bei OHG: gemeinsamer Zweck muss auf einen der in § 105 I, II HGB genannten Zwecke gerichtet sein
 - Hintergrund: OHG untersteht als Formkaufmann (§ 6 I HGB) den auf die Bedürfnisse des Handelsverkehrs zugeschnittenen Sonderregeln des HGB
 - OHG ist immer Außengesellschaft, niemals Innengesellschaft (da OHG handelsgewerbliches Unternehmen [§ 105 I HGB] oder Registereintragung [§ 105 II HGB] voraussetzt, s.u.)



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

I. Der Gesellschaftsvertrag

4. Inhalt des gemeinsamen Zwecks

➤ Zulässige Zwecke der OHG

(1) Betrieb eines „Handelsgewerbes“ (§ 105 I iVm § 1 II HGB)

- Gewerbe = (i) auf Dauer angelegte, (ii) selbständige (iii) entgeltliche Tätigkeit am Markt, (iv) kein freier Beruf (vgl. § 1 PartGG), [(v) keine bloße Verwaltung eigenen Vermögens (hM, s. aber § 105 II 1 Alt. 2 HGB)]
- Erfordernis eines kaufmännischen Geschäftsbetriebs (§ 1 II HGB) (+), wenn nach Art und Umfang des Geschäftsbetriebs die Führung von Handelsbüchern benötigt wird, um zuverlässige Geschäftsführung zu gewährleisten
 - Erfordernis des kfm. Geschäftsbetriebs i.S. des § 1 II HGB wird vermutet („es sei denn“), bei fehlenden Angaben in der Klausur also anzunehmen; Gegenbegriff: Kleingewerbe (§ 2 HGB)
 - Grober Anhaltspunkt: € 250.000 Umsatz als Untergrenze für Umfang (vgl. Oetker/Körper § 1 HGB Rn. 58 f.)
- „Unter gemeinschaftlicher Firma“: redundant (keine Tatbestandsvoraussetzung)
- Beachte: Es besteht zwar eine Pflicht, die OHG zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden (§ 106 HGB; Sanktion: Zwangsgeld, § 14 HGB); die Eintragung ist aber im Fall des § 105 I HGB nur **deklaratorisch** (keine Entstehungsvoraussetzung der OHG)



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

I. Der Gesellschaftsvertrag

4. Inhalt des gemeinsamen Zwecks

➤ Zulässige Zwecke der OHG (Forts.)

- (2) Betrieb eines im Handelsregister eingetragenen Kleingewerbes oder land- und forstwirtschaftlichen Unternehmens (§ 105 II 1 Alt. 1 HGB / § 107 I 1 Alt. 1 HGB-MoPeG)
- Gesellschaftsrechtliches Pendant zu §§ 2 f. HGB („Kann-Kaufmann“)
 - Eintragung hier **konstitutiv** (s. Wortlaut des § 105 II 1 HGB / § 107 I 1 HGB-MoPeG); Kleingewerbetreibende und Land- und Forstwirte iSd § 3 HGB haben somit ein **Wahlrecht** zwischen GbR und – bei Eintragung – OHG (§ 107 II 1 HGB-MoPeG).
 - Vorteile der Eintragung: erleichtert den Geschäftsverkehr (Registerpublizität, u.a. Vertretungsbefugnis aus Register ersichtlich); öffnet den Weg in die KG (Haftungsbeschränkung)
 - Nachteile: Anwendbarkeit des Handelsrechts (§ 6 I HGB) kann Nachteile mit sich bringen, insbes. Buchführungs- und Bilanzierungspflichten nach §§ 238 ff. HGB
 - Ist die kleingewerbl. OHG eingetragen worden, konnte man die Eintragung bisher nach § 105 II 2 iVm § 2 S. 3 HGB rückgängig machen; einschränkend dagegen künftig § 107 II 2 HGB-MoPeG.
 - Beachte: Nicht eingetragene Kleingewerbs-GbR wird automatisch (ohne Eintragung) zur OHG nach § 105 I HGB, sobald Geschäftstätigkeit Schwelle des § 1 II HGB erreicht!



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

I. Der Gesellschaftsvertrag

4. Inhalt des gemeinsamen Zwecks

- Zulässige Zwecke der OHG (Forts.)
 - (3) Betrieb einer ins Handelsregister eingetragenen Vermögensverwaltungs-gesellschaft (§ 105 II 1 Alt. 2 HGB / § 107 I 1 Alt. 2 HGB-MoPeG)
 - Bloße Verwaltung eigenen Vermögens nach hM (Oetker/Körber § 1 HGB Rn. 22 ff. mN) nicht vom Gewerbebegriff erfasst, daher hier gesondert geregelt (seit 1998)
 - Eintragung auch hier **konstitutiv** (wie in Fallgruppe (2)), s. Wortlaut
 - Beispiele: Immobilienverwaltungs-, Objekt- und Besitzgesellschaften nach Betriebsaufspaltung
 - (4) Beachte: künftig ist nach § 107 I 2 HGB-MoPeG auch die **freiberufliche** OHG (oder KG) zulässig, soweit das jeweilige Berufsrecht dies zulässt
 - wie z.B. § 59b II 1 Nr. 1 BRAO in der ab 1.8.2022 geltenden Fassung; dazu *Bachmann* NJW 2021, 3073 Rn. 34



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

I. Der Gesellschaftsvertrag

5. Form des Gesellschaftsvertrags

- Grundsatz: formfrei
 - Vertragsschluss also auch konkludent möglich
- Ausnahme: Formzwang, wenn Gesellschaftsvertrag Verpflichtungen enthält, die nach besonderen Vorschriften formbedürftig sind
 - Bsp.: § 311b I BGB bei Verpflichtung eines Gesellschafters, ein Grundstück in die Gesellschaft einzubringen; § 15 IV GmbHG bei Verpflichtung eines Gesellschafters, GmbH-Geschäftsanteile in die Gesellschaft einzubringen
 - Gegenbsp.: Beitritt zu einer GbR/OHG (durch Aufnahmevertrag, s.u. § 5 der Vorlesung), die bereits Grundstücke oder GmbH-Geschäftsanteile in ihrem Gesellschaftsvermögen hält. Der Beitretende erwirbt dann nur die Mitgliedschaft in der GbR/OHG; dass er damit mittelbar auch an den Grundstücken/GmbH-Geschäftsanteilen beteiligt wird, ist bloße gesetzliche Folge des Beitritts, daher formlos.



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

I. Der Gesellschaftsvertrag

6. Mängel des Gesellschaftsvertrags

Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft (richterliche Rechtsfortbildung seit RGZ 165, 193; z.T. als Gewohnheitsrecht bezeichnet)

- Grundidee: mit Wirksamkeitsmangel behaftete, aber in Vollzug gesetzte Gesellschaft wird für die Vergangenheit als wirksam behandelt
- Begründung
 - Verkehrsschutz im Außenverhältnis
 - Bestandsschutz im Innenverhältnis (Rückabwicklung aller Gesellschafterbeiträge oft unmöglich; Vorschriften über Auseinandersetzung [§§ 730 ff. BGB, §§ 145 ff. HGB; s.u. § 5 VI der Vorlesung] daher sachgerechter)
 - Konsequenz der Eigenschaft als Organisationsvertrag
- Anwendungsbereich
 - Nicht nur fehlerhafte Gesellschaftsgründung, sondern auch auf fehlerhafte Vertragsänderungen entspr. anwendbar (insbes. Bei- und Austritt von Gesellschaftern, dazu unten § 5 IV)



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

I. Der Gesellschaftsvertrag

6. Mängel des Gesellschaftsvertrags

➤ Voraussetzungen der fehlerhaften Gesellschaft

(1) Fehlerhafter Gesellschaftsvertrag

- Abschluss des Gesellschaftsvertrags muss tatsächlich erfolgt, aber nach allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Regeln unwirksam sein (z.B. infolge Anfechtung oder Formnichtigkeit)
 - Unwirksamer Vertragsschluss muss den Vertragsparteien aber immerhin zurechenbar sein; daran fehlt es bei Vertretung ohne Vertretungsmacht jedenfalls dann, wenn der Vertretene nichts vom Auftreten des Vertreters wissen konnte
- Abgrenzung zur Schein-OHG/GbR: bei dieser liegt gar kein – auch kein unwirksamer – OHG/GbR-Gesellschaftsvertrag vor (Bsp.: A und B betreiben GmbH, treten aber als OHG auf): hier gelten die Regeln der Scheingesellschaft (s.u. § 3 II 3), nicht der fehlerhaften Ges.
- Abgrenzung zu bloßer Unwirksamkeit einzelner Klauseln des Gesellschaftsvertrags (Teilnichtigkeit des Vertrags; Auslegungsregel des § 139 BGB – im Zweifel Gesamtnichtigkeit – im GesR selbst bei Fehlen einer salvatorischen Klausel regelmäßig widerlegt): hier liegt keine fehlerhafte, sondern eine fehlerfreie Gesellschaft vor



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

I. Der Gesellschaftsvertrag

6. Mängel des Gesellschaftsvertrags

➤ Voraussetzungen der fehlerhaften Gesellschaft

(2) Gesellschaft in Vollzug gesetzt

- (+) bei Aufnahme der Tätigkeit nach außen (Vorbereitungsgeschäfte genügen, z.B. Anmietung der Geschäftsräume, Eröffnung eines Bankkontos)
- str., ob Bildung von Gesellschaftsvermögen im Innenverhältnis genügt



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

I. Der Gesellschaftsvertrag

6. Mängel des Gesellschaftsvertrags

➤ Voraussetzungen der fehlerhaften Gesellschaft

- (3) Keine den Gläubiger- und Bestandsschutz überwiegenden entgegenstehenden Interessen Einzelner oder der Allgemeinheit
 - Schutz Einzelner:
 - Schutz nicht (voll) Geschäftsfähiger (relevant insbesondere bei fehlender Zustimmung gem. §§ 1643 I, 1822 Nr. 3 BGB; näher Fall 1); könnte man auch schon bei Voraussetzung (1) unter Zurechenbarkeit prüfen, den Usancen entspricht aber Prüfung unter Voraussetzung (3)
 - Aber nach heute ganz hM keine Ausnahme zum Schutz arglistig Getäuschter oder Bedrohter (§ 123 BGB; näher *Bayer/Lieder* Rn. 805: angemessener Ausgleich stattdessen im Innenverhältnis durch Regressansprüche des getäuschten Mitgesellschafters gegen den täuschenden)
 - Schutz der Allgemeinheit: verbotener oder sittenwidriger Zweck (z.B. Verstoß gegen Kartellverbot, str.)



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

I. Der Gesellschaftsvertrag

6. Mängel des Gesellschaftsvertrags

➤ Rechtsfolgen der fehlerhaften Gesellschaft

- Fehlerhafte Gesellschaft wird für die Vergangenheit wie eine fehlerfreie behandelt
 - Teleologische Reduktion der bürgerlichrechtl. Nichtigkeitsvorschriften aus den o.g. Gründen
 - Verbindlichkeiten der Gesellschaft daher wirksam entstanden
 - Haftung der Gesellschafter ggü. den Gläubigern der Gesellschaft nach § 128 HGB / § 126 HGB-MoPeG bzw. bei GbR § 128 HGB analog / § 721 BGB-MoPeG trotz fehlerhaften Gesellschaftsvertrags (+)
- Vertragsmangel begründet bei GbR außerordentlichen Kündigungsgrund (§ 723 I 2 BGB, § 731 I BGB-MoPeG), bei OHG außerordentlichen Auflösungsgrund für Klage gem. § 133 HGB / § 139 HGB-MoPeG); nach Kündigung/Auflösung Liquidation gem. §§ 730 ff. BGB / §§ 735 ff. BGB-MoPeG bzw. §§ 145 ff. HGB / §§ 143 ff. HGB-MoPeG
 - Gesellschafter erhalten im Rahmen der Auseinandersetzung den aktuellen Wert ihres Gesellschaftsanteils (nicht das, was sie als Beitrag ursprünglich geleistet haben!), vgl. §§ 733 II, 734 f. BGB / §§ 736d V, VI, 737 BGB-MoPeG; näher zur Auseinandersetzung unten § 5 VI



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

I. Der Gesellschaftsvertrag

6. Mängel des Gesellschaftsvertrags

➤ Einzelfragen

- Ist die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auch beim Widerruf von Verbrauchern bei Haustürgeschäften nach §§ 312b, 312g BGB anwendbar?

Nach EuGH ZIP 2010, 772 m. Anm. *Habersack* lässt die Haustürgeschäfte-RL (jetzt Verbraucher-RL) Raum für Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft, obwohl damit im Erg. eine Einschränkung des auf der RL beruhenden Widerrufsrechts aus §§ 312b, 312g, 355, 356 verbunden ist (dazu auch *Kliebisch* JuS 2010, 958)

➤ Zur Übung: Fall 1

➤ Zur Wiederholung/Vertiefung: BeckOGK-BGB/*Geibel* § 705 Rn. 250 ff.; *Lange*, Von fehlerhaften und von Scheingesellschaften, Jura 2017, 751



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

II. Rechtsfähigkeit

1. **OHG:** Rechtsfähigkeit wird aus § 124 I HGB (künftig § 105 II HGB-MoPeG) entnommen
2. **Außen-GbR (bisherige Rechtslage)**
 - Traditionelle Ansicht (hM bis 2001): Rechtsträger des „Gesellschaftsvermögens“ ist nicht die Gesellschaft (diese ist nicht rechtsfähig), sondern es sind die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit (individualistische Theorie); Begründung:
 - §§ 706 II 1, 718 I BGB „gemeinschaftliches Eigentum/Vermögen der Gesellschafter“
 - §§ 714, 715 BGB „Vertretung der Gesellschafter“
 - § 736 ZPO (Zwangsvollstreckung in Gesellschaftsvermögen nur mit Titel gegen alle Gesellschafter) im Gegensatz zu § 124 II HGB



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

II. Rechtsfähigkeit

2. Außen-GbR (bisherige Rechtslage)

- Ganz hM seit BGHZ 146, 341=NJW 2001, 1056 – ARGE Weißes Ross: Außen-GbR rechtsfähig analog § 124 I HGB (kollektivistische Theorie), „soweit nicht spezielle Gesichtspunkte entgegenstehen“; Begründung:
 - Historischer BGB-Gesetzgeber wollte Frage nicht entscheiden, daher Raum für Rechtsfortbildung
 - Praktikabilitätsabwägungen sprechen für Rechtsfähigkeit der Außen-GbR:
 - Fließender Übergang zur OHG (Übergang Kleingewerbe/Handelsgewerbe)
 - Bei Dauerschuldverhältnissen der Gesellschaft mit Dritten würde jeder Gesellschafterwechsel eine Änderung des Vertrags erfordern (da Änderung der Vertragspartei)
 - An diversen Stellen Rechtsfähigkeit der GbR im Gesetz vorausgesetzt (§ 11 II Nr. 1 InsO, § 191 II UmwG), zeitlich nach BGH aaO auch § 162 I 2 HGB, § 47 II GBO, § 899a BGB
- In Klausuren muss Rechtsfähigkeit der GbR bis 1.1.2024 noch (knapp) begründet werden
 - z.B. wie folgt: „ist durch höchstrichterliche Rspr. anerkannt und hat auch in der Gesetzgebung Niederschlag gefunden“, Hinweis auf o.g. Vorschriften
 - Nach MoPeG wird sich die Frage ganz erledigt haben (s.u.)



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

II. Rechtsfähigkeit

2. Außen-GbR (bisherige Rechtslage)

- Folgerungen: Korrigierende Auslegung von Vorschriften; denen noch die traditionelle Ansicht zugrunde liegt, z.B.:
 - §§ 706 II 1, 718 I BGB: „gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter“ (zu lesen als: Eigentum der Gesellschaft)
 - §§ 714, 715 BGB: „die anderen Gesellschafter zu vertreten“ (zu lesen als: die Gesellschaft zu vertreten)
 - § 736 ZPO: „gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich“ (zu lesen als: gegen die Gesellschaft oder alle Gesellschafter ergangenes Urteil; BGHZ 146, 341, 356; aA: § 124 II HGB analog)



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

II. Rechtsfähigkeit

2. Außen-GbR (bisherige Rechtslage)

- Einschränkung des BGH „soweit nicht spezielle Gesichtspunkte entgegenstehen“ hat praktisch kaum Bedeutung:
- Außen-GbR in vollem Umfang vermögensfähig (kann also uneingeschränkt Eigentümer, Besitzer, Vertragspartner sein)
 - Parteifähigkeit (§ 50 I ZPO) als Folge der Rechtsfähigkeit anerkannt (BGHZ 146, 341)
 - GbR kann auch Mitglied in anderen Personenverbänden sein und *in dieser Eigenschaft* (z.B. als Kommanditistin) auch ins Handelsregister eingetragen werden (BGHZ 148, 291; nunmehr auch § 162 I 2 HGB)
 - Problem: Wenn GbR als Gesellschafterin einer OHG/KG nur als solche ins Handelsregister eingetragen würde, wüsste der Rechtsverkehr wegen der fehlenden Registerpublizität der GbR nicht, wer sich dahinter verbirgt
 - Lösung in § 162 I 2 HGB: Wenn GbR Kommandistin einer KG ist, sind die GbR und ihre Gesellschafter im HR einzutragen („X-GbR, bestehend aus den Gesellschaftern X, Y, Z“); diese Lösung gilt entspr. im Rahmen des § 106 II HGB, wenn die GbR Gesellschafterin einer OHG oder Komplementärin einer KG ist (allgM)
 - Nach dem MoPeG wird das Problem über die Eintragung der GbR gelöst (§ 707a I 2 BGB-MoPeG; s.u. § 2 II 3)



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

II. Rechtsfähigkeit

2. Außen-GbR (bisherige Rechtslage)

- Einschränkung des BGH: „soweit nicht spezielle Gesichtspunkte entgegenstehen“ hat praktisch kaum Bedeutung (Forts.):
 - BGH NJW 2009, 594 bejaht auch Grundbuchfähigkeit der Außen-GbR
 - Nach BGH aaO sollte es genügen, dass allein der Name der GbR eingetragen wird. Dies führte wegen der fehlenden Registerpublizität der GbR aber zu Problemen; daher verlangte seit 2009 § 47 II GBO (iVm § 15 I lit. c GBV) auch die Eintragung der Namen der Gesellschafter („X-GbR, bestehend aus X, Y und Z“, also wie bei § 162 I 2 HGB).
 - Zum gutgläubigen Erwerb beachte § 899a BGB: Nach dieser Vorschrift ist wegen der fehlenden Registerpublizität auch der gute Glaube an die Gesellschafterstellung der im Grundbuch als Gesellschafter der GbR bezeichneten Personen (relevant für Vertretungsbefugnis der GbR!). Nach dem MoPeG wird das Problem über die Eintragung der GbR gelöst (§ 47 II GBO-MoPeG, s.u. § 2 II 3), § 899a BGB entfällt dann.
 - GbR kann aber nach bisheriger BGH-Rspr. nicht Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft sein, da sie nicht im Register eingetragen ist und daher weder für die Wohnungseigentümer noch für Dritte nachprüfbar ist, wer für die GbR handeln kann (BGH NJW 2006, 2189; in Lit. str.)



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

II. Rechtsfähigkeit

3. Außen-GbR (neue Rechtslage)

- MoPeG stellt Rechtsfähigkeit der Außen-GbR explizit klar, § 705 II Alt. 1 BGB-MoPeG (neue Terminologie: „rechtsfähige Gesellschaft“)
- Dementsprechend werden die §§ 706 ff. BGB-MoPeG, welche die rechtsfähige (Außen-) GbR regeln, und auch die Vorschriften außerhalb des BGB konsequent auf die neue, die Rechtsfähigkeit der GbR widerspiegelnde Terminologie umgestellt.
Beispiele:
 - § 713 BGB-MoPeG: Beiträge der Gesellschafter sind „Vermögen der Gesellschaft“ (nicht: „gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter“)
 - § 720 BGB-MoPeG: Vertretung „der Gesellschaft“ (nicht: „der Gesellschafter“)
 - § 736 ZPO verlangt nicht mehr einen Titel gegen die Gesellschafter, sondern enthält nur noch eine Regelung für den Fall, dass ein Titel gegen eine nicht eingetragene GbR erwirkt wurde und diese später ins Gesellschaftsregister eingetragen wird



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

II. Rechtsfähigkeit

3. Außen-GbR (neue Rechtslage)

- Das Problem der Eintragung der GbR in öffentlichen Registern (z.B. als Gesellschafterin einer OHG/KG im Handelsregister, als Grundstückseigentümerin im Grundbuch, s.o.) regelt das MoPeG neu:
- Es wird – ähnlich dem Handelsregister – ein neues Gesellschaftsregister geschaffen
 - Die Registereintragung ist aber grds. nur optional! (§ 707 I BGB-MoPeG: „können“)
 - Sie ist nur dann obligatorisch, wenn die GbR die Eintragung in ein anderes öffentliches Register ersucht (z.B. die Eintragung der GbR als Gesellschafterin einer anderen eGbR, OHG oder KG im Gesellschafts- bzw. Handelsregister oder die Eintragung als Grundstückseigentümerin im Grundbuch), s. § 707a I 2 BGB-MoPeG, § 47 II GBO-MoPeG
 - Daher entfällt im neuen Recht die Notwendigkeit, in den genannten Fällen auch die Gesellschafter der GbR mit in das andere öffentliche Register einzutragen (§ 162 I 2 HGB, § 47 II GBO bisherige Fassung werden daher geändert)



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

II. Rechtsfähigkeit

3. Außen-GbR (neue Rechtslage)

- Einzelheiten zur eingetragenen GbR:
- Inhalt der Eintragung: § 707a I 1 BGB
 - Namenszusatz „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGbR“ (§ 707a II BGB-MoPeG)
 - Registerpublizität wie im Handelsregister (§ 707a III BGB-MoPeG iVm § 15 HGB!)
 - Löschung der GbR aus dem Register gem. § 707a IV BGB-MoPeG nur nach den „allg. Vorschriften“, d.h. erst bei Erlöschen der GbR
 - Wenn sich die Rechtsform der Gesellschaft ändert, muss der Statuswechsel gem. § 707c I BGB-MoPeG dem Registergericht gemeldet werden, so dass dieses die Umschreibung in das neue Register veranlassen kann
 - Bsp.: aus der kleingewerbebetreibenden eGbR wird eine handelsgewerbliche OHG
 - Weiteres Bsp: Umwandlung einer kleingewerblichen eGbR in eine OHG oder KG
 - Umgekehrt auch Statuswechsel von kleingewerblicher OHG/KG in GbR denkbar, aber nur in eGbR (§ 107 II 2 HGB-MoPeG iVm § 707c BGB-MoPeG)



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

II. Rechtsfähigkeit

4. Innen-GbR

- Innengesellschaften nehmen nicht am Rechtsverkehr mit Dritten teil.
 - Gesellschaftsrecht findet daher in diesen Gesellschaften nur im Innenverhältnis Anwendung
 - Sonderfall der Innengesellschaft: stille Gesellschaft (§§ 230 ff. HGB), Beteiligung des stillen Gesellschafters am Handelsgewerbe eines anderen (s.u. § 11 der Vorlesung)
- Innengesellschaften sind auch nach der neueren Rspr. nicht rechtsfähig (Grund: kein praktisches Bedürfnis mangels Teilnahme am Rechtsverkehr).
 - Daran wird auch das MoPeG nichts ändern; §§ 705 II Alt. 2, 740 ff. BGB-MoPeG bezeichnen die Innengesellschaft nunmehr ausdrücklich als „nicht rechtsfähige Gesellschaft“



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

II. Rechtsfähigkeit

5. Terminologische Fragen

- Bloße „Teilrechtsfähigkeit“?
 - In Rspr. und Lit. wird z.T. davon gesprochen, die Personengesellschaften und insbes. die (Außen-) GbR seien nur „teilrechtsfähig“ (im Gegensatz zu uneingeschränkt rechtsfähigen natürlichen oder juristischen Personen)
 - Diese Terminologie findet aber im Gesetz keine Stütze (vgl. § 14 II BGB, § 705 II BGB-MoPeG).
 - Sie überzeugt auch inhaltlich nicht. Zwar kann die (nicht eingetragene) GbR nach der BGH-Rspr. nicht Verwalterin einer Wohnungseigentümergeinschaft sein (s.o.); aber auch juristische Personen (e.V., AG, GmbH) können nicht alle erdenklichen Rechtsgeschäfte abschließen (z.B. nicht heiraten oder testieren), dennoch kommt niemand auf den Gedanken, sie nur als „teilrechtsfähig“ zu bezeichnen (abl. auch *Wertenbruch* in Ebenroth u.a., HGB, § 105 Rn.13; *Wilhelm*, Das Recht der Gesamthand im 21. Jh., 2021, 35 f.)



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

II. Rechtsfähigkeit

5. Terminologische Fragen

- Sollte man rechtsf. Personengesellschaften als „Gesamthandsgemeinschaften“ bezeichnen?
- In der Lit. wird diese Terminologie z.T. noch verwendet (etwa *Habersack*, ZGR 2020, 539, 547 ff.).
 - Anders eine neuere Ansicht in der Lit. (z.B. *Bachmann*, 2. FS K. Schmidt, 2019, 49) und vor allem auch die Begründung des Regierungsentwurfs zum MoPeG (Begr. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, 103 f.): Mit der Klarstellung des Gesetzgebers, dass Träger des Vermögens die Gesellschaft selbst ist und nicht mehr die Gesellschafter in gesamthänderischer Verbundenheit, habe das Gesamthandsprinzip „*jedenfalls auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts ausgedient*.“
 - Gesamthandsgemeinschaften sind nach diesem Begriffsverständnis nur noch die – jeweils nicht rechtsf. – Erbengemeinschaften (§§ 2032 ff. BGB) und Gütergemeinschaften (§§ 1415 ff. BGB).
 - Letztlich handelt es sich (auch) bei dieser Frage jedoch nur um eine terminologische:
 - Versteht man den Begriff der Gesamthand – wie die Gesetzesbegr. – allein als sachenrechtliches Zuordnungsprinzip, hat er im GesR in der Tat ausgedient (aber nicht erst seit dem MoPeG, sondern schon seit Anerkennung der Rechtsfähigkeit durch BGHZ 146, 341 – ARGE Weißes Ross).
 - Wer den Begriff der Gesamthand dagegen als Gegenbegriff zur juristischen Person versteht (unter Betonung des Umstands, dass eine PerGes anders als eine Körperschaft immer eine Gruppe von mind. zwei Gesellschaftern voraussetzt), mag die PersGes weiter als Gesamthandsgemeinschaft bezeichnen (so *Habersack* aaO); m.E. aber nicht zu empfehlen, da nicht der Sprachgebrauch der Gesetzesbegr.



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

III. Zeitpunkt der Entstehung der Gesellschaft

1. OHG

- Entstehung im Innenverhältnis mit dem Zeitpunkt, den der Gesellschaftsvertrag bestimmt, im Zweifel sofort mit Vertragsabschluss
 - Im Innenverhältnis daher ab diesem Zeitpunkt OHG-Recht anwendbar
- Entstehung der OHG im *Außenverhältnis* (s. Titelüberschrift vor §§ 123 ff. HGB) ist in § 123 HGB geregelt
 - Bei Handelsgewerbe: Mit Geschäftsbeginn oder mit Eintragung der OHG in das Handelsregister, je nachdem, was früher eintritt; § 123 I, II HGB
 - Für Geschäftsbeginn reichen Vorbereitungsmaßnahmen (Miete von Geschäftsräumen, Eröffnung Geschäftskonto etc.), sofern namens der Gesellschaft gehandelt wird
 - Nach hM ist Zustimmung aller Gesellschafter zum Geschäftsbeginn nötig (Staub/*Habersack* § 123 Rn. 20 mwN, str.); künftig explizit klargestellt in § 123 I 2 HGB-MoPeG



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

III. Zeitpunkt der Entstehung der Gesellschaft

1. OHG

- Entstehung der OHG im Außenverhältnis (Forts.)
 - Bei Kleingewerbe/Landwirtschaft/Vermögensverwaltung (und nach Maßgabe des § 107 I 2 HGB-MoPeG künftig auch bei freiberuflicher Tätigkeit) nur mit Eintragung im Handelsregister, arg. § 123 II i.V.m. § 105 II HGB / § 123 I 2 i.V.m. § 107 I HGB-MoPeG



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

III. Zeitpunkt der Entstehung der Gesellschaft

2. GbR

- Bisherige Rechtslage: Entstehung in dem Zeitpunkt, den der Gesellschaftsvertrag bestimmt, im Zweifel sofort mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags
- Neue Rechtslage: § 719 BGB-MoPeG lehnt sich an § 123 HGB an
 - Entstehung im Außenverhältnis nach § 719 I BGB-MoPeG erst, sobald die Gesellschaft „mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt, spätestens aber mit ihrer Eintragung im Gesellschaftsregister.“
 - Entstehung im Innenverhältnis dagegen wie bisher im Zweifel sofort mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

III. Zeitpunkt der Entstehung der Gesellschaft

3. Präzisierung

- Was ist damit gemeint, wenn die Gesellschaft im Innenverhältnis schon mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags entsteht, im Außenverhältnis aber erst später (mit Eintragung oder einvernehmlichem Geschäftsbeginn)?
- Begr. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, 161 f. geht von folgendem Verständnis aus:
 - „Als Rechtssubjekt entsteht [die Gesellschaft] im Verhältnis zu den Gesellschaftern bereits mit dem wirksamen Abschluss des Gesellschaftsvertrags, wenn sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll.“
 - Ab diesem Zeitpunkt kann sie daher schon „Sozialansprüche [Ansprüche gegen Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis] wie z.B. ausstehende Beiträge (...) gegen den säumigen Gesellschafter geltend machen.“
 - Im Außenverhältnis zu Dritten ist sie aber vor dem in § 719 I BGB-MoPeG genannten Zeitpunkt noch nicht handlungsfähig, in diesem Zwischenstadium liegt also ein nur „innenrechtsfähiger“ Rechtsträger vor; (rechtspolitische) Kritik daran bei *Verse/Tassius*, FS Grunewald, 2021, 1159
 - „Davon zu unterscheiden ist die Frage, ab welchem Zeitpunkt die Gesellschaft (...) mit allen Konsequenzen aus ihrer Rechtsfähigkeit auch den Vorschriften über die Vertretung und Haftung unterliegt, was hier mit der ‚Entstehung der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten‘ umschrieben wird.“



§ 2 Entstehung der GbR/OHG

Zur Wiederholung/Vertiefung von § 2 der Vorlesung: *Schäfer* §§ 4-5, §§ 18-19 I;
Saenger § 3 I-III, V 1, § 4 I-II, III 1, IV 1; zu den Neuerungen durch das MoPeG
Bachmann NJW 2021, 3073



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

I. Die Vertretung der Gesellschaft

1. OHG

- Vertretung nach allgemeinen Regeln (§§ 164 ff. BGB)
- Regelung der *organschaftlichen* Vertretungsmacht der Gesellschafter in §§ 125 ff. HGB (Einzelheiten sogleich)
- Wichtig: Unterscheidung zwischen Geschäftsführung und Vertretung
 - Geschäftsführung (§§ 114 ff. HGB, § 116 HGB-MoPeG) betrifft das Innenverhältnis („rechtliches Dürfen“), Vertretungsmacht (§§ 125 ff. HGB, § 124 HGB-MoPeG) das Außenverhältnis („rechtliches Können“), s. Abschnittsüberschriften!
 - Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis lässt Vertretungsmacht grundsätzlich unberührt, § 126 II HGB (§ 124 IV 2 HGB-MoPeG)
 - Beispiel: nach § 125 I HGB (§ 124 I HGB-MoPeG) einzelvertretungsbefugter Gesellschafter bestellt alleine einen Prokuristen (Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis nach § 116 III HGB, § 116 II 2 HGB-MoPeG)
 - Ausnahme: Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht (BGB AT: Kollusion, Evidenz)
 - Kollusion führt zu Nichtigkeit nach § 138 I BGB
 - Evidente Überschreitung des rechtlichen Dürfens führt zu §§ 177 ff. BGB analog (h.L.) bzw. dazu, dass sich Vertragspartner nach § 242 BGB nicht auf die Vertretungsmacht berufen kann (so die Rspr.)



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

I. Die Vertretung der Gesellschaft

1. OHG

- Grundsatz: Einzelvertretung (§ 125 I HGB, § 124 I HGB-MoPeG)
 - Grundsatz der Einzelvertretung ist disponibel; als abw. Gestaltung sind zulässig:
 - Echte Gesamtvertretung (§ 125 II HGB, § 124 II HGB-MoPeG): Vertretung durch alle/mehrere Gesellschafter
 - Unechte Gesamtvertretung (§ 125 III HGB, § 124 III HGB-MoPeG): Gesellschafter mit Prokurist, in diesem Fall gelten Beschränkungen der Prokura (§ 49 II HGB) nicht
- Passivvertretung immer Einzelvertretung (§ 125 II 3, III 2 HGB)
 - Allgemeiner Rechtsgrundsatz (vgl. z.B. auch §§ 26 II 2, 1629 I 2 2. Hs. BGB)



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

I. Die Vertretung der Gesellschaft

1. OHG

- § 125 HGB (§ 124 I-III HGB-MoPeG) liegt der in allen Personengesellschaften geltende Grundsatz der *Selbstorganschaft* zugrunde
 - Inhalt
 - Organschaftliche Vertretung muss durch (unbeschränkt persönlich haftende) Gesellschafter selbst wahrgenommen werden.
 - Bei unechter Gesamtvertretung nach § 125 III HGB muss gewährleistet sein, dass die Gesellschafter auch ohne Prokuristen handeln können (Wortlaut des § 125 III 1 HGB: „wenn nicht...“)
 - Nicht abdingbarer Grundsatz (§ 109 HGB, § 108 HGB-MoPeG gilt nur für das Innenverhältnis!); Unterschied zu Kapitalgesellschaften (vgl. § 6 III 1 GmbHG)
 - Aber faktisch ausgehebelt in GmbH & Co. KG
 - Rechtsfolge von Verstößen: Regelung nichtig, nach h.L. ist Lücke im Zweifel durch Gesamtvertretung zu füllen (erg. Vertragsauslegung); Staub/*Habersack* § 125 Rn. 10



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

I. Die Vertretung der Gesellschaft

1. OHG

- Grundsatz der Selbstorganschaft (Forts.)
 - Grundsatz der Selbstorganschaft betrifft nur die *organschaftliche* Vertretung
 - Erteilung rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht an Dritte (z.B. Prokura, Handlungsvollmacht an Mitarbeiter) bleibt nach allgemeinen Regeln (§§ 167 f. BGB, §§ 48 ff. HGB) selbstverständlich zulässig
 - Umfang der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht richtet sich *nicht* nach § 126 HGB, sondern im Fall der Prokura nach §§ 49 f. HGB, im Fall der Handlungsvollmacht nach § 54 HGB
 - Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht ist vorbehaltlich abw. Vereinbarung frei widerruflich (§ 168 BGB, anders § 127 HGB, § 715 BGB)



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

I. Die Vertretung der Gesellschaft

1. OHG

- Umfang der organschaftlichen Vertretungsmacht, § 126 HGB (§ 124 IV HGB-MoPeG)
 - Umfassende Vertretungsmacht nach § 126 I HGB (selbst für Geschäfte jenseits des Gesellschaftszwecks/Unternehmensgegenstands)
 - Hintergrund: Verkehrsschutz
 - Beachte: § 126 I (nicht § 49) HGB gilt auch bei unechter Gesamtvertretung durch Gesellschafter und Prokurist nach § 125 III HGB
 - Beschränkungen aus dem Innenverhältnis (z.B. wegen Widerspruchs nach § 115 I HGB, Außergewöhnlichkeit des Geschäfts nach § 116 II HGB, Prokurabestellung nach § 116 III HGB) sind im Außenverhältnis grds. unbeachtlich, § 126 II HGB
 - Ausnahme: Missbrauch der Vertretungsmacht nach BGB AT (Kollusion, Evidenz), s.o.



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

I. Die Vertretung der Gesellschaft

1. OHG

- Entziehung der Vertretungsmacht, § 127 HGB (§ 124 V HGB-MoPeG)
 - Klageerfordernis im Gesellschaftsvertrag abdingbar
 - Absenkung unter Schwelle des wichtigen Grundes im Gesellschaftsvertrag möglich
- Registerpublizität
 - Vertretungsmacht und ihre Änderungen sind einzutragen, §§ 106 II Nr. 4, 107 HGB (§ 106 II Nr. 3, VI HGB-MoPeG)
 - Eintragung ist deklaratorisch, aber § 15 HGB beachten!
- Zur Übung: Fall 2



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

I. Die Vertretung der Gesellschaft

2. GbR (bisherige Rechtslage)

- Vertretung nach allgemeinen Regeln (§§ 164 ff. BGB), Regelung der organ-schaftlichen Vertretungsmacht in §§ 714 f. i.V.m. §§ 709 ff. BGB
- Vertretene Person: „Vertretung der Gesellschafter“ in §§ 714 f. BGB ist zu lesen als Vertretung der Gesellschaft (s.o. zur Rechtsfähigkeit der Außen-GbR)
- Grundsatz der Gesamtvertretung, § 714 i.V.m. § 709 BGB (aber nur „im Zweifel“, disponibel)
 - Passivvertretung allerdings auch einzeln durch jeden der Gesamtvertreter (§ 125 II 3 HGB analog; MüKoBGB/Schäfer § 714 Rn. 27)
- Grundsatz der Selbstorganschaft (s.o.) gilt auch in GbR; rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung aber auch hier nach allgemeinen Regeln zulässig



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

I. Die Vertretung der Gesellschaft

2. GbR (bisherige Rechtslage)

➤ Umfang der Vertretungsmacht

- Keine Parallele zu § 126 I, II HGB
 - Gesellschaftsvertragliche Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis schlagen grds. auf das Außenverhältnis durch (vgl. § 714 BGB: „soweit“), hM (aA: § 126 HGB analog bei unternehmenstragender Außen-GbR; MüKo-BGB/Schäfer § 714 Rn. 24 mN).
- Aber: nach hM keine Beschränkung im Außenverhältnis bei Widerspruch gem. § 711 BGB (dieser soll nach hM nur die Geschäftsführungsbefugnis beschränken, str.)



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

I. Die Vertretung der Gesellschaft

2. GbR (bisherige Rechtslage)

- Entziehung der Vertretungsmacht, § 715 BGB
 - Hier anders als in § 127 HGB kein Klageerfordernis
 - Erfordernis des wichtigen Grundes (§ 715 i.V.m. § 712 BGB) kann im Gesellschaftsvertrag abgesenkt werden
 - Entziehung der Vertretungsbefugnis nach § 715 BGB nur gemeinsam mit Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

I. Die Vertretung der Gesellschaft

3. GbR (neue Rechtslage)

- Organschaftliche Vertretungsmacht neu geregelt in § 720 BGB-MoPeG
 - Weiterhin (disponibler) Grundsatz der Gesamtvertretung, § 720 I BGB-MoPeG
 - Reichweite der Vertretungsmacht *nunmehr anders als bisher unbeschränkt*, § 720 III BGB-MoPeG, Angleichung an § 126 I, II HGB (!)
 - Passivvertretung weiterhin durch jeden vertretungsbefugten Gesellschafter allein, nunmehr explizit geregelt in § 720 V BGB-MoPeG
 - Entziehung der Vertretungsbefugnis weiterhin aus wichtigem Grund möglich, aber anders als bisher jetzt auch Vertretungsbefugnis isoliert entziehbar (ohne gleichzeitige Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis), § 720 IV i.V.m. § 715 V BGB-MoPeG



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

I. Die Vertretung der Gesellschaft

4. Wissenszurechnung

- Ausgangspunkt: Zahlreiche Normen stellen auf Kenntnis ab (z.B. §§ 442, 444, 687 II, 819 I, 892 I, 932 II, 990 BGB). Aber wann hat eine Gesellschaft Kenntnis?
- Im Einzelnen ist danach zu unterscheiden, ob der Wissensträger an dem konkreten Rechtsgeschäft beteiligt ist oder nicht
 - Nachfolgende Grundsätze gelten für alle arbeitsteiligen Organisationen, nicht nur Personengesellschaften



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

I. Die Vertretung der Gesellschaft

4. Wissenszurechnung

- Wissensträger ist selbst an dem konkreten Rechtsgeschäft beteiligt
- Organschaftlicher Vertreter (bei PersGes: geschäftsführende Gesellschafter):
Str., ob Zurechnung nach § 166 I oder entspr. § 31 BGB (im Erg. kein Unterschied)
 - Beachte: § 31 BGB wird über Organwalter hinaus auch auf sonstige leitende Angestellte („Repräsentanten“) ausgedehnt, denen „durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensgemäße Funktionen (...) zur selbstständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind“ (st. Rspr., etwa BGH NJW-RR 1986, 281, 282; z.B. Filialleiter einer Bank, Chefarzt eines Krankenhauses)
 - Rechtsgeschäftlicher Vertreter (z.B. Prokurist, Handlungsbevollmächtigter):
Zurechnung nach § 166 I BGB
 - Wissensvertreter (= wer nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei anfallenden Informationen zur Kenntnis zu nehmen und ggf. weiterzugeben): Zurechnung analog § 166 I BGB (ständige Rspr.)
 - Bsp.: Verhandlungsgehilfe, dem eine Partei die Vorbereitung des Vertrags überlassen hat; Kfz-Mechaniker, der für den Käufer den Gebrauchtwagen untersucht



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

I. Die Vertretung der Gesellschaft

4. Wissenszurechnung

- Wissensträger ist selbst an dem konkreten Rechtsgeschäft *nicht* beteiligt
- Frühere Rspr.: Wissen der organschaftlichen Vertreter = Wissen der Gesellschaft (Theorie der absoluten Wissenszurechnung als Ausprägung einer formal verstandenen Organtheorie), daher auch Zurechnung des Wissens unbeteiligter Organwalter
 - Neuere Rspr. seit BGHZ 109, 327, 331 und vor allem BGHZ 132, 30 (zur Frage der Arglist i.S. des § 463 S. 2 BGB a.F., lesen!): Wissenszurechnung in arbeitsteiligen Organisationen lässt sich „nicht mit logisch-begrifflicher Stringenz, sondern nur in wertender Beurteilung“ entscheiden
 - Maßgebend für wertende Beurteilung sind nach BGH Erwägungen des Verkehrsschutzes: Geschäftspartner einer arbeitsteiligen Organisation sollen nicht besser, aber auch nicht schlechter stehen, als wenn sie mit einer einzigen natürlichen Person zu tun hätten (Gleichstellungsargument).
 - Arbeitsteilige Organisation darf daher das Risiko einer Wissensaufspaltung nicht einfach auf den Rechtsverkehr abwälzen. Vielmehr muss die gesellschaftsinterne Kommunikation ordnungsgemäß organisiert werden (Wissensorganisationspflicht).



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

I. Die Vertretung der Gesellschaft

4. Wissenszurechnung

- Wissensträger ist selbst an dem konkreten Rechtsgeschäft *nicht* beteiligt
 - Neuere Rspr. (Forts.)
 - Die Wissensorganisationspflicht unterteilt sich in
 - Informationsweiterleitungspflicht (Pflicht, dass relevantes, „typischerweise aktenmäßig festzuhaltendes“ Wissen abgespeichert und anderen zugänglich gemacht wird)
 - Informationsabfragepflicht (Pflicht, dass erkennbar anderswo in der Organisation vorhandenes Wissen auch abgefragt wird)
 - Rechtsfolge: Wenn wegen eines Verstoßes gegen die Wissensorganisationspflicht das Wissen eines unbeteiligten (u.U. schon ausgeschiedenen) Wissensträgers der Gesellschaft nicht an denjenigen gelangt, der das konkrete Rechtsgeschäft für die Gesellschaft abschließt, muss sich die Gesellschaft so behandeln lassen, als habe der Handelnde Kenntnis.
 - Aber: Wenn die Wissensorganisation als solche ordnungsgemäß angelegt ist, soll der Umstand, dass ein einzelner Mitarbeiter die organisatorischen Vorgaben fahrlässig nicht beachtet (z.B. Daten nicht einpflegt), nicht zur Wissenszurechnung führen (so BGH NJW 1996, 1205)
 - Kritik des Schrifttums: Rspr. geht deutlich zu weit; fahrlässig unzureichende Wissensorganisation wird herangezogen, um Wissen und Vorsatz zu konstruieren



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

I. Die Vertretung der Gesellschaft

4. Wissenszurechnung

- Wissensträger ist selbst an dem konkreten Rechtsgeschäft *nicht* beteiligt
 - Neuere Rspr. (Forts.)
 - Nicht höchstrichterlich entschieden ist, ob die o.g. Rechtsprechungsgrundsätze auch im Rahmen der deliktsrechtlichen Haftung Geltung beanspruchen. Jedenfalls im Rahmen von § 826 BGB sind sie aber nach BGH NJW 2017, 250 *nicht* anwendbar (Ls. 3-4):

„... der Vorwurf der Sittenwidrigkeit [lässt] nicht dadurch begründen, dass unter Anwendung der Grundsätze der Wissenszurechnung und -zusammenrechnung auf die ‚im Hause‘ der juristischen Person vorhandenen Kenntnisse abgestellt wird. Insbesondere lässt sich eine die Sittenwidrigkeit begründende bewusste Täuschung nicht dadurch konstruieren, dass bei Mitarbeitern einer juristischen Person vorhandene kognitive Elemente mosaikartig zusammengesetzt werden.“

„Das Wollenselement des Schädigungsvorsatzes gem. § 826 BGB setzt grundsätzlich korrespondierende Kenntnisse derselben natürlichen Person voraus. Auch dies steht der Anwendung der Grundsätze der Wissenszurechnung und -zusammenrechnung im Rahmen des § 826 BGB regelmäßig entgegen.“
 - Zur Vertiefung des Problemkreises Wissenszurechnung *Bork* Allg. Teil Rn. 1665 ff.; *Staub/Habersack* § 125 Rn. 20 ff.



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

II. Die Haftung in der OHG

1. Haftung der Gesellschaft

- Vertragliche Erfüllungspflichten
 - Voraussetzung: wirksame Vertretung nach § 164 I BGB
- Vertragliche Schadensersatzpflichten
 - Zurechnung des Verhaltens der geschäftsführenden Gesellschafter analog § 31 BGB (hM, aA: § 278 BGB; Relevanz des Streits nur im Rahmen der §§ 278 S. 2, 276 III BGB)
 - § 31 BGB setzt voraus, dass der Organwalter „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen“ gehandelt hat (nicht nur bei Gelegenheit)
 - Dieser Zusammenhang zur Amtsführung fehlt aber nicht schon dann, wenn der Gesellschafter seine Kompetenzen (u.U. sogar vorsätzlich) überschreitet
 - Zurechnung des Verhaltens sonstiger Repräsentanten, denen „bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der Gesellschaft zur selbständigen eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen“ sind, ebenfalls analog § 31 BGB (s.o.)
 - Für Erfüllungsgehilfen gilt § 278 BGB



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

II. Die Haftung in der OHG

1. Haftung der Gesellschaft

- Deliktische Schadensersatzpflichten
 - Verhaltenszurechnung analog § 31 BGB bei geschäftsführenden Gesellschaftern (hier unstr. nicht § 278 BGB) und sonstigen Repräsentanten im o.g. Sinn
 - Haftung für Fehlverhalten von Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB
 - Auswahl-/Überwachungsverschulden der Organe/Repräsentanten wird analog § 31 zugerechnet
- Sachenrechtliche Herausgabepflichten
 - OHG kann selbst Besitzerin sein (heute ganz hM, arg. § 124 I HGB)
 - Von geschäftsführenden Gesellschaftern (Organwaltern) in amtlicher Eigenschaft ausgeübte Sachherrschaft wird der OHG als eigene zugerechnet („Organbesitz“)
 - Organwalter selbst haben keinen Besitz, solange sie die Sachherrschaft in amtlicher Eigenschaft ausüben (stattdessen allein OHG als unmittelbare Besitzerin)



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

II. Die Haftung in der OHG

2. Haftung der Gesellschafter

- Anspruchsgrundlage: Anspruch gegen die OHG (z.B. § 433 II BGB) iVm § 128 S. 1 HGB (= § 126 S. 1 HGB-MoPeG)
- Eigenschaften der Haftung nach § 128 S. 1 HGB, § 126 S. 1 HGB-MoPeG
 - Persönlich und unbeschränkt, für die gesamte Leistung
 - Unmittelbar gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft (Außenhaftung)
 - Erstrangig (primär), d.h. nicht subsidiär wie grds. die Bürgschaft, § 771 BGB
 - Akzessorisch zur Verbindlichkeit der Gesellschaft
 - D.h. Bestand und Umfang der Haftung sind von der Verbindlichkeit der Gesellschaft abhängig
 - Zwischen Gesellschaftern und OHG besteht keine Gesamtschuld (Wortlaut des § 128 S. 1 HGB, § 126 S. 1 HGB-MoPeG insoweit missverständlich, Hinweis auf Gesamtschuld bezieht sich allein auf Verhältnis zwischen den Gesellschaftern, s. nächste Folie)
 - Unterschied zw. Akzessorietät und Gesamtschuld: bei Gesamtschuld Einzelwirkung denkbar (vgl. insbes. § 425 BGB, z.B. bei Verzug § 425 II BGB im Gegensatz zu § 767 I 2 BGB)
 - Regress des zahlenden Gesellschafters gg. die OHG nach § 110 I 1. Alt. HGB (= § 105 III HGB-MoPeG iVm § 716 I 1. Alt. BGB-MoPeG), nicht § 426 BGB!



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

II. Die Haftung in der OHG

2. Haftung der Gesellschafter

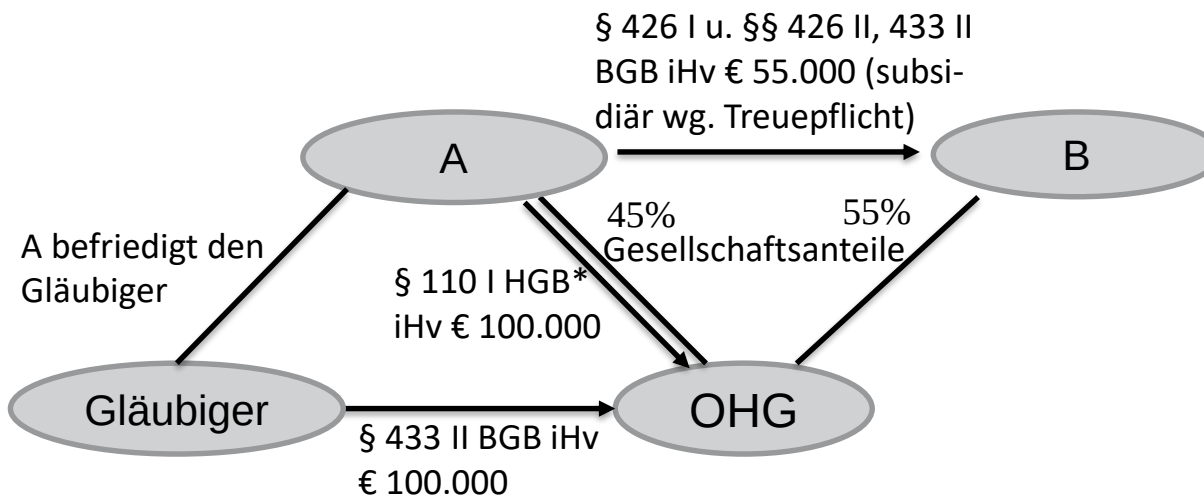
- Verhältnis der haftenden Gesellschafter untereinander
 - Zwischen den haftenden Gesellschaftern besteht ein Gesamtschuldverhältnis (Wortlaut § 128 S. 1 HGB, § 126 S. 1 HGB-MoPeG)
 - (Anteiliger) Regress im Innenverhältnis der Gesellschafter daher nach § 426 I u. II BGB
 - aufgrund der mitgliedschaftlichen Treuepflicht aber nur subsidiär, wenn OHG zum Ausgleich nicht bereit oder imstande ist (BGH NZG 2002, 232)

§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

II. Die Haftung in der OHG

2. Haftung der Gesellschafter

Exkurs: Übersicht zum Binnenregress, wenn ein Gesellschafter eine Gesellschaftsverbindlichkeit begleicht



* An die Stelle des § 110 I HGB tritt ab 1.1.2024 § 105 III HGB-MoPeG iVm § 716 I BGB- MoPeG.



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

II. Die Haftung in der OHG

2. Haftung der Gesellschafter

- Inhalt der Haftung nach § 128 S. 1 HGB, § 126 S. 1 HGB-MoPeG
 - hM: Erfüllungstheorie, d.h. Gesellschafter haftet den Gläubigern grundsätzlich genau wie die Gesellschaft
 - Arg.: Wortlaut enthält keine Einschränkung; entspricht Gläubigerschutz besser
 - hM lässt aber Ausnahme zu, wenn die Erfüllung für den Gesellschafter unmöglich ist oder sich als „unzumutbarer Eingriff in den außergesellschaftlichen Bereich“ des Gesellschafters darstellt.
 - aA: Haftungstheorie, d.h. Gesellschafter haftet stets nur in Geld
 - Bei Geldschulden kommen beide Ansichten zum selben Ergebnis (Thematisierung in der Fall-Lösung dann unnötig)



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

II. Die Haftung in der OHG

2. Haftung der Gesellschafter

➤ Inhalt der Haftung nach § 128 S. 1 HGB, § 126 S. 1 HGB-MoPeG (Forts.)

Beispiele (näher zum Folgenden Staub/*Habersack* § 128 Rn. 27 ff.):

- Speziesschuld der Gesellschaft (z.B. Verpflichtung aus § 433 I BGB, ein Grundstück zu übereignen); Gegenstand befindet sich im Gesellschaftsvermögen (= im Eigentum der Gesellschaft)
 - Lösung: Für Gesellschafter persönlich ist Leistung unmöglich, daher auch nach Erfüllungstheorie Haftung aus § 128 HGB nur in Geld
- Speziesschuld der Gesellschaft (z.B. Verpflichtung aus § 433 I BGB, ein Grundstück zu übereignen); Gegenstand befindet sich im Vermögen des *Gesellschafter*s, dieser ist aber nicht zur Einbringung verpflichtet
 - Lösung: Leistung schon für die Gesellschaft unmöglich (§ 275 I BGB), diese haftet nach § 311a II BGB in Geld, daher auch Gesellschafter akzessorisch in Geld



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

II. Die Haftung in der OHG

2. Haftung der Gesellschafter

- Inhalt der Haftung nach § 128 S. 1 HGB, § 126 S. 1 HGB-MoPeG (Forts.)
 - Speziesschuld der Gesellschaft (z.B. Verpflichtung aus § 433 I BGB, ein Grundstück zu übereignen); Gegenstand im Vermögen des Gesellschafters, dieser ist *zur Einbringung verpflichtet*
 - Lösung: Einbringungspflichtiger Gesellschafter haftet nach Erfüllungstheorie auf Erfüllung
 - Gattungsschuld der Gesellschaft (z.B. Verpflichtung aus § 433 I BGB, 1.000 neue Drucker der Marke X Typ Y zu liefern); Gesellschafter besitzt keine der Gattung zugehörige Sache
 - Lösung: Nach Erfüllungstheorie muss sich Gesellschafter Sache aus der Gattung verschaffen
 - Gesellschaft schuldet eine vertretbare Handlung (z.B. eine Werkleistung)
 - Lösung: Nach Erfüllungstheorie haftet Gesellschafter auf Erfüllung; notfalls muss er Dritte mit Vornahme beauftragen



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

II. Die Haftung in der OHG

2. Haftung der Gesellschafter

- Einwendungen/Einreden gem. § 129 HGB, § 128 HGB-MoPeG
 - In seiner Person begründete Einwendungen/Einreden kann der Gesellschafter unbegrenzt erheben (in § 129 I HGB = § 128 I HGB-MoPeG nicht geregelt, sondern als selbstverständlich vorausgesetzt)
 - Bsp.: dem Gesellschafter persönlich zugesagte Stundung; Aufrechnung mit einer privaten Gegenforderung
 - Einwendungen und Einreden der Gesellschaft kann der Gesellschafter im selben Umfang wie diese erheben (§ 129 I HGB, § 128 I HGB-MoPeG; Ausprägung der Akzessorietät der Haftung)
 - Beachte: Rechtshindernde und rechtsvernichtende Einwendungen führen zum Erlöschen der Gesellschaftsschuld und lassen schon den Tatbestand des § 128 S. 1 HGB, § 126 S. 1 HGB-MoPeG entfallen! Praktische Bedeutung hat § 129 I HGB daher nur für Einreden.
 - Einwendungen/Einreden der Gesellschaft können nicht mehr geltend gemacht werden, wenn ein rechtskräftiges Urteil gegen die Gesellschaft ergangen ist. Etwas anderes gilt nur für Einwendungen/Einreden, welche die Gesellschaft noch nach § 767 II ZPO geltend machen kann (BGH NZG 2006, 459).



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

II. Die Haftung in der OHG

2. Haftung der Gesellschafter

➤ Einwendungen/Einreden gem. § 129 HGB, § 128 HGB-MoPeG

Streitfrage zu § 129 I HGB, § 128 I HGB-MoPeG: Verjährungshemmung durch Klage nur gegen den Gesellschafter?

- Problem: Während des Prozesses kann Verjährung gegenüber der OHG eintreten, wenn diese nicht mitverklagt wird und Verjährungshemmung nach § 204 I Nr. 1 BGB daher nur gegenüber dem Gesellschafter eintritt
- Lösung: Verklagter Gesellschafter kann sich trotz § 129 I HGB nicht auf die Verjährung der Gesellschaftsschuld berufen (teleologische Reduktion); stattdessen gilt insoweit § 425 BGB analog (hM, BGHZ 104, 76, 80; in Lit. str.).
 - Arg.: Sonst müsste immer auch die OHG verklagt werden, selbst wenn diese offensichtlich vermögenslos ist (mit Prozesskostenrisiko für den Kl.); ferner: verklagter Gesellschafter bedarf keines Schutzes durch Verjährung mehr.
 - Mögliches Gegenargument: Möglichkeit des Regresses gegen die Gesellschaft, dadurch droht Aushöhlung der Verjährung (Staub/*Habersack* § 129 Rn. 8)
- Exkurs: Anderes gilt nach hM für die Haftung des (selbstschuldnerischen) Bürgen bei Verjährung der Hauptschuld nach Klageerhebung gegen den Bürgen (BGHZ 139, 214, 216 f.; MüKoBGB/*Habersack* § 768 Rn. 7; in Lit. str.)



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

II. Die Haftung in der OHG

2. Haftung der Gesellschafter

- Einwendungen/Einreden gem. § 129 HGB, § 128 HGB-MoPeG
 - § 129 II HGB: Einrede der Anfechtungsmöglichkeit der OHG (Parallele zu § 770 I BGB)
 - Beachte: Ist Anfechtung bereits wirksam erfolgt, entfällt Haftung schon nach § 128 S. 1 HGB (da nach § 142 I BGB keine Gesellschaftsverbindlichkeit mehr besteht).
 - Sobald die Anfechtungsmöglichkeit erlischt (Ablauf Anfechtungsfrist), erlischt auch die Einrede.
 - § 129 III HGB ist verunglückt (Redaktionsversehen); gemeint ist entgegen dem Wortlaut die Aufrechnungsmöglichkeit der *Gesellschaft* (hM, BGHZ 42, 396)
 - Arg.: vom Gesetzgeber offenbar gezogene Parallele zu § 770 II BGB passt nicht, da diese Vorschrift Ausfluss der Subsidiarität der Bürgenhaftung ist, während der Gesellschafter nach § 128 S. 1 HGB gerade nicht subsidiär, sondern primär haftet.
 - Analogie zu § 129 II, III HGB bei weiteren Gestaltungsrechten (z.B. Rücktrittsrecht) der Gesellschaft (hM)



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

II. Die Haftung in der OHG

2. Haftung der Gesellschafter

- Einwendungen/Einreden gem. § 129 HGB, § 128 HGB-MoPeG
 - Reform: An die Stelle des § 129 II, III HGB tritt § 128 II HGB-MoPeG
 - In § 128 II HGB-MoPeG kommt nunmehr klar zum Ausdruck, dass
 - es auf die Aufrechnungsmöglichkeit der Gesellschaft ankommt (missratener Wortlaut des § 129 III HGB wird also endlich korrigiert), und
 - die Einrede über Anfechtung und Aufrechnung hinaus auch für andere Gestaltungsrechte (z.B. Rücktrittsrecht) gilt.
 - In der Sache also keine Änderung gegenüber der hM nach bisherigem Recht, aber deutlich klarere Fassung
- Zur Übung: Fall 3



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

II. Die Haftung in der OHG

3. Haftung in der „Schein“-OHG

- Abgrenzung zur fehlerhaften Gesellschaft
 - Bei fehlerhafter Gesellschaft ist Gesellschaftsvertrag ernsthaft gewollt, aber fehlerhaft
 - Bei Scheingesellschaft wird nur nach außen Anschein einer Gesellschaft erweckt; Gesellschaftsvertrag besteht nicht (mehr) oder wurde nur zum Schein (§ 117 BGB) abgeschlossen
- Bsp.: Geschäftsführer einer GmbH, die durch Formwechsel nach dem UmwG aus einer OHG hervorgegangen ist, benutzen noch das alte OHG-Briefpapier
 - OHG besteht nicht mehr, aber Haftung der Gesellschafter wie OHG-Gesellschafter nach Rechtsscheingrundsätzen?



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

II. Die Haftung in der OHG

3. Haftung in der „Schein“-OHG

- Scheingesellschafter einer Schein-OHG müssen sich unter folgenden Voraussetzungen an dem gesetzten Rechtsschein festhalten lassen (allgemeine Rechtscheinhaftung; etwa Baumbach/*Hopt* HGB § 5 Rn. 9 ff.)
 - Rechtsschein
 - Zurechenbarkeit
 - Schutzwürdigkeit des auf den Rechtsschein vertrauenden Dritten
 - Str.; ob dem Dritten einfache (so hM, Rechtsgedanke des § 173 BGB) oder nur grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt (aber unstr. keine Nachforschungspflicht)
 - Kausalität des Rechtsscheins für das geschäftliche Verhalten des Dritten
- ⇒ Rechtsfolge: Haftung wie ein Gesellschafter (§§ 128 f. HGB analog bzw. §§ 126, 128 HGB-MoPeG analog)
- Entsprechendes gilt für Schein-Gesellschafter einer tatsächlich bestehenden OHG (Bsp.: Prokurist gibt sich als Gesellschafter aus)



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

III. Die Haftung in der (Außen-) GbR

1. Haftung der Gesellschaft

- Haftung der rechtsfähigen Außen-GbR wie bei OHG (s.o. II. 1.)
 - Also auch hier Anwendung des § 31 BGB analog im Rahmen von Schadensersatzansprüchen, Annahme von „Organbesitz“ im Rahmen von Herausgabeansprüchen etc.

2. Haftung der Gesellschafter (bisherige Rechtslage)

- Akzessorische Gesellschafterhaftung wie in OHG (§§ 128 ff. HGB analog)
 - Anerkannt seit BGHZ 146, 341, 358 = NJW 2001, 1056, 1061 – Weißes Ross (sog. Akzessorietätstheorie; früher hM folgte noch der Doppelverpflichtungstheorie, *Saenger* Rn. 193).
 - Dies gilt für rechtsgeschäftliche wie für gesetzliche (z.B. deliktische) Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleichermaßen (BGHZ 154, 88 = NJW 2003, 1445). In Letzterem liegt ein wesentlicher Unterschied zur früheren Doppelverpflichtungslehre.



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

III. Die Haftung in der (Außen-) GbR

2. Haftung der Gesellschafter (bisherige Rechtslage)

- Begründung der Analogie zu §§ 128 ff. HGB (in Klausur nur knapp):
- Allg. Grundsatz, dass wer als Einzelperson oder mit anderen Geschäfte betreibt, für die daraus entstehenden Verpflichtungen mit seinem gesamten Vermögen haftet, solange sich aus Gesetz oder Vertrag nichts anderes ergibt.
 - Oft gleitender Übergang GbR/OHG
- ⇒ Das zur OHG (s.o. II.2) Gesagte gilt auch hier. Beachte aber: Rückgriff des zahlenden Gesellschafters gegen die Gesellschaft erfolgt hier nicht nach § 110 I Alt. 1 HGB, sondern nach §§ 713, 670 BGB (ab 1.1.2024 einheitlich nach § 716 I Alt. 1 BGB-MoPeG [iVm § 105 III HGB-MoPeG]).

Grundsatzkritik bei *Canaris*, ZGR 2004, 69 (unzulässige Rechtsfortbildung contra legem; Unterschiede GbR/OHG eingeebnet, Optionsrecht des § 105 II HGB ausgehöhlt); dagegen *Altmeppen*, NJW 2004, 1563 (historischer Gesetzgeber hat abschließende Stellungnahme vermeiden wollen).

Dieser Streit gehört spätestens ab Inkrafttreten des MoPeG der Vergangenheit an (s.u.).



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

III. Die Haftung in der (Außen-) GbR

2. Haftung der Gesellschafter (bisherige Rechtslage)

- Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen bedarf nach BGHZ 142, 316 (keine GbR mbH) grds. individualvertraglicher Abrede mit dem Gläubiger
- Ungeschriebene Ausnahmen gelten nach Rspr. für:
 - Geschlossene Immobilienfonds: hier Vereinbarung einer nur quotalen Haftung auch in AGB möglich, da Rechtsverkehr keine unbeschränkte persönliche Haftung der rein passiven Anlagegesellschafter erwartet (BGHZ 150, 1 = NZG 2002, 533); Indikationswirkung des § 307 II Nr. 1 BGB durch Atypizität des Falles widerlegt; näher *Schäfer* NZG 2010, 241
 - Bauherrengemeinschaften: hier soll auch ohne individualvertragliche oder AGB-Vereinbarung nur quotale Haftung eingreifen, da der Rechtsverkehr nicht mehr erwarte (BGHZ 150, 1, 6); dogmatische Begründung dunkel (konkludente Haftungsbeschränkung?)
 - Im Schrifttum wird eine weitere Ausnahme für Gesellschaften mit ideeller (nichtwirtschaftlicher) Zwecksetzung befürwortet (MüKoBGB/*Schäfer* § 714 Rn. 16: hier neben Haftung der GbR nur Handelndenhaftung analog § 54 S. 2 BGB; vom BGH bisher nicht entschieden)
- Ferner gesetzliche Ausnahmen nach § 52 II 2 BRAO, § 67a II StBerG, § 54a II WPO (Beschränkung der pers. Haftung in AGB auf mandatsbearbeitende Gesellschafter)



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

III. Die Haftung in der (Außen-) GbR

3. Haftung der Gesellschafter (neue Rechtslage)

- Die bisherige Rspr. wird durch das MoPeG kodifiziert, an die Stelle der §§ 128-130 HGB analog treten §§ 721-721b BGB-MoPeG
- Auch die o.g. ungeschriebenen Ausnahmen sollen fortgelten:
 - Begr. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, 165: „Die Kodifikation bezweckt keine Abkehr von den von der Rechtsprechung und dem Schrifttum bereits entwickelten Ausnahmen etwa für Bauherrengemeinschaften, geschlossene Immobilienfonds (...) und gemeinnützige Gesellschaften.“



§ 3 Rechtsbeziehungen zu Dritten

III. Die Haftung in der (Außen-) GbR

4. Haftung in der „Schein“-GbR

- Abgrenzung zu fehlerhafter Gesellschaft (s.o. II.3)
- Haftung analog §§ 128 ff. HGB bzw. §§ 721 ff. HGB-MoPeG gilt nach Rechtsscheingrundsätzen auch in der „Schein“-GbR (hM); Voraussetzungen wie bei Schein-OHG
- Ebenso haftet Scheingesellschafter einer tatsächlich bestehenden GbR
 - Bsp.: auf dem Briefkopf aufgeführter Scheinsozius einer Anwaltssozietät in der Rechtsform der GbR
 - Beachte: GbR muss sich Willenserklärungen eines Scheinsozius nach den Regeln der Duldungs- und Anscheinsvollmacht und Fehlverhalten eines Scheinsozius analog § 31 zurechnen lassen (lehrreicher Fall dazu: BGHZ 172, 169 = NZG 2007, 621).

Zur Wiederholung/Vertiefung von § 3 der Vorlesung: *Schäfer* §§ 6, 7 III, 19 II; *Saenger* §§ 3 V, 4 IV; zu den Neuerungen durch das MoPeG *Bachmann* NJW 2021, 3073



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

I. Grundsatz der Vertragsfreiheit

- Anders als im Außenverhältnis (Rechtsformzwang) gilt im Innenverhältnis der Grundsatz der Vertragsfreiheit
 - In der OHG folgt dies aus § 109 HGB, künftig § 108 HGB-MoPeG
 - In der GbR ist dies schon bisher allgemein anerkannt, aber nicht eigens geregelt; künftig § 708 BGB-MoPeG
- ⇒ Gesetzliche Regelung des Innenverhältnisses (§§ 110-122 HGB/§§ 109-122 HGB-MoPeG und §§ 706 ff. BGB/§§ 709 ff. BGB-MoPeG) ist grds. dispositiv!



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

II. Pflichten der Gesellschafter

1. Beitragspflicht

- Modalitäten der Beitragspflicht (§ 706 BGB/§ 709 I-II BGB-MoPeG, § 105 III HGB)
 - Beitrag kann in jeder Förderung des gemeinsamen Zwecks, auch in der Leistung von Diensten, bestehen (§ 709 I BGB-MoPeG, bisher ungeregelt)
 - Im Zweifel sind die Gesellschafter zu gleichen Beiträgen verpflichtet (§ 706 I BGB, § 709 II BGB-MoPeG)
 - Bei einzubringenden Gegenständen ist Haftung des Gesellschafters analog kaufrechtlichen Grundsätzen (§§ 434 ff. BGB) anerkannt
 - Da Gesellschaftsvertrag kein gegenseitiger Vertrag ist, findet § 320 BGB grds. keine Anwendung (anders nach hM nur bei 2-Personen-Gesellschaft)
 - Bsp.: A kann den im Gesellschaftsvertrag zugesagten Beitrag nicht gem. § 320 BGB verweigern, nur weil auch die Gesellschafter X und Y noch nicht geleistet haben
 - Aber Berufung auf den gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 53a AktG analog) möglich: Gesellschafter müssen von der Gesellschaft unter gleichen Umständen gleich behandelt werden, Ungleichbehandlungen bedürfen sachlicher Rechtfertigung im Gesellschaftsinteresse; A kann daher Beitrag zurückhalten, solange die Gesellschaft den Beitrag von X und Y ohne sachlichen Grund noch nicht eingefordert hat



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

II. Pflichten der Gesellschafter

1. Beitragspflicht

- Mehrbelastungsverbot (§ 707 BGB/§ 710 BGB-MoPeG, § 105 III HGB)
 - Beitragserhöhung nicht ohne Zustimmung des Gesellschafters
 - Die Zustimmung kann auch antizipiert im Gesellschaftsvertrag erklärt werden; die vertragliche Regelung muss dann aber eindeutig und der Höhe nach objektiv bestimmbar sein (= Angabe einer Obergrenze oder sonstiger Kriterien, die das Erhöhungsrisiko eingrenzen); ständige Rspr., etwa BGH NZG 2006, 379
 - Bsp.: Nachschusspflicht, „soweit bei Bewirtschaftung der Grundstücke Unterdeckungen auftreten“ genügt dem nicht, wenn nicht genau geregelt wird, welche Positionen in die Kalkulation einzubeziehen sind (BGH NZG 2007, 382); weiterer Beispielsfall bei *Schäfer* § 9 Rn. 6
 - Unberührt bleiben aber die ggf. bestehenden Nachschusspflichten bei Auflösung oder bei Ausscheiden aus der Gesellschaft (§§ 735, 739 BGB, §§ 728a, 737 BGB-MoPeG [s.u. § 5 I 3, VI 3]), in § 710 S. 2 BGB-MoPeG nun ausdrücklich klargestellt)



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

II. Pflichten der Gesellschafter

2. Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung

- Zur Führung der Geschäfte sind alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet (§ 715 I BGB-MoPeG, § 114 I HGB/§ 116 I HGB-MoPeG)
- Anforderungen an eine pflichtgemäße Geschäftsführung (in Anlehnung an die zu § 93 I AktG, § 43 I GmbHG anerkannten Grundsätze; Staub/Schäfer § 114 Rn. 37):
 - Legalitätspflicht (strikte Gesetzesbindung; auch „nützliche Gesetzesverletzungen“ wie z.B. eine aus ex-ante-Sicht gewinnversprechende Kartellabsprache oder Zahlung von Schmiergeldern sind pflichtwidrig)
 - Sorgfaltspflicht i.e.S. (Geschäfte so führen, dass Gesellschaftszweck so weit wie möglich verwirklicht wird; bei unternehmerischen Entscheidungen beachte § 93 I 2 AktG analog, sog. Business Judgment Rule)
 - Überwachungspflicht (Kontrolle, dass Mitgeschäftsführer und nachgeordnete Unternehmensangehörige sich ebenfalls recht- und zweckmäßig verhalten)
- Einzel- bzw. Gesamtgeschäftsführung nach Maßgabe von §§ 709 ff. BGB, §§ 114 ff. HGB, künftig § 715 II-IV BGB-MoPeG, § 116 II-IV HGB-MoPeG



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

II. Pflichten der Gesellschafter

3. Mitgliedschaftliche Treuepflicht

- Grundgedanke: Jeder Gesellschafter muss (i) auf Belange der Gesellschaft und (ii) auf mitgliedschaftsbezogene Belange der Mitgesellschafter angemessen Rücksicht nehmen
 - (i) Treuepflicht zur Gesellschaft
 - (ii) Treuepflicht zu den Mitgesellschaftern
- Rechtsgrundlage str.; richtigerweise wird zu differenzieren sein:
 - Treuepflicht zur Gesellschaft als Ausprägung der Zweckförderungspflicht (§ 705 BGB)
 - Rücksichtnahme auf mitgliedschaftsbezogene Belange der Mitgesellschafter als Schutzpflicht i.S. des § 241 II BGB (vgl. *Grigoleit*, AktG, § 1 Rn. 53 ff.); Grundgedanke: Korrelation von Einwirkungsmacht und Verantwortung
 - Andere Ansichten verweisen auf § 242 BGB oder richterliche Rechtsfortbildung



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

II. Pflichten der Gesellschafter

3. Mitgliedschaftliche Treuepflicht



Konkretisierung

- Bei uneigennütigen Mitgliedschaftsrechten (z.B. Mitwirkung an Geschäftsführung) hat der Gesellschafter den Interessen der Gesellschaft bei einem Konflikt mit seinem Eigeninteresse Vorrang einzuräumen.
- Bei eigennütigen Mitgliedschaftsrechten (z.B. Gewinnverwendungsbeschlüsse, Informationsrechte) geht die Treuebindung weniger weit; der Gesellschafter muss aber auch hier die Interessen der Gesellschaft mitberücksichtigen (keine unverhältnismäßige oder willkürliche Rechtsausübung)



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

II. Pflichten der Gesellschafter

3. Mitgliedschaftliche Treuepflicht

➤ Konkretisierung (Forts.)

- Treuepflicht setzt in erster Linie Schranke der Rechtsausübung (Schadigungsverbot), kann sich aber auch zur Handlungspflicht verdichten
- Äußerstenfalls sogar Zustimmungspflicht zu Änderungen des Gesellschaftsvertrags, falls die Änderung zur Sanierung der Gesellschaft dringend erforderlich und dem Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen Belange zumutbar
 - Bsp.: BGHZ 183, 1 = NZG 2009, 1347 Tz. 23 ff. – Sanieren oder Ausscheiden (Änderung des Gesellschaftsvertrags, die vorsieht, dass nur diejenigen in der Gesellschaft verbleiben dürfen, die bestimmte Sanierungsbeiträge erbringen)



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

II. Pflichten der Gesellschafter

4. Wettbewerbsverbot

➤ Rechtsgrundlage

- In der OHG §§ 112 f. HGB/§§ 117 f. HGB-MoPeG
 - Beachte § 112 II HGB/§ 117 II HGB-MoPeG: Einwilligung in Wettbewerbstätigkeit gilt als erteilt, wenn Mitgliedschaft als persönlich haftender Gesellschafter in Konkurrenzunternehmen den Mitgesellschaftern von Anfang an bekannt ist
 - Str., ob entgegen dem Wortlaut für nicht geschäftsführende Gesellschafter eine Ausnahme vom Wettbewerbsverbot gilt (arg. e § 165 HGB/§ 165 HGB-MoPeG, der für die nach § 164 HGB nicht geschäftsführungsbefugten Kommanditisten das Wettbewerbsverbot ausschließt)
- In der GbR keine ausdrückliche Regelung zum Wettbewerbsverbot
 - ergibt sich aber nach h.L. für *geschäftsführende* Gesellschafter einer unternehmenstragenden GbR aus der mitgliedschaftlichen Treuepflicht, im Bereich der uneigennützigen Mitgliedschaftsrechte die eigenen Interessen hinter diejenigen der Gesellschaft zurückzustellen
 - Das MoPeG hat zwar von einer Kodifikation des Wettbewerbsverbots in der GbR abgesehen, steht der h.L. aber aufgeschlossen gegenüber (vgl. Begr. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, 140)
 - für von Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter str. (s.o.); treuwidrig ist jedenfalls Ausnutzung von Geschäftsgeheimnissen zum Schaden der Gesellschaft



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

II. Pflichten der Gesellschafter

4. Wettbewerbsverbot



Dauer

- Gesetzliches bzw. aus der Treuepflicht hergeleitetes Wettbewerbsverbot gilt nur während der Mitgliedschaft
- Nachvertragliches Wettbewerbsverbot kann aber vertraglich vereinbart werden.
 - Grenze: § 138 I BGB i.V.m. Art. 12 I GG, § 1 GWB, daher zeitliche (idR max. 2 Jahre), räumliche und gegenständliche Begrenzung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots nötig; [nur] hinsichtlich der zeitlichen Reichweite nimmt Rspr. ggf. geltungserhaltende Reduktion vor)



Rechtsfolgen bei Verstößen gegen Wettbewerbsverbot

- § 113 HGB/§ 118 HGB-MoPeG beachten, gilt entspr. auch für GbR (näher zu den Rechtsfolgen unter II. 5.)



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

II. Pflichten der Gesellschafter

5. Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen

- Schuldhafte Verletzungen der o.g. mitgliedschaftlichen Pflichten (z.B. unsorgfältige Geschäftsführung) führen zur Schadensersatzpflicht nach § 280 I BGB
 - gegenüber der Gesellschaft
 - oder gegenüber den Gesellschaftern, falls diese unmittelbar (nicht nur reflexweise über eine Schmälerung des Gesellschaftsvermögens) geschädigt werden
- In der OHG tritt bei Wettbewerbsverstößen § 113 I Hs. 1 HGB/§ 118 I 1 HGB-MoPeG als lex specialis anstelle des § 280 I BGB
 - in der Sache aber kein Unterschied, da auch in § 113 I HGB/§ 118 I HGB-MoPeG das Vertretenmüssen als Haftungsvoraussetzung hineinzulesen ist (wie § 280 I 2 BGB)



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

II. Pflichten der Gesellschafter

5. Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen

➤ Schadensersatzpflicht nach § 280 I BGB (Forts.)

- Bisherige Rechtslage: Im Rahmen des Vertretenmüssens Haftungsbeschränkung auf eigenübliche Sorgfalt nach §§ 708, 277 BGB (i.V.m § 105 III HGB)
 - Ratio legis: Gesellschafter wollen sich im Zweifel „so nehmen, wie sie sind“ (RGZ 143, 212, 215)
 - Anwendungsbereich: § 708 BGB gilt nicht nur für Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrag, sondern auch für konkurrierende deliktische Ansprüche (aber immer nur im Innenverhältnis der Gesellschaft, nicht gegenüber Dritten!)
 - § 708 BGB gilt nach der Rspr. nicht für die gemeinsame Teilnahme von Gesellschaftern im Straßenverkehr; dieser lasse „keinen Raum für individuelle Sorglosigkeit“ (BGH NJW 1967, 558, 559; krit. BeckOGK-BGB/*Geibel* § 708 Rn. 37)
- Neue Rechtslage: Das MoPeG hat § 708 BGB ersatzlos gestrichen!
 - Begr. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, 140: „Interessengerechte Lösungen lassen sich (...) mit der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre besser erreichen (zum Beispiel stillschweigend vereinbarter Haftungsausschluss, verkehrskreisbezogene Bestimmung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs nach § 276 I 1 BGB).“



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

II. Pflichten der Gesellschafter

5. Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen

- Verschuldensunabhängiger Unterlassungsanspruch gegenüber andauernden oder drohenden Pflichtverletzungen
 - z.B. bei (drohendem) Verstoß gegen Wettbewerbsverbot (obwohl in § 113 HGB bzw. § 118 HGB-MoPeG nicht genannt)
- Bei Verstoß gegen Wettbewerbsverbot Eintrittsrecht gem. § 113 I 2. Hs. HGB/ § 118 I 2 HGB-MoPeG) als zusätzliche Rechtsfolge; gilt analog für GbR
 - Eintrittsrecht setzt wie Schadensersatz Verschulden voraus (arg. „statt dessen“).
 - Eintrittsrecht ist nicht so zu verstehen, dass die Gesellschaft selbst Vertragspartner des Konkurrenzgeschäfts wird. Der wirtschaftliche Erfolg des Geschäfts geht aber auf Rechnung der Gesellschaft (Anspruch auf Gewinnherausgabe abzüglich Aufwendungen).



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

II. Pflichten der Gesellschafter

5. Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen

- Bei schwerwiegenden Pflichtverstößen Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis möglich
 - GbR: §§ 712, 715 BGB, §§ 715 V, 720 IV BGB-MoPeG
 - OHG: §§ 117, 127 HGB, §§ 116 V, 124 V HGB-MoPeG
- Als ultima ratio auch Ausschluss aus der Gesellschaft
 - GbR: §§ 723 I 2, 3, 737 BGB, § 727 BGB-MoPeG
 - OHG: §§ 133, 140 HGB, § 134 HGB-MoPeG
- (Treue-) Pflichtwidrige Rechtsausübung ist unbeachtlich
 - z.B. treuewidriger Widerspruch gem. § 711 BGB/§ 715 IV BGB-MoPeG, § 115 I Hs. 2 HGB/§ 116 III HGB-MoPeG



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

III. Rechte der Gesellschafter

1. Mitverwaltungsrechte

- Teilnahme an Geschäftsführung (§ 709 BGB/§ 715 I BGB-MoPeG, § 114 I HGB/§ 116 I HGB-MoPeG) und Vertretung (§ 714 BGB/§ 720 I BGB-MoPeG, § 125 I HGB/§ 124 I HGB-MoPeG)
- Stimmrecht bei Gesellschafterbeschlüssen
 - Erforderlichkeit der Beschlussfassung:
 - Kraft Gesetzes (z.B. §§ 712 I, 715, 737 S. 2 BGB/§§ 715 V, 720 IV, 727 S. 1 BGB-MoPeG; §§ 113 II, 116 II, 131 Nr. 2 HGB/§§ 116 II, 118 II, 138 I Nr. 4 HGB-MoPeG)
 - Kraft Gesellschaftsvertrags (je nach vertraglicher Ausgestaltung)
 - Stimmrecht und Stimmverbote
 - Stimmverbot ausnahmsweise speziell geregelt (z.B. §§ 712, 737 S. 2 BGB/§§ 715 V 1, 727 S. 1 BGB-MoPeG, § 113 II HGB/§§ 118 II HGB-MoPeG: nur die „übrigen“/„anderen“ Gesellschafter stimmberechtigt)
 - I.Ü. Stimmverbot eines Gesellschafters analog § 34 BGB, § 47 IV GmbHG, wenn die Beschlussfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und der Gesellschaft betrifft



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

III. Rechte der Gesellschafter

1. Mitverwaltungsrechte

➤ Stimmrecht bei Gesellschafterbeschlüssen (Forts.)

- Mehrheitserfordernisse für Beschlussfassung
 - Grundsatz: Einstimmigkeit (§ 709 I BGB/§ 714 BGB-MoPeG, § 119 I HGB/§ 109 III HGB-MoPeG)
 - Der Gesellschaftsvertrag kann aber Mehrheitsentscheidungen vorsehen (auch für Änderungen des Gesellschaftsvertrags)
 - Wird im Gesellschaftsvertrag das Mehrheitsprinzip vorgesehen, war nach früherer Rspr. der *Bestimmtheitsgrundsatz* zu beachten: Eine allgemeine Mehrheitsklausel im Vertrag sollte sich danach nicht ohne weiteres auf Beschlüsse beziehen, deren Vornahme durch Mehrheitsbeschluss ungewöhnlich ist (insbes. Änderungen des Gesellschaftsvertrags, durch die die Rechtsstellung der Gesellschafter einschneidend verändert wird); vielmehr musste dies im Gesellschaftsvertrag zweifelsfrei bestimmt sein

Diese Rspr. ist aber spätestens seit BGHZ 203, 77 Rn. 14 f. (m. Bespr. Schäfer NZG 2014, 1401) überholt: „Dem früheren Bestimmtheitsgrundsatz kommt (...) keine Bedeutung mehr zu. Er ist bei der Auslegung auch nicht in Gestalt einer Auslegungsregel des Inhalts zu berücksichtigen, dass eine allgemeine Mehrheitsklausel restriktiv auszulegen ist oder sie jedenfalls dann, wenn sie außerhalb eines konkreten Anlasses vereinbart wurde, Beschlussgegenstände, die die Grundlagen der Gesellschaft betreffen oder ungewöhnliche Geschäfte beinhalten, regelmäßig nicht erfasst.“



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

III. Rechte der Gesellschafter

1. Mitverwaltungsrechte

➤ Stimmrecht bei Gesellschafterbeschlüssen (Forts.)

- Schranken des Mehrheitsprinzips
 - Bestimmte Mitgliedschaftsrechte sind unverzichtbar, d.h. selbst mit Zustimmung des Gesellschafters unentziehbar („absolut unentziehbar“)
 - z.B. Kontrollrecht (§ 716 II BGB, § 118 II HGB bzw. § 717 I 3 BGB-MoPeG, § 105 III HGB-MoPeG), Recht zur Kündigung/Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund (§ 723 III BGB, § 133 III HGB bzw. § 731 II BGB-MoPeG, § 139 II HGB-MoPeG)
 - Bestimmte Mitgliedschaftsrechte sind nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters entziehbar („relativ unentziehbar“)
 - z.B. Sonderrechte i.S. des § 35 BGB (Rechte, die nach dem Gesellschaftsvertrag nur einem bestimmten Gesellschafter zustehen), Schutz vor Beitragserhöhungen (§ 707 BGB/§ 710 BGB-MoPeG, § 105 III HGB, s.o.)
 - Frühere Rspr. ging davon aus, dass Eingriffe in den „Kernbereich“ der Mitgliedschaft (Eingriff in Rechte, die die Stellung des Gesellschafters „maßgeblich prägen“) grundsätzlich ebenfalls der individuellen Zustimmung des betr. Gesellschafters bedürfen („Kernbereichslehre“); anders aber die neuere Rspr. seit BGHZ 203, 77 Rn. 19: „stellt der Senat in seiner jüngeren Rspr. allerdings nicht (mehr) darauf ab, ob ein Eingriff in den sog. ‚Kernbereich‘ gegeben ist.“



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

III. Rechte der Gesellschafter

1. Mitverwaltungsrechte

- Stimmrecht bei Gesellschafterbeschlüssen (Forts.)
 - Schranken des Mehrheitsprinzips (Forts.)
 - Auch wenn keine absolut oder relativ unentziehbaren Rechte betroffen sind, sind die allgemeinen generalklauselartigen („beweglichen“) Schranken der Mehrheitsmacht zu beachten:
 - Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 53a AktG analog: keine Ungleichbehandlung einzelner Gesellschafter, sofern nicht durch das Gesellschaftsinteresse sachlich gerechtfertigt)
 - Treuepflicht der Gesellschaftermehrheit (s.o.)
 - Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

III. Rechte der Gesellschafter

1. Mitverwaltungsrechte

➤ Stimmrecht bei Gesellschafterbeschlüssen (Forts.)

- Folgen von Beschlussmängeln
 - Bisherige Rechtslage: Verstöße führen nach § 134 bzw. § 138 BGB zur Nichtigkeit des Beschlusses §§ 241 ff. AktG mit ihrer Unterscheidung zwischen anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen sind nach hM im Personengesellschaftsrecht *nicht* entsprechend anwendbar (anders als im Recht der GmbH). Der Gesellschaftsvertrag kann aber die entsprechende Anwendung anordnen.
 - Neue Rechtslage (ab 1.1.2024): keine Änderung für GbR, aber für OHG und KG Neuregelung in §§ 110 ff. HGB-MoPeG; diese unterscheidet ähnlich wie §§ 241 ff. AktG zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit.
 - Regelfolge von Verstößen ist die bloße Anfechtbarkeit; diese kann *nur binnen drei Monaten* ab Bekanntgabe des Beschlusses durch Anfechtungsklage geltend gemacht werden (§§ 110 I, 111-113 HGB-MoPeG); Anfechtungsklage ist auf *Nichtigerklärung* des Beschlusses gerichtet (Gestaltungsklage)
 - Nichtigkeit nur noch bei Verstößen gegen Vorschriften, auf deren Einhaltung die Gesellschafter nicht verzichten können, oder bei rechtskräftiger Nichtigerklärung aufgrund Anfechtungsklage; Geltendmachung der Nichtigkeit bedarf keiner Klage, es kann aber eine nicht fristgebundene Nichtigkeitsklage (Klage auf *Feststellung* der Nichtigkeit) erhoben werden (§ 110 II, 114 HGB-MoPeG)



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

III. Rechte der Gesellschafter

1. Mitverwaltungsrechte

- Weitere Mitverwaltungsrechte neben Teilnahme- und Stimmrecht
 - Kontrollrecht (§ 716 BGB, § 118 HGB; künftig § 717 BGB-MoPeG iVm § 105 III HGB)
 - Klagerechte, insbes. actio pro socio (§ 715b BGB-MoPeG, § 105 III HGB-MoPeG; s.u. IV.)



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

III. Rechte der Gesellschafter

2. Vermögensrechte

➤ **Beteiligung an Gewinn/Verlust**

- **GbR**
 - Bisherige Regelung des § 721 BGB (Rechnungsabschluss und Gewinn-/Verlustverteilung erst nach Auflösung der Gesellschaft) ist auf das frühere gesetzliche Leitbild der bloßen Gelegenheitsgesellschaft zugeschnitten.
 - Das MoPeG geht hingegen vom Leitbild einer Dauergesellschaft aus; § 718 BGB-MoPeG sieht daher vor, dass Rechnungsabschluss und Gewinnverteilung im Zweifel zum Schluss jedes Kalenderjahrs erfolgen.
 - Eine *Verlust*verteilung im Sinne einer Nachschusspflicht ist in § 718 BGB-MoPeG nicht vorgesehen. Das erklärt sich aus § 710 BGB-MoPeG, der Beitragserhöhungen während der Gesellschaftsdauer ohne entsprechende Vereinbarung ausschließt. Nachschüsse können gem. § 737 BGB-MoPeG erst nach Auflösung der Gesellschaft im Rahmen der Liquidation verlangt werden.
 - Die Beteiligungsquoten richten sich primär nach dem Gesellschaftsvertrag (ausdrückliche Regelung, hilfsweise Umfang der Beitragspflichten als Indiz), mangels abw. Regelung im Gesellschaftsvertrag gilt Verteilung zu gleichen Teilen (§ 722 BGB, deutlicher § 709 III BGB-MoPeG).



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

III. Rechte der Gesellschafter

2. Vermögensrechte

➤ **Beteiligung an Gewinn/Verlust**

▪ **OHG**

- Erstellung des Jahresabschlusses (§ 242 III HGB) und Ermittlung der Gewinn-/Verlustanteile am Ende jedes Geschäftsjahres durch die geschäftsführungsbefugten Gesellschafter (§ 120 I HGB, genauer § 120 I HGB-MoPeG)
- Gewinn-/Verlustanteil bestimmt sich wie in GbR nach dem Gesellschaftsvertrag, hilfsweise Verteilung zu gleichen Teilen (§ 120 I 2 HGB-MoPeG iVm § 709 III BGB-MoPeG); bisherige Regelung der §§ 121 f. HGB wird durch das MoPeG aufgehoben, sie wurde schon bisher oft abbedungen
- Feststellung des Jahresabschlusses bedarf eines Gesellschafterbeschlusses („Grundlagengeschäft“ nach BGH-Rspr.; künftig in § 121 HGB-MoPeG klargestellt); Wirkung der Feststellung: Jahresabschluss wird zwischen den Gesellschaftern verbindlich
- Die Gesellschafter haben grds. Anspruch auf Auszahlung ihres Gewinnanteils (§ 122 HGB-MoPeG)



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

III. Rechte der Gesellschafter

2. Vermögensrechte

➤ Auseinandersetzungs-/Abfindungsansprüche

- bei Auflösung der Gesellschaft ggf. Verteilung des Überschusses, der nach Tilgung aller Verbindlichkeiten und Rückerstattung der Beiträge noch verbleibt (§ 734 BGB iVm § 105 III HGB, künftig § 736d VI BGB-MoPeG iVm § 105 III HGB-MoPeG)
- bei Ausscheiden eines Gesellschafters Abfindungsanspruch in Höhe des angemessenen Werts der Mitgliedschaft, § 738 I 2 BGB, § 105 III HGB, künftig präziser § 728 I 1 BGB-MoPeG iVm § 105 III HGB-MoPeG)
- Ansprüche entfallen bei Überschuldung der Gesellschaft; in diesem Fall muss der Gesellschafter im Gegenteil anteilig nachschießen (§ 735 bzw. § 739 BGB iVm § 105 III HGB, künftig §§ 728a, 737 BGB-MoPeG iVm § 105 III HGB)



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

III. Rechte der Gesellschafter

2. Vermögensrechte

- Ersatzansprüche aus der Geschäftsführung
 - §§ 713, 670 BGB bzw. § 110 I Var. 1 HGB: Erstattung von Aufwendungen
 - § 110 I Var. 2. HGB (in GbR §§ 713, 670 BGB analog): Ersatz von Schäden, die mit der Geschäftsführung untrennbar verbunden sind (tätigkeitsspezifisches Risiko)
 - Bsp.: Geschäftsführender Gesellschafter erleidet im Rahmen seiner Tätigkeit für die Gesellschaft einen Unfall
 - Beachte: Etwaige Ersatzansprüche gegen Dritte muss der Gesellschafter gem. § 255 BGB an die Gesellschaft abtreten.
 - Künftige Regelung einheitlich in § 716 I BGB-MoPeG (dem geltenden § 110 I HGB nachgebildet), in OHG iVm § 105 III HGB-MoPeG
- Anspruch auf Geschäftsführervergütung aber nur bei entspr. Vereinbarung (!)



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

III. Rechte der Gesellschafter

3. Sind Gesellschafterrechte übertragbar?

- Unterscheide Übertragung des Gesellschaftsanteils von Übertragung einzelner Mitgliedschaftsrechte
- Der Gesellschaftsanteil (= die Mitgliedschaft mit allen Mitgliedschaftsrechten und –pflichten) an einer PersGes ist nach §§ 398, 413 BGB übertragbar, allerdings wegen des höchstpersönlichen Charakters der Mitgliedschaft nur mit Zustimmung der Mitgesellschafter (s.u. § 5 III 1 der Vorlesung; künftig in § 711 I 1 BGB-MoPeG, § 105 III HGB-MoPeG klargestellt)
 - Einzelne Mitgliedschaftsrechte sind dagegen grds. nicht getrennt von der Mitgliedschaft übertragbar (§ 717 S. 1 BGB, § 105 III HGB, künftig mit präziserer Formulierung § 711a S. 1 BGB-MoPeG, § 105 III HGB-MoPeG)
 - Daher z.B. keine isolierte Übertragung des Gewinnbezugsrechts, des Stimmrechts, des Kontrollrechts etc.
 - Hintergrund: Schutz der Selbstbestimmung der Gesellschaft, ferner Verkehrsschutzinteressen (gewisse Typisierung des Inhalts der Mitgliedschaft)
 - Ausnahme nach § 717 S. 2 BGB (§ 711a S. 2 BGB-MoPeG): schuldrechtliche Ansprüche, die sich von der Mitgliedschaft verselbständigen haben
- Beispiel: Nach Feststellung des Jahresabschlusses entstandener Dividendenanspruch ist gesondert von der Mitgliedschaft abtretbar, nicht aber das Gewinnstammrecht



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

IV. Geltendmachung von Ansprüchen im Innenverhältnis der Gesellschaft

- Fragestellung: Wer kann Sozialansprüche (= Ansprüche der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis) geltend machen?
 - Bsp.: Anspruch der GbR/OHG auf Erfüllung der im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Beitragspflicht; Anspruch der GbR/OHG auf Schadensersatz wegen Verstoßes gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung
- Grundsatz: Anspruchsdurchsetzung erfolgt primär durch die Gesellschaft, vertreten durch die vertretungs- und geschäftsführungsbefugten Gesellschafter
 - Beachte: Da das Innenverhältnis betroffen ist, kommt es auch auf die Geschäftsführungsbefugnis an



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

IV. Geltendmachung von Ansprüchen im Innenverhältnis der Gesellschaft

- Geltendmachung auch durch einzelne, nicht allein geschäftsführungs- und vertretungsberechtigte Gesellschafter? (sog. *actio pro socio*)
 - Bisherige Rechtslage
 - Einzelklagebefugnis ist unter der Bezeichnung „*actio pro socio*“ grds. anerkannt. Darunter versteht man das Recht jedes Gesellschafters,
 - von Mitgesellschaftern Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten gegenüber der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsverhältnis zu verlangen, und
 - im eigenen Namen Klage auf Leistung *an die Gesellschaft* (!) zu erheben
 - Dogmatische Begründung und Rechtsnatur bisher str.
 - Früher hM: Klage des Gesellschafters aus eigenem Recht; materiell-rechtlicher Anspruch auf Erfüllung der mitgliedschaftlichen Pflichten bzw. Schadensersatz wegen Verletzung mitgliedschaftlicher Pflichten steht sowohl der Gesellschaft als auch jedem einzelnen Gesellschafter zu; Arg.: Wortlaut § 705 BGB „gegenseitig“
 - Moderne Auffassung: Prozessstandschaft, d.h. Gesellschafter macht im eigenen Namen ein fremdes Recht geltend, nämlich einen Anspruch der Gesellschaft; diese allein ist Inhaberin des Anspruchs.
 - Innerhalb der neueren Ansicht ist str., ob gesetzliche (Rechtsfortbildung oder Gewohnheitsrecht?) oder gewillkürte Prozessstandschaft (ergänzende Vertragsauslegung) vorliegt



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

IV. Geltendmachung von Ansprüchen im Innenverhältnis der Gesellschaft

- Actio pro socio (Forts.)
 - Bisherige Rechtslage (Forts.)
 - Anwendungsvoraussetzungen
 - Nach hM grds. begrenzt auf Sozialansprüche (= Ansprüche der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis), Ausdehnung auf Ansprüche gegen Dritte nur ausnahmsweise (s.u.)
 - Subsidiarität: actio pro socio nach hM erst zulässig, wenn die geschäftsführenden Gesellschafter den Anspruch nicht ordnungsgemäß verfolgen



§ 4 Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis

IV. Geltendmachung von Ansprüchen im Innenverhältnis der Gesellschaft

➤ Actio pro socio (Forts.)

- Künftige Rechtslage (ab 1.1.2024): Kodifizierung der actio pro socio in § 715b BGB-MoPeG (iVm 105 III HGB-MoPeG)
 - Nunmehr unmissverständlich Ausgestaltung als gesetzliche Prozessstandschaft („im eigenen Namen“, § 715b I 1 BGB-MoPeG)
 - Subsidiarität: Klagebefugnis nur, wenn das zuständige Organ die Geltendmachung „pflichtwidrig unterlässt“ (§ 715b I 1 BGB-MoPeG)
 - Grds. nur bei Sozialansprüchen, aber ausnahmsweise Ausdehnung auf Ansprüche gegen Dritte, wenn diese an dem pflichtwidrigen Unterlassen mitwirken oder es kennen (§ 715 I 2 BGB-MoPeG)
Hintergrund: in anderen Fällen kann der Dritte nicht überprüfen, ob das zuständige Organ tatsächlich pflichtwidrig untätig bleibt
 - Zwingende Regelung (§ 715b II BGB-MoPeG)
 - Klagender Gesellschaft muss Gesellschaft über Klage unterrichten (§ 715b III BGB-MoPeG); diese kann dem Rechtsstreit dann als Nebenintervenientin beitreten (§§ 66 ff. ZPO)
 - Rechtskräftige Entscheidung über die Gesellschafterklage wirkt für und gegen die Gesellschaft (§ 715b IV BGB-MoPeG), nach bisherigem Recht str.

Zur Wiederholung/Vertiefung von § 4 der Vorlesung: *Schäfer* §§ 7, 9 I-II; *Saenger* §§ 3 IV, 4 III



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

I. Ausscheiden eines Gesellschafters

1. Grundlagen

Unterscheide:

- Ausscheiden eines Gesellschafters (Erlöschen der Mitgliedschaft) bei Fortsetzung der Gesellschaft mit den übrigen Gesellschaftern (dazu sogleich unter I.)
- Übertragung der Mitgliedschaft (= des Gesellschaftsanteils) an einen Dritten (dazu unter III.)



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

I. Ausscheiden eines Gesellschafters

2. Voraussetzungen des Ausscheidens

➤ Gründe für das Ausscheiden eines Gesellschafters

▪ OHG

- Tod des Gesellschafters (§ 131 III Nr. 1 HGB, § 130 I Nr. 1 HGB-MoPeG); Ausscheiden des Verstorbenen heißt, dass der Erbe nicht nachrückt, sondern allenfalls Abfindung erhält (s.u.)
- Kündigung der Mitgliedschaft durch den Gesellschafter (§ 131 III 1 Nr. 3 HGB, § 130 I Nr. 2 HGB-MoPeG)
- Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters (§ 131 III 1 Nr. 2 HGB, § 130 I Nr. 3 HGB-MoPeG)
- Kündigung der Mitgliedschaft durch einen Privatgläubiger des Gesellschafters (§§ 131 III 1 Nr. 4, 135 HGB, §§ 130 I Nr. 4, 133 HGB-MoPeG)
- Ausschließung eines Gesellschafters (§ 140 HGB, § 130 I Nr. 5 HGB-MoPeG)
- Sonstige im Gesellschaftsvertrag festgelegte Fälle (§ 131 III 1 Nr. 5 HGB, § 130 II HGB-MoPeG; Bsp.: Erreichen einer vereinbarten Altersgrenze)
- Beachte: Ausscheiden aufgrund Gesellschafterbeschlusses (§ 131 III 1 Nr. 6 HGB) nur, soweit der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht (Nr. 6 ist neben Nr. 5 redundant; Henssler/ Strohn/Klöhn § 131 HGB Rn. 57; daher nicht in § 130 I HGB-MoPeG übernommen)



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

1. Ausscheiden eines Gesellschafters

2. Voraussetzungen des Ausscheidens

➤ Gründe für das Ausscheiden eines Gesellschafters

- GbR (bisherige Rechtslage)
 - Einige Ausscheidensgründe des OHG-Rechts (s.o.) sind in der GbR bisher als Auflösungsgründe ausgestaltet (GbR-Recht also bisher weniger „fortsetzungsfreundlich“):
 - Tod des Gesellschafters (§ 727 BGB)
 - Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters (§ 728 II BGB)
 - Kündigung der Mitgliedschaft durch den Gesellschafter (§§ 723 f. BGB)
 - Kündigung der Mitgliedschaft durch einen Privatgläubiger des Gesellschafters (§ 725 BGB)
 - Rechtsfolge der Auflösung ist Auseinandersetzung (Liquidation) nach §§ 730 ff. BGB
 - Statt der Auflösung kann der Gesellschaftsvertrag aber vorsehen, dass nur der betr. Gesellschafter ausscheidet und die übrigen die Gesellschaft fortsetzen, sog. Fortsetzungsklausel (§ 736 I BGB)



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

1. Ausscheiden eines Gesellschafters

2. Voraussetzungen des Ausscheidens

➤ Gründe für das Ausscheiden eines Gesellschafters

- GbR (künftige Rechtslage)
 - Das MoPeG gleicht die Regeln zur GbR weitestgehend dem OHG-Recht an. Die o.g. Auflösungsgründe werden jetzt auch in der GbR Ausscheidensgründe:
 - Tod des Gesellschafters (§ 723 I Nr. 1 BGB-MoPeG)
 - Kündigung der Mitgliedschaft durch den Gesellschafter (§ 723 I Nr. 2 BGB-MoPeG)
 - Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters (§ 723 I Nr. 3 BGB-MoPeG)
 - Kündigung der Mitgliedschaft durch einen Privatgläubiger des Gesellschafters (§§ 723 I Nr. 4, 726 BGB-MoPeG)
 - Weitere Ausscheidensgründe sind (insoweit wie im bisherigen Recht):
 - Ausschließung aus wichtigem Grund (§§ 723 I Nr. 5, 727 BGB-MoPeG, bisher § 737 BGB)
 - Sonstige im Gesellschaftsvertrag festgelegte Fälle (§ 723 II BGB-MoPeG)



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

1. Ausscheiden eines Gesellschafters

2. Voraussetzungen des Ausscheidens

➤ Der Ausschluss aus wichtigem Grund im Besonderen

- Rechtsgrundlage
 - OHG: § 140 HGB, § 134 HGB-MoPeG
 - GbR: § 737 BGB, § 727 BGB-MoPeG
- Das Erfordernis des wichtigen Grundes kann durch Regelung im Gesellschaftsvertrag in einen sachlichen Grund abgesenkt werden
- Str. ist, ob auch ein Ausschluss aus freiem Ermessen im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden kann (sog. Hinauskündigungsklausel).
 - St. BGH-Rspr.: Verstoß gegen § 138 I BGB, sofern keine besondere sachl. Rechtfertigung für eine solche Regelung besteht (z.B. freies Ausschlussrecht während Probezeit; BGH NZG 2007, 422)
Arg. (BGH DStR 2004, 826, 827 f.): Das freie Kündigungsrecht kann vom betr. Gesellschafter „als Disziplinierungsmittel empfunden werden, so dass er aus Sorge, der Willkür des ausschließungsberechtigten Gesellschafters ausgeliefert zu sein, nicht frei von seinen Mitgliedschaftsrechten Gebrauch macht (...), sondern sich den Vorstellungen der anderen Seite beugt (Damoklesschwert).“
Kritisch Teile der Lit. (Verse DStR 2007, 1822 mwN): Ausübungskontrolle am Maßstab des § 242 BGB genügt



§ 5 *Gesellschafterwechsel/Beendigung*

1. **Ausscheiden eines Gesellschafters**

3. **Rechtsfolgen des Ausscheidens**

- **Anwachsung (§ 738 I 1 BGB, § 712 I BGB-MoPeG; in OHG iVm § 105 III HGB)**
 - Gesellschaftsanteile der verbleibenden Gesellschafter erhöhen sich
 - Sonderfall: Ausscheiden aus einer 2-Personen-Gesellschaft führt zwingend zur Beendigung der Gesellschaft; Aktiva und Passiva gehen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter über (künftig in § 712a BGB-MoPeG erstmals geregelt, aber schon bisher anerkannt)
- **Ansprüche des Ausscheidenden**
 - Anspruch auf Abfindung (§ 738 I 2 BGB, § 728 I BGB-MoPeG; in OHG bisher § 738 I 2 BGB iVm § 105 III HGB, künftig § 135 I 1 HGB-MoPeG)
 - gegen die *Gesellschaft* gerichtet (Wortlaut des § 738 I 2 BGB noch abweichend, präzise künftig § 728 I BGB-MoPeG, § 135 I 1 HGB-MoPeG)
 - akzessorische Haftung der verbleibenden Gesellschafter nach § 128 HGB (BGHZ 148, 201, 206; Staub/*Habersack* § 128 Rn. 12) bzw. § 721 BGB-MoPeG, § 126 HGB-MoPeG
 - Höhe der Abfindung?



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

1. Ausscheiden eines Gesellschafters

3. Rechtsfolgen des Ausscheidens

➤ Ansprüche des Ausscheidenden

- Anspruch auf Abfindung (Forts.)

Höhe der Abfindung grds. voller Verkehrswert (bei Fortsetzung der Gesellschaft nach Ertragswert, nicht: Liquidationswert, zu berechnen)

Abfindungsbeschränkungen im Gesellschaftsvertrag nach BGH-Rspr. nur in Grenzen zulässig (dazu *Habersack/Verse* ZGR 2005, 473; *MüKo-BGB/Schäfer* § 738 Rn. 39 ff.):

- § 138 I BGB, falls schon *im Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrags* grobes Missverhältnis zwischen Anteilswert und vertraglich vorgesehener Abfindung besteht
 - Bei *nachträglich* entstehendem groben Missverhältnis (denkbar insbes. bei Buchwertklauseln) will BGH im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung Abfindung anheben, idR auf einen Wert zwischen Verkehrs- und Buchwert; Einzelheiten str.
- Anspruch auf Freistellung von den gemeinschaftlichen Schulden (§ 738 I 2-3 BGB iVm § 105 III HGB, § 728 I BGB-MoPeG, § 135 I HGB-MoPeG)



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

I. Ausscheiden eines Gesellschafters

3. Rechtsfolgen des Ausscheidens

➤ Weitere Rechtsfolgen

- Bei negativem Wert des Gesellschaftsvermögens im Zeitpunkt des Ausscheidens entsteht kein Abfindungsanspruch; stattdessen muss der Ausscheidende der Gesellschaft anteilig den Fehlbetrag erstatten nach § 739 BGB iVm § 105 III HGB, § 728a BGB-MoPeG, § 136 HGB-MoPeG
- Nachhaftung für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft im Außenverhältnis (!) nach § 128 HGB bzw. § 721 BGB-MoPeG, § 126 HGB-MoPeG mit den Beschränkungen nach § 736 II BGB, § 160 HGB bzw. § 728b BGB-MoPeG, § 137 HGB-MoPeG (wichtig, näher sogleich unter I. 4.)
- Bei OHG und eGbR Pflicht zur Anmeldung des Ausscheidens zum Handelsregister (§ 143 II HGB, § 106 VI HGB-MoPeG, § 707 III 2 BGB-MoPeG); Eintragung nur deklaratorisch, aber trotzdem bedeutsam insbes. mit Blick auf § 15 I HGB, § 707a III BGB-MoPeG



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

I. Ausscheiden eines Gesellschafters

4. Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters

➤ Ausgangspunkt

- Ausgeschiedener Gesellschafter haftet gem. § 128 HGB (bei GbR: analog; künftig § 721 BGB-MoPeG, § 126 HGB-MoPeG) für die bis zum Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft („Altverbindlichkeiten“) grds. fort (arg. e § 736 II BGB, § 160 HGB; künftig § 728b BGB-MoPeG, § 137 HGB-MoPeG).
- Es besteht aber die Möglichkeit der Enthftung nach § 160 HGB/§ 137 HGB-MoPeG (OHG) bzw. § 736 II BGB, § 728b BGB-MoPeG (GbR) für Altverbindlichkeiten.
 - Definition der bis zum Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten (Altverbindlichkeiten): Rechtsgrund der Verbindlichkeit muss im Zeitpunkt des Ausscheidens schon gelegt sein, auch wenn sie erst später fällig wird
Bsp.: Mietvertrag vor Ausscheiden geschlossen, monatliche Mietzinsen werden erst danach fällig
 - Beachte: Als Altverbindlichkeiten können ggü. einem gutgläubigen Dritten wegen § 15 I HGB auch solche gelten, die erst nach dem Ausscheiden, aber vor der HR-Eintragung des Ausscheidens begründet wurden



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

I. Ausscheiden eines Gesellschafters

4. Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters

- § 160 HGB/§ 137 HGB-MoPeG bzw. § 736 II BGB, § 728b BGB-MoPeG beschränken die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters auf Verbindlichkeiten, die
- Altverbindlichkeiten sind (s.o.) und
 - vor Ablauf von 5 Jahren nach Ausscheiden (i) fällig und (ii) iSd § 197 I Nr. 3-5 BGB rechtskräftig festgestellt sind (oder eine Vollstreckungshandlung beantragt wird); gem. § 160 II HGB/§ 137 II HGB-MoPeG, § 728b II BGB-MoPeG steht Anerkenntnis der Feststellung gleich
 - Wichtig: Hemmung des Fristablaufs durch Klageerhebung, § 160 I 3 HGB, § 204 Nr. 1 BGB
 - Beginn der 5-Jahres-Frist:
 - Neues Recht: § 728b I 3 BGB-MoPeG, § 137 I 3 HGB-MoPeG stellen explizit klar, dass Frist ab Kenntniserlangung *oder* Eintragung läuft
 - Bisheriges Recht: Bei OHG Fristbeginn nach Wortlaut des § 160 I 2 HGB nur mit Eintragung, nach BGH NZG 2007, 941 aber über Wortlaut hinaus auch mit Kenntniserlangung des Gläubigers vom Ausscheiden
- Arg. BGH: Parallele zur GbR; bei nicht eingetragener GbR läuft Frist auch ab Kenntnis (auf Eintragung kann es dort ja nicht ankommen)
- Weiteres Arg.: § 160 I 2 HGB soll den Gesellschafter nur der Notwendigkeit entheben, alle Gläubiger einzeln in Kenntnis zu setzen



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

I. Ausscheiden eines Gesellschafters

4. Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters

➤ Dogmatische Einordnung

- § 160 HGB/§ 137 HGB-MoPeG bzw. § 728b BGB-MoPeG ist keine Anspruchsgrundlage (!), sondern ein Enthauptungstatbestand (rechtsvernichtende *Einwendung* des ausgeschiedenen Gesellschafters ggü. der Haftung aus der Altverbindlichkeit iVm § 128 HGB/§ 126 HGB-MoPeG bzw. § 721 BGB-MoPeG)
- Allgemeine Verjährungsregeln bleiben daneben anwendbar, werden durch § 160 HGB/§ 137 HGB-MoPeG bzw. § 728b BGB-MoPeG nicht beeinflusst

➤ Zur Übung: Fall 4, Frage 1



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

II. Beitritt eines Gesellschafters durch Aufnahmevertrag

1. Voraussetzung

Aufnahmevertrag des Beitretenden mit allen bisherigen Gesellschaftern (nicht mit der Gesellschaft), da es sich um eine Änderung des Gesellschaftsvertrags handelt

2. Rechtsfolgen

- Begründung eines neuen Gesellschaftsanteils, damit korrespondierend Abwachsung bei den übrigen Gesellschaftern (§ 712 II BGB-MoPeG, § 105 III HGB-MoPeG; bisher nicht ausdrücklich geregelt)
- Haftung des eintretenden Gesellschafters
 - Für nach dem Beitritt begründete Verbindlichkeiten gilt wie für die Mitgesellschafter § 128 HGB (künftig § 721 BGB-MoPeG, § 126 HGB-MoPeG).
 - Aber was gilt für die davor begründeten (Alt-) Verbindlichkeiten?
 - OHG: Haftung nach § 130 HGB (§ 127 HGB-MoPeG); abweichende Vereinbarung der Gesellschafter ist gegenüber Dritten unwirksam (Abs. 2)
 - GbR: Neuere Rspr. seit BGHZ 154, 370 = NJW 2003, 1803 und ganz hL für § 130 HGB analog (künftig § 721a BGB-MoPeG)



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

II. Beitritt eines Gesellschafters durch Aufnahmevertrag

3. Abgrenzung: Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns nach § 28 HGB

- Formulierung des § 28 HGB ist ungenau; gemeint ist Fall der Gründung einer OHG (oder KG) zwischen dem (ehemaligen) Einzelkaufmann und dem „Eintretenden“, in die Ersterer sein Handelsgeschäft einbringt
- Rechtsfolge:
 - Die neu gegründete OHG/KG haftet für die im Betrieb des Geschäfts begründeten Altverbindlichkeiten des (ehemaligen) Einzelkaufmanns (§ 28 I HGB)
 - soweit keine abweichende Vereinbarung getroffen und im Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht wurde (§ 28 II HGB); anders als im Fall des § 130 HGB kann der Eintretende hier also die Haftung für Altschulden vermeiden



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

II. Beitritt eines Gesellschafters durch Aufnahmevertrag

3. Abgrenzung: Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns nach § 28 HGB

➤ Streitfrage: Gilt § 28 HGB entsprechend, wenn

- (i) zwar eine OHG/KG gegründet wird, der bisherige Geschäftsinhaber aber ein nicht eingetragener Kleingewerbetreibender war?
- (ii) die gegründete Gesellschaft keine OHG/KG, sondern eine GbR ist (denkbar z.B. bei Kleingewerbe)?

Zu (i) ablehnend BGHZ 31, 398 (Arg.: Wortlaut „Einzelkaufmann“); für analoge Anwendung des § 28 HGB aber die h.L. (MüKoHGB/*Thiessen* § 28 Rn. 13)

Zu (ii) ablehnend BGHZ 157, 361 und h.L. (*Thiessen* aaO), Arg.: In der GbR funktioniert § 28 II HGB nicht (mangels Registerpublizität); daher keine vergleichbare Interessenlagen, keine analoge Anwendung des § 28 HGB.

Gilt Letzteres auch nach MoPeG, obwohl GbR künftig eintragungsfähig ist (§ 707 BGB nF)?

Ja, denn der Gesetzgeber hat im Recht der GbR bewusst darauf verzichtet, eine Parallelregelung zu § 28 HGB zu schaffen; Hintergrund: es handelt sich um ein Eintragungswahlrecht; auf die Gesellschafter soll kein Druck ausgeübt werden, eine GbR allein deshalb eintragen zu lassen, um in den Genuss des Haftungsausschlusses zu gelangen (Begr. RegE MoPeG BT-Drs. 19/27635, 167)

Zur Übung Fall 4, Abwandlung.



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

III. Gesellschafterwechsel durch Übertragung der Mitgliedschaft

1. Grundlagen

- Gesellschafterwechsel kann durch Kombination von Aus- und Beitritt vollzogen werden; dann gelten die genannten Regeln nach I. und II.
- Alternativ kann die Mitgliedschaft des ausscheidenden an den neuen Gesellschafter übertragen werden. Voraussetzungen hierfür sind:
 - (Formfreie) Abtretung der Mitgliedschaft gem. §§ 413, 398 BGB
 - Zustimmung aller übrigen Gesellschafter (wird bisher aus höchstpersönlichem Charakter der Mitgliedschaft in der Personengesellschaft abgeleitet; künftig explizit klargestellt in § 711 I 1 BGB-MoPeG, in OHG iVm § 105 III HGB-MoPeG)
 - soweit nicht bereits im Gesellschaftsvertrag Zustimmung antizipiert erteilt wurde.



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

III. Gesellschafterwechsel durch Übertragung der Mitgliedschaft

2. Rechtsfolgen der Abtretung der Mitgliedschaft

- Erwerber der Mitgliedschaft (= des Gesellschaftsanteils) rückt in mitgliedschaftliche Rechtsstellung des Veräußerers ein.
- Veräußerer erhält keinen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft nach § 738 I 2 BGB (§ 728 I 1 BGB-MoPeG, § 135 I 1 HGB-MoPeG, sondern muss sich an den Erwerber halten (idR Anspruch aus §§ 433 II, 453 I BGB [Rechtskauf]).
- Nachhaftung des veräußernden Gesellschafters für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft (§ 736 II BGB, § 160 HGB; § 728b BGB-MoPeG, § 137 HGB-MoPeG) nach o.g. Grundsätzen (also wie bei Ausscheiden)
- Haftung des Erwerbers für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft (§ 130 HGB; § 721a BGB-MoPeG, § 127 HGB-MoPeG) ebenfalls nach o.g. Grundsätzen (also wie bei Beitritt durch Aufnahmevertrag).



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

IV. Fehlerhafter Gesellschafterwechsel

- Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft finden auch auf den fehlerhaften Gesellschafterwechsel Anwendung
 - Anerkannt ist Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf Verträge über den Beitritt und das einvernehmliche Ausscheiden eines Gesellschafters
 - Nach BGH NJW-RR 2010, 1402 Rn. 40 ff. soll die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft darüber hinaus auch für den Gesellschafterwechsel durch Übertragung der Mitgliedschaft gelten, obwohl hier keine Änderung des Gesellschaftsvertrags erfolgt
 - Arg. BGH aaO Rn. 42: „Die Personengesellschaft und ihre Gläubiger müssen sich darauf verlassen können, dass ein bei ihr eingeführter Neugesellschafter so lange als solcher zu behandeln ist, bis der Streit über die Wirksamkeit der Anteilsübertragung zwischen ihm und dem Altgesellschafter endgültig geklärt ist.“
 - In Lit. str., abl. etwa MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 374 mwN: passt nicht zu dogmatischer Herleitung der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft (bloßer Anteilskaufvertrag kein Organisationsvertrag, auch keine besonderen Rückabwicklungsschwierigkeiten)



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

V. Tod eines Gesellschafters

1. Gesetzliche Regelung

(s. bereits oben § 5 I)

- OHG: Nach § 131 III 1 Nr. 1 HGB (§ 130 I Nr. 1 HGB-MoPeG) Ausscheiden des Erblassers und Fortsetzung der OHG mit den verbliebenen Gesellschaftern, sofern nichts Abweichendes vereinbart
 - Folge: Anwachsung bei überlebenden Gesellschaftern
 - Erbe wird nicht Gesellschafter, erhält aber Abfindung gem. § 738 I 2 BGB iVm § 105 III HGB (§ 135 I 1 HGB-MoPeG), sofern nicht abbedungen (Abfindung in diesem Sonderfall vollständig abdingbar)
- GbR
 - Bisherige Rechtslage: nach § 727 I BGB Auflösung der Gesellschaft, soweit nichts Abweichendes vereinbart ist
 - Neue Rechtslage : nach § 723 I Nr. 1 BGB-MoPeG Ausscheiden des Erblassers und Fortsetzung der GbR mit den verbliebenen Gesellschaftern, sofern nichts Abweichendes vereinbart (also wie in OHG, s.o.; Abfindung des Erben hier nach § 728 I 1 BGB-MoPeG)



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

V. Tod eines Gesellschafters

2. Abweichende Vertragsgestaltungen

- Fortsetzungsklausel bei GbR (nach bisherigem Recht), § 736 I BGB
 - Folge: keine Auflösung bei Tod nach § 727 BGB, sondern Ausscheiden des Erblassers und Fortsetzung der Gesellschaft mit den verbliebenen Gesellschaftern (wie oben bei der OHG und der GbR nach neuem Recht)
 - Künftig Fortsetzungsklausel auch in der GbR entbehrlich, da Fortsetzung schon in § 723 I Nr. 1 BGB-MoPeG vorgesehen
- Nachfolgeklausel
 - Inhalt: Im Todesfall wird der im Gesellschaftsvertrag bestimmte Nachfolger automatisch Gesellschafter.
 - Ist als Nachfolger ein Dritter (= Nicht-Gesellschafter) vorgesehen (rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel), muss dieser an der Vereinbarung der Nachfolgeklausel beteiligt sein (sonst Vertrag zu Lasten Dritter).
 - Was gilt, wenn der Gesellschaftsvertrag den (oder die) Erben als Nachfolger bestimmt (erbrechtliche Nachfolgeklausel)?



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

V. Tod eines Gesellschafters

2. Abweichende Vertragsgestaltungen

➤ Nachfolgeklausel (Forts.)

- Ist als Nachfolger der Erbe vorgesehen (erbrechtliche Nachfolgeklausel), gilt bei der OHG § 139 HGB (§ 131 HGB-MoPeG):
 - Erbe kann binnen 3 Monaten ab Kenntniserlangung von der Erbschaft verlangen, dass ihm eine Kommanditistenstellung eingeräumt wird (§ 139 I, III HGB; § 131 I, III HGB-MoPeG).
 - Übrige Gesellschafter sind frei, die Umwandlung in einen Kommanditanteil abzulehnen; dann kann der Erbe kündigen (§ 139 II HGB; § 131 II HGB-MoPeG), d.h. gegen Abfindung (§ 738 I 2 BGB iVm § 105 III HGB; § 135 I 1 HGB-MoPeG) ausscheiden
 - Erbe kann Gesellschafterhaftung für Zeit bis zum Ausscheiden/bis zur Einräumung der Kommanditistenstellung auf Nachlass beschränken (§ 139 IV HGB/§ 131 IV HGB-MoPeG iVm §§ 1975 ff. BGB).
- In GbR gilt nach verbreiteter Ansicht (str.) § 139 HGB analog, falls Umwandlung in KG möglich ist (bisher nur bei Gewerbe/Vermögensverwaltung)
 - § 724 BGB-MoPeG sieht künftig ausdrücklich eine Parallelregelung zu § 131 HGB-MoPeG vor



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

V. Tod eines Gesellschafters

2. Abweichende Vertragsgestaltungen

➤ **Eintrittsklausel**

- Gesellschaftsvertrag räumt einer bestimmten Person ein schuldrechtliches Eintrittsrecht ein (VzD iSd §§ 328, 331 I BGB); für den Fall des Eintritts wird Abfindung des Erben vertraglich ausgeschlossen
- Lehnt der Nachfolger den Eintritt ab, erhält der Erbe eine Abfindung (§ 1922 I iVm § 738 I 2 BGB/§ 728 I 1 BGB-MoPeG, § 135 I 1 HGB-MoPeG), soweit nicht abweichend geregelt



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

VI. Beendigung der Gesellschaft

1. Terminologie

Unterscheidung zwischen

- Auflösung
- Auseinandersetzung (= Liquidation, d.h. Versilberung des Gesellschaftsvermögens, Begleichung der Schulden, danach ggf. Auskehr des Restvermögens an Gesellschafter oder bei Überschuldung Nachschusspflicht, Einzelheiten s.u.)
- (Voll-) Beendigung (= Erlöschen des Rechtsträgers)



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

VI. Beendigung der Gesellschaft

2. Auflösung

➤ **Auflösungstatbestände**

- **GbR (bisherige Rechtslage)**
 - §§ 723-728 BGB (Kündigung, Zweckerreichung/-fortfall, Tod eines Gesellschafters Insolvenz der Gesellschaft oder eines Gesellschafters)
 - ferner Zeitablauf (analog § 131 I Nr. 1 HGB) und Auflösungsbeschluss der Gesellschafter (analog § 131 I Nr. 2 HGB)
 - Sonderfall: Absinken der Gesellschafterzahl auf eins; in diesem Fall nicht nur Auflösung, sondern zugleich Beendigung (Gesellschaftsvermögen geht ipso iure im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den einzigen Verbliebenen über)
- **GbR (künftige Rechtslage)**
 - Kündigung der Mitgliedschaft, Tod, Insolvenz eines Gesellschafters jetzt nur noch Ausscheidensgründe (§ 723 I BGB-MoPeG; s.o. § 5 I)
 - Auflösungsgründe künftig in § 729 BGB-MoPeG geregelt (Zeitablauf, Insolvenz der Gesellschaft, Kündigung der Gesellschaft nach § 731 BGB-MoPeG, Auflösungsbeschluss, Zweckerreichung/ -fortfall)
 - Absinken der Gesellschafterzahl auf eins jetzt explizit geregelt (§ 712a BGB-MoPeG)



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

VI. Beendigung der Gesellschaft

2. Auflösung

➤ **Auflösungstatbestände**

- **OHG**
 - § 131 I, II HGB/§ 138 HGB-MoPeG im Wesentlichen wie § 729 BGB-MoPeG, allerdings mit folgenden Unterschieden:
 - An die Stelle der Kündigung der Mitgliedschaft (§ 729 I Nr. 3 BGB-MoPeG) tritt die Auflösung durch gerichtliche Entscheidung (§§ 138 I Nr. 3, 139 HGB-MoPeG)
 - Zweckerreichung/-fortfall führt nicht automatisch zu Auflösung (kein Pendant zu § 729 II BGB-MoPeG; Hintergrund: Rechtssicherheit, BT-Drs. 19/27635, 246); sie kann aber als wichtiger Grund nach § 139 HGB-MoPeG geltend gemacht werden
 - Absinken der Gesellschafterzahl auf eins führt wie in GbR zu sofortiger Beendigung und Übergang des Gesellschaftsvermögens auf den einzig Verbliebenen (§ 712a BGB-MoPeG, § 105 III HGB-MoPeG)
 - Eintragung der Auflösung im Handelsregister gem. § 143 I HGB/§ 141 HGB-MoPeG (deklaratorisch)
- **Beachte:** Liste der Auflösungsgründe kann im Gesellschaftsvertrag erweitert werden (künftig klargestellt in § 729 IV BGB-MoPeG, § 138 III HGB-MoPeG)



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

VI. Beendigung der Gesellschaft

2. Auflösung

➤ Wirkung der Auflösung

- Gesellschaft besteht bis zum Abschluss des Liquidationsverfahrens fort (anders nur bei Absinken der Gesellschafterzahl auf eins, dann fallen Auflösung und Beendigung der Gesellschaft zusammen, s.o.)
- Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft liegt jetzt bei den Liquidatoren; dies sind vorbehaltlich abw. Regelung im Gesellschaftsvertrag alle Gesellschafter gemeinschaftlich (§ 730 II 2 BGB/§ 736 I BGB-MoPeG, §§ 146 I, 150 I HGB/§§ 144 I, 146 I HGB-MoPeG)
- Gesellschaftszweck ändert sich; nunmehr auf Auseinandersetzung (Liquidation) gerichtet. Es entsteht also eine Liquidationsgesellschaft (Gegenbegriff: werbende Gesellschaft).
- Der Firma der OHG ist der Zusatz „i.L.“ (oder vergleichbare Kenntlichmachung) beizufügen, vgl. § 153 HGB/§ 148 III HGB-MoPeG; Gleiches wird künftig auch für die eGbR gelten, § 736d III BGB-MoPeG



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

VI. Beendigung der Gesellschaft

3. Auseinandersetzung (Liquidation, Abwicklung)

➤ **Ablauf der Liquidation**

- Beendigung der laufenden Geschäfte, Einziehung offener Forderungen, Versilberung des Gesellschaftsvermögens (§ 733 III BGB, genauer § 149 I HGB, künftig § 736d II BGB-MoPeG, § 148 II HGB-MoPeG)
- Begleichung der Gesellschaftsschulden (§ 733 II BGB, § 149 I HGB, künftig § 736 d V BGB-MoPeG, § 148 V HGB-MoPeG)
- Rückerstattung der Beiträge/Einlagen (§ 733 II BGB, § 155 I HGB, künftig § 736 d V BGB-MoPeG, § 148 VI HGB-MoPeG)
- Verteilung des Überschusses an Gesellschafter (§ 734 BGB, § 155 I HGB, künftig § 736d VI BGB-MoPeG, § 148 VIII HGB-MoPeG) bzw. Nachschusspflicht bei Verlust (§ 739 BGB, § 105 III HGB, künftig § 737 BGB-MoPeG, § 149 HGB-MoPeG)

- ##### ➤ **Beachte: Sonderregeln (InsO) gelten, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet ist, § 730 I BGB, § 145 I HGB bzw. § 735 I 1 BGB-MoPeG § 143 I 1 HGB-MoPeG („sofern nicht...“)**



§ 5 Gesellschafterwechsel/Beendigung

VI. Beendigung der Gesellschaft

4. (Voll-) Beendigung

Existenz der Gesellschaft endet erst mit Abschluss der Auseinandersetzung (Ausnahme: Absinken auf einen Gesellschafter, s.o.).

Bei OHG ist Firma im Handelsregister zu löschen (§ 157 I HGB, § 150 HGB-MoPeG); Eintragung des Erlöschens nur deklaratorisch, aber § 15 I HGB beachten.

Nach dem MoPeG gilt Entsprechendes für die Löschung der eGbR aus dem Gesellschaftsregister (§ 738 BGB-MoPeG).

Zur Wiederholung/Vertiefung von § 5 der Vorlesung: *Schäfer* § 9 III, § 10



Wesentliche Unterschiede zwischen Außen-GbR und OHG im Überblick

	GbR	OHG
Zulässiger Zweck	Grds. beliebig, aber kein Betrieb eines kfm. Handelsgewerbes (OHG)	Nur bestimmte Zwecke, vgl. § 105 I, II HGB, §§ 105 I, 107 I HGB nF
Kaufmannseigenschaft	Nein	Formkaufmann, § 6 I HGB
Registerpublizität	Bisher (-), ab 1.1.2024 aber Eintragung mögl. nach § 707 BGB nF, dann auch § 15 HGB iVm § 707a III BGB nF	Anmeldung zum Handelsregister nach §§ 106-108 HGB/§§ 106 f. HGB nF, daher Anwendbarkeit des § 15 HGB
Geschäftsführung	Grds. gemeinschaftliche Geschäftsführung, § 709 BGB/§ 715 I BGB nF	Grds. Einzelgeschäftsführung, § 115 HGB/§ 116 I HGB nF
Vertretung	Grds. Gesamtvertretung, § 714 BGB/§ 720 I BGB nF; Umfang der VM bisher nach Gesellschaftsvertrag, künftig unbeschränkt, § 720 III BGB nF	Grds. Einzelvertretung, § 125 I HGB/§ 124 I HGB nF; Umfang der Vertretungsmacht unbeschränkt, § 126 HGB
Ausschluss eines Gesellschafters	Durch Gfterbeschluss aus wichtigem Grund, § 737 BGB, § 727 BGB nF	Durch Gerichtsurteil aus wichtigem Grund, § 140 HGB, § 134 HGB nF
Kündigung, Tod, Insolvenz eines Gfters	Bisher grds. Auflösung, §§ 723-725, 727, 728 II BGB; künftig Ausscheiden des Betroffenen, § 729 I BGB nF	Grds. keine Auflösung, sondern Ausscheiden des Betroffenen, § 131 III HGB/§ 130 I HGB nF



2. Teil:

Die Kommanditgesellschaft (KG)



§ 6 Grundlagen und Entstehung der KG

I. Wesensmerkmale der KG, Grundlagen

- Tatbestandsmerkmale der KG (§ 161 I HGB) unterscheiden sich nur in einem Punkt von denen der OHG:
 - Vorhandensein von mindestens einem unbeschränkt persönlich haftenden Gesellschafter (phG = Komplementär) und *mindestens einem Gesellschafter, bei dem die persönliche Haftung auf eine bestimmte Haftsumme beschränkt ist* (Kommanditist)
 - I.Ü. wie bei OHG: Gesellschaftsvertrag zur Verfolgung eines Zwecks, der
 - im Betrieb eines Handelsgewerbes (§ 161 I HGB, entspricht § 105 I HGB),
 - eines Kleingewerbes oder der Vermögensverwaltung (§ 161 II iVm § 105 II HGB/§ 107 I 1 HGB-MoPeG) oder
 - (ab 1.1.2024.) in der Ausübung freier Berufe liegt (§ 161 II iVm § 107 I 2 HGB-MoPeG), soweit das jeweilige Berufsrecht dies zulässt (wie z.B. § 59b II 1 Nr. 1 BRAO)
- „KG als Sonderform der OHG“ (vgl. § 161 II HGB)



§ 6 Grundlagen und Entstehung der KG

I. Wesensmerkmale der KG, Grundlagen

➤ **Regelungstechnik**

- Subsidiäre Anwendung der §§ 105 ff. HGB (§ 161 II HGB) und über § 105 III HGB der §§ 705 ff. BGB
- §§ 161 ff. HGB behandeln nur die Besonderheiten, die sich aus der Existenz von Kommanditisten ergeben; im Übrigen gilt OHG-Recht, also insbes. für die Rechtsstellung des Komplementärs (phG)
 - Vertretungsmacht des phG ergibt sich somit aus § 125 HGB (§ 124 HGB-MoPeG) iVm § 161 II HGB
 - Haftung des phG ergibt sich aus §§ 128 ff. HGB (§§ 126 ff. HGB-MoPeG) iVm § 161 II HGB



§ 6 Grundlagen und Entstehung der KG

I. Wesensmerkmale der KG, Grundlagen

- Kaufmannseigenschaft
 - Wie OHG ist auch KG Formkaufmann gem. § 6 I HGB
- Firmenrecht: Rechtsformzusatz nach § 19 I Nr. 3 HGB
- Praktische Bedeutung
 - Viel häufiger KG als OHG (Stichtag 1.1.2021: ca. 274.000 KG, ca. 23.000 OHG in Deutschland; *Kornblum* GmbHHR 2021, 681, 682)
 - Sehr häufig in der besonderen Erscheinungsform der GmbH & Co. KG (zunehmend auch UG [haftungsbeschränkt] & Co. KG)



§ 6 Grundlagen und Entstehung der KG

II. Besondere Erscheinungsformen der KG

1. GmbH & Co. KG (= GmbH als Komplementär)

- Konstruktion: GmbH als einzige Komplementärin der KG
 - Kommanditisten sind idR im selben Umfang an der KG wie an der GmbH beteiligt (personen- und beteiligungsidentische GmbH & Co. KG)
 - Hinter einer GmbH & Co KG kann letztlich eine einzige Person stecken; Bsp.: A gründet allein eine GmbH, anschließend gründen die GmbH (als phG) und A (als Kommanditist) eine KG
 - GmbH & Co. KG ermöglicht:
 - Gestaltung, in der keine natürliche Person unbeschränkt haftet
 - Im Ergebnis Drittorganschaft (formal zwar Selbstorganschaft, da Vertretung durch GmbH als phG der KG; GmbH wird aber ihrerseits von ihren Geschäftsführern vertreten, diese müssen nicht Gesellschafter der KG oder der GmbH sein, § 6 III 1 GmbHG)
- Insoweit Annäherung an GmbH



§ 6 Grundlagen und Entstehung der KG

II. Besondere Erscheinungsformen der KG

1. GmbH & Co. KG (= GmbH als Komplementär)

- Gleichwohl verbleiben erhebliche Unterschiede zur GmbH, u.a.:
- Steuern: GmbH & Co KG ist eine KG, also Personengesellschaft; als solche unterliegt sie nicht der Körperschaftsteuer, sondern Gewinne unterliegen auf Ebene der Gesellschafter der Einkommensteuer
 - Seit dem Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts (KöMoG) vom 25.6.2021 können allerdings auch Personengesellschaften freiwillig für die Körperschaftsteuer optieren
 - Arbeitnehmermitbestimmung: keine Mitbestimmung der GmbH & Co. KG nach DrittelbG (s. aber § 4 MitbestG: Mitbestimmung der Komplementär-GmbH, wenn die KG mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt)
 - Publizität: keine Offenlegung des Gesellschaftsvertrags der KG im Handelsregister (anders § 8 I Nr. 1 GmbHG für die GmbH); Rechnungslegung und deren Offenlegung dagegen wie bei Kapitalgesellschaften (§ 264a HGB)



§ 6 Grundlagen und Entstehung der KG

II. Besondere Erscheinungsformen der KG

1. GmbH & Co. KG (= GmbH als Komplementär)

- Sonderregeln für GmbH & Co. KG (Hintergrund: Gläubigerschutz)
 - §§ 19 II, 125a I 2 (§ 125 I 2 HGB-MoPeG), 161 II HGB (Firma, Geschäftsbriefe)
 - § 15a I 3 InsO (Insolvenzantragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung)
 - [§§ 39 I Nr. 5, IV, V, 44a, 135 InsO (Nachrang von Gesellschafterdarlehen, Insolvenzanfechtung der Rückzahlung vor Insolvenzeintritt)]
- Vorstehende Besonderheiten gelten auch für UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG
 - UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG findet zunehmend Verbreitung (Stichtag 1.11.2018: ca. 11.000 UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG in Deutschland, Quelle: Uni Jena)



§ 6 Grundlagen und Entstehung der KG

II. Besondere Erscheinungsformen der KG

2. Einheits-KG

- Konstruktion: KG ist Alleingesellschafterin ihrer GmbH
- Zulässigkeit heute unstr., § 170 II HGB-MoPeG setzt Einheits-KG voraus (vgl. auch schon § 172 VI 2 HGB); inzwischen zunehmende praktische Verbreitung
- Vorteile:
 - Bei Gesellschafterwechsel genügt Übertragung der Kommanditanteile, während bei einer „normalen“ beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG auch die GmbH-Anteile übertragen werden müssen (wofür es nach § 15 III GmbHG not. Beurkundung bedarf)
 - [Erleichterungen im Erbfall (bei „normaler“ GmbH & Co. KG geht GmbH-Anteil bei Mehrheit von Erben auf Erbengemeinschaft über, KG-Anteile werden dagegen durch Sondererbfolge außerhalb der Erbengemeinschaft vererbt; dieses Auseinanderfallen wird bei der Einheits-KG vermieden, da nur der KG-Anteil vererbt wird)]
- Problem: Wer übt Stimmrechte der KG in Gesellschafterversammlung der GmbH aus?
 - Bisherige Rspr. (BGH NZG 2007, 751 Rn. 9): Geschäftsführer der GmbH als Vertretungsorgan der KG (§ 161 II iVm § 125 HGB/§ 124 HGB-MoPeG); das führt dazu, dass die Geschäftsführer in der Gesellschaftervers. der GmbH über Entlastung/Abberufung ihrer Mit-GF entscheiden
 - Abw. nunmehr § 170 II HGB-MoPeG: Kommanditisten nehmen die Beteiligungsrechte der KG in der GmbH wahr



§ 6 Grundlagen und Entstehung der KG

II. Besondere Erscheinungsformen der KG

3. Publikums-KG

- Entgegen dem gesetzlichen Leitbild einer Personengesellschaft hat eine Publikums-KG eine Vielzahl von Gesellschaftern
 - Funktional ähnlich wie AG, die nach dem Leitbild des Gesetzgebers als „Kapitalsammelbecken“ auf eine Vielzahl von (Klein-)Anlegern zugeschnitten ist, die ihr Kapital (Einlage) zur Verfügung stellen und sich i.Ü. weitgehend passiv verhalten
 - Hintergrund für Wahl der Rechtsform der Publikums-Personengesellschaft anstelle der AG meist steuerlicher Natur
- Häufig als GmbH & Co. KG organisiert (es gibt aber auch Publikums-GbR oder Publikums-OHG)
- Gefahr der Benachteiligung der bloßen Anlagegesellschafter
 - Schutz u.a. durch richterliche Inhaltskontrolle des Gesellschaftsvertrags nach § 242 BGB (§§ 305 ff. BGB gelten wegen § 310 IV 1 BGB nicht)



§ 6 Grundlagen und Entstehung der KG

III. Entstehung der KG

1. Innenverhältnis

- Durch Abschluss des Gesellschaftsvertrags oder mit dem Zeitpunkt, den dieser bestimmt

2. Außenverhältnis

- Bei handelsgewerblicher KG mit HR-Eintragung oder einvernehmlichem Geschäftsbeginn, je nachdem, was früher erfolgt (§ 123 I, II HGB/§ 123 I HGB-MoPeG iVm § 161 II HGB) s.o. § 2 II 2 zur OHG
 - Beachte vor Eintragung besonderen Haftungstatbestand des § 176 I HGB (s.u. § 7)
- Bei Kleingewerbe/Vermögensverwaltung erst mit HR-Eintragung (§ 123 I, II letzter Hs. HGB/§ 123 I 2 letzter Hs. HGB-MoPeG iVm § 161 II HGB); vorher nur GbR
 - Gleiches gilt für ab 1.1.2024 denkbare Freiberufler-KG (§§ 123 I 2, 107 I 2, § 161 II HGB-MoPeG)



§ 6 Grundlagen und Entstehung der KG

III. Entstehung der KG

3. Entstehung der KG durch Umwandlung

- KG kann nicht nur ex nihilo gegründet werden, sondern auch durch Umwandlung einer bestehenden OHG (oder GbR) entstehen
 - Voraussetzung: Änderung des Gesellschaftsvertrags, sei es (i) Wechsel eines Gesellschafters in Position eines Kommanditisten, sei es (ii) Beitritt eines neuen Gesellschafters als Kommanditist
 - Beachte bei Umwandlung einer OHG- oder GbR-Beteiligung in Kommanditbeteiligung:
 - Für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die vor Eintragung der Kommanditistenstellung begründet wurden, haftet der betr. Gftr weiter nach § 128 HGB/§ 126 HGB-MoPeG, aber begrenzt durch Nachhaftungsregeln (§ 160 III HGB, § 137 III HGB-MoPeG, § 707c V BGB-MoPeG)
 - Problem: § 707c V BGB-MoPeG handelt nach systematischer Stellung und Materialien (BT-Drucks. 19/27635, 139) nur vom Statuswechsel (iSv § 707c I BGB-MoPeG), d.h. nur vom Wechsel der eGbR in die KG. Was für den Wechsel von der nicht eingetragenen GbR in die KG gilt, ist ungeklärt.
 - Beachte bei Beitritt eines neuen Gesellschafters als Kommanditist:
 - Haftungsrisiko aus § 176 II HGB (näher dazu unten § 7); neu eintretender Kommanditist sollte Eintritt daher unbedingt unter aufschiebende Bedingung der Eintragung stellen
- KG kann (wie OHG/eGbR) auch aus Umwandlung einer Kapitalgesellschaft entstehen (nach UmwG, kein Pflichtfach)



§ 6 Grundlagen und Entstehung der KG

III. Entstehung der KG

4. Anmeldung und Eintragung in das HR

- Anmeldung der Gesellschaft und der Komplementäre: §§ 106 f. HGB (§ 106 HGB-MoPeG) iVm § 161 II HGB
- Anmeldung der Kommanditisten: § 162 HGB
 - Anmeldung hat zusätzlich die Bezeichnung der Kommanditisten und den Betrag der Haftsumme eines jeden von ihnen zu enthalten

Zur Wiederholung/Vertiefung von § 6 der Vorlesung: *Schäfer* §§ 11, 12, §§ 45-48; *Saenger* § 5 I, II, § 9



§ 7 Außenverhältnis

I. Vertretung

1. phG

- Vertretung wie in OHG, §§ 125 f. HGB (§ 124 HGB-MoPeG) iVm § 161 II HGB

2. Kommanditist

- Von organschaftlicher Vertretung ausgeschlossen gem. § 170 HGB (§ 170 I HGB-MoPeG); Regelung *nicht* disponibel (Umkehrschluss aus § 163 HGB)
- Zulässig aber rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht (Prokura, Handlungsvollmacht), sofern organschaftliche Vertretungsmacht bei phG bleibt.



§ 7 Außenverhältnis

II. Haftung

1. Haftung der Gesellschaft und des pHG

- wie in OHG (§§ 128 ff. HGB/§§ 126 ff. HGB-MoPeG iVm § 161 II HGB)

2. Haftung der Kommanditisten

- Haftung nach Eintragung der Kommanditbeteiligung im Handelsregister
 - Anspruchsgrundlage: § 171 I, 1. HS. HGB i.V.m. Anspruch gegen KG (z.B. § 433 II BGB)
 - Eigenschaften der Haftung gem. § 171 I HGB
 - Persönlich unmittelbar ggü. dem Gesellschaftsgläubiger (insoweit wie beim pHG), aber beschränkt auf Betrag der Haftsumme (vgl. § 172 I, II HGB; Wortlaut „Einlage“ in § 171 I, 161 f. HGB bisher missverständlich, künftig idF des MoPeG „Haftsumme“)
- Unterscheide Haftsumme von (Pflicht-)Einlage: Haftsumme betrifft das Außenverhältnis, Einlage das Innenverhältnis (das Gesetz benutzt den Begriff „Einlage“ bisher für beides; differenzierend aber künftig das MoPeG, s. insbes. § 171 I HGB-MoPeG)



§ 7 Außenverhältnis

II. Haftung

2. Haftung der Kommanditisten

- Haftung nach Eintragung der Kommanditbeteiligung im Handelsregister
 - Eigenschaften der Haftung gem. § 171 I HGB (Forts.)
 - Haftung immer nur in Geld (keine Anwendung der Erfüllungstheorie wie beim pHG)
 - i.Ü. gelten §§ 161 II, 128 f. HGB/§§ 126, 128 HGB-MoPeG, d.h.:
 - Haftung ist im Verhältnis zur Gesellschaft akzessorisch, unmittelbar und erstrangig (primär)
 - Im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern ist die Haftung gesamtschuldnerisch (s.o. § 3 II 2, dort auch zum Regress)



§ 7 Außenverhältnis

II. Haftung

2. Haftung der Kommanditisten

- Haftung nach Eintragung der Kommanditbeteiligung im Handelsregister
 - Haftung ausgeschlossen, „soweit“ Einlage geleistet ist (§ 171 I, 2. HS HGB)
 - *Objektiver* Wert der Leistung (muss nicht in Geld bestehen) entscheidend, nicht das, was die Gesellschafter im Innenverhältnis als Wert ansetzen (MüKo-HGB/K. Schmidt/Grüneberg §§ 171, 172 Rn. 59)
- § 171 I, 2. HS HGB ist daher sinngemäß wie folgt zu lesen: „die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die vereinbarte Einlage geleistet ist und ihr Wert nicht hinter der Haftsumme zurückbleibt.“
- Beweislast für Werthaltigkeit liegt beim Kommanditist
 - Keine Registerpublizität der Leistung



§ 7 Außenverhältnis

II. Haftung

2. Haftung der Kommanditisten

- Haftung nach Eintragung der Kommanditbeteiligung im Handelsregister
 - Haftung lebt wieder auf bei Rückzahlung der Haftsumme (§ 172 IV HGB)
 - Zweck des § 172 IV HGB ist, sicherzustellen, dass der Gesellschaft dasjenige dauerhaft erhalten bleibt, was der Kommanditist mit der Folge der Haftungsbefreiung nach § 171 I HGB an sie geleistet hat. Geht das Geleistete durch eine ungünstige Geschäftsentwicklung verloren, ändert sich an der Haftungsbefreiung aber nichts; schädlich ist nur die Rückzahlung an den Kommanditist.
 - „Rückzahlung“ nicht wörtlich zu verstehen, d.h. nicht nur Geldzahlung, sondern jede Zuwendung aus dem Vermögen der KG ohne gleichwertige Gegenleistung (z.B. Austauschgeschäft zu unausgewogenen Konditionen); vgl. Fall 5
 - Rückzahlung der „Einlage“ liegt vor, soweit die Auszahlung dazu führt, dass der vom Kommanditisten geleistete Kapitalanteil unter den Betrag seiner Haftsumme absinkt
 - Rechtsfolge: (Außen-) Haftung lebt maximal bis zur Haftsumme wieder auf, nicht darüber hinaus, auch nicht, wenn höhere Beträge ausgekehrt wurden



§ 7 Außenverhältnis

II. Haftung

2. Haftung der Kommanditisten

- Haftung nach Eintragung der Kommanditbeteiligung im Handelsregister
 - Haftung lebt wieder auf bei Rückzahlung der Haftsumme (§ 172 IV HGB)
 - Keine Rückzahlung ist grds. die Auskehr von erwirtschafteten Gewinnen (Dividenden); aber Grenze des § 172 IV 2 HGB beachten (ratio legis: Wenn in der Vergangenheit Verluste angefallen sind und damit der Kapitalanteil des Kommanditisten unter den Betrag der Haftsumme gemindert ist, soll der Gewinn zunächst dazu verwendet werden, den Kapitalverlust wieder aufzufüllen)
 - Hintergrund: Wegen § 172 IV 2 HGB wird in der Praxis normalerweise ein festes Kapitalkonto I für die Beteiligungsquote und ein variables Kapitalkonto II gebildet, auf dem neben der Einlage die Verluste und Gewinne verbucht werden (anhand des letzteren Kontos kann man dann einfach feststellen, ob eine Dividendenauszahlung möglich ist)



§ 7 Außenverhältnis

II. Haftung

2. Haftung der Kommanditisten

- Haftung vor Eintragung der Kommanditbeteiligung: Grundlagen
 - Gesondert geregelt in § 176 HGB, der unbeschränkte persönliche Haftung anordnet (Einzelheiten sogleich)
 - Ratio legis des § 176 HGB
 - § 176 HGB soll das Vertrauen des Rechtsverkehrs darauf schützen, dass die Mitglieder einer Handelsgesellschaft, die ihre Geschäftstätigkeit aufgenommen hat, persönlich und unbeschränkt haften, sofern nicht eine Haftungsbeschränkung im HR verlautbart ist
 - Gläubiger müssen aber nicht konkret auf die unbeschränkte Haftung eines bestimmten Gesellschafters vertraut haben (unstr.); es geht also nur um „abstrakten Vertrauensschutz“ (MüKoHGB/K. Schmidt/Grüneberg § 176 Rn. 1)
 - Druckwirkung auf die Gesellschafter, die tatsächlichen Haftungsverhältnisse eintragen zu lassen (EBS/Strohn § 176 Rn. 1)
 - Neufassung des § 176 HGB durch das MoPeG hat an dieser ratio legis nichts geändert



§ 7 Außenverhältnis

II. Haftung

2. Haftung der Kommanditisten

- Haftung vor Eintragung der Kommanditbeteiligung: Fallgruppe 1 – neu gegründete Gesellschaft (§ 176 I HGB/§ 176 I HGB-MoPeG)
 - Unbeschränkte Haftung des Kommanditisten gemäß §§ 161 II, 128, 176 I 1 HGB (iVm Anspruchsgrundlage gegen die KG)
 - gilt nicht bei Kenntnis des Gläubigers, § 176 I 1, letzter Hs. HGB/§ 176 I letzter Hs. HGB-MoPeG (dann aber Haftung nach § 171 HGB, beschränkt auf die vereinbarte Haftsumme; MüKoHGB/K. Schmidt/Grüneberg § 176 Rn 18; Fall 5)
 - gilt nach traditioneller Ansicht auch nicht bei unerlaubten Handlungen (BGHZ 82, 209, 215 f., Beispiel: Verkehrsunfall); Arg.: ratio legis (abstrakter Vertrauensschutz); in Lit. str. (je nachdem, welchen Teil der ratio legis man betont: Vertrauensschutz oder Druckfunktion)



§ 7 Außenverhältnis

II. Haftung

2. Haftung der Kommanditisten

- Haftung vor Eintragung der Kommanditbeteiligung: Fallgruppe 1 – neu gegründete Gesellschaft (§ 176 I HGB/§ 176 I HGB-MoPeG)
 - Bisherige Fassung: § 176 I 2 HGB nimmt kleingewerbliche Gesellschaftern bisher von der unbeschränkten Haftung nach § 176 I 1 HGB aus
 - Problem: Folge ist Haftung als GbR-Gesellschafter analog § 128 HGB („Kann“-KG ist vor Eintragung ja noch GbR, da Eintragung nach § 161 II HGB iVm § 105 II HGB konstitutiv ist)
 - Kommanditist einer noch nicht eingetragenen Kann-KG stünde damit schlechter als Kommanditist einer nicht eingetragenen Ist-KG; denn § 128 HGB kennt keine Ausnahme bei Kenntnis des Gläubigers nach Art des § 176 I 1, letzter Hs. HGB
 - Naheliegende Lösung zur Auflösung dieses Wertungswiderspruchs: § 176 I 1, letzter Hs. HGB analog (*Schäfer* § 12 Rn. 5 a.E., str.)



§ 7 Außenverhältnis

II. Haftung

2. Haftung der Kommanditisten

- Haftung vor Eintragung der Kommanditbeteiligung: Fallgruppe 1 – neu gegründete Gesellschaft (§ 176 I HGB/§ 176 I HGB-MoPeG)
 - Künftige Rechtslage: § 176 I 2 HGB durch MoPeG gestrichen, § 176 I 1 HGB-MoPeG spricht nur von handelsgewerblichen Gesellschaften; kleingewerbliche Gesellschaften (und sonstige, für die die Eintragung konstitutiv ist) werden nicht mehr erwähnt
 - In diesen Gesellschaften haften vor Eintragung der KG alle Gesellschafter unbeschränkt nach § 721 BGB-MoPeG, da vor Eintragung noch eine GbR vorliegt; analoge Anwendung des Ausschlusses der unbeschränkten Haftung bei Kenntnis des Gläubigers (§ 176 I letzter Hs. HGB, s. vorige Folie) scheidet im neuen Recht mangels planwidriger Lücke aus
 - Hintergrund: Der RegE MoPeG hatte noch vorgeschlagen, den Ausschluss bei Kenntnis ganz aus § 176 HGB zu streichen (BT-Drs. 19/27635, 258f.); damit wäre der Wertungswiderspruch beseitigt worden, da der Kenntnisvorbehalt weder in der Ist- noch in der Kann-KG gegolten hätte
 - Dies erschien dem Rechtsausschuss aber zu streng; daher wurde der Kenntnisvorbehalt in § 176 I letzter Hs. letztlich doch beibehalten, aber bewusst nur für handelsgewerbliche Gesellschaften (vgl. BT-Drs. 19/31105, 9; zur Gesetzesgenese *Schollmeyer DNotZ* 2021, 889, 896 f.)



§ 7 Außenverhältnis

II. Haftung

2. Haftung der Kommanditisten

- Haftung vor Eintragung der Kommanditbeteiligung: Fallgruppe 2 – Eintritt in bestehende OHG/KG (§ 176 II HGB/§ 176 II HGB-MoPeG)
 - Unbeschränkte Haftung des Kommanditisten gem. §§ 161 II, 128, 176 II HGB (iVm Anspruchsgrundlage gegen die KG) für Verbindlichkeiten, die im Zeitraum zwischen Eintritt und Eintragung begründet wurden
 - „Eintritt“ meint Beitritt durch Aufnahmevertrag
 - Anders als nach § 176 I HGB Zustimmung des Kommanditisten zur Geschäftsfortführung keine Voraussetzung der Haftung (BGHZ 82, 209, 211 f.)
 - Lösung in der Praxis: Beitritt des Kommanditisten wird unter aufschiebende Bedingung der Registereintragung gestellt
 - Ist mit „Eintritt“ auch der Anteilserwerb durch Abtretung der Mitgliedschaft (Anteilsübertragung) gemeint?
 - Nach bisheriger Rspr. ja (BGH NJW 1983, 2259), aA hL
 - Anders jetzt § 176 II HGB-MoPeG: Die Neufassung spricht vom Beitritt eines „weiteren“ Gesellschafters als Kommanditist; damit soll klargestellt werden, dass die Anteilsübertragung *nicht* erfasst wird (BT-Drs. 19/31105, 10).



§ 7 Außenverhältnis

II. Haftung

2. Haftung der Kommanditisten

- Haftung bei Gesellschafterwechsel
 - Eintritt des Kommanditisten (durch Aufnahmevertrag)
 - Vor HR-Eintragung der Kommanditbeteiligung § 176 II HGB beachten für Zeitraum zwischen Beitritt und Eintragung (s.o.)
 - Für Altverbindlichkeiten (= vor Eintritt begründete Verbindlichkeiten) haftet der neue Kommanditist beschränkt nach § 173 (iVm § 171 I) HGB; Pendant zu § 130 HGB (§ 128 HGB-MoPeG) beim pHG



§ 7 Außenverhältnis

II. Haftung

2. Haftung der Kommanditisten

- Haftung bei Gesellschafterwechsel
 - Ausscheiden des Kommanditisten
 - Nachhaftung des Ausscheidenden gem. § 171 I HGB für Altverbindlichkeiten in den Grenzen der §§ 161 II, 160 HGB bzw. §§ 161 II, 137 HGB-MoPeG
 - Beachte: Auszahlung der Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen beinhaltet Rückgewähr der Einlage i.S. des § 172 IV HGB



§ 7 Außenverhältnis

II. Haftung

2. Haftung der Kommanditisten

➤ Haftung bei Gesellschafterwechsel

- Übertragung des Kommanditanteils (erfolgt wie in OHG gem. §§ 413, 398 BGB mit Zustimmung der Mitgesellschafter, §§ 161 II, 105 III HGB iVm § 711 I 1 BGB-MoPeG)
 - Auch hier gilt für Erwerber § 173 (iVm § 171 I) HGB bzgl. Altverbindlichkeiten; die unbeschränkte Haftung nach § 176 II HGB für Verbindlichkeiten, die zw. Eintritt und Eintragung begründet werden, droht dagegen jedenfalls nach neuem Recht nicht (s.o. S. 172)
Merke: Begriff des Eintritts ist bei § 173 also weiter als in § 176 II HGB!
 - Kann sich der Erwerber im Rahmen des § 171 I HGB auf eine vom Veräußerer geleistete Einlage berufen?
Erwerber rückt in Mitgliedschaft des Veräußerers ein
 - Leistung der Einlage i.S. des § 171 I Hs. 2 HGB durch Veräußerer wirkt auch für Erwerber und umgekehrt
 - Rückgewähr der Einlage (§ 172 IV HGB) an Veräußerer oder Erwerber wirkt auch gg. den jeweils anderen, d.h. Aufleben der Haftung des Veräußerers (§§ 171 I, 161 II, 160 HGB/§§ 171 I, 161 II, 137 HGB-MoPeG) und des Erwerbers (§§ 171 I, 173 HGB)
 - Problem: Anteilsübertragung, die im HR ohne Rechtsnachfolgevermerk eingetragen wird (Rechtsschein einer doppelten Haftsumme); dazu *Schäfer* § 16 Rn. 10



§ 7 Außenverhältnis

II. Haftung

2. Haftung der Kommanditisten

- Haftung bei Umwandlung einer Stellung als pHG in eine Stellung als Kommanditist
 - Für Altverbindlichkeiten, die vor der Eintragung der Umwandlung in eine Kommanditistenstellung begründet wurden, haftet der frühere pHG in der Nachhaftungsfrist fort, §§ 161 II, 128, 160 III HGB bzw. §§ 161 II, 126, 137 III HGB-MoPeG), s.o.
 - Für Neuverbindlichkeiten richtet sich seine Haftung nach § 171 HGB

Zur Wiederholung/Vertiefung von § 7 der Vorlesung: *Schäfer* §§ 13, 16; *Saenger* § 5 IV-V; ferner Fall 5.



§ 8 Innenverhältnis

Vorüberlegung zur Systematik

- §§ 163-169 HGB regeln das Innenverhältnis der KG (Beziehungen der Gesellschafter untereinander und zur KG)
- §§ 170-176 HGB regeln das Außenverhältnis der KG (Vertretung und Haftung gegenüber Gläubigern der Gesellschaft)
- Geregelt wird dabei immer nur die Rechtsstellung der Kommanditisten, diejenige der phG ist in § 161 II iVm §§ 109 ff., 123 ff. HGB / §§ 108 ff., 123 ff. HGB-MoPeG geregelt



§ 8 Innenverhältnis

I. Grundsatz der Vertragsfreiheit

- § 163 HGB: nur in Ermangelung gesellschaftsvertraglicher Regelungen gelten §§ 164-169 HGB
- Soweit die §§ 164 ff. HGB keine Sonderregeln enthalten, gelten die – im Innenverhältnis ebenfalls dispositiven – Regeln der OHG (§ 161 II iVm §§ 109 ff. HGB/§§ 108 ff. HGB-MoPeG)
 - Bsp.: Hat der Kommanditist in Gesellschaftsangelegenheiten Aufwendungen getätigt (z.B. einen Gläubiger befriedigt), richtet sich sein Aufwendungsersatzanspruch gegen die KG nach §§ 161 II, 110 I 1. Alt. HGB (§§ 161 II, 105 III HGB-MoPeG iVm § 716 I 1. Alt. BGB-MoPeG)
- Leitbild der §§ 164 ff. HGB: Kommanditist als bloßer Kapitalgeber (im Gegensatz zum unternehmerisch engagierten Komplementär), daher nur sehr beschränkter Einfluss



§ 8 Innenverhältnis

II. Rechte und Pflichten des Kommanditisten

➤ Ausschluss von der Geschäftsführung (§ 164 HGB)

- Mitwirkungsrecht der Kommanditisten nur bei außergewöhnlichen Geschäften (§ 164 S. 1 HGB; Einschränkung gegenüber § 115 I, letzter Hs. HGB/§ 116 III 3 HGB-MoPeG)
 - § 164 S. 1 HGB spricht zwar von „Widerspruchsrecht“; gemeint ist aber, dass vor Durchführung einer (für die konkrete Gesellschaft) außergewöhnlichen Maßnahme ein Beschluss aller Gesellschafter nach §§ 161 II, 116 II HGB einzuholen ist (also nicht nur auf aktiven Widerspruch eines Kommanditisten; ganz hM)
 - § 164 HGB-MoPeG bringt dies durch die Verweisung auf § 116 II 1 HGB-MoPeG künftig klarer zum Ausdruck
- Mitwirkungsrecht der Kommanditisten bei Prokuraerteilung bisher str. (wegen unklarer Fassung des § 164 S. 2 iVm § 116 III HGB)
 - Teils Mitwirkungsrecht ganz verneint, teils bejaht, sofern Prokuraerteilung im konkreten Fall außergewöhnlich (zum Streitstand Oetker/Oetker § 164 Rn. 12)
 - § 164 HGB-MoPeG verweist nicht mehr auf Regelung zur Prokuraerteilung (§ 116 II 2 HGB-MoPeG); damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die Kommanditisten diesbzgl. *kein* Mitwirkungsrecht haben (BT-Drs. 19/27635, 253)



§ 8 Innenverhältnis

II. Rechte und Pflichten des Kommanditisten

- Kein gesetzliches Wettbewerbsverbot (§ 165 HGB, Gegensatz zu § 112 HGB, § 117 HGB-MoPeG)
- Beschränkte Kontrollrechte (§ 166 HGB, Einschränkung gegenüber § 118 HGB bzw. § 105 III HGB-MoPeG iVm § 717 I BGB-MoPeG)
 - Einsichtsrecht nach § 166 I HGB nur zur Überprüfung des Jahresabschlusses; daher z.B. kein Einblick in Unterlagen über zukünftige Planungen (Strategiepapiere), iÜ nur auf Anordnung des Gerichts aus wichtigem Grund (§ 166 III HGB)
 - § 166 HGB-MoPeG geht nunmehr weiter und gewährt dem Kommanditisten ein allgemeines Informationsrecht, sofern die Erteilung der Information zur Wahrnehmung seiner Mitgliedschaftsrechte erforderlich ist (bisher schon als ungeschriebenes Recht aus der Treuepflicht der Gesellschaft abgeleitet, BT-Drs. 19/27635, 253)
- Gewinn- und Verlustbeteiligung (§§ 167-169 HGB)
 - Beachte: bei Ausscheiden oder Liquidation der Gesellschaft muss der Kommanditist keine Nachschüsse leisten (bisher kommt dies in § 167 III HGB nur missverständlich zum Ausdruck; Staub/Casper § 167 Rn. 23; künftig klarer § 167 HGB-MoPeG)



§ 8 Innenverhältnis

III. Rechte und Pflichten des Komplementärs

- Die Rechtsstellung des Komplementärs entspricht der des OHG-Gesellschafters (§ 161 II HGB, s.o. § 4 der Vorlesung).

Zur Wiederholung und Vertiefung von § 8 der Vorlesung: *Schäfer* §§ 14-15; *Saenger* § 5 III



§ 9 Auflösung und Beendigung der KG

I. Allgemeines

- §§ 161 ff. HGB enthalten keine besonderen Regeln über Auflösung, Liquidation und Beendigung der Gesellschaft
- Folglich gelten über § 161 II HGB grds. dieselben Regeln wie in der OHG (s.o. § 5 VI):
 - Auflösung: §§ 131 ff. HGB, §§ 138 ff. HGB-MoPeG
 - Liquidation (Abwicklung, Auseinandersetzung): §§ 145 ff. HGB, §§ 143 ff. HGB-MoPeG
 - (Voll-) Beendigung: Existenz der Gesellschaft endet erst mit Abschluss der Liquidation
 - Sonderfall: Sofortiges Erlöschen der Ges. bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters (bisher ungeschrieben, künftig § 712a BGB-MoPeG iVm §§ 105 III, 161 II HGB-MoPeG)
- Abweichungen vom OHG-Recht:
 - Keine Nachschusspflicht des Kommanditisten, wenn das Gesellschaftsvermögen zur Begleichung der Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht ausreicht (§ 167 HGB-MoPeG, ebenso schon § 167 III HGB mit allerdings missverständlicher Formulierung)
 - Bisher sind vorbehaltlich abw. Regelung im Gesellschaftsvertrag wie in der OHG alle Gesellschafter gemeinschaftlich Liquidatoren, also auch die Kommanditisten (§§ 161 II, 146 I, 150 I HGB; künftig aber anders § 178 HGB-MoPeG: nur noch Komplementäre als Liquidatoren (soweit nicht im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluss abw. geregelt, §§ 161 II, 144 IV HGB-MoPeG)



§ 9 Auflösung und Beendigung der KG

II. Besonderheiten beim Ausscheiden des letzten Komplementärs

- Besondere Schwierigkeiten ergeben sich beim Ausscheiden des letzten Komplementärs, da eine KG nur mit Kommanditisten im Gesetz nicht vorgesehen ist
 - Bsp.: Einziger Komplementär verstirbt und scheidet damit aus (§§ 161 II, 131 III Nr. 1 HGB, §§ 161 II, 130 I Nr. 1 HGB-MoPeG); sofern der Gesellschaftsvertrag keine Nachfolgeklausel vorsieht, ist damit kein Komplementär mehr vorhanden, sondern nur noch Kommanditisten.
- Lösung
 - Mit Ausscheiden des letzten Komplementärs gilt KG ipso iure als aufgelöst mit der Folge der Anwendung der §§ 161 II, 145 ff. HGB / §§ 161 II, 143 ff. HGB-MoPeG.
 - Der Liquidationsgesellschaft gehören dann nur die Kommanditisten an.
 - Die Kommanditisten können aber die Fortsetzung der KG beschließen, wenn sie einen neuen Komplementär aufnehmen.



§ 9 Auflösung und Beendigung der KG

II. Besonderheiten beim Ausscheiden des letzten Komplementärs

- Sonderfall: Ausscheiden des Komplementärs aus einer Zweipersonen-KG
 - Bsp.: Komplementär einer Zweipersonen-KG verstirbt und scheidet damit aus (§§ 161 II, 131 III Nr. 1 HGB); sofern der Gesellschaftsvertrag keine Nachfolgeklausel vorsieht, ist damit kein Komplementär mehr vorhanden, es verbleibt nur ein Kommanditist.
- Lösung
 - Mit Ausscheiden des Komplementärs erlischt die KG ipso iure (ohne Liquidation); schon bisher anerkannt, künftig in § 712a I 1 BGB-MoPeG iVm §§ 161 II, 105 III HGB explizit geregelt
 - Das Gesellschaftsvermögen geht per Gesamtrechtsnachfolge auf den verbliebenen Kommanditisten über (§ 712a I 2 BGB-MoPeG iVm §§ 161 II, 105 III HGB), der so zum vollhaftenden Einzelkaufmann zu werden droht.
 - Ausweg nach BGH (NJW 1991, 844; NZG 2004, 611): verbliebener Kommanditist bzw. jetzt Einzelkaufmann haftet für die Verbindlichkeiten der KG nur mit dem übergegangenen Gesellschaftsvermögen, wenn er die Geschäfte innerhalb von drei Monaten einstellt (analog § 27 II HGB, der im Erbfall Haftungsbeschränkung auf den Nachlass nach §§ 1973, 1975 ff., 1990 BGB ermöglicht; in Lit. str.).

Zur Wiederholung und Vertiefung von § 9 der Vorlesung: *Schäfer* § 17



3. Teil:

Weitere Personengesellschaften



§ 10 Partnerschaftsgesellschaft

I. Grundlagen

- Partnerschaftsgesellschaft (Partnerschaft) ist konzipiert als besondere Rechtsform für *Angehörige freier Berufe*, denen der Zugang zur OHG/KG mangels gewerblicher Tätigkeit bis zum MoPeG versperrt ist/war; Regelung im PartGG (seit 1995)
- Vorteil ggü. GbR (aus Sicht der Gesellschafter): Einschränkung der Gesellschafterhaftung
 - „Normale“ PartG: Beschränkung der Haftung auf Partnerschaft und den handelnden Partner für berufliche Fehler nach § 8 II PartGG
 - Seit 2013: Rechtsformvariante PartG „mit beschränkter Berufshaftung“ (PartG mbB); bei dieser beschränkt sich die Haftung *für Berufsausübungsfehler* auf das Gesellschaftsvermögen (!), § 8 IV PartGG (Einzelheiten s.u. III.)

Hintergrund der Einführung der PartG mbB: Reaktion des Gesetzgebers auf englische LL.P. mit Sitz in Deutschland (Personengesellschaft, bei der nach britischem Gesellschaftsrecht keine Gesellschafterhaftung besteht; *Henssler NJW 2014, 1761*)
- Rechtstatsachen: Zum Stand 31.12.2016 waren 13.197 Partnerschaften in den Partnerschaftsregistern eingetragen, davon 4.378 PartG mbB (*Lieder/Hoffmann NZG 2017, 325*; Anteil der PartG mbB stark zunehmend)



§ 10 Partnerschaftsgesellschaft

I. Grundlagen

- Rechtsnatur: Personengesellschaft, auf die nach § 1 IV PartGG subsidiär das Recht der GbR Anwendung findet; an vielen Stellen verweist das PartGG aber auch auf das OHG-Recht
- Rechtsfähigkeit nach § 7 II PartGG iVm § 124 I HGB (künftig nach § 1 IV PartGG iVm § 705 II Alt. 1 BGB-MoPeG)
- Kein Formkaufmann i.S. des § 6 I HGB (§ 1 I 2 PartGG)
- Publizität im Partnerschaftsregister; handelsrechtliche Publizität (insbes. § 15 HGB) entsprechend anwendbar, § 5 II PartGG
- Reform: MoPeG bringt im Wesentlichen nur redaktionelle Anpassungen an das neue GbR/OHG-Recht (und eine Liberalisierung des Namensrechts der PartG); neu ist allerdings, dass Freiberufler künftig anstelle der PartG auch eine OHG/KG wählen können (§§ 107 I 2, 161 II HGB-MoPeG)



§ 10 Partnerschaftsgesellschaft

II. Entstehung der PartG

- Im Innenverhältnis: Entstehung mit Abschluss des Partnerschaftsvertrags (= Gesellschaftsvertrag nach § 705 BGB iVm § 1 IV PartGG)
 - Vertragsparteien müssen
 - natürliche Personen sein (§ 1 I 3 PartGG),
 - die einen (nicht notwendig denselben) freien Beruf ausüben (Legaldefinition in § 1 II PartGG, Katalog des § 1 II 2 PartGG nicht abschließend)
 - Schriftformerfordernis (§ 3 I PartGG) durch MoPeG künftig aufgehoben
 - Hintergrund: auch bei GbR, OHG, KG gibt es keinen Schriftformzwang (BT-Drs. 19/27635, 275: Schriftformzwang „Fremdkörper im System des Personengesellschaftsrechts“)
 - Mindestinhalt (Name, Sitz, Gegenstand der Gesellschaft) war bisher in § 3 II PartGG geregelt, künftig durch MoPeG ebenfalls aufgehoben
 - Hintergrund: die genannten Angaben sind ohnehin bei der Anmeldung zum Partnerschaftsregister (s. nächste Folie) zu machen (BT-Drs. aaO)
- Im Außenverhältnis: Entstehung erst mit Eintragung im Partnerschaftsregister (§ 7 I PartGG; kein Pendant zu § 123 II HGB/§ 123 I 2 HGB-MoPeG)
 - Bei Geschäftsaufnahme vor Eintragung kann also im Außenverhältnis allenfalls eine GbR bestehen (§ 719 I BGB-MoPeG)



§ 10 Partnerschaftsgesellschaft

II. Entstehung der PartG

- Anmeldung und Eintragung nach §§ 4 f. PartGG
 - Eintragungspflichtige Tatsachen (§ 4 I 2 iVm § 3 II PartGG, künftig § 4 I 2 iVm § 5 I PartGG-MoPeG)
 - Name und Sitz der Partnerschaft
 - zum Namen beachte § 2 PartGG (nach Neufassung durch MoPeG auch Sach- oder Phantasiebezeichnungen zulässig): Zusatz „und Partner“ oder „Partnerschaft“
 - im Fall der beschränkten Berufshaftung § 8 IV 3 PartGG: „mit beschränkter Berufshaftung“ oder „mbB“; statt „Partnerschaft“ auch „PartG“ oder „Part“ möglich
 - also z.B. „Hengeler Mueller Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB“, „Gleiss Lutz Hootz Hirsch PartmbB“, ab 1.1.2024 auch „Jura SuperNerds PartmbB“
 - Name, Geburtsdatum, Wohnort und i.d. Partnerschaft ausgeübter Beruf jedes Partners
 - Gegenstand der Partnerschaft
 - Angabe der Vertretungsbefugnis der Partner
 - Registerpublizität nach § 5 II PartGG in Anlehnung an Handelsregisterrecht (u.a. entsprechende Anwendung des § 15 HGB!)



§ 10 Partnerschaftsgesellschaft

III. Außenverhältnis

➤ Vertretung

- Über § 7 III PartG findet OHG-Vertretungsrecht weithin entsprechende Anwendung (§§ 125-127 HGB/§ 124 HGB-MoPeG)
- Aber: § 7 III PartGG nimmt § 125 III HGB / § 124 III HGB-MoPeG (Vertretung durch Gesellschafter mit Prokurist) von der Verweisung aus
 - Hintergrund: PartG als Nicht-Kaufmann (!) kann keinen Prokuristen bestellen; dies können nur Kaufleute („Inhaber eines Handelsgeschäfts“, § 48 HGB)



§ 10 Partnerschaftsgesellschaft

III. Außenverhältnis

➤ Haftung in der „Normal“-Partnerschaft

- § 8 I 1 PartGG entspricht § 128 S. 1 HGB bzw. § 721 S. 1 BGB-MoPeG
 - § 128 S. 2 HGB/§ 721 S. 2 BGB-MoPeG hat in § 8 PartG keine Entsprechung; dennoch unstr. auch in PartG keine haftungsbeschränkende Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern mit Wirkung gegen Dritte möglich (unzulässiger Vertrag zugunsten Dritter)
- § 8 I 2 PartG verweist auf §§ 129 f. HGB / §§ 721a f. BGB-MoPeG
- Besonderheit (!): Haftungskonzentration auf die Gesellschaft und den handelnden Partner für *berufliche Fehler* nach § 8 II PartGG
 - Bsp.: Partner A einer PartG von Rechtsanwälten (A, B und C) lässt Frist verstreichen und verliert dadurch einen Prozess für Mandant M.
Lösung: M hat Ersatzansprüche gegen die PartG (aus § 280 I iVm §§ 675, 611, 31 BGB) und gegen A (§§ 280 I, 675, 611, 31 BGB iVm § 8 I, II PartG), nicht aber gegen die Partner B und C (§ 8 II PartG).
 - § 8 II PartGG erfasst auch die deliktische Haftung für berufliche Fehler (BT-Drs. 12/6152, 18; MüKo-BGB/ *Schäfer* § 8 PartGG Rn. 16), relevant z.B. bei Heilberufen (Körperverletzung, § 823 I BGB).



§ 10 Partnerschaftsgesellschaft

III. Außenverhältnis

➤ Haftung in der PartG mbB

- Haftung für berufliche Fehler (gleich aus welchem Rechtsgrund, d.h. auch deliktische Ansprüche) konzentriert sich nach § 8 IV 1 PartGG allein auf die PartG (!), sofern diese eine durch Gesetz vorgegebene *Berufshaftpflichtversicherung* unterhält
 - Höhe der Versicherungssumme berufsspezifisch im Gesetz festgelegt (nach § 51a II BRAO EUR 2,5 Mio. pro Versicherungsfall)
- Rechtsformzusatz „mit beschränkter Berufshaftung“ oder „mbB“ (§ 8 IV 3 PartGG) soll die Gläubiger auf die Haftungskonzentration hinweisen
 - Unterbleibt die Registereintragung des Zusatzes, werden gutgläubige Dritte nach § 5 II PartGG, § 15 I HGB in ihrem Vertrauen auf die Haftung der Partner nach § 8 I, II PartGG geschützt
 - Tritt die Gesellschaft im Rechtsverkehr ohne den Zusatz auf, greift auch bei korrekter Registereintragung die allgemeine Rechtsscheinhaftung ein (d.h. Gesellschaft muss sich ggü. Gutgläubigen, die im Vertrauen auf das Fehlen der Haftungskonzentration gehandelt haben, an dem zurechenbar gesetzten Rechtsschein festhalten lassen); MüKoBGB/Schäfer § 8 PartGG Rn. 46



§ 10 Partnerschaftsgesellschaft

IV. Innenverhältnis

- Innenverhältnis richtet sich wie bei den übrigen Personengesellschaften primär nach dem Gesellschaftsvertrag (§ 6 III 1 PartGG); Gestaltungsfreiheit
- Subsidiär finden weitgehend die Bestimmungen des OHG-Rechts Anwendung (§ 6 III 2 PartGG)



§ 10 Partnerschaftsgesellschaft

V. Änderungen im Gesellschafterbestand, Auflösung und Beendigung

- Eintritt durch Aufnahmevertrag (wie bei sonstigen Personengesellschaften auch)
- Ausscheiden: § 9 I PartGG verweist auf OHG-Recht (§§ 131 ff. HGB / §§ 130 ff. HGB-MoPeG)
 - besonderer Ausscheidensgrund ist Verlust der Berufszulassung (§ 9 III PartGG)
- Übertragung der Mitgliedschaft durch Abtretung (§§ 413, 398 BGB) mit Zustimmung der übrigen Partner (§ 1 IV PartGG iVm § 711 I 1 BGB-MoPeG) möglich, aber nur an Berufsträger (sonst ist Abtretung nichtig, § 134 BGB iVm § 1 I 1, 3 PartGG)
- Mitgliedschaft nicht vererblich, sofern Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes regelt (§ 9 IV PartGG); Erbe erhält Abfindung nach § 1 IV PartG iVm § 738 I 2 BGB / § 728 I 1 BGB-MoPeG), sofern nicht abbedungen
- Auflösung und Liquidation nach OHG-Recht (§§ 9 I, 10 I PartGG)
 - Beendigung (Erlöschen des Rechtsträgers) wie bei GbR/OHG erst mit Abschluss der Liquidation
 - Erlöschen ist nach § 10 I PartGG iVm § 157 HGB / § 150 HGB-MoPeG zum Partnerschaftsregister anzumelden (Eintragung deklaratorisch)



§ 11 Stille Gesellschaft

I. Grundlagen

➤ Rechtsgrundlagen

- Gesellschaftsvertrag
- §§ 230 ff. HGB
- Hilfsweise §§ 705 ff. BGB

➤ Rechtsnatur: Innengesellschaft

- Nach außen tritt allein der Kaufmann in Erscheinung, an dessen Handelsgewerbe sich der stille Gesellschafter beteiligt (der Stille wird auch nicht im HR eingetragen; daher interessant für Beteiligungen, die nicht publik werden sollen)
- Kein eigener Rechtsträger, keine Bildung von Gesellschaftsvermögen



§ 11 Stille Gesellschaft

I. Grundlagen

- Entstehungsvoraussetzungen folgen teils aus § 705 BGB, teils aus §§ 230 ff. HGB:
 - Vertrag zw. Kaufmann (i.S. der §§ 1-6 HGB) und stillem Gesellschafter (arg. § 230 I HGB)
 - Gemeinsamer Zweck: Betrieb des Handelsgewerbes durch den Geschäftsinhaber
 - Beachte: Nur der Geschäftsinhaber, nicht die stille Gesellschaft betreibt das Unternehmen, ist Unternehmensträger
 - Die stille Gesellschaft tritt nicht nach außen auf, sie ist reine *Innengesellschaft* (nicht rechtsfähige Gesellschaft i.S. des § 705 II Var. 2 BGB-MoPeG) und damit bloßes Schuldverhältnis zwischen dem Geschäftsinhaber und dem (oder den) Stillen
 - Daher Anwendbarkeit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft str. (bejahend wegen Rückabwicklungsschwierigkeiten BGH NZG 2006, 57, st.Rspr.; aA Teile der Lit., da reiner Schuld-, kein Organisationsvertrag)
 - Förderungspflicht beider Parteien
 - Stiller Gesellschafter fördert gem. Zweck durch Leistung der Einlage (vgl. § 230 I HGB)
 - Beitrag des Geschäftsinhabers liegt in der Leitung des Unternehmens für gemeinsame Rechnung
 - Beteiligung des stillen Gesellschafters am Gewinn (arg. § 231 II HGB)
 - Beteiligung am Verlust möglich, aber nicht zwingend (§ 231 II HGB)



§ 11 Stille Gesellschaft

II. Rechtsverhältnisse im Überblick

➤ **Stiller Gesellschafter**

- **Wesentliche Pflichten**
 - Beitragspflicht (§ 230 I HGB)
 - Ggf. Verlustteilnahme (§ 231 II HGB)
- **Wesentliche Rechte**
 - Gewinnbeteiligung (§§ 231 f. HGB); kann nicht ausgeschlossen werden (§ 231 II HGB)
 - Informationsrecht (§ 233 HGB in Anlehnung an § 166 HGB)
 - Vorbehaltlich abw. Regelung im Gesellschaftsvertrag kein Einfluss auf Geschäftsführung, nicht einmal bei außergewöhnlichen Maßnahmen i.S. des § 164 HGB (also rein finanzielle Beteiligung)
 - Nur Grundlagenänderungen (z.B. Veräußerung des Handelsgeschäfts) bedürfen der Zustimmung des Stillen (Staub/Harbarth § 230 Rn. 199 ff.)
- **Nähere Ausgestaltung durch den Gesellschaftsvertrag**
 - Gesellschaftsvertrag kann dem Stillen wesentlich weitergehende Rechte als nach §§ 230 ff. HGB einräumen, ihn z.B. durch Zustimmungsvorbehalte, Widerspruchsrechte etc. an der Geschäftsführung beteiligen („atypische“ stille Gesellschaft)



§ 11 Stille Gesellschaft

II. Rechtsverhältnisse im Überblick

➤ Geschäftsinhaber

- Wesentliche Pflichten
 - Führung des Handelsgeschäfts im eigenen Namen auf gemeinsame Rechnung (bei schuldhaft pflichtwidriger Geschäftsführung Haftung nach §§ 280 I, 708 BGB)
 - Respektierung der Rechte des Stillen (insbes. Abführung des dem Stillen zustehenden Gewinns)
- Wesentliche Rechte
 - Führung des Handelsgeschäfts im eigenen Namen (s.o.)
- Nähere Ausgestaltung durch den Gesellschaftsvertrag
 - Weiter Spielraum für von den §§ 230 ff. HGB abweichende Gestaltungen (z.B. Beteiligung des Stillen an der Geschäftsführung, am Vermögen statt nur am Gewinn, etc.); man spricht dann von einer atypischen stillen Gesellschaft

Zur Wiederholung/Vertiefung von § 11 der Vorlesung: *Schäfer* §§ 27-30; *Saenger* § 6



4. Teil: Kapitalgesellschaften im Überblick



§ 12 Grundzüge der GmbH

I. Grundlagen

Vorbemerkung: Pflichtfachstoff ist nur die Errichtung, Vertretung und Geschäftsführung der GmbH (s.o. S. 2)

1. Wesensmerkmale der GmbH

- Juristische Person, vgl. § 13 I GmbHG
- Haftung nur der GmbH, § 13 II GmbHG
 - Die GmbH selbst haftet allerdings unbeschränkt mit ihrem Vermögen; Namensgebung daher irreführend
 - Als Korrelat zum Haftungsprivileg der Gesellschafter sieht das Gesetz besondere Gläubigerschutzinstrumente vor (insbes. Kapitalschutzregeln, Insolvenzantragspflicht)
- Handelsgesellschaft, § 13 III GmbHG i.V.m. § 6 I, II HGB



§ 12 Grundzüge der GmbH

1. Grundlagen

2. Unterschiede zu den Personengesellschaften

s.o. § 1 II 2 zu Rechtspersönlichkeit, Haftung, Fremdorganschaft, Mehrheitsprinzip, Übertragung von Anteilen, Einpersonengesellschaft, Steuerrecht

3. Rechtstatsachen

Stand: 1.1.2021 (*Kornblum GmbH* 2021, 681, 682):

- über 1,3 Mio. GmbHs in Deutschland (davon über 160.000 in der Rechtsformvariante der UG haftungsbeschränkt)
- zum Vergleich: knapp 14.000 AG (davon weniger als 1.000 börsennotiert)



§ 12 Grundzüge der GmbH

I. Grundlagen

4. Entstehungsgeschichte und Reform

➤ GmbHG von 1892

- Einführung in Reaktion auf Verschärfungen des Aktienrechts durch Aktienrechtsnovelle 1884
- Grundkonzeption: Kapitalgesellschaftsform, die anders als die AG nicht als Publikums-gesellschaft konzipiert ist, sondern als geschlossene Gesellschaft mit überschaubarem Gesellschafterkreis
 - Anders als in AG (§ 23 V AktG) im Innenverhältnis kaum zwingendes Recht, weitreichende Gestaltungsfreiheit
 - Näher zu den Unterschieden zur AG s.u. § 13



§ 12 Grundzüge der GmbH

I. Grundlagen

4. Entstehungsgeschichte und Reform

- Grundlegende Reform durch MoMiG (in Kraft seit 1.11.2008)
 - Hintergrund: durch EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit entfachter „Wettbewerb der Rechtsformen“ (s.o. § 1)
 - Zielsetzung: Stärkung der Attraktivität der GmbH, ferner Missbrauchsbekämpfung
 - Wesentliche Neuerungen:
 - Einführung einer UG (haftungsbeschränkt) als Rechtsformvariante der GmbH („1-Euro-GmbH“), § 5a GmbHG; „deutsche Antwort auf die Ltd.“
 - Erleichterung des Gründungsverfahrens (z.B. kostengünstigeres Musterprotokoll für Standardgründungen, § 2 Ia GmbHG)
 - Vereinfachungen im Kapitalschutz (z.B. bzgl. verdeckter Sacheinlage, Gesellschafterdarlehen)
 - Aufwertung der Gesellschafterliste (§ 16 I GmbHG); Einführung eines gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen (§ 16 III GmbHG)



§ 12 Grundzüge der GmbH

II. Gründung

1. Beurkundung des Gesellschaftsvertrags (= der Satzung)

- Abschluss auch durch eine einzige Person möglich (§ 1 GmbHG)
- Notarielle Beurkundung erforderlich (§ 2 I GmbHG)
- Mindestinhalt (§ 3 GmbHG): Firma, Sitz, Unternehmensgegenstand, Stammkapital und -einlagen
- Beachte: Gesellschaftsvertrag ist der Anmeldung zum Handelsregister beizufügen (§ 8 I Nr. 1 GmbHG) und dort für jedermann einsehbar (§ 9 HGB); Unterschied zum Personengesellschaftsrecht (!)

2. Bestellung der Organe

- Fremdorganschaft zulässig (§ 6 III 1 GmbHG)
- Bestellung der Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag (§ 6 III 2 GmbHG) oder (im Regelfall) durch Gesellschafterbeschluss (§ 46 Nr. 5 GmbHG)



§ 12 Grundzüge der GmbH

II. Gründung

3. Aufbringung des Stammkapitals

- Stammkapital wird in der Satzung festgelegt (§ 3 I Nr. 3 GmbHG)
- Gesetzliches Mindeststammkapital: € 25.000 (§ 5 I GmbHG), bei UG (haftungsbeschränkt) nur € 1 (§§ 5a I, 5 II 1 GmbHG)
 - Funktion des Stammkapitals liegt in Schutz der Gläubiger, im Einzelnen (s. Scholz/Verse, GmbHG, § 30 Rn. 2):
 - Seriositätsindiz
 - Verlustpuffer in Krisenzeiten, Insolvenzprophylaxe
 - Risikodämpfende Wirkung (je mehr Vermögen in der GmbH gebunden ist, desto niedriger die Neigung der Gesellschafter zur Eingehung existenzbedrohender Risiken)
 - Aber: Stammkapital fungiert nur als Entnahmegrenze (§ 30 I GmbHG), nicht vor Verwirtschaftung (Verlust durch schlechte Geschäftsentwicklung) geschützt
 - Bei UG wird das (nahezu) fehlende Mindeststammkapital z.T. kompensiert durch Gebot der „Kapitalaufholung“ (Rücklagenbildung i.H.v. ¼ des Gewinns, § 5a III GmbHG)



§ 12 Grundzüge der GmbH

II. Gründung

3. Aufbringung des Stammkapitals

- Stammkapital kann durch Bar- oder Sacheinlagen aufgebracht werden („Bar-“ bzw. „Sachgründung“)
- Bargründung
 - Einzahlung von mind. € 12.500 vor Anmeldung zum Handelsregister (§ 7 II GmbHG)
 - Resteinlage kann später eingezahlt werden
- Sachgründung
 - Neben Geld sind auch andere Leistungen als Einlage denkbar, sofern sie einen Vermögenswert haben (Sacheinlagen), z.B. Sachen, Rechte, Gesellschaftsanteile



§ 12 Grundzüge der GmbH

II. Gründung

3. Aufbringung des Stammkapitals

- Besonderheiten der Sachgründung im Vergleich zur Bargründung
- Vollständige Leistung vor Anmeldung (§ 7 III GmbHG; anders bei Bareinlagen, § 7 II GmbHG)
 - Offenlegung der Sachgründung gegenüber dem Registergericht:
 - Sacheinlagen müssen im Gesellschaftsvertrag festgelegt sein und ihre Werthaltigkeit muss in einem Sachgründungsbericht dargelegt werden (§ 5 IV GmbHG)
 - Bei Anmeldung der Gründung zum Handelsregister ist der Bericht mit vorzulegen (§ 8 I Nr. 4 GmbHG), ebenso Belege der Werthaltigkeit (§ 8 I Nr. 5 GmbHG, z.B. Wertgutachten)
 - Werthaltigkeitskontrolle durch das Registergericht:
 - Bei fehlender Werthaltigkeit der Sacheinlage Ablehnung der Eintragung (§ 9c I 2 GmbHG)
 - Bemerkt das Registergericht die fehlende Werthaltigkeit nicht, wird die GmbH zwar eingetragen; den Inferenten trifft dann aber eine verschuldensunabhängige (!) Differenzhaftung (§ 9 I GmbHG).



§ 12 Grundzüge der GmbH

II. Gründung

3. Aufbringung des Stammkapitals

➤ **Erfüllung der Einlageforderung**

- Keine Befreiung von der Einlagepflicht durch Erlass, Stundung oder vergleichbare Geschäfte (§ 19 II 1 GmbHG)
 - Hintergrund: wäre Vertrag zulasten Dritter, da die Kapitalaufbringung die Gläubiger schützen soll

➤ **Sanktionen bei Nichterfüllung der Einlagepflicht**

- Möglichkeit der Kaduzierung des Geschäftsanteils des säumigen Gesellschafters nach §§ 21 ff. GmbHG (Zwangsausschluss)
- Beachte: Bleibt ein Gesellschafter seine Einlage schuldig, kann diese äußerstenfalls von den Mitgesellschaftern begetrieben werden (Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG).



§ 12 Grundzüge der GmbH

II. Gründung

3. Aufbringung des Stammkapitals

➤ Problem: „verdeckte“ Sacheinlage

- Bsp.: Gesellschafter zahlt Bareinlage von T€ 25 auf Konto der (Vor-)GmbH ein. Kurz darauf kauft die Gesellschaft dem Gesellschafter einen Pkw zum Preis von T€ 25 ab (wahrer Wert T€ 20).
 - ⇒ Formal ist Bareinlage vereinbart worden, wirtschaftlich aber Sacheinlage (Pkw) eingebracht worden (Umgehung der Sacheinlagevorschriften, insbes. der Werthaltigkeitskontrolle durch das Registergerichts).
- Bis zur Reform durch das MoMiG (2008) nach BGH-Rspr. drakonische Sanktion:
 - Keine Erfüllungswirkung der erbrachten Barleistung; Unwirksamkeit von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft
 - In o.g. Beispiel konnte GmbH also nochmals Zahlung der Bareinlage verlangen; der Gesellschafter hatte im Gegenzug Anspruch auf Herausgabe des – inzwischen u.U. wertlosen – Pkw (§§ 985, 812 BGB) und Ersatz der Nutzungen (§ 818 I BGB, in Insolvenz der GmbH wertlos).



§ 12 Grundzüge der GmbH

II. Gründung

3. Aufbringung des Stammkapitals

- Problem: „verdeckte“ Sacheinlage
 - Seit dem MoMiG (2008) gilt § 19 IV GmbHG:
 - Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft bleiben wirksam (§ 19 IV 2)
 - Bareinlagepflicht erlischt zwar nicht durch Barzahlung (§ 19 IV 1), aber Wert des verdeckt eingebrachten Gegenstands wird nach Eintragung der GmbH im Handelsregister auf die Einlageschuld angerechnet (§ 19 IV 3, 4)
 - Beweislast für Wert des verdeckt eingebrachten Gegenstands liegt beim Gesellschafter (§ 19 IV 5)
 - Im Ergebnis also wie eine Differenzhaftung mit Beweislastumkehr; in obigem Beispiel Anrechnung i.H. von T€ 20, Einlageforderung i.H. von T€ 5 noch offen.
 - Die verdeckte Sacheinlage bleibt aber auch nach neuem Recht unzulässig
 - Versicherung des Geschäftsführers, die Einlagen seien korrekt geleistet (§ 8 II GmbHG), ist im Fall einer verdeckten Sacheinlage unzutreffend, da die Wertanrechnung nach § 19 IV 4 GmbHG im Stadium vor Eintragung noch nicht wirkt
 - Bei Vorsatz Strafbarkeit der falschen Versicherung nach § 82 Nr. 1 GmbHG



§ 12 Grundzüge der GmbH

II. Gründung

3. Aufbringung des Stammkapitals

➤ Problem: „Hin- und Herzahlen“

- Bsp.: Gesellschafter zahlt Bareinlage von T€ 25 auf Konto der (Vor-)GmbH ein; kurz darauf gewährt diese den Betrag an den Gesellschafter als Darlehen zurück
- Derartiges „Hin- und Herzahlen“ hat grds. keine Erfüllungswirkung; anders nach § 19 V GmbHG nur unter besonderen Voraussetzungen:
 - Darlehensrückzahlungsanspruch ist vollwertig (d.h. Gesellschafter ist nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung zur Rückzahlung in der Lage)
 - Darlehen ist jederzeit kündbar („jederzeit fällig“)
 - Offenlegung des Hin- und Herzahlens ggü. dem Registergericht
 - Ratio legis: Legalisierung des Cash Pooling im Konzern



§ 12 Grundzüge der GmbH

II. Gründung

4. Anmeldung und Eintragung im Handelsregister

- Anmeldung der Gründung (§§ 7 f. GmbHG) erfolgt durch sämtliche Geschäftsführer (§ 78 GmbHG)
- Registergericht prüft anschließend Gründungsvoraussetzungen (§ 9c GmbHG); liegen diese vor, verfügt es die Eintragung
- *Erst die Eintragung im Handelsregister lässt die GmbH als juristische Person entstehen (§ 11 I GmbHG)!*
 - Im Zeitraum zwischen der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags und der Eintragung besteht nur eine sog. *Vor-GmbH* (im Gesetz nicht geregelter Rechtsträger sui generis, der sich mit der Eintragung in eine GmbH verwandelt)



§ 12 Grundzüge der GmbH

II. Gründung

5. Haftung im Stadium der Vor-GmbH

➤ Allgemeines zur Vorgesellschaft

- Vorgesellschaft (je nach in Gründung befindlicher Rechtsform „Vor-GmbH“ bzw. „Vor-UG“) entsteht mit Beurkundung des Gesellschaftsvertrags und besteht bis zur Eintragung
- Vorgesellschaft ist (mangels gesetzlicher Regelung im Wege der Rechtsfortbildung) als rechts- und parteifähig anerkannt; Rechtsträger „eigener Art“
- Firmenzusatz: „i.G.“ (in Gründung) (nicht gesetzlich geregelt, aber nach verbreiteter Ansicht erforderlich, um eine Täuschung im Rechtsverkehr zu vermeiden)
- Auf die Vorgesellschaft findet bereits GmbH-Recht Anwendung, soweit es nicht gerade die Eintragung voraussetzt
 - Bsp.: Vertretung der Vor-GmbH durch die bestellten Geschäftsführer richtet sich nach § 35 GmbHG; der Umfang der Vertretungsmacht ist aber nach h.M. (BGHZ 80, 129; Lutter/Hommelhoff/Bayer § 11 Rn. 17) durch den Zweck der Vorgesellschaft begrenzt, d.h. vorbehaltlich Zustimmung der Gesellschafter nur notwendige Gründungsgeschäfte (z.B. Einrichtung eines Bankkontos der Vorgesellschaft, auf das die Einlagen eingezahlt werden)



§ 12 Grundzüge der GmbH

II. Gründung

5. Haftung im Stadium der Vor-GmbH

- Haftung der *Geschäftsführer* vor Eintragung der GmbH: Handelndenhaftung, § 11 II GmbHG
 - Inhalt: Hat der Geschäftsführer schon vor der Eintragung Verbindlichkeiten im Namen der Gesellschaft ggü. Dritten begründet, haftet er diesen Dritten gegenüber (Außenhaftung) persönlich als Gesamtschuldner neben der Vor-GmbH.
 - Normzweck: Schutz der Gläubiger, solange die Gesellschaft noch nicht das Registerverfahren (incl. Kontrolle der Kapitalaufbringung) durchlaufen hat
 - Handelndenhaftung erlischt mit Eintragung der Gesellschaft, da der Normzweck dann nicht mehr tangiert ist (BGHZ 80, 182)



§ 12 Grundzüge der GmbH

II. Gründung

5. Haftung im Stadium der Vor-GmbH

- Haftung der *Gesellschafter* vor Eintragung der GmbH: Verlustdeckungshaftung (richterliche Rechtsfortbildung, BGHZ 134, 333 = NJW 1997, 1507)
 - Gesellschafter haften gegenüber der Vor-GmbH anteilig auf Ausgleich aller vom Gesellschaftsvermögen nicht abgedeckten Verluste, wenn sie der vorzeitigen Geschäftsaufnahme zugestimmt haben (*unbeschränkte Innenhaftung*)
 - Anspruch richtet sich auf Ausgleich aller Verluste (bis auf null), nicht auf Wiederauffüllung des Stammkapitals (anders bei Unterbilanzhaftung nach Eintragung, s.u.)
 - Arg. des BGH aaO. für Ausgestaltung als Innenhaftung:
 - Nähe der Vor-GmbH zur GmbH (nicht zur PersGes und § 128 HGB [§ 127 HGB-MoPeG, § 721 BGB-MoPeG], da Vor-GmbH Durchgangsstadium auf Weg zur GmbH)
 - Enger Zusammenhang mit Vorbelastungs-/Unterbilanzhaftung nach Eintragung; letztere Haftung ist anerkanntermaßen Innenhaftung (s.u.)



§ 12 Grundzüge der GmbH

II. Gründung

5. Haftung im Stadium der Vor-GmbH

- Haftung der *Gesellschafter* vor Eintragung der GmbH: Verlustdeckungshaftung (Forts.)
 - Aber: Bei Fortsetzung der Geschäftstätigkeit trotz Aufgabe der Eintragsabsicht geht auch der BGH (BGHZ 152, 290, 292) von Außenhaftung der Gesellschafter nach oder analog § 128 HGB [§ 127 HGB-MoPeG bzw. § 721 BGB-MoPeG] aus (Teile der Lit. generell für Außenhaftung):
 - Arg.: Ab Aufgabe der Eintragsabsicht kein Durchgangsstadium auf dem Weg zur GmbH mehr, daher keine Vor-GmbH mehr, sondern GbR oder (bei handelsgewerblichem Zuschnitt des Unternehmens) OHG (näher dazu *Bayer/Lieder* Rn. 516 ff.)



§ 12 Grundzüge der GmbH

II. Gründung

6. Vorbelastungshaftung nach Eintragung

- Haftung der Gesellschafter nach Eintragung der GmbH): Vorbelastungs- oder Unterbilanzhaftung (richterliche Rechtsfortbildung seit BGHZ 80, 129, 136)
 - Ab Eintragung der GmbH wird die Verlustdeckungshaftung (s.o.) durch die Vorbelastungshaftung (synonym auch Unterbilanzhaftung) ersetzt.
 - Inhalt: anteilige Haftung der Gründer, die der vorzeitigen Geschäftsaufnahme zugestimmt haben, gegenüber der GmbH analog § 9 GmbHG (Innenhaftung), soweit im Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister das bilanzielle Nettoaktivvermögen der Gesellschaft hinter dem Stammkapital zurückbleibt.
 - Anspruchshöhe: Wiederauffüllung des Stammkapitals (Unterschied zur Verlustdeckungshaftung, dort Auffüllung nur „auf null“)
 - Anders als bei Verlustdeckungshaftung nach h.M. auch nicht ausnahmsweise Außenhaftung, sondern stets Innenhaftung



§ 12 Grundzüge der GmbH

III. Organisationsverfassung

1. Überblick über die Organe der GmbH

- Geschäftsführer: Vertretungs- und Geschäftsführungsorgan (§§ 35 ff. GmbHG)
- Gesellschafterversammlung: oberstes Willensbildungsorgan (§§ 46 ff., 53 ff. GmbHG)
 - Nicht nur zuständig für Grundlagenentscheidungen (z.B. Satzungsänderungen), sondern generell weisungsbefugt ggü. den Geschäftsführern (arg. § 37 I a.E. GmbHG)
- Aufsichtsrat als Überwachungsorgan?
 - Anders als die AG muss die GmbH grds. keinen Aufsichtsrat haben
 - Obligatorischer Aufsichtsrat aber bei über 500 Arbeitnehmern (Drittelbeteiligung nach DrittelbG) bzw. über 2000 Arbeitnehmern in Deutschland (paritätische Mitbestimmung nach MitbestG)
 - Im Gesellschaftsvertrag kann ein fakultativer (freiwilliger) Aufsichtsrat vorgesehen werden, § 52 I GmbHG



§ 12 Grundzüge der GmbH

III. Organisationsverfassung

2. Geschäftsführer

➤ Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer

- Durch Gesellschafterbeschluss (§§ 46 Nr. 5, 47 GmbHG), Bestellung alternativ auch im Gesellschaftsvertrag möglich (§ 6 III 2 Var. 1 GmbHG, selten)
- Anmeldung zum HR (§ 39 GmbHG) nur deklaratorisch, aber § 15 HGB beachten
- Unterscheide Bestellung und Anstellung
 - Bestellung = korporativer Akt (idR Gesellschafterbeschluss), der die Organstellung (und damit die daran anknüpfenden organschaftlichen Rechte und Pflichten) begründet
 - Anstellung = schuldrechtlicher Vertrag (§§ 675, 611 ff. BGB), der ergänzend zur Bestellung abgeschlossen wird und weitere schuldrechtliche Rechte/Pflichten regelt (Vergütung, ggf. nachvertragliche Wettbewerbsverbote etc.)
 - Bestellung und Anstellung sind rechtlich voneinander unabhängig

Bsp.: Bestellung der Geschäftsführer jederzeit widerruflich (§ 38 I GmbHG), Anstellungsvertrag wird dagegen idR Kündigungsfrist vorsehen. Der Gehaltsanspruch des Geschäftsführers aus dem Anstellungsvertrag besteht daher trotz Widerrufs der Bestellung bis zum Kündigungstermin fort (§ 38 I letzter Hs. GmbHG).



§ 12 Grundzüge der GmbH

III. Organisationsverfassung

2. Geschäftsführer

➤ Folgen einer fehlerhaften Bestellung

- Verstoß gegen Bestellungsverbote (§ 6 II GmbHG) führt zur Nichtigkeit der Bestellung; ferner können Beschlussmängel zur Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit der Bestellung führen (§§ 241, 243 AktG analog, ab 1.1.2024 § 110 HGB analog)
- Wer trotz nichtiger oder erfolgreich angefochtener Bestellung als Geschäftsführer amtiert, wird als „fehlerhafter“ Geschäftsführer bezeichnet.
 - Hierfür gelten die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft entsprechend, d.h. die Organstellung wird grds. für die Vergangenheit als wirksam behandelt (Scholz/Verse, GmbHG, § 43 Rn. 23 f.)



§ 12 Grundzüge der GmbH

III. Organisationsverfassung

2. Geschäftsführer

- Handeln der Geschäftsführer wird der GmbH umfassend zugerechnet, im Einzelnen:
 - Willenserklärungen werden der GmbH nach § 164 I BGB iVm. § 35 GmbHG zugerechnet
 - Beachte: Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht im Außenverhältnis, § 37 II GmbHG; Parallele zu § 126 II HGB, § 82 I AktG
 - Grenze: Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht nach BGB AT (Kollusion, Evidenz)
 - Bei Überschreitung des rechtlichen Dürfens: Haftung für etwaige Schäden gegenüber der Gesellschaft nach § 43 II GmbHG
 - Wissen des handelnden Organwalters wird der GmbH analog § 31 BGB zugerechnet (aA § 166 I BGB; Hintergrund: Organtheorie vs. Vertretertheorie, s.o. § 3 I 4)



§ 12 Grundzüge der GmbH

III. Organisationsverfassung

2. Geschäftsführer

- Handeln der Geschäftsführer wird der GmbH umfassend zugerechnet (Forts.) :
 - Zurechnung von Pflichtverletzungen/Verschulden gem. § 31 BGB (aA bei Sonderverbindungen für § 278 BGB; Hintergrund wie vor)
 - Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft durch Geschäftsführer in amtlicher Eigenschaft wird der Gesellschaft nach der Lehre vom Organbesitz als eigener unmittelbarer Besitz zugerechnet (wie im Personengesellschaftsrecht auch)



§ 12 Grundzüge der GmbH

III. Organisationsverfassung

2. Geschäftsführer

- Zwei Kategorien von Geschäftsführerplichten: Sorgfalts- und Treuepflichten
- Konkretisierung der Sorgfaltspflichten (§ 43 I GmbHG; s. schon oben § 4 II. 2.)
 - Legalitätspflicht (strikte Gesetzesbindung; auch „nützliche Gesetzesverletzungen“ wie z.B. eine aus ex-ante-Sicht gewinnversprechende Kartellabsprache sind pflichtwidrig)
 - Sorgfaltspflicht i.e.S. (Geschäfte so führen, dass Gesellschaftszweck – i.d.R. Gewinnerzielung – so weit wie möglich verwirklicht wird; beachte bei unternehmerischen Entscheidungen § 93 I 2 AktG analog: Business Judgment Rule)
 - Überwachungspflicht (Kontrolle, dass Mitgeschäftsführer und nachgeordnete Unternehmensangehörige sich ebenfalls recht- und zweckmäßig verhalten)
- Konkretisierung der (organschaftlichen) Treuepflicht
 - Loyalereinsatz für die Gesellschaft
 - Wettbewerbsverbot (ungeschrieben in GmbH, vgl. § 88 AktG für Vorstand der AG)
 - Verschwiegenheitspflicht



§ 12 Grundzüge der GmbH

III. Organisationsverfassung

2. Geschäftsführer

- Bei Pflichtverletzungen: Innenhaftung ggü. der GmbH nach § 43 II GmbHG (lex specialis zu § 280 I BGB) unter folgenden Voraussetzungen:
 - Pflichtverletzung
 - Verschulden
 - Schaden und Kausalität
 - Beweislast:
 - Gesellschaft muss beweisen: Verhalten des Geschäftsleiters, das sich möglicherweise als pflichtwidrig darstellt, Eintritt und Höhe eines Schadens, Kausalität
 - Geschäftsleiter muss beweisen, dass er keine Pflichtverletzung begangen hat oder ihn kein Verschulden trifft, § 93 II 2 AktG analog
- Außenhaftung gegenüber Dritten insbes. über §§ 823 ff. BGB denkbar



§ 12 Grundzüge der GmbH

III. Organisationsverfassung

3. Gesellschafterversammlung

- Kompetenzen („oberstes Organ“ der GmbH)
 - Katalog des § 46 GmbHG (dispositiv gem. § 45 GmbHG; Grundsatz der Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis der GmbH [wie bei den Personengesellschaften])
 - Weisungsrecht gegenüber Geschäftsführern (arg. e § 37 I a.E. GmbHG) auch in Einzelfragen des Tagesgeschäfts
 - Gesellschafter können also praktisch alle Entscheidungen an sich ziehen!
 - Grundlagenentscheidungen
 - Änderungen des Gesellschaftsvertrags (§§ 53 ff. GmbHG)
 - Auflösung (§ 60 I Nr. 2 GmbHG)
 - Weitere Zuständigkeiten kraft Gesetzes (z.B. Umstrukturierungen nach dem UmwG)



§ 12 Grundzüge der GmbH

III. Organisationsverfassung

3. Gesellschafterversammlung

➤ Willensbildung

- Mehrheitsprinzip, § 47 I GmbHG (ggf. qualifizierte Mehrheit nötig, z.B. § 53 II GmbHG)
 - Beachte Stimmverbot gem. § 47 IV GmbHG (bei den dort genannten Interessenkonflikten)
- Fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse sind grds. anfechtbar, nur ausnahmsweise nichtig
 - Dies folgt nach bisher st. Rspr. aus §§ 241 ff. AktG analog, die mit einzelnen Modifikationen auf die GmbH angewendet werden.
 - Ab 1.1.2024 wird aber Analogie zu §§ 110 ff. HGB-MoPeG näher liegen (*Ebel/Wörner NZG 2021, 963*)



§ 12 Grundzüge der GmbH

IV. Haftungs- und Finanzverfassung, Insolvenz

1. Haftung gegenüber Gläubigern der Gesellschaft

- Haftung für Verbindlichkeiten der GmbH trifft nur diese, nicht die Gesellschafter (§ 13 II GmbHG, „Haftungsprivileg“)
- Ausnahme: Durchgriffshaftung analog § 128 HGB bei Missbrauch der Rechtsform der GmbH
 - sehr eng begrenzte Ausnahme
 - in Rspr. anerkannt bei Vermögensvermischung („Waschkorblage“, BGHZ 165, 85), aber sonst praktisch immer abgelehnt (Henssler/Strohn/Verse § 13 GmbHG Rn. 35ff.)



§ 12 Grundzüge der GmbH

IV. Haftungs- und Finanzverfassung, Insolvenz

2. Kapitalschutz

- Bindung an Kapitalschutz (Kapitalaufbringung und –erhaltung als Preis für das Haftungsprivileg; Zweck: Gläubigerschutz)
- Kapitalaufbringung
 - Bei der Gründung: Ordnungsgemäße Leistung der Bar- oder Sacheinlagen, insbes. Werthaltigkeitskontrolle bei Sacheinlagen (s.o.)
 - Bei Kapitalerhöhungen wird weitgehend auf die Kapitalaufbringungsvorschriften der Gründung verwiesen (vgl. §§ 55 ff. GmbHG)
 - Bei Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen also wie bei Gründung Offenlegung und Werthaltigkeitskontrolle, Verbot der verdeckten Sacheinlage etc.



§ 12 Grundzüge der GmbH

IV. Haftungs- und Finanzverfassung, Insolvenz

2. Kapitalschutz

➤ Kapitalerhaltung (§ 30 I GmbHG)

Verbotene „Auszahlungen“ i.S. des § 30 I GmbHG:

- Auszahlung: jede Minderung des Gesellschaftsvermögens (nicht nur „Zahlungen“)
- An Gesellschafter (oder nahe stehende Dritte, die einem Gesellschafter zugerechnet werden, z.B. Tochtergesellschaft eines Gesellschafters)
- Aus dem Stammkapital: Herbeiführung oder Vertiefung einer Unterbilanz
 - Unterbilanz liegt vor, wenn das bilanzielle Nettoaktivvermögen (Aktiva minus Verbindlichkeiten und Rückstellungen) kleiner ist als das in der Satzung festgelegte Stammkapital

Rechtsfolgen verbotener Auszahlungen:

- § 31 I GmbHG: Rückgewähr durch den begünstigten Gesellschafter
- § 43 II, III GmbHG: Haftung der Geschäftsführer
- § 31 III GmbHG: Ausfallhaftung der Mitgesellschafter (s. aber auch § 31 VI GmbHG)



§ 12 Grundzüge der GmbH

IV. Haftungs- und Finanzverfassung, Insolvenz

3. Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen

- Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen (neben der Einzahlung der Einlagen) in der Praxis weit verbreitet
- Beachte Sonderregeln in der Insolvenz:
 - Grds. sind Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz der GmbH nachrangig (§ 39 I Nr. 5 InsO); Ausnahmen nur nach § 39 IV 2, V InsO (Sanierungs- und Kleinbeteiligtenprivileg)
 - Ratio legis und rechtspolitische Berechtigung des Nachrangs umstritten; hM: Gesellschafter sind „näher dran“, Korrelat der Haftungsbeschränkung
 - Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens innerhalb eines Jahres vor Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens anfechtbar (§ 135 I Nr. 2 InsO, § 6 I Nr. 2 AnfG)
 - Ratio legis: Gesellschafter sollen nicht von ihrer Insiderstellung profitieren können, in dem sie ihre Darlehen im Unterschied zu anderen Gläubigern noch kurz vor der Insolvenz abziehen



§ 12 Grundzüge der GmbH

IV. Haftungs- und Finanzverfassung, Insolvenz

4. Insolvenz

- Pflichten der Geschäftsführer vor/nach Insolvenzeintritt
 - Verbot von Auszahlungen an Gesellschafter, die zur Zahlungsunfähigkeit führen müssen (§ 15b V InsO)
 - Auszahlungsverbot nach Insolvenzeintritt (§ 15b I InsO)
 - Hintergrund: Gläubigergleichbehandlung in der Insolvenz
 - Insolvenzeintritt erfolgt mit Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder mit Überschuldung (§ 19 InsO)
 - Insolvenzantragspflicht der Geschäftsführer nach Insolvenzeintritt (unverzüglich, spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und sechs Wochen nach Eintritt der Überschuldung, § 15a I InsO)



§ 13 Ausblick auf die AG

I. Grundlagen

- Rechtsgrundlage: AktG von 1965
 - Früher im ADHGB von 1861 geregelt (1884 wichtige Aktienrechtsreform); später im AktG 1937 (deutliche Stärkung des Vorstands gegenüber der Hauptversammlung)
 - Neufassung des AktG 1965 (u.a. Kodifizierung des Aktienkonzernrechts)
 - Aktienrecht zu weiten Teilen durch EU-Richtlinien beeinflusst (dazu *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019)
 - Personengesellschaftsrecht ist dagegen nicht harmonisiert, GmbH-Recht auch nur in wenigen Einzelaspekten (insbes. Registerpublizität und Umfang der Vertretungsmacht)
- Rechtstatsachen: knapp 14.000 AG (Stand 1.1.2021; Kornblum GmbH 2021, 681, 682); davon weniger als 1.000 börsennotiert



§ 13 Ausblick auf die AG

I. Grundlagen

➤ Leitbild des AktG

- Große Publikumsgesellschaft mit weit gestreutem Aktionärskreis („Kapitalsammelbecken“, börsentauglich); einzelne Sonderregeln für „kleine“ (nicht börsennotierte) AG
 - Dem Leitbild der Publikumsgesellschaft soll der weitgehend zwingende Charakter des Aktienrechts Rechnung tragen (*Satzungsstrenge* nach § 23 V AktG)
Zweck: Standardisierung zum Schutz gegenwärtiger und künftiger Aktionäre (insbes. für Kleinaktionäre wäre rechtliche Prüfung der Satzung viel zu aufwändig), dadurch verbesserte Handelbarkeit der Aktie
 - Verbunden mit Satzungsstrenge ist große Regelungsdichte des AktG (viel mehr Regelungen als im GmbHG)
- Deutlicher Kontrast zum Leitbild des GmbHG: GmbH konzipiert als kleine Kapitalgesellschaft
 - im Innenverhältnis Nähe zu den Personengesellschaften, weitreichende Gestaltungsfreiheit (vgl. § 45 I GmbHG); eklatanter Unterschied zur Satzungsstrenge in der AG!
- Aus dem unterschiedlichen Leitbild erklären sich die meisten Unterschiede zwischen AG und GmbH



§ 13 Ausblick auf die AG

II. Wesentliche Unterschiede zur GmbH

	AG	GmbH
Organisations- verfassung	HV (begrenzte Zuständigkeit) Vorstand (weisungsfrei, § 76 AktG) Aufsichtsrat zwingend	Gesellschafterversammlung oberstes Organ Geschäftsführer (weisungsgebunden) AR nur nach MitbestG/DrittelbG zwingend
Börsentauglichkeit	(+)	(-); Anteilsverkauf und -übertragung nur in Form des § 15 III-IV GmbHG
Gestaltungsfreiheit	Satzungsstrenge (§ 23 V AktG)	Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis (§ 45 GmbHG)
Rechte der Gesellschafter	Limitiert z.B.: begrenzter Einfluss der HV, Auskunftsrecht begrenzt (§ 131 AktG), actio pro socio nur nach § 148 AktG	Weitreichend Gesellschafter können alle Entscheidungen an sich ziehen; umfassendes Informationsrecht (§ 51a GmbHG); actio pro socio
Kapitalschutz	Mindestgrundkapital T€ 50 (§ 7 AktG) Umfassende Vermögensbindung mit Ausnahme des Bilanzgewinns (§ 57 AktG)	Mindeststammkapital T€ 25, bei UG € 1 Bindung nur des Stammkapitals (§ 30 I GmbHG)
Konzernrecht	§§ 291 ff., 311 ff. AktG	§§ 291 ff. z.T. analog, nicht §§ 311 ff. AktG