

## Teil-Rechtsfähigkeit der Außen-GbR

### **contra (m.M)**

- nur natürliche und juristische Personen sind rechtsfähig. Für die Personenhandelsges. gilt nur deshalb etwas anderes, weil es im Gesetz ausdrücklich angeordnet ist
- § 714 spricht davon, dass "die Gesellschafter" vertreten werden – also gerade nicht die Gesellschaft

### **pro (h.M.)**

- Absinken von OHG auf GbR
- § 11 InsO / §§ 202, 191, 226 UmwG gehen von Rechtsfähigkeit aus, der moderne Gesetzgeber will es also so
- §§ 719, 718 gehen von einem Gesamthandsvermögen aus, das aber als Bezugsobjekt eine Gesamtheit (also die Gesellschaft) braucht.
- sonst erhebliche prozessuale Probleme

**Teilrechtsfähigkeit** = Rechtsfähig, aber es gibt ausgenommene Bereiche: Firmenfortführung gem. § 28 HGB analog wohl eher (-), weil mangels GbR-Register keine Möglichkeit besteht sich von dieser Haftung frei zu stellen.

### **P: Grundbuch-Fähigkeit der GbR**

- t.v.A.: muss GR-fähig sein, weil auch rechtsfähig ist; mit Anerkennung der Rechtsfähigkeit ist nun Regelungslücke der GBO offenbart worden. Deshalb § 15 Ia, Ib GBV *analog*. Denn GB soll Eigentümer ausweisen – nicht die dahinter stehenden Gesellschafter.
- a.A.: GbR hat keine Registerpublizität (vgl. § 32 GBO); Eintragung für GbR verstößt damit gegen Bestimmtheit und Registerpublizität, weil nie klar ist, wer hinter der GbR steht.

### **Haftung der Gesellschafter**

#### **P: Haftungsgrundlage**

- Akzessorietätstheorie (h.M.): nur Gesellschaft wird verpflichtet, aber Haftung der Gesellschafter nach § 128 HGB *analog*. Seit Rechtsfähigkeit anerkannt ist, ist das nur konsequent.

Folge-P: eintretende Gesellschafter, § 130 HGB *analog*

- h.M.: § 130 HGB *analog*, weil Ausdruck der Akzessorietät; GesSch bekommt auch Zugriff auf das Vermögen und Unbilligkeiten bei Dauerschuldverhältnissen, sowie oft unbemerktes Absinken OHG-GbR. Voraussetzung: kannte Verbindlichkeit / hätte kennen können.

- a.A.: ist eine Ausnahmegesellschaft für Handelsgesellschaften, weil hohes Risiko und hohe Kreditwürdigkeit bei Standard-GbRs nicht passt

Folge-P: auch für deliktisches Handeln (über § 31 *analog* auf GbR übergegangen)?

- h.M.: ja, volle Akzessorietät und konsequente Folge der Rechtsfähigkeit und oft unerkanntes Auf-/Absinken OHG-GbR.

- m.M.: Haftung für fremde deliktische Tätigkeit ist dt. Recht – mit Ausnahme von § 831 – fremd. Insofern besteht keine vergleichbare Interessenlage im § 128 HGB für eine Analogie.

- Theorie der Doppelverpflichtung (früher): vertretungsberechtigter GF verpflichtet (1) die Gesellschaft (Gesamthand), (2) als rechtsgeschäftlicher Vertreter alle anderen Gesellschafter (§ 164 I) und (3) sich selber. Soll auch für Ansprüche aus LK gelten, weil diese an die Stelle einer vertraglichen Verpflichtung treten (*aber*: geht auf keinen Fall bei deliktischen Handlungen / nachträglich eingetretene Gesellschafter)

**P:** Zurechnung von Gesellschafter-(Mit-)Verschulden

- h.M.: über § 31 *analog* (*eigenes* Verschulden der GbR!), weil Konsequenz der Teilrechtsfähigkeit. Muss aber Organstellung inne gehabt haben.
- a.A.: über § 278 (Zurechnung fremden Verschuldens)

**Scheingesellschafter**

- Haftung für Altverbindlichkeiten nach § 130 HGB *analog* (-), wenn diese vor Setzung des Rechtsscheins entstanden sind
- Haftung der Gesellschaft aus § 31 *analog*, weil dafür nach ganz h.M. jeder Repräsentant der Gesellschaft genügt. Also extensive Auslegung! Eine Haftung nach Rechtsschein (wie üblich beim ScheinGesSch) scheidet bei deliktischen Ansprüchen aus. Denn dort kann nie "im Vertrauen auf den Rechtsschein" gehandelt werden.

**OHG**

**Geschäftsführungsbefugnis / Widerspruch**

Gilt gem. § 116 I grds. nur für im Handelsbetrieb gewöhnliche Geschäfte. Bei darüber hinausgehenden müssen die anderen GesSch informiert und Widerspruch abgewartet werden.

Wird ein Widerspruch übergangen, oder in Erwartung eines Widerspruchs gar nicht informiert, ist das Geschäft nach außen wirksam (§ 126 II 1), aber im Innenverhältnis Anspruch auf Rückgängigmachung.

Treuwidrige Widersprüche (gefährden Gesellschaftszweck) sind unbeachtlich. Wird er dennoch beachtet, macht sich der widersprechende GesSch SE-pflichtig.

**Vertretungsmacht**

- kann im GesV ausgeschlossen werden oder als GesamtVM ausgestaltet werden (muss ins HR eingetragen werden, §§ 104 II Nr. 4, 107)
- besteht aber eine VM, ist diese *dem Umfang nach* nicht beschränkbar

**Gesellschafter-Haftung § 128 HGB**

**P:** Inhalt der Haftung

- eingeschränkte Erfüllungstheorie (h.M.): grds. Erfüllung, außer etwas anderes ergibt sich durch Auslegung, oder sie ist dem Gesellschafter unmöglich oder unzumutbar
- Erfüllungstheorie: da Gesellschaft und Gesellschafter im Grunde eins sind, sind auch die Gesellschafter grds. zur Erfüllung der Verbindlichkeit verpflichtet
- Haftungstheorie: Gesellschaft ist selbständig und die Haftung der Gesellschafter grds. nur auf Wertersatz in Geld

**P:** Verjährung

- h.M.: Verjährungshemmung der Gesellschaft wirkt auch gegenüber der Gesellschafter-Haftung (Doppelwirkung der Verjährung). Akzessorietät der Haftung.
- m.M.: Verjährung läuft getrennt

**P:** Sozialverpflichtungen (Gesellschafterforderungen "societas causa")

- h.M.: § 128 gilt nicht für Forderungen von Gesellschaftern gegen die Gesellschaft, sondern soll nur die Außenhaftung regeln und würde sonst zu einer faktischen Nachschusspflicht führen (entgegen § 707 BGB). **A:** Ausnahme, wenn der Gesellschafter selber nach § 128 in Anspruch genommen wurde; sonst würde derjenige, der zufällig vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, schlechter gestellt. Hier interner Ausgleichsanspruch nach §§ 426 II i.V.m. I und § 426 I BGB.
- a.A.: keine Ausnahme

**Einwendungen, § 129 I**

Nach h.M. wirkt die gehemmte Verjährung gegen einen Gesellschafter (nur dieser verklagt) nicht gegen die Gesellschaft. Denn hier besteht gerade keine Akzessorietät.

**P:** Verjährung des verklagten Gesellschafters

- BGH: nach Rechtsgedanke des § 425 BGB kann sich der Gesellschafter, bei dem persönlich die Einwendung nicht vorliegt (z.B. wurde er alleine aus § 128 verklagt) nicht geltend machen. Denn er ist nicht schutzwürdig und sonst Wahlrecht des Gläubigers unterlaufen
- a.A.: ähnlich wie Bürgschaft, bei der sich der Bürge auch auf Verjährung der Hauptschuld berufen kann, auch wenn er bereits verklagt wurde

### **Einstellung des Geschäftsbetriebes**

Die OHG/KG ist dann nicht mehr auf den Betrieb eines Handelsgeschäfts "gerichtet", sondern auf die Abwicklung. Dann liegt eine Abwicklungs-GbR vor.

### **Ausscheiden**

**P:** Fristbeginn ohne HR-Eintragung

- BGH: Nachhaftungsfrist (5 Jahre) gem. § 160 HGB beginnt auch ohne Eintragung ins HR mit positiver Kenntnis des Gesellschafters. Eintragung ist für den Fristbeginn also nicht konstitutiv. Damit Gleichlauf zum GbR-Recht (§ 736 II BGB), was wg. Absinken / Formwandlung nötig ist.
- h.L.: nur Eintragung ist maßgeblich (Wortlaut)

### **Nachfolgeklauseln**

I. reine Fortsetzungsklausel (überflüssig dank § 131 n.F.)

- OHG wird unter den Überlebenden fortgesetzt
- Erben erhalten schuldrechtlichen Abfindungsanspruch, §§ 105 III HGB, 738 I 2 BGB (kann abbedungen werden)

II. Eintrittsklausel

- Erbe/andere Person kann in die OHG eintreten, wenn sie will (kein Automatismus)
- echter Vertrag zugunsten Dritter von Todes wegen, §§ 328, 331 I BGB
- Eintrittsrecht ist schuldrechtlich unter Lebenden erworbener Anspruch

III. **P:** Nachfolgeklausel

automatischer Eintritt eines Erben/Dritten mit dem Tod des Gesellschafters

1. zugunsten eines Erben

- erbrechtliche Lösung (BGH): Eintretender muss Erbe sein, weil durch Klausel wird Gesellschafterstellung vererblich. Wer erbt bestimmt sich aber grds. nach ErbR. Eine Erbengemeinschaft kann aber nicht Mitglied einer OHG sein (schnelles Handeln; Veräußerung des Anteils passt nicht etc.) und deshalb steht der Anteil nur dem in der Klausel benannten zu (sonst würden der OHG Gesellschafter aufgedrängt, die sie nicht will u. wer seinen Anteil vererblich machen kann, kann auch bestimmen an wen). Gesellschaftsanteil wird in Sondererfolge übertragen. Andere Erben müssen aus dem übrigen Erbe ihren Anteil erhalten, bzw. haben einen Ausgleichsanspruch gegen den eintretenden Erben.

- gesellschaftsrechtliche Lösung (a.A.): ist wie Vertrag zugunsten Dritter, §§ 328 ff. *analog* (weil keine Verpflichtung, sondern Verfügung zugunsten Dritter); § 2301 steht nicht entgegen, weil VzD vorrangig ist (h.M.) und auch nicht unbillig, weil Bedachter kann nach § 333 zurück weisen (*aber*: ist Vertrag zulasten des Eintretenden, weil hohes Risiko bis er evtl. eine Zurückweisung geltend macht).

2. zugunsten eines minderjährigen Erben

- erbrechtliche: Einrücken aufgrund der Erbschaft, nicht aufgrund eines Rechtsgeschäfts. Deshalb Genehmigung des Gerichts gem. §§ 1643 I, 1822 nicht nötig. Haftung nach § 139 IV HGB max. auf den Erbteil, wenn er Umwandlung in Kommanditistenstellung verlangt

Folge-A: gesetzl. Vertreter sind selbst Gesellschafter

dann ist die Umwandlung gem. § 181 BGB schwebend unwirksam, weil Vertreter als Gesellschafter (Grundlagengeschäft!) und als Vertreter des Kindes mitwirkt. Mit Eintritt der Volljährigkeit kann Mj. selber verlangen, die Frist ist nach §§ 139 II 2 HGB i.V.m. 110 BGB analog gehemmt, weil zwar ein Vertreter vorhanden ist – dieser aber nicht handeln kann.

- gesellschaftsrechtliche: Genehmigung wäre nötig

### 3. zugunsten eines Dritten

- erbrechtliche Lösung: unmöglich. Derjenige muss Erbe sein. Aber Umdeutung gem. § 140 BGB in eine Eintrittsklausel möglich, weil (1) Nachfolgeklausel unwirksam; (2) Eintrittsklausel als VzD wäre wirksam; (3) mangels Automatismus gehen die Folgen nicht weiter; (4) entspricht am ehestem dem Parteiwillen

- gesellschaftsrechtliche Lösung: unproblematisch

## KG

### **Vertretungsmacht des Kommanditisten**

Der Kommanditist hat keine gesetzliche Vertretungsmacht, § 170. Sie kann ihm aber rechtsgeschäftlich (auch als Prokura) erteilt werden.

### **Kapitalaufbringungsgrundsatz, § 172 III**

Die Kommanditeinlage muss objektiv einmal erbracht worden sein. Wird der obj. Wert in der Bilanz zu hoch angesetzt ist dies ein Teilerlass der Einlagepflicht, die gem. § 172 III den Gläubigern ggü. unwirksam ist.

Einlageleistung kann alles sein, was das Vermögen der KG *dauerhaft* erhöht.

#### **A: Befreiung von Verbindlichkeiten**

- von Fremdverbindlichkeit: in voller Nennwert-Höhe

- von Eigenverbindlichkeit: nur in der Höhe, in der Deckung aus dem Gesellschaftsvermögen erwartet werden konnte (also die tatsächliche Bonität der Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft).

### **Schein-KG (GbR bei vor Eintragung als *kannkaufmännische KG*)**

- Akzessoritätshaftung: § 176 I 1 HGB *analog*, weil sonst würde die kannkaufmännische KG vor Eintragung schlechter stehen als die istkaufmännische. Bei der wäre eine Haftung des späteren Kommanditisten nämlich bei Kenntnis des Gläubigers beschränkt. Damit Gesetzeszweck der Privilegierung von Kleingewerbetreibenden unterlaufen.

- Doppelverpflichtungstheorie (früher): gem. §§ 164, 167, 714 konkludente Haftungsbeschränkung darauf, dass nur auf das Gesellschaftsvermögen und die persönlich haftenden Gesellschafter verpflichtet werden darf

#### **P: § 176 HGB bei Vor-GmbH & Co. KG**

- BGH: greift durch, es sei denn dem anderen war positiv die Kommanditistenstellung bekannt.

- OLG Frankfurt (aktuell): bei GmbH & Co. KG ist es so typisch, dass nur die GmbH haftet, dass der Vertragspartner positive Kenntnis i.S.d. § 176 I 2 HGB von der Kommanditistenstellung hat. Denn sonst würde niemand die ungünstige Firmierung als GmbH & Co. KG wählen.

## GmbH

### **Vor-GmbH**

Gesellschaft sui generis, auf die die Normen der GmbH entsprechend angewendet werden. Identität von Vor-GmbH und GmbH nach Eintragung.

- keine Außenhaftung der Gründungsgesellschafter (kein Verkehrsschutz nötig, weil ausdrücklich GmbH i.Gr. o.ä. angegeben sein wird)

- aber unbeschränkte Innenhaftung der Gesellschafter (Differenzhaftung), d.h. bis zur Anmeldung muss das Grundkapital von den GesSch aufgebracht werden, die der Aufnahme des Geschäftsbetriebes zugestimmt haben.

- Handelndenhaftung § 11 II GmbHG

**A:** keine Zeichnung als GmbH (§ 4 GmbHG)

- Vertragspartner wird dennoch die GmbH (unternehmensbezogenes Geschäft)
- der Handelnde (!) – nicht unbedingt der GF – haftet aber nach § 179 II *analog* (wie Vertreter ohne VM) dem Vertragspartner persönlich, wenn dieser sich auf den Rechtsschein verlassen habe, dass ihm zumindest eine unbeschränkt haftende Person gegenüber steht
- der GF haftet nach BGH nicht ohne weiteres, wenn er nicht selber gehandelt hat. § 179 II *analog* ist nämlich keine verschuldensunabhängige Garantief Haftung.

### fehlerhafte Gesellschaft

I. übereinstimmende WE

II. nichtiger GesV

III. **P:** in Vollzug gesetzt

- BGH: auch interne Vermögensverschiebungen zur Bildung eines Gesellschaftsvermögens reichen
- h.L.: muss nach außen hin tätig werden

IV. keine übergeordneten Wertungen

1. Minderjährige

2. Gesetzesverstoß

→ Gesellschaft besteht weiterhin nach außen, wie innen

→ Gesellschaft ist lediglich vernichtbar (Kündigung, Auflösungsklage)

→ dann Liquidation

### Handelsrecht

**Handelsgewerbe, §§ 1 ff.**

Voraussetzung ist immer, dass ein Gewerbe noch betrieben wird! Ist das Geschäft vollständig eingestellt ist niemand mehr Kaufmann nach §§ 1 ff., sondern muss sich höchstens noch wegen Rechtsscheins nach § 15 so behandeln lassen.

**Handelsregister, § 15**

I. eintragungspflichtige Tatsache

in Angelegenheiten des Anspruchsgegners

**P:** Löschung bei fehlender Voreintragung

- h.M.: ist dennoch eintragungspflichtig, weil Handelsverkehr außerhalb des HR Kenntnis erlangt haben könnten und Verkehrsschutz es gebietet
- m.M.: aus dem HR konnte sich dieser Rechtsschein nicht ergeben, deshalb (-)

II. nicht eingetragen + bekannt gemacht

III. keine Kenntnis des Dritten

→ Dritter hat Wahlrecht, ob er sich auf das HR beruft, oder lieber auf die wahre Rechtslage

**P:** Wahlrecht unterschiedlich ausüben

*Standardfall: gegen ausgeschiedenen Gesellschafter (HR), die Verbindlichkeit konnte aber nur wegen Wegfalls der GesamtVM begründet werden (tatsächlich)*

- h.M.: möglich, weil nur abstrakte Kenntnismöglichkeit geschützt wird

Folge-**P:** auch bzgl. ein und derselben Tatsache?

- BGH: ja (Rosinentheorie)

- a.A.: nein, weil dann nur berufen auf verschiedene Rechtsfolgen. Die werden vom HR aber nicht geschützt, sondern nur der Glaube an Tatsachen. Und Dritter sonst übermäßig bevorteilt
- a.A.: nicht möglich. Strenges *Entweder-oder* zwischen Rechtsschein und wahrer Rechtslage in vollem Umfang (aber: das HR schützt unabhängig von der Kenntnis seines Inhalts; das suggeriert aber dieses Auffassung).

## **Firmenfortführung**

§ 25 – Erwerb unter Lebenden

I. Erwerb unter Lebenden

II. Firma fortgeführt

es kommt nicht auf eine wirksame Weiterführung an, sondern auf den Rechtsschein der Firmenkontinuität.

→ keine befreiende Schuldübernahme (dazu müsste Gläubiger zustimmen), sondern gesetzliche Gesamtschuld mit altem Inhaber (§ 26)

§ 28 – Beitritt zum Geschäft eines e.K.

**P:** lex specialis vor § 25

- h.M.: ja, wenn alter e.K. als Gesellschafter verbleibt
- m.M.: § 25 ist Rechtsscheinhaftung und damit neben § 28 anwendbar

## **Prokura, §§ 48 ff.**

**P:** unechte Gesamtprokura

d.h. nur zusammen mit einem Gesellschafter

- BGH: möglich, weil § 48 II (Gesamtprokura von 2 Prokuristen) nicht abschließend ist
- a.A.: § 48 II ist abschließend

## **guter Glaube an Verfügungsbefugnis, § 366 HGB**

**P:** auch guter Glaube an Vertretungsmacht?

- h.M.: Wortlaut spricht dagegen; Vertreter i.d.R. abhängiger; Erwerber erkennt für wen gehandelt wird und könnte nachfragen; außerdem § 366 nur für dingliches Geschäft, d.h. die Übereignung wäre nicht konditionfest
- a.A.: in beiden Fällen gleiche Schutzwürdigkeit, weil ob ich jemanden bei Eigentumsübertragung wirksam vertrete (Handeln in fremdem Namen) oder die Verfügungsbefugnis (Handeln in eigenem Namen) darüber habe macht für den Erwerber keinen Unterschied

## **Rügeobliegenheit, § 377 HGB**

I. beides Kaufleute

II. für beide Handelskauf

ist beim *Werklieferungsvertrag* gem. § 381 II auch anwendbar, d.h. im Umkehrschluss beim normalen Werkvertrag nicht

III. Ware abgeliefert

**P:** Direktlieferung an einen Kunden

- h.M.: dann verlängert sich die Unverzüglichkeit, weil der Käufer ja die Sache nicht direkt untersuchen kann, sondern das durch den Kunden unverzüglich machen muss. Das geht aber nur bei Kunden, die selbst der Rügeobliegenheit unterliegen.

**Folge-A:**

Bei Verbraucherkäufern soll die Rügeobliegenheit dahin gehen, dass der Verkäufer so schnell wie möglich angezeigte Mängel weiter geben muss. Denn er kann den Kunden wg. §§ 474, 475 nicht dazu verpflichten die Sache sofort zu untersuchen.

- a.A.: keine Modifikation; i.d.R. Verlust der Mängelrechte

**P:** Kaufpreiserhöhung bei höherwertigem Aliud

- t.v.A.: § 377 gibt keinen Anspruch auf eine Kaufpreiserhöhung, wenn die als genehmigt geltende Leistung ein höherwertiges Aliud (aber dennoch natürlich ein Mangel) war.
- a.A.: § 377 soll den Verkäufer schützen, deshalb kann er auch bei einer Genehmigungsfiktion den höheren Kaufpreis verlangen

**Kommissionsgeschäft, §§ 383 ff.**

Der Kommissionär muss die Forderung erst an den Kommittenten abtreten, bevor dieser sie gegenüber dem Schuldner geltend machen kann (normal!).

**A:** aber schon vor der Abtretung gilt die Forderung als dem Kommittenten gehörend, was den Kommissionär und dessen Gläubiger angeht (sie kann also nicht an diese abgetreten werden!). Deshalb auch Drittwiderspruchsklage möglich.

[www.jbaumann.eu](http://www.jbaumann.eu)