

## Aufsatz ZR

Dr. Leonhard Hübner\*

# Examinatorium Gesellschaftsrecht – Teil 1

DOI 10.1515/jura-2017-0027

## A. Ausgangspunkt und Gliederung

Gegenstand dieses Beitrags sollen die gängigen Examensprobleme des Gesellschaftsrechts im Pflichtfachbereich sein. Ausgangspunkt bildet insofern § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 3 JAPrO 2002 BW. Der Schwerpunkt der Darstellung liegt auf dem Personengesellschaftsrecht (GbR, OHG und KG), während das Recht der GmbH nur in Grundzügen dargestellt wird. Den normativen Rahmen im Personengesellschaftsrecht bilden die folgenden Vorschriften:

GbR	OHG	KG
§§ 705 ff. BGB	§§ 105 ff. HGB	§§ 161 ff. HGB
(§§ 128 ff. HGB analog)	§ 105 Abs. 3 HGB i. V. m. §§ 705 ff. BGB	§ 161 Abs. 2 i. V. m. §§ 105 ff. HGB
		§ 105 Abs. 3 HGB i. V. m. §§ 705 ff. BGB

Die GbR ist die Grundform der Personengesellschaften. Die Darstellung erfolgt daher ausgehend von der GbR und erläutert die Unterschiede bei den beiden Personenhandels-gesellschaften (OHG und KG) in Abgrenzung von der GbR. Für die Zwecke dieses Beitrags wird die GbR somit als »Allgemeiner Teil« des Personengesellschaftsrechts verstanden. Die jeweiligen Abschnitte folgen stets dem gleichen Gedankengang: Rechtsnatur, Errichtung, Innenverhältnis (vor allem Geschäftsführungsbefugnis), Außenverhältnis (Stellvertretung und Haftung), Änderungen im Bestand der Gesellschafter und Beendigung.

\*Kontaktperson: Leonhard Hübner, der Autor ist Habilitand und Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Heidelberg (Lehrstuhl Prof. Dr. Marc-Philippe Weller).

## B. Systematisierung des Gesellschaftsrechts

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit erfährt im Gesellschaftsrecht Einschränkungen durch den sog. *numerus clausus* der Gesellschaftstypen (sog. Rechtsformzwang).<sup>1</sup> Dies ähnelt dem *numerus clausus* der Sachenrechte<sup>2</sup>. Vor dem Einstieg in das Personengesellschaftsrecht sollen die wesentlichen Unterschiede zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften<sup>3</sup> in einer Tabelle gegenübergestellt werden. Die angesprochenen Merkmale dienen als Argumentationsgrundlagen im Rahmen der gesamten Darstellung. Ein Wort der Warnung sei vorab angebracht: Diese »Prinzipien«<sup>4</sup> ergeben sich aus der gesetzgeberischen Vorstellung und betreffen den »Grundfall«. Sie dürfen nicht ungeprüft auf jede Situation übertragen werden.

Personengesellschaften	Kapitalgesellschaften
Persönliche Haftung der Gesellschafter	Trennungsprinzip, d. h. keine Außenhaftung der Gesellschafter
Enge Verbundenheit der Gesellschafter	Verselbstständigte Verbandsperson (Juristische Person)
Entstehen durch Vertragsschluss	Entstehen durch Eintragung ins Register
Geringe Mitgliederzahl	Unbegrenzte Mitgliederzahl
Ausscheiden eines Gesellschafters führt zur Auflösung der Gesellschaft (GbR)	Ausscheiden von Mitgliedern lässt Bestand der Körperschaft unberührt (korporative Verfassung)
Übertragung von Gesellschaftsanteilen gesetzlich nicht vorgesehen (GbR), es sei denn es stimmen alle zu (Grundlagengeschäft)	Mitgliedschaft ist frei übertragbar

<sup>1</sup> Bayer/Lieder, Examensrepetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 392; Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 2 Rn. 14.

<sup>2</sup> Wiedemann/Frey, Gesellschaftsrecht (PdW), 8. Aufl. 2012, Fall 6.

<sup>3</sup> Vgl. den Überblick zu den Motiven für die Wahl einer bestimmten Rechtsform, Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 1 Rn. 6.

<sup>4</sup> Vgl. Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 2 Rn. 1ff.; zu den Strukturmerkmalen der Personengesellschaft, Weller/Pritting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 192ff.

Personengesellschaften	Kapitalgesellschaften
Selbstorganschaft (= Organfunktion ist an die Mitgliedschaft gebunden)	Fremdorganschaft
Einstimmigkeitsprinzip	Mehrheitsprinzip (Körperschaft ist auf größere Zusammenschlüsse zugeschnitten)

## C. Personengesellschaftsrecht

### I. Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Bei der GbR sind die sog. Außen- und Innen-GbR voneinander zu trennen. Anders als die Außen-GbR tritt die Innengesellschaft nicht nach außen im Rechtsverkehr auf, d. h. es existieren nur Bindungen zwischen den Gesellschaftern.<sup>5</sup> Folglich verfügt sie regelmäßig über kein eigenes Gesellschaftsvermögen (Sondervermögen).<sup>6</sup> Schließen die Gesellschafter Geschäfte mit Dritten ab, so erfolgt dies im eigenen Namen auf Rechnung der Innengesellschaft.<sup>7</sup> Als Unterfall der Innengesellschaft bei den Personengesellschaften zählt die stille Gesellschaft gem. §§ 230 ff. HGB.<sup>8</sup> Im Folgenden soll die Außen-GbR im Mittelpunkt stehen.

#### 1. Entstehung (Vertragsschluss)

Eine GbR entsteht bei Vorliegen der folgenden drei Voraussetzungen:

- *Gesellschaftsvertrag*: Dabei handelt es sich um einen Vertragsschluss, bei dem sämtliche Fragen des BGB AT (vor allem die §§ 104 ff., 164 ff. BGB) behandelt werden können. Der Abschluss ist grundsätzlich konkludent, aber vor allem auch formfrei möglich, es sei denn der Beitrag eines Gesellschafters besteht in der Verpflichtung, Eigentum und Besitz an einem Grundstück in die GbR einzubringen (§§ 311 b, 125 BGB).<sup>9</sup>
- *Gemeinsamer Zweck*: Dies kann jeder erlaubte Zweck sein. Den Maßstab bilden hier die §§ 134, 138 BGB.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> Bayer/Lieder, Examensrepetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 444; Lange, JURA 2015, 547, 548.

<sup>6</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 4 Rn. 24 ff., 27.

<sup>7</sup> Wiedemann/Frey, Gesellschaftsrecht (PdW), 8. Aufl. 2012, Fall 55.

<sup>8</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 422 ff.

<sup>9</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 203 ff.; Lange, JURA 2015, 547, 548.

<sup>10</sup> Bayer/Lieder, Examensrepetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 442.

Betreibt die Gesellschaft jedoch ein Handelsgewerbe i. S. v. § 1 HGB, handelt es sich um eine OHG.<sup>11</sup> Wichtig ist an dieser Stelle die Abgrenzung zur Bruchteilsgemeinschaft, zur Ehegattinnengesellschaft sowie zum reinen Austauschvertrag.<sup>12</sup>

- *Förderungspflicht*: Diese folgt aus dem Gesellschaftsvertrag. Sie kann in der Leistung von Geld, Sachen, Forderungen oder Diensten bestehen. Bei Sachen oder Forderungen gelten die üblichen Übereignungs- bzw. Übertragungsregeln (§§ 873, 925 bzw. §§ 929 ff./398 ff. BGB).<sup>13</sup>

#### 2. Rechtsnatur der Außen-GbR

Die Rechtsnatur der Außen-GbR als Gesamthandsgemeinschaft i. S. d. §§ 718, 719 BGB war bis zum Jahr 2001 eine der umstrittensten Fragen des Personengesellschaftsrechts. Im Unterschied zu § 124 HGB, der die rechtliche Verselbstständigung der OHG (»Träger von Rechten und Pflichten«) anerkennt, gibt es keine Parallelnorm im Recht der GbR. Vor diesem Hintergrund entbrannte ein jahrzehntelanger Streit zwischen der individualistischen Theorie und der Gruppenlehre (»Glaubenskrieg«<sup>14</sup>), ob die Außen-GbR teilrechtsfähig ist.<sup>15</sup> Der BGH entschied diesen Streit im Jahr 2001 in seiner Entscheidung »Weißes Ross« zugunsten der Gruppenlehre und damit der Teilrechtsfähigkeit der GbR.<sup>16</sup> Der Gesetzgeber hat das Urteil inzwischen in verschiedenen Normen nachvollzogen, vgl. z. B. § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO (Insolvenzfähigkeit der GbR) und § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG (Anerkennung der GbR als Rechtsträger bei einer identitätswahrenden Umwandlung). Damit ist der Streit endgültig entschieden. In einer Klausur ist von der Teilrechtsfähigkeit der Außen-GbR auszugehen.

<sup>11</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 2; siehe C. II., JURA Heft 3/2017.

<sup>12</sup> Bayer/Lieder, Examensrepetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 425 ff.; Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 1 Rn. 7 ff.; Lange, JURA 2015, 547, 548.

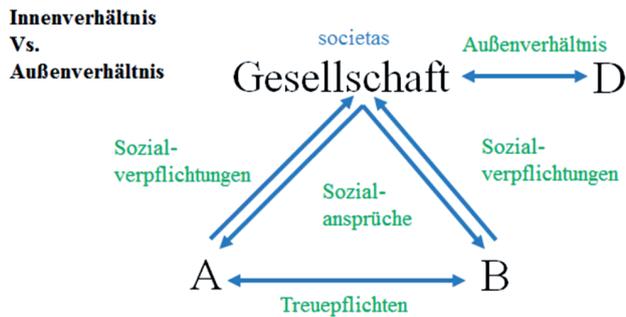
<sup>13</sup> Palandt/Sprau, BGB, 75. Aufl. 2016, § 718 Rn. 1.

<sup>14</sup> K. Schmidt, NJW 2001, 993, 995.

<sup>15</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 213 ff.; Bayer/Lieder, Examensrepetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 396 ff.

<sup>16</sup> BGH NJW 2001, 1056; vgl. dazu auch Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 216.

### 3. Innenverhältnis



Wichtig: Trennung von Innen- und Außenverhältnis

Von zentraler Bedeutung für das Verständnis des Gesellschaftsrechts ist eine konsequente Trennung von Innen- und Außenverhältnis. Das Innenverhältnis betrifft das Verhältnis der Gesellschafter untereinander und zur Gesellschaft, das Außenverhältnis das Verhältnis der Gesellschaft und der Gesellschafter zu Dritten.

Zu dem Innenverhältnis zählen die sog. Sozialansprüche und -verpflichtungen.<sup>17</sup> Beide werden immer aus Sicht der Gesellschaft (»societas«) beurteilt. Die Sozialansprüche der Gesellschaft gegen einzelne Gesellschafter sind z. B. die Beitragsleistung, die Erfüllung der Geschäftsführungspflicht oder die Leistung von Schadensersatz bei Verletzung dieser Pflichten; die Sozialverpflichtungen der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern umfassen den Anspruch auf (quartalsweise oder jährliche) Gewinnausschüttung und eventuellen Aufwendungsersatz wegen einer Tätigkeit für die Gesellschaft.<sup>18</sup> Untereinander treffen die Gesellschafter Treuepflichten; diese gelten aber auch gegenüber der Gesellschaft.<sup>19</sup> Ihre Bindung ist umso enger, je personalistischer die Gesellschaft strukturiert ist, d. h. je kleiner der Gesellschafterkreis ist.<sup>20</sup>

#### a) Pflichten der Gesellschafter (Mitgliedschaftspflichten)

##### aa) Beitragspflicht

Eine wesentliche Pflicht ist die Förderungs- bzw. Beitragspflicht gemäß §§ 705–707 BGB<sup>21</sup>, deren möglicher Inhalt

<sup>17</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 93.

<sup>18</sup> Vgl. Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 93; Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 8 Rn. 45 ff.

<sup>19</sup> Vgl. zur OHG Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 288 ff.

<sup>20</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 290.

<sup>21</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 67 ff., 90.

bereits angesprochen wurde<sup>22</sup>. Die Höhe richtet sich nach der Grundregel des § 706 Abs. 1 BGB, d. h. die Verteilung erfolgt nach Köpfen. Gleichwohl können die Gesellschafter infolge der Vertragsfreiheit eine autonome Regelung treffen. Eine zentrale Vorschrift enthält § 707 BGB. Nachdem der Gesellschafter seine Einlageverpflichtung aus dem Gesellschaftsvertrag erfüllt hat (z. B. Zahlung einer bestimmten Geldsumme), trifft ihn grundsätzlich keine Pflicht zur Leistung weiterer Beiträge (Nachschuss). Ausnahmen gelten bei Änderung des Gesellschaftsvertrags, in den seltenen Fällen, in denen eine Beitragserhöhung zur Erreichung des Gesellschaftszwecks unabdingbar ist<sup>23</sup> oder gem. § 735 BGB im Fall der Auflösung der Gesellschaft.<sup>24</sup>

#### bb) Geschäftsführung (Pflichtrecht)

Neben der Beitragspflicht trifft den Gesellschafter die wichtige Pflicht zur Geschäftsführung. Die GbR als rechtliche Konstruktion kann nicht selbst, sondern nur durch ihre Organe handeln. Deren Handeln ist das eigene Handeln der GbR.<sup>25</sup> Die strenge Trennung von Innen- und Außenverhältnis gilt auch für die Geschäftsführung als das *rechtliche Dürfen im Innenverhältnis*; sie ist von der Stellvertretung als dem *rechtlichen Können im Außenverhältnis* zu unterscheiden.<sup>26</sup> Im Innenverhältnis ist die Frage zu beantworten, ob der handelnde Gesellschafter die jeweilige Maßnahme gegenüber seinen Mitgesellschaftern vornehmen darf; im Außenverhältnis muss geklärt werden, ob der Gesellschafter die Gesellschaft gegenüber Dritten verpflichten kann.<sup>27</sup> Die Trennung beider Ebenen spielt eine große Rolle in zahlreichen Klausuren, da die Reichweite der Befugnisse häufig auseinanderfällt.<sup>28</sup>

In ähnlicher Art und Weise<sup>29</sup> ist das Innen- und Außenverhältnis bei Erteilung einer rechtsgeschäftlichen (nicht organschaftlichen) Vollmacht gemäß § 167 Abs. 1 BGB zu

<sup>22</sup> Siehe C. I. 1.

<sup>23</sup> Vgl. für eine sanierungsreife Personengesellschaft MünchKommBGB/Schäfer, § 707 Rn. 10: »Wohl aber kann sich aus der Treuepflicht im Einzelfall eine Pflicht der Mitgesellschafter ergeben, der von einem Gesellschafter angebotenen Beitragserhöhung (Kapitalerhöhung) zuzustimmen, so wenn die Gesellschaft dringend auf weiteres Kapital angewiesen ist, die Mitgesellschafter aber nicht bereit oder in der Lage sind, an der im Gesellschaftsinteresse gebotenen Kapitalerhöhung teilzunehmen.«

<sup>24</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 72; vgl. auch MünchKommBGB/Schäfer, § 707 Rn. 10, § 735 Rn. 1.

<sup>25</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 7 Rn. 5.

<sup>26</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 53.

<sup>27</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 53.

<sup>28</sup> Vgl. Lieder, JuS 2014, 393 ff.

<sup>29</sup> Vgl. Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1996, Rn. 1238.

trennen. Die Vollmacht betrifft die Frage nach der Verpflichtungswirkung im Außenverhältnis; das Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem basiert auf einem Auftrags-, Geschäftsbesorgungs- oder Dienstvertrag.<sup>30</sup>

### (1) Grundregel: § 709 Abs. 1 BGB – Gemeinschaftliche Geschäftsführungsbefugnis

Die Grundregel der gemeinschaftlichen Geschäftsführungsbefugnis aller Gesellschafter enthält § 709 Abs. 1 BGB. Der Nachteil dieser Regelung liegt auf der Hand: Jedes Tätigwerden für die Gesellschaft ist nur sehr schwerfällig möglich;<sup>31</sup> eine konkludente Zustimmung ist jedoch denkbar.<sup>32</sup> Allerdings sieht § 709 Abs. 2 BGB die Möglichkeit einer flexibleren Regelung im Gesellschaftsvertrag vor. Denkbar sind die Alleingeschäftsführungsbefugnis aller Gesellschafter, die Alleingeschäftsführungsbefugnis eines Gesellschafters oder Gesamtgeschäftsführungsbefugnis mehrerer Gesellschafter.<sup>33</sup>

Die Aufgabe der geschäftsführungsbefugten Gesellschafter besteht in dem Handeln im Rahmen des Gesellschaftsvertrags und -zwecks. Überschreitet das Handeln diese Grenzen, liegt regelmäßig ein Grundlagengeschäft vor, das stets Einstimmigkeit erfordert.<sup>34</sup>

#### Fall 1

A und B bilden eine GbR. A ist laut Gesellschaftsvertrag alleinvertretungsberechtigt, aber nicht alleingeschäftsführungsbefugt. A schließt einen Kaufvertrag für die GbR mit C ab. Wie ist die Rechtslage im Außen- und Innenverhältnis?

#### Lösung

##### 1. Außenverhältnis

Für einen Anspruch des C gegen die GbR aus § 433 Abs. 2 BGB bedarf eines wirksamen Vertragsschlusses. Dazu müsste der A die GbR wirksam gem. §§ 164 ff. BGB vertreten haben, d. h. er muss eine eigene Willenserklärung in fremden Namen mit Vertretungsmacht abgegeben haben. An der eigenen Willenserklärung und der Erklärung in fremden Namen (entweder ausdrücklich oder als sog. unter-

nehmensbezogenes Geschäft i. S. v. § 164 Abs. 1 S. 2 BGB) bestehen keine Zweifel. Die Vertretungsmacht des A ergibt sich hier aus dem Gesellschaftsvertrag. Daher konnte A die GbR wirksam gegenüber C vertreten. Ein wirksamer Kaufvertrag zwischen der GbR und C besteht.

##### 2. Innenverhältnis

Dem A stand jedoch keine Alleingeschäftsführungsbefugnis zu. Mit dem Abschluss des Kaufvertrages hat der A seine Pflicht gegenüber seinem Mitgesellschafter B (Innenverhältnis) verletzt. Für einen entsprechenden Schaden haftet er der GbR aus § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. dem Gesellschaftsvertrag. Problematisch kann jedoch die Durchsetzung werden, da B als anderer Gesellschafter nicht alleinvertretungsberechtigt ist, d. h. die Gesellschaft womöglich nicht allein vor Gericht vertreten kann. Die Lösung erfolgt in solchen Fällen über die Grundsätze der *actio pro socio*.<sup>35</sup>

### (2) Widerspruchsrecht, § 711 BGB

Ist keine gemeinschaftliche Geschäftsführungsbefugnis vorgesehen, kann das Widerspruchsrecht der Mitgesellschafter nach § 711 BGB relevant werden. Der Widerspruch führt dazu, dass das Geschäft nach § 711 S. 2 BGB unterbleiben muss. Er bildet die Kehrseite der Geschäftsführungsbefugnis, d. h. ohne Geschäftsführungsbefugnis existiert kein Widerspruchsrecht. Die Grenze bildet die Treuepflicht.

#### Fall 2

A, B und C bilden eine GbR. A hat laut Gesellschaftsvertrag Allein-, B und C Gesamtgeschäftsführungsbefugnis. B und C wollen ein Auto für GbR kaufen. A hält es für »zu teuer«; deswegen widerspricht er dem Kauf. *Dürfen* B und C den Kaufvertrag abschließen (Innenverhältnis)?

#### Lösung

Ausgangspunkt bei Fragen der Geschäftsführungsmaßnahmen ist § 709 Abs. 1 BGB. Jedoch haben die Gesellschafter eine andere Regelung im Gesellschaftsvertrag vereinbart. B und C sind zunächst gemeinsam geschäftsführungsbefugt, aber A kann als alleingeschäftsführungsbefugter dem Abschluss des Kaufvertrags wirksam widersprechen (»Patt«). Das Geschäft muss nach § 711 S. 2 BGB unterbleiben.<sup>36</sup>

<sup>30</sup> Bork, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Aufl. 2016, Rn. 1480 ff.

<sup>31</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 6 Rn. 9; Lange, JURA 2015, 547, 551.

<sup>32</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 6 Rn. 9.

<sup>33</sup> Anders bei der OHG, wo gem. § 115 I HGB Alleingeschäftsführungsbefugnis besteht.

<sup>34</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 6 Rn. 14.

<sup>35</sup> Siehe C. I. 3. c).

<sup>36</sup> Was das für das Außenverhältnis bedeutet, wird bei im Rahmen der Vertretungsmacht behandelt. Siehe C. I. 4. a) bb).

Abwandlung Fall 2: Wie oben, nur A und C wollen den Kaufvertrag abschließen. B widerspricht.

Lösung

A darf den Vertrag grundsätzlich aufgrund seiner Alleingeschäftsführungsbefugnis abschließen. B kann nur wirksam widersprechen, wenn er auch entsprechende Geschäftsführungsbefugnis hat. B ist aber nicht allein, sondern nur mit C geschäftsführungsbefugt. Daher hat er nicht wirksam widersprochen. A darf den Vertrag für die GbR abschließen.

### b) Rechte der Gesellschafter

Die Rechte der Gesellschafter sind nach Verwaltungs- und Vermögensrechten zu unterscheiden.<sup>37</sup> Erstere umfassen die Teilnahme an den Gesellschafterversammlungen samt Stimmrecht, die Informations- und Kontrollrechte gem. § 716 BGB sowie das Recht zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft (Pflichtrecht). Die zentralen Vermögensrechte bestehen in dem Gewinnanspruch aus § 721 BGB, dem Anspruch auf den Liquidationsüberschuss aus § 734 BGB sowie den Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 713, 670 BGB. Der wesentliche Unterschied zwischen Verwaltungs- und Vermögensrechten besteht darin, dass nur die Verwaltungsrechte dem sog. Abspaltungsverbot aus § 717 S. 1 BGB unterliegen, d. h. sie können nicht von der Gesellschafterstellung abgetrennt werden.<sup>38</sup>

Fall 3

A und B bilden eine GbR. A hat laut Gesellschaftsvertrag Alleingeschäftsführungsbefugnis. Im Rahmen seiner Tätigkeit für die GbR erleidet er einen Schaden bei einem Verkehrsunfall. Kann er den Schaden bei der GbR geltend machen?

Lösung

Dem A kann ein solcher Anspruch aus §§ 713, 670 BGB zustehen. § 713 BGB stellt eine zentrale Vorschrift für die Regelung der persönlichen Rechtsstellung des Gesellschafters dar.<sup>39</sup>

Die beiden wesentlichen Voraussetzungen ergeben sich aus dem Auftragsrecht, auf das § 713 BGB verweist. Zum einen muss der Gesellschafter die Aufwendungen »für erforderlich halten« dürfen. Dies bedeutet, er muss im Rahmen seiner Geschäftsführungsbefugnis handeln. Zum

anderen muss der Schaden ersatzfähig sein. Problematisch ist, dass es sich bei dem Schaden aus dem Verkehrsunfall um ein unfreiwilliges Vermögensopfer handelt, das *per definitionem* nicht als Aufwendung gelten dürfte. Jedoch lässt es die h.M. ausreichen, dass der Gesellschafter freiwillig ein Schadensrisiko übernommen hat (typische Begleitschäden).<sup>40</sup> Realisiert sich die mit der Geschäftsführung verbundene Gefahr, soll er diesen Schaden über §§ 713, 670 BGB ersetzt erhalten. In der Folge können sich in einer Klausur Fragen des Mitverschuldens und der Anwendung des Sorgfaltsmaßstabs des § 708 BGB (eigenübliche Sorgfalt)<sup>41</sup> stellen. Letzterer ist aber im Straßenverkehr nicht anwendbar, da hier kein Raum für individuelle Sorgfaltsmaßstäbe ist.<sup>42</sup>

Personen, die nicht geschäftsführungsbefugt sind, oder Gesellschafter, die ihre Geschäftsführungsbefugnis überschritten haben, können ihre Ansprüche über die berechnete GoA gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB geltend machen.<sup>43</sup> Freilich sind deren Voraussetzungen enger.

### c) Actio pro socio

Bei der bereits angesprochenen *actio pro socio*<sup>44</sup> handelt es sich »zu Deutsch« um ein Handeln für die Gesellschaft. Es geht also um die Durchsetzung von Sozialansprüchen (Gesellschaft gegen Gesellschafter), wie z. B. Beitragspflichten oder die Pflicht zur Geschäftsführung.

Fall 4

A und B bilden einen GbR. Trotz mehrerer Aufforderungen leistet A keinen Förderungsbeitrag. Der Gesellschaftsvertrag enthält keine Regelungen zur Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht. Die GbR möchte den A wegen fehlender Beitragsleistung verklagen. Kann die GbR die Klage nur unter Mitwirkung des Gesellschafters A erheben?

Lösung

Problematisch wirkt sich hier das Prinzip der Gesamtvertretung gem. § 714 BGB aus, das mangels anderweitiger Regelung im Gesellschaftsvertrag gilt. Die Lösung ergibt sich über die allgemein anerkannte *actio pro socio*. Mittels dieser Rechtsfigur können Mitgesellschafter den aus dem Gesellschaftsvertrag resultierenden Anspruch der Gesell-

37 Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 66.

38 Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 52.

39 Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 6 Rn. 27.

40 MünchKomm-BGB/Schäfer, § 713 Rn. 16.

41 Vgl. Lange, JURA 2015, 547, 552.

42 Palandt/Sprau, BGB, 75. Aufl. 2016, § 708 Rn. 2.

43 Henssler/Strohn/Servatius, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 713 BGB Rn. 12.

44 Lange, JURA 2015, 547, 550; siehe C. I. 3 a) bb).

schaft auch im eigenen Namen geltend machen.<sup>45</sup> Sie wird aus verschiedenen Rechtsquellen dogmatisch abgeleitet: entweder aus einer Analogie zu §§ 432, 2039 BGB oder aus dem Gesellschaftsvertrag oder aus Gewohnheitsrecht. Im Ergebnis führt die *actio pro socio* zu einer Durchbrechung der Zuständigkeitsordnung der GbR. Abschließend sei klargestellt, dass es nicht um Ansprüche gegen Dritte geht. Deren Verfolgung ist eine Maßnahme bzw. Aufgabe der Geschäftsführung.

#### 4. Außenverhältnis (Stellvertretung und Haftung)

Regelmäßig werden Examensklausuren aus dem allgemeinen Schuldrecht um Fragen der Stellvertretung und/oder Haftung der GbR angereichert. Daher sollen die beiden Themenkreise im Mittelpunkt des Abschnitts zum Außenverhältnis stehen.

##### a) Stellvertretung

Ausgangspunkt für die Vertretung der GbR ist die Auslegungsregel des § 714 BGB. Danach besteht ein Gleichlauf von Innen- und Außenverhältnis. Die Reichweite der Vertretungsmacht korrespondiert also mit der Geschäftsführungsbefugnis. Dem gesetzlichen Regelfall entspricht aufgrund des Gleichlaufs gem. § 714 BGB die Gesamtvertretung durch alle Gesellschafter. Jedoch gilt auch hier der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Die Vertretungsmacht kann bei der GbR durch den Gesellschaftsvertrag beschränkt werden.<sup>46</sup> Dies ist bei der OHG gem. § 126 Abs. 2 HGB nicht möglich. Der Grund dafür besteht in dem gesteigerten Verkehrsschutz, der dem HGB zugrunde liegt. Daneben soll bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass neben einer organschaftlichen Vertretung der GbR auch stets eine rechtsgeschäftliche Vertretung nach den §§ 164 ff. BGB denkbar ist. Die Prüfungsfolge entspricht derjenigen aus dem BGB AT: (i) eigene Willensklärung, (ii) in fremden Namen: häufig unternehmensbezogenes Geschäft i. S. v. § 164 Abs. 1 S. 2 BGB und (iii) Vertretungsmacht: organschaftliche (§ 714 BGB) oder aus rechtsgeschäftliche.

<sup>45</sup> Vgl. zur OHG *Weller/Prütting*, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 264.

<sup>46</sup> *Weller/Prütting*, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 410 f. Bei der OHG gilt hingegen der Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht aus § 126 Abs. 2 HGB, siehe C. II. 4 a) aa), *JURA* Heft 3/2017.

##### aa) Prinzip der Selbstorganschaft

Eine wesentliche Ausnahme vom Grundsatz der Vertragsfreiheit nach § 311 Abs. 1 BGB enthält das Prinzip der Selbstorganschaft bzw. das sog. Organmonopol.<sup>47</sup> Die Organschaft muss bei Personengesellschaften immer bei den Gesellschaftern als Haftungsgemeinschaft liegen (Einheit von Herrschaft und Haftung<sup>48</sup>). Dahinter steht die Wertung, dass derjenige über die Geschicke der Gesellschaft entscheiden soll, der unmittelbar und unbeschränkt haftet (Gesellschafter, dazu unter b.) und deshalb mit Bedacht agiert.<sup>49</sup> Dies stellt einen guten Kontrollmechanismus dar, der über die unbeschränkte Haftung abgesichert ist.

##### Fall 5

A und B bilden eine GbR. Der Gesellschaftsvertrag besagt, dass B nur gemeinsam mit dem außenstehenden Dritten D geschäftsführungs- und vertretungsbefugt ist. A ist von der Geschäftsführung und der Vertretung ausgeschlossen. B schließt allein für die GbR mit F einen Kaufvertrag ab. B hatte aber schon in der Vergangenheit häufig so gehandelt, ohne dass A eingeschritten war. Hat F einen Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB gegen die GbR?

##### Lösung

Ein Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB besteht, wenn B die GbR wirksam vertreten hat. Er hat eine eigene Willensklärung in fremden Namen i. S. v. § 164 Abs. 1 S. 2 BGB (unternehmensbezogenes Geschäft) abgegeben. Dies muss er aber auch mit der hinreichenden Vertretungsmacht getan haben. Zwar gilt der Grundsatz des § 714 BGB, aber hier ist im Gesellschaftsvertrag eine Gesamtvertretung durch B und D vorgesehen. Da die Gesellschaft nicht allein durch die Gesellschafter vertreten werden kann, verletzt diese Regelung das Prinzip der Selbstorganschaft. Die Regelung ist daher nichtig.

Als Ersatz gilt die Auslegungsregel des § 714 i. V. m. § 709 BGB, also eine Gesamtvertretung durch die beiden Gesellschafter A und B. Daher hatte B keine Vertretungsmacht zum Abschluss des Kaufvertrags.

Allerdings kommt eine Duldungsvollmacht als sog. Rechtsscheinvollmacht<sup>50</sup> in Frage, da B bereits in der Ver-

<sup>47</sup> Vgl. *Koch*, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 6 Rn. 11.

<sup>48</sup> *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 41.

<sup>49</sup> *Bayer/Lieder*, Examensrepetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 502.

<sup>50</sup> *Bork*, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Aufl. 2016, Rn. 1550 ff. Zum Verständnis der Duldungsvollmacht muss man sich bewusst machen, dass ihre Voraussetzungen denen des Rechtsscheins allgemein entsprechen: (i) Bestehen eines Rechtsscheins, (ii) Zurechenbarkeit, (iii) Gutgläubigkeit des Dritten und (iv) Kausalität zwischen Rechtsschein und Handeln des Dritten.

gangenheit so gehandelt hat. Der Rechtsschein einer Vollmacht besteht hier, da F nach den bisherigen Verhaltensweisen von A und B von einer Vollmacht des B ausgehen kann. Der GbR ist das Dulden des Handelns des B durch den A auch zurechenbar, da B mit seinem Wissen handelte. Der F ist als Dritter auch gutgläubig. Schließlich ist der Rechtsschein auch kausal für das Handeln des Dritten F gewesen. Damit konnte B aufgrund der Duldungsvollmacht die GbR wirksam vertreten.

### bb) Missbrauch der Vertretungsmacht (Kollusion und Evidenz)

Eine weitere Verzahnung mit dem BGB AT bietet sich in den Fällen des Missbrauchs der Vertretungsmacht. Dahinter versteckt sich die folgende Problematik, die sich aus der Trennung von Innen- und Außenverhältnis ergibt: Die das Außenverhältnis betreffende gesetzliche Vertretungsmacht und das das Vertreterhandeln deckende Innenverhältnis müssen sich vom Umfang her nicht decken, wie beispielsweise bei einer unterschiedlichen Regelung im Gesellschaftsvertrag zur Geschäftsführungsbefugnis und zur Vertretungsmacht. Hieraus resultiert das Problem, ob bei einem von dem Dritten erkannten oder für den Dritten erkennbaren Verstoß des Vertreters gegen die Bindung des Innenverhältnisses das Vertreterhandeln unwirksam ist (»Missbrauch der Vertretungsmacht«). Der Missbrauch der Vertretungsmacht ist aus Gründen des Verkehrsschutzes in der Regel unbeachtlich, d. h. er ändert nichts am Bestehen der Vertretungsmacht.<sup>51</sup> Wer die Vorteile einer Stellvertretung beansprucht, muss auch das Risiko eines Missbrauchs der Vertretungsmacht tragen. Etwas anderes gilt in zwei Fällen, wenn der Dritte bösgläubig ist: (i) Der Vertreter handelt evident außerhalb seiner Bindungen aus dem Innenverhältnis (Evidenz). (ii) Der Vertreter und der Dritte handeln nach gemeinsamer Absprache kollusiv zusammen (Kollusion).<sup>52</sup>

#### Fall 6

A und B bilden eine GbR. Sie sind laut Gesellschaftsvertrag alleingeschäftsführungsbefugt. Der Gesellschaftsvertrag enthält keine Regelung über die Vertretungsmacht.

Frage 1: Kann A alleine Verträge für die GbR abschließen?

Frage 2: Welche Folgen treten ein, wenn B den A auffordert, ein konkretes Geschäft nicht abzuschließen?

#### Frage 1

Die normativen Ausgangspunkte für diese Frage sind § 714 und § 709 BGB. Der Gesellschaftsvertrag enthält zwar keine Regelung zur Vertretungsmacht, erteilt aber A und B jeweils Alleingeschäftsführungsbefugnis. Da nach der Auslegung des § 714 BGB grundsätzlich ein Gleichlauf von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht gilt, kann A die GbR allein vertreten.

#### Frage 2

Die Frage betrifft die Wirkung eines Widerspruchs gem. § 711 BGB im Außenverhältnis. Das Gesetz regelt diesen Fall nicht. § 711 BGB findet dem Wortlaut demnach nur im Innenverhältnis Anwendung. Was gilt aber im Außenverhältnis? Ein Teil der Literatur erkennt eine Außenwirkung des Widerspruchs an.<sup>53</sup> Andernfalls wäre das Instrument des Widerspruchs wirkungslos. Zudem wäre der Mitgesellschafter in einem Schadensersatzprozess auf Grundlage der *actio pro socio* (§ 280 Abs. 1 BGB i. V. m. Gesellschaftsvertrag) mit einem Prozessrisiko belastet. Demgegenüber lehnt die h. M. eine Außenwirkung des Widerspruchs ab.<sup>54</sup> Der gutgläubige Dritte sei zu schützen (sog. Verkehrsschutz); insbesondere sei dem Dritten eine Ermittlung der Streitigkeiten der Gesellschafter im Innenverhältnis nicht zuzumuten.<sup>55</sup>

Möglicherweise könnte aber ein Fall des Missbrauchs der Vertretungsmacht vorliegen. Dieser wirkt sich aber nur ausnahmsweise im Fall der Kollusion und Evidenz auf die Wirksamkeit der Vertretung aus. Hier bestehen dafür keine Anhaltspunkte. A kann die GbR mithin wirksam im Außenverhältnis verpflichten.

### b) Haftung

Die wohl wichtigsten Examensthemen sind die Haftung der Gesellschaft und die akzessorische Haftung der Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft. Die Prüfungsfolge, der auch die weitere Darstellung entspricht, lautet wie folgt:

#### I. Haftung der GbR

- Teilrechtsfähigkeit
- Vertretungsmacht

<sup>51</sup> Bork, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Aufl. 2016, Rn. 1574; Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1996, Rn. 1296.

<sup>52</sup> Bork, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Aufl. 2016, Rn. 1574 ff.

<sup>53</sup> Flume, Die Personengesellschaft, 1977, § 15 II 4.

<sup>54</sup> BGH NZG 2008, 588, 592; Bayer/Lieder, Examensrepetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 525; Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 6 Rn. 40.

<sup>55</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 6 Rn. 40.

- II. Haftung der Gesellschafter  
→ Akzessorietätstheorie, § 128 HGB analog
- III. Gegenrechte der Gesellschafter, § 129 HGB analog
- IV. Regressansprüche des haftenden Gesellschafters gegen (i) die Gesellschaft und/oder (ii) die Mitgesellschafter<sup>56</sup>

Im Folgenden steht die Frage nach der Haftung der Gesellschafter im Mittelpunkt. Dazu wird nach dem Verpflichtungsgrund unterschieden: Rechtsgeschäft (Primär- und Sekundäransprüche), dingliche Ansprüche, Delikts- und Bereicherungsrecht.

#### aa) Rechtsgeschäftliche Ansprüche

Bei den rechtsgeschäftlichen Ansprüchen sind die hier relevanten Drittschuldnerbeziehungen von den Sozialverpflichtungen der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern (Anspruch auf Gewinnanteil aus § 721 BGB, Aufwendersersatz gem. §§ 713, 670 BGB, Anspruch auf Auseinandersetzungsguthaben gem. § 734 BGB) zu trennen. Letztere resultieren – wie ausgeführt<sup>57</sup> – aus dem Gesellschaftsvertrag. Für diese haften die Gesellschafter aufgrund der fehlenden Nachschusspflicht gem. § 707 Abs. 1 BGB nicht.

#### (1) Vertragliche Primäransprüche

Für vertragliche Primäransprüche haftet der GbR-Gesellschafter nach der Akzessorietätstheorie analog § 128 S. 1 HGB.<sup>58</sup> Für den Fallaufbau bedeutet dies, dass im ersten Schritt Ansprüche gegen die Gesellschaft und im zweiten Schritt Ansprüche gegen die Gesellschafter geprüft werden. Dies entspricht der Vorgehensweise bei der ebenfalls akzessorischen Bürgenhaftung aus § 765 BGB;<sup>59</sup> allerdings steht dem Gesellschafter anders als dem Bürgen nicht die Einrede der Vorausklage gem. § 771 BGB zu.<sup>60</sup>

Im Hinblick auf den Inhalt gilt die sog. Erfüllungstheorie, d.h. die Gesellschafter haften grundsätzlich für die Erfüllung *in natura* (wie z. B. Nacherfüllung bei Mangelbeseitigung durch insolvente Gesellschaft<sup>61</sup>), es sei

denn nur die Gesellschaft kann *in natura* erfüllen.<sup>62</sup> Dann haftet der Gesellschafter auf das positive Interesse. Irrelevant ist diese Frage bei Geldschulden.

Als Kontrollüberlegung sollte hier die Frage gestellt werden, ob die Gesellschafter neben der GbR als Gesamtschuldner nach § 421 BGB haften. Voraussetzungen für eine Gesamtschuld sind (i) Schuldnermehrheit, (ii) Leistungspflicht jedes Schuldners, (iii) einmaliges Forderungsrecht des Gläubigers und (iv) Gleichstufigkeit (h. M.), d. h. »Haftung nebeneinander«. Im Verhältnis Gesellschaft-Gesellschafter fehlt es an der Gleichstufigkeit, denn eine akzessorische Haftung ist keine Haftung nebeneinander, sondern nachrangig.<sup>63</sup> Der Anspruch gegen die Gesellschafter ist in ihrem rechtlichen Bestand von dem Anspruch gegen die Gesellschaft abhängig. Daher fehlt es an der Gleichrangigkeit. Diese Parallele findet sich auch bei der Bürgenhaftung, § 774 BGB. Demgegenüber besteht zwischen den Gesellschaftern analog § 128 HGB eine Gesamtschuld i. S. v. § 421 BGB.

#### (2) Vertragliche Sekundäransprüche

Fall 7

A und B bilden eine GbR. A ist allein mit der Geschäftsführung betraut. Durch sein schuldhaftes Handeln entsteht ein Schaden an dem Eigentum eines Vertragspartners der GbR, dem D. Kann der Vertragspartner D die GbR wegen dieses Schadens aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Anspruch nehmen?

Lösung

Das Schuldverhältnis besteht in dem angesprochenen Vertrag zwischen der GbR und D. Die Pflichtverletzung liegt in der Verletzung der Rücksichtnahmepflicht auf Rechtsgüter des Vertragspartners D (Eigentum). Fraglich ist jedoch, ob sich die GbR das Verschulden des A zurechnen lassen muss. Als Rechtsgrundlagen kommen § 31 BGB analog oder § 278 BGB in Betracht. Letztere scheidet aber aus, weil die Rechtsfolgen der Norm nicht passen. Es handelt sich nicht um eine Zurechnung fremden Verschuldens.<sup>64</sup> Die GbR kann selbst nur durch ihre Organe handeln, es liegt ein Fall des Eigenhandelns vor. Daher greift nach weit überwiegender Meinung § 31 analog. Die Norm ist nicht direkt anwendbar, da sie aus dem Vereins- und damit aus dem Körperschaftsrecht stammt. Jedoch ist sie analog anwendbar, weil eine Regelungslücke besteht und mit An-

<sup>56</sup> Vgl. Lange, JURA 2015, 547, 551 f.

<sup>57</sup> Siehe C. I. 3.

<sup>58</sup> BGH NJW 2001, 1056; Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 413 a.

<sup>59</sup> Vgl. BGH NJW 1967, 2155, 2156; Henssler/Strohn/Steitz, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 129 HGB Rn. 1.

<sup>60</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 14.

<sup>61</sup> BGH NJW 1979, 1361.

<sup>62</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 16.

<sup>63</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 7 Rn. 27.

<sup>64</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 7 Rn. 5.

erkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR eine vergleichbare Interessenlage angenommen werden kann.<sup>65</sup>

### bb) Dingliche Ansprüche/Ansprüche aus dem Eigentum

Klagt ein Dritter gegen die GbR auf Herausgabe des Besitzes aus § 985 BGB, so muss man die Lehre vom Organbesitz kennen. Ähnlich wie bei der Zurechnung von Handeln, Wissen oder Verschulden wird der Besitz des Organs der Gesellschaft als eigener zugerechnet.<sup>66</sup> Bei Gesellschaftern ohne Geschäftsführungsbefugnis und bei Angestellten handelt es sich hingegen um Besitzdiener der Gesellschaft i. S. v. § 855 BGB.<sup>67</sup>

### cc) Deliktische Ansprüche und solche aus §§ 812 ff. BGB

Für beide Anspruchsarten haftet der Gesellschafter akzessorisch auf Grundlage der Akzessorietätstheorie analog § 128 HGB.<sup>68</sup>

### dd) Gegenrechte der Gesellschafter

Den normativen Aufhänger für die Gegenrechte der GbR-Gesellschafter bildet § 129 Abs. 1 HGB analog. Ähnlich wie bei der Bürgenhaftung kommen eigene Einreden des Gesellschafters, aber vor allem auch solche der GbR in Betracht. Einzelheiten werden bei der Darstellung der OHG behandelt.<sup>69</sup>

### ee) Regress des in Anspruch genommenen Gesellschafters

Für den in Anspruch genommenen Gesellschafter kommen zwei Regresswege in Betracht: Er kann sowohl bei der Gesellschaft als auch bei dem Mitgesellschafter Regress nehmen.

#### (1) Anspruch gegen die Gesellschaft

Der geschäftsführungsbefugte Gesellschafter hat einen Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 713, 670 BGB (analog), der nicht-geschäftsführungsbefugte Gesellschafter einen solchen nur aus GoA gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB.<sup>70</sup>

<sup>65</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 7 Rn. 5.

<sup>66</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 3 Rn. 21.

<sup>67</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 3 Rn. 21.

<sup>68</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 7 Rn. 17.

<sup>69</sup> Siehe C. II. 4. b) bb), JURA Heft 3/2017.

<sup>70</sup> Henssler/Strohn/Servatius, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 713 BGB Rn. 12.

Letzterer kann nur unter erschwerten Bedingungen Ersatz erhalten, da er sich aus der Geschäftsführung heraushalten soll.

#### (2) Anspruch gegen die Mitgesellschafter

##### Fall 8

A und B kaufen ein Auto für die GbR, deren Gesellschafter sie sind. Verkäufer V wendet sich wegen der Bezahlung an A. A entgegnet, er schulde nur den halben Kaufpreis. Den Rest müsse sich V bei B »holen«.

Frage 1: Hat A Recht?

Frage 2: Kann sich A nach möglicher Zahlung in voller Höhe an B halten?

Lösung:

Frage 1:

A geht von einer Teilschuld gem. § 420 BGB aus; bei Vorliegen einer Teilschuld wäre er nur zur Zahlung des halben Kaufpreises verpflichtet. Die Teilschuld ist regelmäßig von der Gesamtschuld i. S. v. § 421 BGB zu unterscheiden; im Fall der Gesamtschuld würde A für die gesamte Schuld haften. Die §§ 705 ff. BGB enthalten keine diesbezügliche Regelung. Allerdings gilt auch bei der GbR die Akzessorietätstheorie analog § 128 BGB, die eine Gesamtschuld zwischen den Gesellschaftern ausdrücklich anordnet. I.Ü. liegen auch die Voraussetzungen der Gesamtschuld, insbesondere die Gleichstufigkeit, vor.

Frage 2:

Anspruchsgrundlagen für einen Gesamtschuldnerausgleich zwischen A und B sind § 426 Abs. 1 S. 1 und § 426 Abs. 2 i. V. m. § 433 Abs. 2 BGB. Zwei Punkte verdienen Beachtung: Zum einen erfordert die Treuepflicht zwischen den Gesellschaftern, dass zunächst die Gesellschaft in Anspruch genommen wird und erst subsidiär die Mitgesellschafter.<sup>71</sup> Denn es handelt sich um eine Sozialverbindlichkeit, für die die Gesellschafter analog § 128 HGB nicht haften.<sup>72</sup> Zum anderen besteht nur eine Haftung *pro rata*, d. h. in Höhe des eigenen Verlustanteils.<sup>73</sup> A hat gegen B einen Anspruch in Höhe des halben Kaufpreises aus § 426 Abs. 1 S. 1 und § 426 Abs. 2 i. V. m. § 433 Abs. 2 BGB.

<sup>71</sup> Wiedemann/Frey, Gesellschaftsrecht (PdW), 8. Aufl. 2012, Fall 112, 142.

<sup>72</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 7 Rn. 21.

<sup>73</sup> Wiedemann/Frey, Gesellschaftsrecht (PdW), 8. Aufl. 2012, Fall 112, 142.

Haftungsverfassung bei der GbR/OHG	
Vertragliche Primäransprüche	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Gesellschaft: +, teilrechtsfähig nach h. M. (GbR)/§ 124 HGB (OHG)</li> <li>– Gesellschafter: +, Akzessorietätstheorie (analog) § 128 S. 1 HGB</li> </ul>
Vertragliche Sekundäransprüche	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Gesellschaft: +, § 31 BGB analog</li> <li>– Gesellschafter (handelnd): +, Akzessorietätstheorie (analog) § 128 S. 1 HGB</li> <li>– Gesellschafter (nicht handelnd): +, Akzessorietätstheorie (analog) § 128 S. 1 HGB</li> </ul>
Deliktische Ansprüche	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Gesellschaft: +, § 31 BGB analog</li> <li>– Gesellschafter (handelnd): +, § 823 BGB (direkt) und Akzessorietätstheorie (analog) § 128 S. 1 HGB</li> <li>– Gesellschafter (nicht handelnd): +, Akzessorietätstheorie (analog) § 128 S. 1 HGB</li> </ul>

## 5. Die fehlerhafte Gesellschaft

Die fehlerhafte Gesellschaft ist das Parallelinstitut zum fehlerhaften Arbeitsverhältnis.<sup>74</sup> Beide sind nichtige, in Vollzug gesetzte Dauerschuldverhältnisse.

### a) Problemaufriss

Ein Gesellschaftsvertrag kann aus verschiedenen Gründen nichtig oder wenigstens anfechtbar sein. Die *ex tunc*-Wirkung der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit führt zu dem praktischen Problem, dass die geleisteten Beiträge der Gesellschafter über §§ 812 ff. BGB rückabgewickelt werden müssen, da kein Rechtsgrund mehr besteht.<sup>75</sup> Diese Rückabwicklung wäre praktisch nicht durchführbar, da jeder Geschäftsvorfall das Gesellschaftsvermögen umgestaltet und dementsprechend rückabzuwickeln wäre.<sup>76</sup> Diese Rückabwicklungsprobleme stellen sich aber auch im Ver-

hältnis zu Dritten, so dass auch hier der Gedanke des Verkehrsschutzes als Teil der Rechtfertigung für die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft herangezogen werden kann.<sup>77</sup> Dieses Konzept ist nur auf die Personengesellschaften beschränkt. Im Gegensatz dazu finden sich bei Kapitalgesellschaften wie der AG oder der GmbH besondere Nichtigkeits- und Anfechtungsvorschriften, wie z. B. §§ 241 ff. AktG.<sup>78</sup>

### b) Voraussetzungen

#### aa) Fehlerhafter Gesellschaftsvertrag

Die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags kann sich aus §§ 104 ff., § 125 i. V. m. § 311 b Abs. 1 S. 1, § 134, § 138 BGB ergeben.

#### bb) Invollzugsetzung

Die Gesellschaft muss auch in Vollzug gesetzt werden, indem sie ihren Geschäftsbetrieb aufnimmt.

#### cc) Keine vorrangigen Schutzzwecke Einzelner oder der Allgemeinheit

Allerdings dürfen keine vorrangigen Schutzzwecke zugunsten Einzelner oder der Allgemeinheit vorliegen.<sup>79</sup> Einen solchen Widerspruch kann die Rechtsordnung nicht dulden. Ausgangspunkt bildet eine Abwägung der Schutzzwecke mit dem Bestandsschutz der Gesellschaft.<sup>80</sup> Beispielsweise können die Gesellschafter mit dem Gesellschaftsvertrag verbotene (§ 134 BGB) oder sittenwidrige (§ 138 BGB) Zwecke verfolgen. Ein anderes klassisches Beispiel ist der Minderjährige ohne hinreichende Vertretungsmacht, der am Vertragsschluss mitgewirkt hat.

#### c) Zwei Rechtsfolgen

Die fehlerhafte Gesellschaft wird im Innen- und Außenverhältnis als wirksam behandelt.<sup>81</sup> Gleichzeitig gilt eine *ex nunc* Nichtigkeit, wenn die Gesellschafter dies wollen; der

<sup>74</sup> Wiedemann/Frey, Gesellschaftsrecht (PdW), 8. Aufl. 2012, Fall 99; vgl. zur Abgrenzung zu der Problematik der sog. Scheingesellschaft, Schäfer, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 5 Rn. 28.

<sup>75</sup> Bayer/Lieder, Examensrepetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 761.

<sup>76</sup> Wiedemann/Frey, Gesellschaftsrecht (PdW), 8. Aufl. 2012, Fall 99.

<sup>77</sup> Palandt/Sprau, BGB, 75. Aufl. 2016, § 705 Rn. 18.

<sup>78</sup> Vgl. auch zu deren analoger Anwendung im Recht der GmbH, Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 519.

<sup>79</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 24.

<sup>80</sup> Vgl. Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 187.

<sup>81</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 187 ff.

Nichtigkeitsgrund stellt einen wichtigen Grund i. S. v. § 723 BGB für eine Kündigung dar.

#### Fall 9

A, B und der 17-jährige C haben einen GbR-Vertrag abgeschlossen und in Kraft gesetzt. Beim Abschluss wurde C nicht wirksam vertreten. Ist C Gesellschafter? Hat er einen Anspruch auf Gewinnbeteiligung?

#### Lösung

C könnte Gesellschafter einer fehlerhaften Gesellschaft sein. Der Gesellschaftsvertrag ist nichtig. Er hätte einerseits der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des C bedurft, §§ 107 ff. BGB; andererseits ist die Genehmigung des Familiengerichts gem. §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB erforderlich, hier aber nicht gegeben. Bei Versagen der Genehmigung ist der Vertrag endgültig unwirksam. Der Vertrag wurde in Vollzug gesetzt. Möglicherweise bestehen aber vorrangige Schutzbelange der Allgemeinheit/ Einzelner. Nach der grundlegenden Wertung des BGB ist der Minderjährigenschutz nach h.M. ein solcher Schutzbelang.<sup>82</sup> Daher kann C nicht Gesellschafter werden. Zwischen den anderen Gesellschaftern besteht die Gesellschaft fort, soweit mehr als ein weiterer Gesellschafter vorhanden ist.<sup>83</sup> Dies bedeutet auch, dass C keinen Anspruch auf Gewinn i. S. v. § 722 BGB hat. Eine andere Auffassung lässt die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auch in diesen Fällen gelten, wendet sie aber nur eingeschränkt an. Sie sollen gelten, soweit die Mitgliedschaft dem Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft i. S. v. § 107 Abs. 1 BGB ist (z. B. der Gewinnanspruch).<sup>84</sup> Gegen diese Auffassung spricht, dass das Gesellschaftsrecht keinen »hinkenden« Gesellschafter (nur Rechte, aber keine Pflichten) kennt. Zudem wäre eine Genehmigung möglich.<sup>85</sup> Damit sind die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft unanwendbar.

## 6. Änderungen im Bestand der Gesellschafter

Änderungen im Bestand der Gesellschafter sind auf drei Wegen denkbar: Eintritt, ersatzloses Ausscheiden oder Wechsel eines Gesellschafter. Ausgangspunkt für diese

Fragen bildet das besondere Vertrauensverhältnis zwischen den Gesellschaftern einer GbR.<sup>86</sup>

### a) Eintritt

Ein Eintritt eines neuen Gesellschafter erfolgt per Aufnahmevertrag mit allen bisherigen Gesellschaftern, nicht mit der GbR (!). Dadurch ändert sich der Gesellschaftsvertrag. Soweit keine anderweitige vertragliche Regelung (Mehrheitsprinzip) besteht, ist zur Änderung des Gesellschaftsvertrags die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.<sup>87</sup>

Als Rechtsfolge kommt es nicht zu einer Änderung der Identität der Gesellschaft, sondern es sind nur mehr Personen am Gesellschaftsvermögen beteiligt.<sup>88</sup> Der eintretende Gesellschafter haftet für die neuen Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber Dritten analog § 128 HGB, für die alten Verbindlichkeiten nach der Akzessorietätstheorie analog § 130 HGB.<sup>89</sup>

### b) Ausscheiden

Beim Ausscheiden eines Gesellschafter gilt die Auflösung der GbR als Grundregel, da das Gesetz von einer engen Verbundenheit der Gesellschafter aufgrund der personalistischen Struktur ausgeht.<sup>90</sup> In der Praxis enthält der Gesellschaftsvertrag jedoch regelmäßig eine Fortsetzungsklausel i. S. v. § 736 Abs. 1 BGB, um ein Abwicklungsverfahren nach § 730 BGB mit anschließender Neugründung zu vermeiden.<sup>91</sup>

Das Ausscheiden führt in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen bei den Mitgesellschaftern zu einem Anwachsen um den Anteil des Ausscheidenden, § 738 Abs. 1 S. 1 BGB (»automatisch«, d. h. ohne weitere Übertragungsakte).<sup>92</sup>

Für neue Verbindlichkeiten haftet der ausscheidende Gesellschafter nicht. Für alte Verbindlichkeiten besteht eine Nachhaftung, die auf 5 Jahre begrenzt ist, vgl. § 736 Abs. 2 BGB i. V. m. § 160 HGB. Der Beginn liegt bei der GbR mangels Registrierung 5 Jahre nach Kenntnis des Gläubigers vom Ausscheiden des Gesellschafter.<sup>93</sup> Dies liegt da-

<sup>82</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 187.

<sup>83</sup> Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. 2016, § 10 Rn. 45.

<sup>84</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 5 Rn. 18.

<sup>85</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 5 Rn. 18.

<sup>86</sup> Vgl. Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. 2016, § 9 Rn. 15; vgl. auch Lange, JURA 2015, 547, 552f.

<sup>87</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 81.

<sup>88</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 18 Rn. 4 (OHG).

<sup>89</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 7 Rn. 23 (GbR), § 18 Rn. 32ff. (OHG).

<sup>90</sup> Vgl. Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 108 (»auf unveränderten personellen Bestand angelegt«).

<sup>91</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 118.

<sup>92</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 112.

<sup>93</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 10 Rn. 24 (GbR).

rin begründet, dass ein bestehendes Haftungsobjekt nicht einseitig entzogen werden darf. Gleichzeitig hat der Gesellschafter ein Bedürfnis nach Enthftung. Dogmatisch handelt es sich um nicht um eine Verjährungsregelung, sondern um einen Ausschlussgrund.<sup>94</sup>

Der Ausscheidende hat einen Anspruch auf Abfindung gem. § 738 Abs. 1 S. 2 BGB, auf die Rückgabe von Gegenständen gem. §§ 738 Abs. 1 S. 2, 732 BGB sowie einen Freistellungsanspruch gem. § 738 Abs. 1 S. 2 BGB wegen der Nachhaftung.<sup>95</sup>

### c) Wechsel

Ein Wechsel des Gesellschafters kann entweder mittels eines Doppelvertrags von altem und neuem Gesellschafter mit allen weiteren Gesellschaftern oder im Wege der Abtretung der Mitgliedschaft gem. §§ 398, 413 BGB geschehen.<sup>96</sup> Dies ist möglich, weil §§ 717 S. 1, 719 Abs. 1 Alt. 1 BGB nur die Abspaltung einzelner Mitgliedschaftsrechte, aber nicht die Übertragung im Ganzen verhindern wollen.<sup>97</sup> Dazu ist regelmäßig die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.

Die Rechtsfolgen entsprechen denen bei Eintritt und Austritt, s. o.

## 7. Beendigung

Die Auflösungsgründe sind in den §§ 723 ff. BGB vorgesehen. Nach Auflösung entsteht eine Abwicklungsgesellschaft bis zur Vollbeendigung.<sup>98</sup> Die Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens erfolgt gem. § 730 BGB.

## II. OHG

Die Existenz der OHG neben der GbR rechtfertigt sich dadurch, dass die weitgehende Vertragsfreiheit der GbR den Bedürfnissen des Handelsverkehrs (Einfachheit, Schnelligkeit, Rechtssicherheit) angepasst werden muss.<sup>99</sup> Das Gesetz bezeichnet die OHG als »offen«, weil die Gesellschafter stets nach außen hin auftreten.<sup>100</sup> Den Gegensatz

stellt die stille Gesellschaft, §§ 230 ff. HGB, dar, die der Innengesellschaft der GbR entspricht. Bei der OHG zeigt sich anhand von § 105 Abs. 3 HGB eine Art »Baukastenprinzip«. Danach ist subsidiär auf die Regeln der GbR zurückzugreifen.<sup>101</sup> Insofern bilden die §§ 705 ff. eine Art »Allgemeinen Teil« des Personengesellschaftsrechts. Die OHG stellt also eine »Spezialform der GbR« dar.<sup>102</sup> Die Darstellung der OHG entspricht im Wesentlichen derjenigen der GbR. Von besonderer Relevanz in Abgrenzung zur GbR ist die Registerpflicht der OHG gem. § 106 HGB,<sup>103</sup> die an verschiedenen Stellen relevant wird. Schließlich hat die OHG einen Handelsnamen, die Firma gem. §§ 17 ff. HGB.<sup>104</sup> Dies ändert nichts daran, dass nur der Unternehmensträger Rechtssubjekt ist, nicht hingegen der Name. Zur besseren Nachvollziehbarkeit der weiteren Ausführungen empfiehlt sich an dieser Stelle die Lektüre der sechs Titel im Abschnitt zur OHG (§§ 105–160 HGB).

### 1. Entstehung

#### a) Voraussetzungen

Die Voraussetzungen der Entstehung entsprechen im Grundsatz denen der GbR. Neben den Gemeinsamkeiten (Gesellschaftsvertrag und Förderungspflicht) besteht aber der entscheidende Unterschied darin, dass der Zweck einer OHG der Betrieb eines Handelsgewerbes i. S. v. § 1 Abs. 2 HGB ist.<sup>105</sup> Hier lässt sich der Begriff des Handelsgewerbes leicht in die Klausur integrieren. Allerdings können auch Unternehmen, die kein Handelsgewerbe (z. B. Kleingewerbe) betreiben, kraft Eintragung in das Handelsregister zu einer OHG werden, vgl. § 105 Abs. 2 HGB; gleiches gilt für Vermögensverwaltungsgesellschaften.<sup>106</sup> In Abgrenzung zur KG haften alle Gesellschafter unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der OHG, vgl. § 128 HGB.

#### b) Entstehung im Innen- und Außenverhältnis

Im Innenverhältnis entsteht die OHG mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags, vgl. § 109 Abs. 1 HGB. Im Außenverhältnis entsteht die OHG gem. § 123 Abs. 1 HGB grundsätzlich mit der Eintragung ins Handelsregister, d. h. mit der

<sup>94</sup> Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 37. Aufl. 2016, § 160 Rn. 3.

<sup>95</sup> Vgl. Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 118, 133.

<sup>96</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 112.

<sup>97</sup> Vgl. Lange, JURA 2015, 547, 552.

<sup>98</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 150 ff., 158 ff.

<sup>99</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 12 Rn. 1.

<sup>100</sup> Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. 2013, § 11 Rn. 3.

<sup>101</sup> Bayer/Lieder, Examensrepetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 452; Lange, JURA 2015, 665.

<sup>102</sup> Lange, JURA 2015, 665.

<sup>103</sup> Lange, JURA 2015, 665.

<sup>104</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 196, 420 a.

<sup>105</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 2.

<sup>106</sup> Lange, JURA 2015, 665 f.

»Kundgebung des Wirksamwerdens«<sup>107</sup>. Nimmt sie schon vorher ihre Geschäftstätigkeit auf, entsteht sie nach § 123 Abs. 2 HGB bereits zu diesem Zeitpunkt. Hintergrund dieser Regelung ist der Gläubigerschutz. Diese Regelungen zum Außenverhältnis sind gem. § 123 Abs. 3 BGB unbedingbar. Auch hier zeigt sich die bereits bei der GbR angesprochene Trennung von Innen- und Außenverhältnis.

## 2. Rechtsnatur

Die OHG ist wie die GbR eine Gesamthandsgemeinschaft gem. § 105 Abs. 3 HGB i. V. m. §§ 718, 719 BGB. Anders als bei der GbR bestand bzw. besteht über die Teilrechtsfähigkeit kein Streit, da sie in § 124 Abs. 1 HGB ausdrücklich vorgesehen ist.

## 3. Innenverhältnis

Für das Innenverhältnis gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Die entsprechenden Regelungen finden sich im Gesellschaftsvertrag: Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Regelung, gelten die §§ 110–122 HGB und subsidiär § 105 Abs. 3 i. V. m. §§ 705 ff. HGB.<sup>108</sup> Zum Inhalt zählen auch bei der OHG die Beitragspflicht, das Wettbewerbsverbot gem. §§ 112 f. HGB als Ausfluss der Treuepflicht<sup>109</sup>, die GuV-Verteilung/das Entnahmerecht sowie Informations- und Kontrollrechte. Im Mittelpunkt sollen aber die Fragen der Geschäftsführungsbefugnis stehen, deren Regeln von der GbR abweichen, um den Anforderungen des Handelsverkehrs gerecht zu werden.

### a) Geschäftsführungsbefugnis

#### aa) Grundregel des §§ 114 Abs. 1, 115 Abs. 1 HGB

Die dispositive Grundregel bildet die Einzelgeschäftsführungsbefugnis gem. §§ 114 Abs. 1, 115 Abs. 1 HGB. Damit soll die Leichtigkeit des Handelsverkehrs gefördert werden.<sup>110</sup> Demgegenüber gilt bei der GbR die Grundregel der gemeinschaftlichen Geschäftsführungsbefugnis gem. § 709 BGB. Bei der GbR hat der Gesetzgeber vielmehr die enge Verbundenheit der Gesellschafter vor Augen.<sup>111</sup>

<sup>107</sup> Lange, *JURA* 2015, 665, 667.

<sup>108</sup> Lange, *JURA* 2015, 665, 667.

<sup>109</sup> Koch, *Gesellschaftsrecht*, 9. Aufl. 2015, § 14 Rn. 18 ff.

<sup>110</sup> Koch, *Gesellschaftsrecht*, 9. Aufl. 2015, § 13 Rn. 3; Lange, *JURA* 2015, 665, 668.

<sup>111</sup> Siehe C. I. 6. a).

### bb) Umfang der Geschäftsführungsbefugnis

Jedoch gilt der Grundsatz der Einzelgeschäftsführungsbefugnis nicht schrankenlos. Der Gesetzgeber hat bei der OHG eine andere Regelungstechnik als bei der GbR gewählt, indem er den Umfang der Geschäftsführungsbefugnis einschränkt. Gem. § 116 Abs. 1 HGB beschränkt sich der Umfang der Einzelgeschäftsführungsbefugnis auf gewöhnliche Geschäfte. Gewöhnlich sind solche Geschäfte, die nach Art, Inhalt und Zweck im Hinblick auf ihre Bedeutung und Risiken den aktuellen gewöhnlichen Rahmen der konkreten Gesellschaft nicht überschreiten, d. h. solange sie keinen Ausnahmecharakter haben.<sup>112</sup> Für sog. außergewöhnliche Geschäfte bedarf es nach § 116 Abs. 2 HGB eines Beschlusses aller Gesellschafter, soweit keine anderweitige Regelung im Gesellschaftsvertrag besteht. Die Konkretisierung dieser Maßstäbe ist abstrakt recht schwierig. Wichtig ist jedoch die Abgrenzung von den Grundlagengeschäften, die kein Teil der Geschäftsführung sind, d. h. zu trennen sind gewöhnliche, außergewöhnliche sowie Grundlagengeschäfte.<sup>113</sup>

Daher ist die Geschäftsführungsbefugnis in zwei Schritten zu prüfen: (i) Ist der Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt? (ii) Hält sich die konkrete Maßnahme im Umfang dieser Befugnis?<sup>114</sup>

#### Fall 10

A und B bilden eine OHG. Sie betreiben einen kleinen Baustoffhandel (Jahresgewinn: EUR 10.000,-). Beide haben laut Gesellschaftsvertrag Einzelgeschäftsführungsbefugnis. A will für die OHG eine Beteiligung an einem Kieswerk in Höhe von EUR 50.000,- erwerben und dafür Gesellschaftsmittel einsetzen. Braucht er die Zustimmung des B?

#### Lösung

Maßstab für diese Frage sind die §§ 115, 116 HGB. Grundsätzlich hat A Einzelgeschäftsführungsbefugnis gem. § 115 Abs. 1 HGB. Jedoch ist es möglicherweise nicht von dem Umfang der Geschäftsführungsbefugnis gedeckt, vgl. § 116 Abs. 1, 2 HGB. Entscheidend ist eine konkrete Bewertung des Einzelfalls unter präziser Auswertung des Sachverhalts.

Der geplante Beteiligungserwerb ändert nicht nur den bisherigen Gesellschaftszweck (Betrieb eines Baustoffhandels), sondern hat auch besondere Bedeutung wegen der möglichen Risiken (Beteiligung in nicht unerheblicher Höhe). Daher liegt ein außergewöhnliches Geschäft i. S. v.

<sup>112</sup> Weller/Pritting, *Handels- und Gesellschaftsrecht*, 9. Aufl. 2016, Rn. 272.

<sup>113</sup> Baumbach/Hopt/Roth, *HGB*, 37. Aufl. 2016, § 116 Rn. 1 ff.

<sup>114</sup> Koch, *Gesellschaftsrecht*, 9. Aufl. 2015, § 13 Rn. 12.

§ 116 Abs. 2 HGB vor. Für ein solches Geschäft braucht A die Zustimmung des B im Innenverhältnis.

### cc) Ersatzansprüche gegen die Gesellschaft

Für die Ersatzansprüche des OHG-Gesellschafters sieht das HGB in § 110 HGB eine eigene Anspruchsgrundlage vor. Diese reicht in persönlicher und sachlicher Hinsicht weiter als die §§ 713, 670 BGB: Sie umfasst jeden Gesellschafter, nicht lediglich solche, die geschäftsführungsbefugt sind.<sup>115</sup> § 110 Alt. 2 HGB erfasst auch Verluste in Form von unfreiwilligen Vermögensopfern; dazu bedarf es bei § 670 BGB einer erweiternden Analogie. Gegenüber einem etwaigen Anspruch aus §§ 713, 670 BGB erweist sich § 110 HGB hingegen als *lex specialis*.<sup>116</sup>

## 4. Außenverhältnis

Den Kern der Darstellung bildet auch bei der OHG das Außenverhältnis mit den Regeln zur Vertretung und Haftung.

### a) Vertretung

Für die Zwecke der Wiederholung sei auf den Unterschied zwischen rechtsgeschäftlicher und organschaftlicher Vertretungsmacht hingewiesen.<sup>117</sup> Die organschaftliche Vertretung der OHG ist in den §§ 125–127 HGB geregelt. Wie bei der Geschäftsführungsbefugnis ist zwischen Art und Umfang zu unterscheiden.

#### aa) Art der Vertretungsmacht

Aus Gründen des Verkehrsschutzes (HGB!) ist die Geschäftsführungsbefugnis bei der OHG nicht an die Vertretungsmacht gekoppelt,<sup>118</sup> vgl. im Gegensatz dazu § 714 BGB bei der GbR. Es gilt stattdessen die Grundregel der grundsätzlich (!) unbeschränkten und unbeschränkbar Einzelvertretungsmacht gem. § 125 Abs. 1 HGB. Andere Gestaltungen, z. B. in Form der Gesamtvertretung, sind nach dem Gesellschaftsvertrag möglich. Gem. § 125 Abs. 1 a. E. HGB können einzelne Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen werden. Daneben kann gem. § 125 Abs. 2

HGB auch eine echte Gesamtvertretung vorgesehen werden, d. h. alle oder mehrere Gesellschafter können die OHG nur zusammen vertreten. Alternativ steht gem. § 125 Abs. 3 HGB die Möglichkeit einer sog. unechten Gesamtvertretung zur Verfügung, d. h. handeln nicht mehrere Gesellschafter zusammen, kann ein Gesellschafter die OHG nur zusammen mit einem Prokuristen vertreten. Die Grenze dieser Regelungen bildet die Selbstorganschaft.<sup>119</sup> Aufgrund der Registerpflicht der OHG müssen die Vertretungsregeln und ihre Änderungen nach §§ 106 Abs. 2 Nr. 4, 107 HGB in das Handelsregister eingetragen werden. Die Eintragung ist zwar nur deklaratorisch, sie ist aber mit Blick auf § 15 HGB relevant.<sup>120</sup>

Zu beachten ist abschließend, dass diese Regeln nicht für die Passivvertretung gelten. Dritte können ihre Willenserklärungen gegenüber jedem zur Vertretung befugten Gesellschafter abgeben, § 125 Abs. 2 S. 3, Abs. 3 S. 2 HGB.

#### Fall 11

A und B bilden eine OHG. Nach dem Gesellschaftsvertrag ist allein B nur mit dem Prokuristen P geschäftsführungs- und vertretungsbefugt. A ist von der Geschäftsführung und der Vertretung der OHG ausgeschlossen. Diese Regelung wird auch im Handelsregister eingetragen. B schließt allein ohne Mitsprache des P für die OHG mit F einen Kaufvertrag ab. B hatte aber schon in der Vergangenheit häufig so gehandelt, ohne dass A eingeschritten war. Hat F einen Anspruch gegen die OHG aus § 433 Abs. 2 BGB?

#### Lösung

Dem F steht ein Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB i. V. m. § 124 HGB gegen die OHG zu, wenn B die OHG beim Vertragsschluss wirksam gem. §§ 164 ff. BGB vertreten hat. Eine eigene Willenserklärung des B und ein Handeln in fremden Namen sind zu bejahen. Fraglich ist allein die Vertretungsmacht des B.

Grundsätzlich hat jeder Gesellschafter Einzelvertretungsmacht gem. § 125 Abs. 1 HGB; jedoch ist nach dem Gesellschaftsvertrag allein B nur mit dem Prokuristen P geschäftsführungs- und vertretungsbefugt, vgl. § 125 Abs. 3 HGB (unechte Gesamtvertretung). Andere Möglichkeiten zur Vertretung der OHG sind ausgeschlossen. Da die Gesellschafter also nicht ohne Mitsprache des P die Gesellschaft vertreten können, liegt ein Verstoß gegen das Prinzip der Selbstorganschaft vor, s. o.<sup>121</sup>

<sup>115</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 302.

<sup>116</sup> MünchKomm-HGB/Langhein, § 110 Rn. 4.

<sup>117</sup> Siehe C. I. 4. a).

<sup>118</sup> Vgl. Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. 2016, § 10 Rn. 76.

<sup>119</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 41.

<sup>120</sup> Lange, JURA 2015, 665, 669.

<sup>121</sup> Siehe C. I. 4. a) aa).

Daher muss eine ersatzweise Vertretungsregelung ermittelt werden. Zu denken wäre zunächst an die Grundregel der Einzelvertretungsmacht gem. § 125 Abs. 1 HGB. Dagegen spricht jedoch, dass der Gesellschaftsvertrag erkennen lässt, dass B nicht allein handeln können sollte. Daher geht die h. M. davon aus, dass stattdessen eine echte Gesamtvertretung durch alle Gesellschafter i. S. v. § 125 Abs. 2 HGB bestehen sollte.<sup>122</sup> Demnach wäre B Vertreter ohne Vertretungsmacht gem. § 179 Abs. 1 BGB, da A nicht mit ihm gemeinsam gehandelt hat.

Jedoch könnte über § 15 Abs. 1 HGB die Eintragung der Vertretungsregelung im Handelsregister zu berücksichtigen sein. Diese Norm dient dem abstrakten Vertrauensschutz, wie auch der Erbschein.<sup>123</sup> Demnach muss der Dritte den Inhalt des Handelsregisters nicht kennen. Bösgläubigkeit schadet jedoch, vgl. § 15 Abs. 1 a. E., Abs. 3 a. E. HGB.

#### Exkurs: Übersicht zu § 15 Abs. 1 HGB

Zweck	Schutz des Vertrauens Dritter		Zerstörung von Vertrauen im Interesse des Eintragenden
Norm	§ 15 Abs. 1 HGB	§ 15 Abs. 3 HGB	§ 15 Abs. 2 S. 1 HGB
Inhalt	Schweigt das Handelsregister über eine eintragungspflichtige Tatsache, schützt § 15 Abs. 1 HGB das Vertrauen in das Nichtvorliegen der Tatsache.	Schutz des Vertrauens des Rechtsverkehrs in die Richtigkeit bekannt gemachter Tatsachen	Grundsätzlich kann eine eintragungspflichtige Tatsache einem Dritten entgegengehalten werden, wenn sie eingetragen und bekanntgemacht ist. Das Handelsregister zerstört Vertrauen auf eine ehemals bestehende Rechtslage.
	→ negative Publizität	→ positive Publizität	

Bei der Eintragung der Vertretungsmacht handelt es sich um eine eintragungspflichtige Tatsache gem. § 106 Abs. 2 Nr. 4 i. V. m. § 107 HGB. Die echte Gesamtvertretung, die sich nach Auslegung der h. M. ergibt, ist jedoch nicht in das Handelsregister eingetragen (sog. negative Publizität gem. § 15 Abs. 1 HGB). Der Dritte F muss sie also mangels besseren Wissens nicht gegen sich gelten lassen. Im Handelsregister ist hingegen nur die unwirksame Vertretung des B mit P eingetragen, die aber gegen das Prinzip der

Selbstorganschaft verstößt. Daher gilt die OHG als wirksam durch B allein vertreten. Ein wirksamer Vertragsschluss zwischen der OHG und F ist somit zu bejahen.

### bb) Umfang der Vertretungsmacht

#### (1) Grundsatz des § 126 HGB

Anders als bei der GbR, bei der die Vertretungsmacht jederzeit beschränkt werden kann, ist diese bei der OHG unbeschränkt gem. § 126 Abs. 1 HGB und unbeschränkbar gem. § 126 Abs. 2 HGB. Zweck dieser Regelung ist der bessere Schutz beim Handel mit einer OHG. Der Geschäftspartner soll folglich keine Nachforschungen bezüglich des Inhalts des Gesellschaftsvertrags anstellen müssen.<sup>124</sup> Dies entspricht dem Prinzip der Sicherheit und Leichtigkeit des Handelsverkehrs.<sup>125</sup> Es reicht ein Blick in das Handelsregister, um die Vertretungsverhältnisse (§§ 106 Abs. 2 Nr. 4, 107 HGB) zu ermitteln. Der Dritte wird in dem Vertrauen in das Handelsregister über § 15 Abs. 1 HGB geschützt, s. o.

#### Fall 12

A und B bilden eine OHG, die einen Baustoffhandel betreibt. Der Gesellschaftsvertrag enthält keine besonderen Regelungen. Am Wochenende kauft A ein Aquarium mit Zierfischen »für die OHG« im Laden des V. Kann V von der OHG den Kaufpreis aus § 433 Abs. 2 BGB fordern?

#### Lösung

V kann von der OHG den Kaufpreis gem. § 433 Abs. 2 BGB fordern, wenn A die OHG wirksam bei Abschluss des Kaufvertrags vertreten hat. Nach § 126 Abs. 1 HGB hat A unbeschränkte Vertretungsmacht. Ausnahmen wären nur bei einem Missbrauch der Vertretungsmacht im Fall der Kollision oder Evidenz denkbar. Beides ist hier aber nicht gegeben.

Allerdings hat das Handeln des A Folgen im Innenverhältnis. Da es sich um eine außergewöhnliches Geschäft i. S. v. § 116 Abs. 2 HGB handelt, hat A seine Geschäftsführungsbefugnis überschritten. Dies löst eine Schadensersatzhaftung aus § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. dem Gesellschaftsvertrag aus.

#### (2) Ausnahmen

Trotz der eindeutigen Regelung des § 126 Abs. 1 HGB sind Ausnahmen denkbar. Sie werden am besten vor dem Hintergrund des Normzwecks (Verkehrsschutz) verständlich.

<sup>122</sup> Henssler/Strohn/Steitz, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 125 HGB Rn. 7.

<sup>123</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 49.

<sup>124</sup> Vgl. Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 13 Rn. 38.

<sup>125</sup> Vgl. Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 13 Rn. 43.

Dies betrifft die Konstellationen, dass (i) Gesellschafter als Drittgläubiger in Erscheinung treten, (ii) sog. Grundlagengeschäfte getätigt werden oder (iii) den Fall des bereits angesprochenen Missbrauch der Vertretungsmacht.

Tritt ein Gesellschafter als Drittgläubiger der Gesellschaft auf, fehlt es am Tatbestandsmerkmal des »Dritten« i. S. d. § 126 Abs. 2 HGB. Die Anwendung der Norm ist im Wege einer teleologischen Reduktion einzuschränken, da der Schutz des redlichen Geschäftsverkehrs hier nicht gewährt werden muss.<sup>126</sup> Im Gesellschaftsvertrag der OHG kann die Vertretungsmacht für Rechtsgeschäfte zwischen der OHG und den Gesellschaftern wirksam beschränkt werden.

Grundlagengeschäfte stellen keine Ausnahme zu § 126 HGB dar, sondern sie ändern den Gesellschaftsvertrag.<sup>127</sup> Die §§ 125 ff. HGB regeln aber nur die Vertretung der Gesellschaft.

Schließlich kann bei kollusivem und evidentem Missbrauch der Vertretungsmacht eine Ausnahme vom Grundsatz der unbeschränkten Vertretungsmacht gelten.<sup>128</sup>

## b) Haftung

Bei Fragen der Haftung gilt es sich stets die wirtschaftliche Bedeutung der persönlichen und akzessorischen Haftung der Gesellschafter für die Schulden der OHG zu verdeutlichen. Häufig wird die Bonität der Gesellschafter über die Kreditwürdigkeit der OHG entscheiden. Die zentrale Norm ist der schon dargestellte § 128 HGB.

### aa) Haftung der Gesellschaft

Die Verschuldenszurechnung erfolgt – wie bereits ausgeführt – analog § 31 BGB.<sup>129</sup> Diese betrifft die Zurechnung des Verschuldens von Gesellschaftern oder anderen Angestellten in leitender Funktion als »verfassungsmäßig berufene Vertreter«. Die Rechtsprechung legt den Begriff des »verfassungsmäßig berufenen Vertreters« sehr weit aus.<sup>130</sup> Diese Form der Haftung wird auch als sog. Repräsentantenhaftung bezeichnet.<sup>131</sup> Demgegenüber erfolgt die Zurechnung des Verschuldens sonstiger Angestellter im rechtsgeschäftlichen Kontext über § 278 BGB. Im Delikts-

recht gibt es grundsätzlich nur eine Haftung für vermutetes Aufsichtsverschulden über sonstige Angestellte als Vertretungsgehilfen aus § 831 BGB.<sup>132</sup>

### Wissenszurechnung im Gesellschaftsrecht

Zweck	– Die organisatorische Aufspaltung von Zuständigkeiten innerhalb einer Gesellschaft bzw. juristischen Person darf nicht dazu führen, dass der Vertragspartner einer Gesellschaft bzw. einer juristischen Person schlechter steht als der Vertragspartner einer natürlichen Person.
Welches Wissen kann der Gesellschaft zugerechnet werden, wenn Personen am konkreten Geschäft beteiligt waren? → streitig (!)	– Gesellschafter: Analogie zu § 31 oder § 166 BGB – Anderer Personen: Analogie zu § 166; Ausnahme: Stellvertreter (§ 166 direkt) – Wissensvertreter: nicht Vertreter, aber nach Arbeitsorganisation mit konkretem Geschäft betraut (z. B. Vorverhandlungen)
Welches Wissen kann der jur. Person zugerechnet werden, wenn Personen am konkreten Geschäft nicht beteiligt waren?	– Gesellschafter: wenn es sich um Wissen handelt, das typischerweise aktenmäßig gespeichert werden muss (offen, ob Analogie zu § 31 oder § 166 BGB)-> Unterlassene Weitergabe von Wissen = Verletzung der Organisationspflicht – Anderer Personen: wie bei Gesellschaftern

### bb) Haftung der Gesellschafter

Dreh- und Angelpunkt für die Haftung der Gesellschafter sind die §§ 128–130 HGB.

#### (1) Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Haftung nach § 128 HGB

Es muss sich um (i) die Verbindlichkeit einer OHG handeln, (ii) Anspruchsgegner ein Gesellschafter der OHG sein und, (iii) keine Sozialverpflichtung der Gesellschaft betroffen sein, da nach § 105 Abs. 3 HGB i. V. m. § 707 BGB keine Nachschusspflicht besteht. Die Haftung nach § 128 HGB ist

<sup>126</sup> Vgl. Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 13 Rn. 40.

<sup>127</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 38.

<sup>128</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 37.

<sup>129</sup> Siehe C. I. 4. b) aa).

<sup>130</sup> Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 5. Aufl. 2016, Rn. 313.

<sup>131</sup> Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 39. Aufl. 2015, § 21 Rn. 30 a.

<sup>132</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 12.

(i) persönlich, (ii) unmittelbar, (iii) primär (kein § 771 BGB), (iv) unbeschränkt und unbeschränkbar und (v) gesamtschuldnerisch für die Gesellschafter untereinander.<sup>133</sup>

## (2) Inhalt der Haftung

Bezüglich des Inhalts der Haftung gilt der Grundsatz der Erfüllung *in natura* (sog. Erfüllungstheorie); demgegenüber will die teilweise vertretene Haftungstheorie nur eine Haftung auf Geldersatz ausreichen lassen.<sup>134</sup> Für die Erfüllungstheorie spricht aber, dass andernfalls ein Widerspruch zum Grundsatz der Primärhaftung bestände. Relevanz hat diese Frage – wie bereits dargestellt<sup>135</sup> – nur bei Nichtgeldschulden.

### Fall 13

Die AB-OHG verkauft durch ihren alleingeschäftsführenden Gesellschafter A das Grundstück des Mitgesellschafters B an den Dritten C. Erst später kommt heraus, dass das Grundstück dem B gehört. B weigert sich, einer Übertragung des Grundstücks an den C zuzustimmen.

Frage 1: Hat C gegen B einen Anspruch auf Übereignung und Übergabe des Grundstücks?

Frage 2: Ändert sich die Rechtslage, wenn B versprochen hatte, das Grundstück in die Gesellschaft einzubringen?

Frage 1:

Ein solcher Anspruch aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. § 128 HGB ist entstanden. Er ist aber aufgrund subjektiver Unmöglichkeit gem. § 275 BGB erloschen, da B sich weigert, Eigentum und Besitz an dem Grundstück an die OHG zu übertragen. Jedoch steht dem C ein Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB gegen die OHG zu. Für diesen haftet B als Gesellschafter akzessorisch über § 128 HGB.

Frage 2:

Muss B das Grundstück aufgrund seiner Förderungspflicht aus dem Gesellschaftsvertrag in die OHG einbringen, kann diese es an C weiterübertragen. C kann die Übertragung des Eigentums und des Besitzes an dem Grundstück gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB also von der OHG und über § 128 HGB auch von B verlangen.

<sup>133</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 14; Lange, JURA 2015, 665, 670.

<sup>134</sup> Vgl. dazu Schäfer, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 6 Rn. 9.

<sup>135</sup> Siehe C. I. 4. b) aa).

## (3) Einwendungen des Gesellschafters

Wie sich aus § 129 Abs. 4 HGB ergibt, können sich die Ansprüche gegen die Gesellschaft von denjenigen gegen einzelne Gesellschafter unterscheiden.<sup>136</sup> Bei den Einwendungen, die der akzessorisch haftende Gesellschafter geltend machen kann, ist wiederum zwischen seinen eigenen Gegenrechten und denen der Gesellschaft i. S. v. § 129 HGB zu unterscheiden. § 129 Abs. 1 HGB normiert eine Inhaltsakzessorietät bezüglich der Einwendungen der Gesellschaft. § 129 Abs. 2 und 3 HGB gibt dem Gesellschafter die Einreden der Gestaltbarkeit (Anfechtbarkeit und Aufrechenbarkeit). Dies ähnelt den Möglichkeiten des Bürgen in § 770 Abs. 1 und 2 BGB. Insofern ist also auch eine analoge Anwendung für andere Gestaltungsrechte, wie z. B. den Rücktritt, geboten.<sup>137</sup>

### Fall 14

C hat einen Anspruch gegen die AB-OHG i. H. v. EUR 10.000,-. Die OHG, deren Gesellschafter A und B sind, zahlt nicht. C zerstört zur »Selbsthilfe« auf dem Gelände der OHG Betriebsmittel der OHG i. H. v. EUR 12.000,-. C erfährt später, dass B kein Vermögen mehr hat. C möchte die EUR 10.000,- von A erhalten. Zu Recht?

### Lösung

Der Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB i. V. m. § 128 HGB ist entstanden, aber ggf. auch gehemmt. Möglicherweise besteht die Einrede der Aufrechenbarkeit gem. § 129 Abs. 3 HGB i. V. m. §§ 387 ff. BGB. Problematisch ist jedoch der Wortlaut des § 129 Abs. 3 HGB, wonach die Einrede im Fall der Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers (!), nicht der OHG besteht. Die h. M. hält den Wortlaut des § 129 Abs. 3 HGB aber für missglückt, denn es kommt auf die Gestaltungsbefugnis der OHG und nicht des Gläubigers an.<sup>138</sup> Das Parallelproblem stellt sich auch bei § 770 Abs. 2 BGB.

Hinzu kommt hier, dass nach dem Zweck des § 393 BGB eine sog. »Privatrache« im Zivilrecht verhindert werden soll. Andernfalls würde eine Aufrechnungsmöglichkeit des C hier dazu führen, dass gerade dem vorsätzlich Handelnden die Einrede der Aufrechenbarkeit nicht mehr entgegengehalten werden kann.

Daher muss A die Einrede der Aufrechenbarkeit gem. § 129 Abs. 3 HGB i. V. m. §§ 387 ff. BGB erheben können,

<sup>136</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 16 Rn. 51.

<sup>137</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 253.

<sup>138</sup> Bayer/Lieder, Examensrepetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 392; Schäfer, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 6 Rn. 11; Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 253.

d. h. er hat ein Leistungsverweigerungsrecht. Der Anspruch ist daher gehemmt.

#### Fall 15

A und B bilden eine AB-OHG. C hat einen Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB gegen die OHG. Kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist erhebt er am 27. Dezember 2014 Klage gegen die OHG. Nach antragsgemäßer Verurteilung im Jahr 2015 scheidet die Zwangsvollstreckung mangels ausreichender Vermögensmasse bei der OHG. C wendet sich im Jahr 2015 an B. Dieser beruft sich auf Verjährung. Zu Recht?

#### Lösung

Möglicherweise ist der Anspruch des C gegen B aus § 433 Abs. 2 BGB i. V. m. § 128 HGB gem. § 129 Abs. 1 HGB i. V. m. § 214 Abs. 1 BGB gehemmt.

Aufgrund der Klageerhebung ist die Verjährung des Anspruchs gegen die OHG gem. § 214 Abs. 1 i. V. m. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt. Fraglich ist aber, ob die Klageerhebung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB auch gegen die Gesellschafter wirkt. Dagegen könnte § 159 Abs. 1 HGB sprechen, falls man diesen so versteht, dass eigene Verjährungsregeln für die Gesellschafter gelten sollen.<sup>139</sup> Die h. M. geht jedoch auf Grundlage der Akzessorietätstheorie von einer Inhalts- und damit auch Durchsetzungsakzesso-

rietät aus.<sup>140</sup> Folgt man der h. M., kann B sich nicht auf die Verjährungseinrede berufen. Der Anspruch ist demnach nicht gehemmt.

Es ist jedoch zu beachten, dass die Akzessorietät nur in Richtung Gesellschaft zu Gesellschafter wirkt, nicht jedoch in anderer Richtung. Das heißt: Eine Klage gegen den Gesellschafter hemmt nicht den Ablauf der Verjährungsfrist gegen die Gesellschaft!<sup>141</sup>

### 5. Änderungen im Bestand der Gesellschafter

Insofern bestehen keine großen Unterschiede zur GbR.<sup>142</sup> Allerdings sieht das Gesetz bereits bei Ausscheiden eines Gesellschafters die Fortsetzung der OHG vor, § 131 Abs. 3 HGB.<sup>143</sup>

**Danksagung:** Der Autor dankt Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, cand. iur. Laura Nasse, cand. iur. Lucienne Schlürmann und cand. iur. Alix Schulz für wertvolle Hinweise und Anmerkungen.

<sup>139</sup> So wohl Staub/*Habersack*, § 129 HGB, Rn. 9.

<sup>140</sup> MünchKomm-HGB/*K.Schmidt*, § 129 Rn. 7 f. m. w. N.

<sup>141</sup> Henssler/*Strohn/Steitz*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 129 HGB Rn. 7; MünchKomm-HGB/*K.Schmidt*, § 129 Rn. 9.

<sup>142</sup> Siehe C. I. 6.

<sup>143</sup> Vgl. auch *Lange*, *JURA* 2015, 665, 671 f.