

Gesellschaftsrecht

Vorgründungsgesellschaft bei GmbH

Das Stadium vor der Errichtung der GmbH, also vor dem Abschluß des *notariellen* Gesellschaftsvertrags, bezeichnet man als Vorgründungsgesellschaft. Zu unterscheiden sind zwei Verhältnisse:

- Zum einen ist es möglich, sich zum Abschluß des Gesellschaftsvertrags der GmbH zu verpflichten. Dies stellt einen GmbH-Vorvertrag dar, der der Form des §2 GmbHG bedarf (notariell). Nur aus diesem formgerechten GmbH-Vorvertrag ergeben sich Erfüllungsansprüche auf die Errichtung der GmbH sowie Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung. Nur selten sind allerdings formgerechte GmbH-Vorverträge vorhanden, so daß diese in der Regel nach §125 BGB nichtig sind.
- Gleichzeitig ist dieser (hinreichend konkrete) Entschluß der Beteiligten, eine GmbH gründen zu wollen, ein (formlos möglicher) Gesellschaftsvertrag iSd §705 BGB. Gemeinsamer Zweck ist die Errichtung einer GmbH, also der notarielle Abschluß eines GmbH-Gesellschaftsvertrags. Im Normalfall ist mit Abschluß dieses Vertrags die Vorgründungsgesellschaft wegen Zweckerreichung nach §726 BGB aufgelöst. Diese Vorgründungsgesellschaft entsteht als GbR oder als OHG, je nachdem, ob ihr Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes abstellt oder nicht.

Wird schon ein Unternehmen betrieben, ergibt sich die Haftung der Beteiligten der Vorgründungsgesellschaft bei einer OHG aus §128 HGB, bei der GbR ohnehin aus der Gesellschafterhaftung. Diese persönliche Haftung der Gesellschafter kann ihnen auch später, sollte die GmbH errichtet und eingetragen sein, nicht von dieser abgenommen werden: Die Vorgründungsgesellschaft entsteht als reine Innen gesellschaft ohne Außenbeziehung, sie kann deshalb weder mit der später entstehenden Vorgesellschaft noch mit der GmbH selbst identisch sein. Wird also im Vorgründungsstadium gehandelt, so haften die Gesellschafter (OHG, GbR) höchstpersönlich. Nur in Ausnahmefällen ist die später entstehende GmbH Vertragspartner (mit der typischen Haftungsbeschränkung) und nicht die Gesellschafter: „eine persönliche Haftung der Vorgründungsgesellschafter für Verbindlichkeiten, die vor der GmbH-Gründung eingegangen wurden, endet nur dann mit Eintragung der GmbH, wenn dies mit dem Gläubiger so vereinbart wurde.“ (BGH). Da dem Gläubiger die persönliche Haftung wohl lieber sein dürfte, wird dies kaum vorkommen.

Vorgesellschaft bei GmbH

Als Vorgesellschaft oder Vor-GmbH bezeichnet man die errichtete, aber *noch nicht eingetragene* GmbH. Der Status der Vorgesellschaft beginnt mit Abschluß des notariellen Gesellschaftsvertrags (§2 GmbHG) und endet, wenn die GmbH ins HReg eingetragen wird. Die Rechtsnatur der Vor-GmbH ist umstritten: ältere Stimmen sahen sie als einen nichtrechtsfähigen Verein oder eine GbR an. Heute wohl herrschend ist die Ansicht, daß die Vor-GmbH als „*werdende juristische Person*“ eine Gesellschaft *sui generis* ist, die bereits dem Recht der GmbH unterliegt, soweit dieses nicht die Rechtsfähigkeit voraussetzt. Nach heute hM handelt es sich bei der Rechtsstruktur um eine Gesamthandsgemeinschaft, da die Vorgesellschaft noch keine juristische Person ist (strittig, da die kollektive Theorie eine Gesamthandsgemeinschaft wie eine juristische Person behandelt). Die Vor-GmbH ist also noch kein eigenständiges Rechtssubjekt. Das Gesagte gilt auch für eine Einmann-GmbH: Da der Gesetzgeber diese in §1 GmbHG der Mehrpersonen-GmbH gleichgestellt hat und auch §7 II 3 GmbHG eine vollständige Leistung der Einlage erfordert, muß die bereits gegründete, aber noch nicht eingetragene Einmann-GmbH genauso behandelt werden.

-> die Vorgesellschaft ist kein selbständiges Rechtssubjekt (weil sie noch keine juristische Person darstellt, eine solche entsteht erst mit Eintragung, §11 I GmbHG, aA K. Schmitt). Hinsichtlich des anzuwendenden Rechts gilt aber das GmbHG, jedoch nicht die Normen, die eine Eintragung voraussetzen.

- Mitgliedschaft

Die Geschäftsanteile sind veräußerlich und vererblich, §15 GmbHG, und dies auch schon vor der Eintragung der GmbH. Nach der früher hM gab es vor der Eintragung noch keine übertragbaren Anteile. Dies aber nur deshalb, weil man eine von vornherein geplante Einmann-Gründung verhindern wollte. Die GmbH sollte zumindest für eine „logische Sekunde“ eine Mehrpersonen-GmbH sein, erst nach Eintragung konnten die Beteiligungen übertragen werden. Dieses Bedürfnis dürfte heute mit der Zulassung einer Einmann-GmbH weggefallen sein, so daß die Mitgliedschaft auch schon im Stadium der Vorgesellschaft übertragbar sein dürfte. Dies wohl aber nicht über §§413, 398 BGB (da keine juristische Person), sondern durch Übertragung der Gesellschafterstellung §§398, 415 BGB analog (dreiseitiges Rechtsgeschäft).

- **Stellvertretung**

Wenn der Geschäftsführer die Vorgesellschaft verpflichten will, muß er im Namen der Vor-GmbH handeln. Will er dagegen die künftige GmbH verpflichten, muß er im Namen dieser handeln, dann ist die Wirksamkeit des Geschäfts auf die Eintragung der GmbH aufschiebend bedingt. Umstritten ist bei der Vertretungsmacht des Geschäftsführers einer Vor-GmbH auch, ob bereits die unbeschränkte Vertretungsmacht der §§35, 37 II GmbHG gilt oder ob diese (anhand des geltenden Gesamthandspinzips) im Innenverhältnis und damit auch im Außenverhältnis beschränkbar ist. Nach älterer Rechtsprechung war die Vertretungsmacht früher auf *gründungsnotwendige* Geschäfte beschränkt. Dies ergab sich aus dem früheren Vorbelastungsverbot (Unversehrtheitsgrundsatz, dh das Vermögen einer Kapitalgesellschaft muß bis zur Eintragung unversehrt bleiben). Diese Vorbelastungsproblematik schlägt sich auch auf die Vor-GmbH durch: Eine Vorbelastung durch die Vor-GmbH wurde früher nur dann zugelassen, wenn die Verbindlichkeiten aus dem Gründungsstadium gründungsnotwendig waren. Dementsprechend wurde eine unbeschränkte Vertretungsmacht verneint.

Trotz der neuesten Rechtsprechung, nach der die Vertretungsmacht nicht mehr durch das Vorbelastungsverbot beschränkt sein soll, liegt dennoch keine unbeschränkte Vertretungsmacht vor, da die Gründer vor einer persönlichen Inanspruchnahme durch pflichtwidrige Geschäfte des Geschäftsführers geschützt werden sollen. Dies ist aber unverständlich, denn wer eine Organisation gründet, die bereits dem Recht der GmbH unterliegt, soll das Risiko eines pflichtwidrigen Geschäftsführers nicht dem Rechtsverkehr auferlegen können. Hierfür gibt es die Grundsätze über den Mißbrauch der Vertretungsmacht.

- **Haftung**

Die persönliche Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Vor-GmbH ist umstritten. Da die Vorgesellschaft nach ständiger Rechtsprechung *nicht rechtsfähig* ist, sind Träger der Rechte und Pflichten die Gründer in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit (§§718, 719 BGB). Sie haften für die Verbindlichkeiten als Gesamtschuldner.

* früher wurde die Auffassung vertreten, daß die Gesellschafter nur bis zur Höhe ihrer Einlageverpflichtung haften, weil durch das Auftreten für eine GmbH i.G. (in Gründung) für den Vertragspartner erkennbar ist, daß die Gründer eine Haftungsbeschränkung wollen. Die Auffassung, daß überhaupt keine persönliche Haftung vorliegt, muß im Hinblick auf §11 I GmbHG abgelehnt werden, da sich die Gesellschafter die Haftungsbeschränkung auf das GmbH- Vermögen erst nach der Eintragung „verdient“ haben.

* Anerkannt ist heute eine Gründerhaftung im Sinne einer *unbeschränkten Innenhaftung*. Die bisherige Rechtsprechung, daß die Vor-Gesellschafter erkennbar nur bis zur Höhe ihrer Einlage haften wollen und müssen, ist aufgegeben worden. Die unbeschränkte Haftung ist auch nicht erklärmgsbedürftig, denn es ist ein allgemeiner Grundsatz, daß derjenige, der Geschäfte betreibt, auch für die Verbindlichkeiten unbeschränkt einzustehen hat. Nur die Annahme einer beschränkten Haftung wäre begründungsbedürftig. §13 II GmbHG, daß nur das Gesellschaftsvermögen haftet, steht dem nicht entgegen, da §13 II GmbHG erst nach der Eintragung (§11 I GmbHG) anwendbar ist. Außerdem wäre es unverständlich, wenn die Haftung der Gesellschafter in der Vor-GmbH beschränkt wäre, sie nach der Eintragung aber eine unbeschränkte Differenzhaftung trifft.

Auch sind die Gründe, die früher für eine *Außenhaftung* sprachen, durch den Wegfall des Vorbelastungsverbots entfallen. Denn dadurch, daß die Verbindlichkeiten der Vor-GmbH automatisch auf die GmbH übergehen und dann die Differenzhaftung (Erfüllung der Resteinlage) greift, und damit die Gefahrenlage der Gläubiger entfällt, besteht kein Grund mehr für eine Außenhaftung. Daher sollen die Gründer für Verbindlichkeiten der Vor-GmbH nur einer Innenhaftung unterliegen. Diese sog. Verlustdeckungshaftung wurde als Innenhaftungskonzept ausgestaltet, weil die Haftung der Gründer vor und nach der Eintragung gleichlaufen soll. Diese Verlustdeckungshaftung korrespondiert nämlich mit der Differenzhaftung nach Eintragung der GmbH.

* Neben dieser Haftung tritt die Handelndenhaftung aus §11 II GmbHG (Außenhaftung), wobei allerdings ein enger Handelndenbegriff gilt, dh nur diejenigen, die *faktisch* wie Geschäftsführer am Abschluß beteiligt sind, haften nach §11 II GmbHG. Nach hM schützt §11 II GmbHG nur Dritte, nicht aber die Mitgesellschafter.

- **Eintragung**

Mit der Eintragung nach §11 I GmbHG entsteht die GmbH als solche. Aus der Vor-GmbH wird eine fertige GmbH; die GmbH kommt nicht als neuer Rechtsträger zur Entstehung, sondern die Eintragung führt nur zu einem *Statuswechsel*. Der Rechtsträger bleibt derselbe, nur die rechtlichen Verhältnisse ändern sich (Identitätstheorie). Daher werden alle Rechte und Pflichten der Vor-GmbH *ohne weiteres*

Rechte und Pflichten der GmbH, auch die Verbindlichkeiten der Vor-GmbH werden durch die fertige GmbH übernommen.

Nach der Eintragung endet auch jede persönliche Haftung der Gesellschafter. An die Stelle der Gründerhaftung tritt die Unterbilanzhaftung (Differenzhaftung, Vorbelastungshaftung, gestützt auf §9 GmbHG), dh die Gesellschafter haften für die Wertdifferenz zwischen Stammkapital und wirklichem Vermögen (zum Zeitpunkt der Eintragung, hM). Das Vorbelastungsverbot wurde also nicht wirklich aufgegeben, es wurde nur ersetzt durch eine Vorbelastungshaftung, dh die Vorbelastung der GmbH durch die Übernahme von Verbindlichkeiten aus der Vor-GmbH ist nun zulässig, jedoch haften die Gesellschafter für den Ausgleich. Der Unversehrtheitsgrundsatz gilt also nach wie vor, allerdings nicht im Außenverhältnis, sondern nur als Haftung gegenüber der GmbH. Auch die Handelndenhaftung aus §11 II GmbHG erlischt (ersatzlos).

- **Vorratsgesellschaften**

Um dieser Differenzhaftung für die Gründungsgeschäfte zu entgehen, gibt es neuerdings sog. Vorratsgesellschaften auf dem Markt. Diese biete eine Vielzahl von bereits gegründeten Gesellschaften (GmbHs, AGs, KGAs) an, die innerhalb weniger Tage auf den Erwerber übertragen werden können. Dies hat den Vorteil, daß einerseits der pflichtige Zusätzl. i.G. (in Gründung) entfällt, ebenso wie die persönliche Haftung für die Vorbelastung des Gesellschaftsvermögens. Die Vorratsgesellschaften wurden 1992 vom BGH legalisiert.

Von der Vorgesellschaft ist aber der zwingende Auffangcharakter der OHG zu unterscheiden. Betreiben die Gesellschafter zB eine GmbH, aber ohne willens zu sein, diese eintragen zu lassen, liegt trotz Abschluß eines notariellen Gesellschaftsvertrags keine Vor-GmbH vor, sondern eine OHG. Für eine werdende juristische Person gilt daher das Recht der geplanten Form mit den Abweichungen, die sich aus der fehlenden Eintragung ergeben. Wird aber die Eintragung nicht oder nicht mehr betrieben, entsteht durch den gemeinsamen Geschäftsbetrieb eine OHG, auch trotz der Bezeichnung als GmbH oder AG. Diese Bezeichnung verstößt dann zwar gegen §19 HGB, es genügt aber jedenfalls, daß die Firma das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutet.

Allgemeines zur Gesellschaft

Eine Gesellschaft ist jede privatrechtlich begründete Vereinigung von Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks. Die Motive für eine solche Personenvereinigung sind in der Regel die Ergänzung der persönlichen Fähigkeiten, die Bündelung von Kapitalkraft und die Risikobegrenzung. Es gibt Personengesellschaften, den Verein und die Kapitalgesellschaften.

- **Personalgesellschaften**

Personengesellschaften sind in stärkerem Maße von der Individualität der Gesellschafter geprägt als die Vereine und die Kapitalgesellschaften. Die Personenbezogenheit äußert sich dadurch, daß die Gesellschafter Träger von Rechten und Pflichten sind und nicht nur die Gesellschaft als solche. Hier müssen sich die Gesellschafter auch selbst um die Vertretung nach außen kümmern, eine Drittorganschaft ist nicht zulässig. Da die Gesellschafter einer Personengesellschaft persönlich miteinander verbunden sind, ist eine Auswechslung von Gesellschafter nicht ohne weiteres möglich. Die Übertragung bedarf anders als bei den Kapitalgesellschaften nicht einer bloßen Abtretung der Beteiligung (§§398, 413 BGB), sondern vielmehr ein dreiseitiges Rechtsgeschäft (§§398, 415 BGB analog) zwischen Erwerber, Veräußerer und den übrigen Gesellschaftern. Tod oder Kündigung führen nach der Neufassung des §131 III HGB nicht mehr automatisch zur Auflösung der Gesellschaft, sondern nur noch zum Ausscheiden des jeweiligen Gesellschafters, die Fortführungsklausel sind nicht mehr erforderlich (außer der Erbe soll an Stelle des Verstorbenen in die Gesellschaft eintreten).

- **Kapitalgesellschaften**

Demgegenüber unterscheiden sich die Kapitalgesellschaften von den Personengesellschaften dadurch, daß der gemeinsame Zweck weniger durch die persönliche Mitarbeit erreicht wird, sondern mehr durch den (beschränkten) Kapitaleinsatz der Gesellschafter.

- **Verein**

Der rechtsfähige (dh eingetragene) Verein hat den Status einer juristischen Person, während der nicht-rechtsfähige Verein gemäß §54 BGB als GbR behandelt werden soll. Da die Struktur der Gesamthand aber nicht auf die körperschaftliche Struktur eines (nichtrechtsfähigen) Vereins paßt, wendet die hM entgegen §54 BGB auch auf den nichtrechtsfähigen Verein das Vereinsrecht an, ausgeschlossen sind nur die Normen, die die Eintragung und die Rechtsfähigkeit betreffen. Gemäß §§21, 22 BGB wird zwischen einem Ideal- und einer Wirtschaftsverein unterschieden:

- > der Idealverein erlangt seine Rechtsfähigkeit nach §21 BGB durch die Eintragung ins Vereinsregister.
- > beim Wirtschaftsverein gilt dagegen das *Konzessionsprinzip* nach §22 BGB, dh dieser Verein erlangt die Rechtsfähigkeit nur durch besondere staatliche Verleihung.

- Allgemeines

Die Personalgesellschaften gelten gemäß §6 I HGB als Kaufleute (Handelsgesellschaft), die Vereine und Kapitalgesellschaften auch über eine spezielle Normierung (zB §§3 I AktG, 13 III GmbHG), es ist nach §6 II HGB irrelevant, welchen Geschäftszweck diese Kapitalgesellschaften verfolgen (die Personalgesellschaften müssen einen Handelszweck verfolgen, §§105 I, 161 HGB). Nicht als Handelsgesellschaft und damit als Kaufmann nach §6 HGB gilt die stille Gesellschaft, da keine Eintragung ins HReg erforderlich ist. Die BGB-Vereine fallen dagegen nicht unter §6 II HGB, auch wenn dieser den Verein erwähnt, da ihnen das Gesetz nur die Rechtsfähigkeit zubilligt, nicht aber auch die Kaufmannseigenschaft.

- Keine Gesellschaften

Keine Gesellschaften sind die Köperschaften des öffentlichen Rechts, §89 BGB, da diese nicht durch privatrechtlichen Vertrag gegründet werden, sondern durch Hoheitsakt. Die Gemeinschaft nach §§741ff BGB ist auch keine Gesellschaft, weil die Gründung meist durch Gesetz begründet ist (zB Miteigentümer). Aber auch wenn die Gemeinschaft privatrechtlich begründet wird, liegt keine Gesellschaft vor, weil kein gemeinsamer Zweck verfolgt wird. Die Erbengemeinschaft ist zwar eine Gesamthandsgemeinschaft, folgt also der gleichen Struktur wie die Personengesellschaften, aber keine Gesellschaft, weil sie kraft Gesetz begründet wird. Der Ehe als solcher fehlt es auch am gemeinsamen Zweck, die Gütergemeinschaft nach §§1415ff BGB regelt nur vermögensrechtliche Beziehungen.

Auch Kartelle, Konsortien und Konzerne sind keine *besonderen* Gesellschaften, weil es sich nur um Unternehmensverbindungen handelt, die Unternehmen aber rechtlich selbständig bleiben. Ein Kartell ist eine Vereinigung iSd §1 GWB, die den Wettbewerb illegal beschränkt (zB Preisabsprachen). Konsortien sind Gelegenheitsgesellschaften, die nur zur Verwirklichung konkreter Einzelaufgaben geschlossen werden, sie dienen also nur einem vorübergehenden Zweck. Konzerne sind Unternehmensverbindungen nach §18 AktG, bei denen einzelne selbständige Unternehmen unter eine einheitliche Führung gestellt werden.

- *numerus clausus*

Im Gesellschaftsrecht herrscht der *numerus clausus*, es sind nur die gesetzlich vorgesehenen Rechtsformen zulässig. Diese Beschränkung der Privatautonomie dient dem Verkehrsschutz. Es dürfen nur die dispositiven Gesetzesvorschriften umgestaltet werden. In der Innenstruktur der Gesellschaft herrscht aber Vertragsfreiheit. Es ist auch die Vermischung von Gesellschaftsformen möglich, relevantestes Beispiel ist die GmbH & Co KG und die KGaA (allerdings gesetzlich in §278 AktG normiert).

- Sitz und anwendbares Recht

Fraglich ist, wann auf eine Gesellschaft das deutsche Gesellschaftsrecht anwendbar ist. Nach dem BGH gilt die *Sitztheorie*, dh es gilt das Recht des jeweiligen Firmensitzes, dabei ist es irrelevant, ob zB eine Kapitalgesellschaft mehrheitlich in der Hand von ausländischen Investoren liegt. Eine andere Ansicht will nur das Recht des *Gründungsorts* anwenden. Nach dem BGH ist also deutsches Gesellschaftsrecht auf jede Personengesellschaft anzuwenden, die ihren Sitz innerhalb Deutschlands hat. Diese Rechtsprechung wurde auch vom EuGH bestätigt.

Gesellschaftsgründung

- Vertrag

Regelmäßig ist für die Gründung einer Gesellschaft ein privatrechtlicher Vertrag zwischen Personen erforderlich. Nur bei gewissen Kapitalgesellschaften ist eine Gründung durch einseitige Willenserklärung möglich, da die Gesellschaft nur durch eine Person betrieben werden kann, sog. Einmann-Gesellschaft (zB §§2 AktG, 1 GmbHG). Der Gesellschaftsvertrag wird bei den Kapitalgesellschaften regelmäßig als Satzung oder Statut bezeichnet. Durch den Gesellschaftsvertrag wird nicht nur die Gesellschaft errichtet, hierauf beruht auch das Dauerschuldverhältnis zwischen den Gesellschaftern.

- Gründer

Gründer einer Gesellschaft können natürlich und juristische Personen sein sowie eine OHG und eine KG „unter ihrer Firma“, §124 I HGB. Deshalb kann auch eine OHG an einer AG beteiligt sein, oder eine GmbH Komplementär einer KG sein. Strittig ist, ob auch die GbR Gesellschafter an einer anderen Gesellschaft sein kann. Dies scheitert nach hM jedoch daran, daß die GbR rechtlich nicht verselbständigt ist und daher nicht einheitlich im Rechtsverkehr auftreten kann. Da die GbR eine Gesellschafterstellung

nicht einheitlich ausüben kann, verneint man aus Gründen des Verkehrsschutzes die Gründereigenschaft der GbR (wie auch die Wechselrechtsfähigkeit). Es fehlt der GbR an der „*Einheit nach außen*“. Der BGH hat die Gründereigenschaft einer GbR nur für die Beteiligung an einer GmbH bejaht, dies aber nur deswegen, weil es sich hier nur um eine Kapitalbeteiligung handelt, ein Auftreten nach außen ist nicht derart erforderlich wie bei Personengesellschaften. Des Weiteren kann eine GbR aber auch Gesellschafter einer anderen GbR sein.

- Form

Nur für die Kapitalgesellschaften ist die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags vorgesehen, die Personalgesellschaften können formlos errichtet werden. Es kann sich aber eine Formbedürftigkeit aus dem zu erreichenden Zweck ergeben. zB OHG mit Zweck von Grundstücksgeschäften bedarf bei der Errichtung der Form des §313 S. 1 BGB, da hier die Gesellschafter zu Grundstücksgeschäften verpflichtet werden.

- Auslegung

Gesellschaftsverträge von Personengesellschaften werden bei Unklarheiten grundsätzlich nach §§133, 157, 242 BGB ausgelegt, es ist der wirkliche Wille der Gründer zu erforschen. Bei den Satzungen der juristischen Personen (Kapitalgesellschaften) ist dies aus Gründen des Verkehrsschutzes nicht uneingeschränkt möglich, da die Satzung auch für zukünftige Mitglieder verbindlich sein soll. Deshalb ist auch hier auf den Wortlaut und den objektiven Erklärungswert abzustellen (Empfängerhorizont), und nicht ausschließlich auf den Gründerwillen.

- Fehlerhafte Gesellschaft

Der Gesellschaftsvertrag und die einseitige Gründungserklärung unterliegt dem allgemeinen Teil des BGB über Willenserklärungen und Geschäftsfähigkeit. Allerdings wäre im Gesellschaftsrecht (wie auch im Arbeitsrecht) die uneingeschränkte Anwendung der ex-tunc-Wirkung von Fehlern unbillig, sobald die Gesellschaft ihre Tätigkeit aufgenommen hat (vorher gilt die Rückwirkung), da dann Dritte auf das Bestehen der Gesellschaft vertrauen und außerdem die Rückabwicklung von bereits Geleistetem nach §§812ff BGB schwierig ist (da Berufungsmöglichkeit auf Entreicherung nach §818 III BGB). Daher gilt die Gesellschaft als bestehend, eine Auflösung ist nur mit ex-nunc-Wirkung für die Zukunft möglich, dies allerdings durch einfache Erklärung ohne Einhaltung irgendwelcher Kündigungsfristen.

- Rechtsnatur

Der Gesellschaftsvertrag ist kein Austauschvertrag, sondern eine Verpflichtung zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks (Leistungsvereinigungsvertrag). Die Bestimmungen über Leistungsstörungen (Verzug, Unmöglichkeit...), insbesondere die §§320ff BGB, sind daher nur eingeschränkt anwendbar. Das Leistungsverweigerungsrecht des §320 BGB ist auf eine mehrgliedrige Personengesellschaft nicht anwendbar, da dies zur Lähmung der gesamten Gesellschaft führen würde, wenn sich die Gesellschafter untereinander auf §320 BGB berufen könnten. Die §§323, 324 BGB (Unmöglichkeit) werden nach hM für anwendbar gehalten, nicht aber das Rücktrittsrecht aus §§325, 326 BGB, dieses wird durch das Recht zur fristlosen Kündigung nach §723 I BGB ersetzt. Das Rücktrittsrecht wird wie bei allen Dauerschuldverhältnissen durch ein Kündigungsrecht ersetzt, da der Rücktritt auch zur vollständigen Rückabwicklung führen würde, die Kündigung dagegen nur ex nunc für die Zukunft wirkt.

-> bei Kapitalgesellschaften finden die §§320ff BGB überhaupt keine Anwendung, da mit Abschluß des Gesellschaftsvertrags die Rechte und Pflichten primär zwischen der Gesellschaft (jur. Person) und den Gesellschaftern entstehen, dadurch wird das Verhältnis der Gesellschafter untereinander überlagert. Ein Aktionär kann sich daher nicht auf §320 BGB bezüglich seiner Einlageverpflichtung berufen, nur weil diese ein andere Aktionär verweigert.

- Entstehung

Die Entstehung der Gesellschaft fällt selten mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrags zusammen (nur bei stiller Gesellschaft und GbR). Bei OHG und KG tritt die Wirksamkeit *nach außen* nach §123 I HGB erst mit der Eintragung ins HReg ein (außer bei vorheriger Aufnahme der Geschäftstätigkeit, §123 II HGB, sofern es sich um ein Handelsgewerbe nach §1 II HGB handelt). Die Kapitalgesellschaften entstehen als juristische Person erst mit ihrer Eintragung ins HReg, §§11 GmbHG, 41 AktG. Die Eintragung hat hier konstitutive (begründende) Wirkung.

Innenverhältnis der Gesellschafter

- Beitragspflicht

Die Gesellschafter sind gemäß §705 BGB zur Beitragszahlung verpflichtet. Eine nachträgliche Erhöhung der Beiträge ist nur mit Zustimmung des Betroffenen möglich, §707 BGB. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes stellt die von der Rechtsprechung entwickelte Differenzhaftung für die Vor-GmbH dar, hier ergibt sich bei einer Belastung des Gesellschaftsvermögens eine Nachschußpflicht.

- Geschäftsführung

- Treuepflicht

Die Gesellschafter sind untereinander aufgrund des Gesellschaftsvertrags zur Treue verpflichtet, eine Verletzung dieser Pflicht begründet einen Schadensersatzanspruch. Die Treuepflicht ist in Personalgesellschaften wesentlich stärker ausgeprägt als in Kapitalgesellschaften, da bei Personengesellschaften mehr die personale Unterstützung zählt als die finanzielle Beteiligung. Die Treuepflicht besteht auch im Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft.

- Zuordnung des Gesellschaftsvermögens

Bei *juristischen Person* ist die Zuordnung des Gesellschaftsvermögens kein Problem, diese können selbst eigenes Vermögen erwerben. Die Gesellschafter von Kapitalgesellschaften sind zwar wertmäßig am Vermögen beteiligt, dies aber nur mittelbar über ihre Beteiligung an der juristischen Person selbst, dinglich zugeordnet wird das Vermögen aber nur der juristischen Person. Die Gesellschaftsstellung bei den Kapitalgesellschaften stellt nur eine Beteiligung an der juristischen Person dar, die Gesellschafter tragen diese nicht in ihrer Gesamtheit.

Den *Personalgesellschaften* fehlt es nach hM an der Rechtsfähigkeit, daher sind Träger ausschließlich die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit. Das Gesellschaftsvermögen gehört diesen gemeinschaftlich, §718 BGB. Das Gesellschaftsvermögen gehört den Gesellschaftern nur zur gesamten Hand (Sondervermögen), sie besitzen nicht etwa einen verfügbaren Anteil (wie bei §747 BGB). Möglich ist nur, daß die Gesellschafter ihre Gesellschafterstellung als solche veräußern.

Außenverhältnis zu Dritten

Das Außenverhältnis betrifft das Verhältnis der Gesellschaft als solcher zu Dritten. Die Gesellschaft wird durch die vertretungsberechtigten Personen vertreten. Bei juristischen Personen spricht man von Organen (keine Vertreter, Organtheorie), bei der GbR wird nicht die Gesellschaft vertreten, sondern die *anderen Gesellschafter*, §714 BGB, bei den handelsrechtlichen Personengesellschaften wird diese dagegen vertreten, da diese über §124 I HGB den juristischen Personen angenähert sind, §125 I HGB.

Bei einer Personengesellschaft ist die Vertretungsmacht Ausfluß der Mitgliedschaftsrechte, sie steht daher aufgrund (dispositiven) Rechts allen Gesellschaftern zu, §§709 I, 714 BGB, 125 I HGB. Ein anderes kann aber durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden. Nur bei der KG sind die Kommanditisten nach §170 HGB von der *gesellschaftsrechtlichen* Vertretung ausgeschlossen, ihnen kann aber Prokura oder eine sonstige Vertretungsmacht nach §§164ff BGB erteilt werden. Für die OHG gilt nach §125 I HGB die Einzelvertretungsmacht, während für die GbR nach §§709 I, 714 BGB eine Gesamtvertretung gilt. Bei den Personengesellschaften gilt weiterhin das Verbot der Drittorganschaft, es muß also mindestens ein Gesellschafter *unbeschränkt* vertretungsbefugt sein (*Prinzip der Selbstorganschaft*). Unzulässig wäre daher eine Vereinbarung, daß nur ein Gesellschafter vertretungsberechtigt ist, dies aber nur zusammen mit einem Prokuristen.

Bei den Kapitalgesellschaften ergibt sich die Geschäftsführung und die Vertretung *nicht* aus der Mitgliedschaft (Gesellschafterstellung), hier muß eine *Bestellung* erfolgen. Daher ist auch die Bestellung eines Dritten möglich (Prinzip der Drittorganschaft).

-> aus Gründen des Verkehrsschutzes ist der Umfang der Vertretungsmacht nach außen meist unabdingbar (außer bei der GbR, hier folgt die Vertretungsmacht der Geschäftsführungsbefugnis, §714 BGB „soweit...“). Allerdings stellt eine Nichtbeachtung der Grenzen eine Schlechterfüllung im Innenverhältnis dar, der Geschäftsführer oder Vertreter macht sich schadensersatzpflichtig (strittig, entweder aus pVV der Geschäftsführung §708 BGB oder aus GoA §§677ff BGB).

Durchgriffshaftung bei juristischen Personen

Grundsätzlich unterscheidet das deutsche Recht zwischen Schuld und Haftung. Nur, wer etwas schuldet, muß auch haften. Da juristische Personen durch das Handeln ihrer Organe selbst Schuldner werden, haftet nur die Gesellschaft, es findet kein Rückgriff auf die Gesellschafter statt (§1 II AktG, 13 II GmbHG). Als Korrektiv

dafür dient auch die gesetzlich vorgeschriebene Mindestkapitalausstattung, die ausreichenden Gläubigerschutz bieten soll.

Trotz dieser Trennung von Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen (Trennungsprinzip) lässt die hM unter besonderen Umständen eine persönliche Haftung der Gesellschafter zu. Dieser Durchgriff wird auf §242 BGB gestützt, also auf einen Rechtsmissbrauch oder einen Verstoß gegen Treu und Glauben. Da über die Rechtsfigur der juristischen Person aber nicht leichtfertig hinweggegangen werden kann, darf ein Durchgriff nur als letztes Mittel angewendet werden (Subsidiarität). In Betracht kommt ein Durchgriff in der persönlichen Vermögen der Gesellschafter in folgenden Fällen:

- wenn unter Verstoß gegen das Trennungsprinzip die Vermögensabgrenzung zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen verschleiert wird und so die Vorschriften über die Kapitalerhaltung unkontrollierbar sind.
 - bei einem Mißbrauch der Rechtsform einer juristischen Person, dh wenn die fehlende Haftung der Gesellschafter bewußt zum Nachteil der Gläubiger eingesetzt wird.
 - bei einer *Unterkapitalisierung*, dh wenn die Gesellschaft im Hinblick auf ihren Zweck mit einer nur unzureichenden Kapitalbasis ausgestattet ist (zB Flughafen-GmbH mit 50.000 DM). Dieses Problem stellt sich aber nicht nur bei der Gründung, sondern auch bei einer wachsenden Gesellschaft. Hier kann es zu einem Durchgriff wegen unzureichender materieller Kapitalbasis kommen.
- > Bei einem Durchgriff haftet der Gesellschafter persönlich und unbeschränkt, Anspruchsgrundlage ist die gegen die juristische Person iVm §242 BGB. Haftungsumfang erfolgt analog §§128, 129 HGB. Der BGH sieht eine Durchgriffshaftung als gegeben an. Nur eine mM will keine Durchgriffshaftung auf die Gesellschafter selbst, da dies in der Insolvenz dazu führen würde, daß nur die Gläubiger, die schnell Zugriff auf die Gesellschafter nehmen, befriedigt werden. Daher wird von dieser Ansicht eine Haftung der Gesellschafter *gegenüber der Gesellschaft* bevorzugt, womit dann der Gesellschaftsanspruch selbst durch die Gläubiger gepfändet wird, es nicht zu einem Wettlauf kommt.
- > bei Personengesellschaften findet der Durchgriff keine Anwendung, da dieser wegen der ohnehin bestehenden persönlichen Haftung der Gesellschafter nicht nötig ist. Gesellschaftsschulden sind nichts anderes als *gemeinschaftliche* Schulden der Gesellschafter. Diese schulden und haften in der Regel gesamtschuldnerisch und unbeschränkt persönlich.

§§705ff BGB Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Die GbR ist Grundform aller Personengesellschaften (bei Kapitalgesellschaften der Verein). Die Regeln der §§705ff BGB gelten daher ergänzend für alle Personengesellschaften, §105 III HGB, sollte nichts spezielles geregelt sein. Eine GbR liegt vor, wenn sie *mehrere Personen* zur Erreichung eines *gemeinsamen Zwecks* zusammenschließen. Das Spektrum der GbR ist weit, es erfaßt jeden Zweck, der nicht „Betrieb eines Handelsgewerbes“ ist, da dann nach §105 HGB eine OHG oder über §161 HGB eine KG vorliegt. Eine GbR kann als Außengesellschaft betrieben werden, die in Kontakt zu Dritten auftritt oder nur als reine Innen gesellschaft ohne Kontakt mit dem Rechtsverkehr (zB Fahrgemeinschaft).

Gründer einer GbR können natürliche und juristische Personen, aber auch Gesamthandsgemeinschaften (wie OHG und KG) sein. Sogar eine GbR kann Gesellschafter einer anderen GbR sein (eine GbR kann sich nur nicht an einer Personengesellschaft des HGB beteiligen, wohl aber an einer Kapitalgesellschaft). Der Gründungsvertrag ist formlos möglich, außer der Geschäftszweck ist formbedürftig (zB Grundstücksgeschäfte).

• Gemeinsamer Zweck

Der Gesellschaftsvertrag muß einen Zweck enthalten, auf dessen Erreichung es allen Beteiligten ankommt. In Betracht kommt jeder *erlaubte* Zweck, dh auch ideelle oder wirtschaftliche Ziele, ein einmaliges oder ein dauerhaftes Zusammenwirken. Der Hauptzweck muß allen gemeinsam sein (Zweckidentität), daneben können aber unterschiedliche Endziele verfolgt werden. Der gemeinsame Zweck darf nicht nur rein tatsächlich vorliegen, er muß vielmehr vereinbart worden sein und auch im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden (essentialia negotii).

• Förderungspflicht

Die Erreichung des gemeinsamen Zwecks muß von allen gefördert werden. Die Förderungspflichten der einzelnen Gesellschafter können aber nach Inhalt und Umfang verschiedenartig sein, sie müssen auch nicht zwingend gleichwertig sein.

- Änderungen des Gesellschaftsvertrags

Nachträgliche Änderungen des Gesellschaftsvertrags sind nach der Privatautonomie zulässig, dürfen aber, soll die GbR weiterbestehen, nicht den Mindestinhalt beseitigen. Eine Gesellschaftsvertragsänderung ist nur durch alle Gesellschafter möglich, allerdings kann sich aus der Treuepflicht eine Pflicht zur Zustimmung ergeben. Es ist aber möglich, daß der Gesellschaftsvertrag für Änderungen das Mehrheitsprinzip festlegt. Da dies unter Umständen für den einzelnen Gesellschafter gefährlich werden kann, stellt die Rechtsprechung an eine solche Vereinbarung hohe Anforderungen. Die möglichen Gegenstände, für die das Mehrheitsprinzip gelten soll, müssen ausdrücklich aufgeführt sein oder zumindest durch Auslegung bestimmbar sein, eine schrankenlose Geltung des Mehrheitsprinzips ist nach §138 I BGB nichtig.

Rechtsqualität der Personengesellschaften

Umstritten ist die rechtliche Verselbständigung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Nach ganz hM ist eine Personengesellschaft (GbR, OHG, KG, Partnerschaft) keine juristische Person, sondern nur eine Gesamthandsgemeinschaft. Umstritten ist jedoch, wie das Gesamthandsprinzip rechtlich einzuordnen ist:

- nach (noch) hM bedeutet das Gesamthandsprinzip, daß das Gesamthandsvermögen ein Sondervermögen ist, dessen Träger die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit selbst sind. Darauf deuten auch ausdrücklich die §§718, 719 BGB hin (der jedoch nur vom Aktivvermögen spricht, nicht von sonstigen Rechten oder den Verbindlichkeiten). Außerdem spricht die Konstruktion des Gesetzes nur natürlichen oder juristischen Personen Rechtsfähigkeit zu. Eine solche ist die Gesamthandsgesellschaft jedoch gerade nicht. Nach hM sind unter der Gesamthand deshalb nur die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit zu verstehen. Viele Gründe sprechen für die hM:

(1) Für diese Ansicht spricht auch §738 BGB, der bei einem Ausscheiden eines Gesellschaftern den übrigen seinen Anteil am Vermögen „anwachsen“ läßt. §738 BGB entfaltet bezüglich eines jeden einzelnen Vermögensgegenstands dingliche Wirkung. Nach der Theorie der kollektiven Einheit wäre §738 BGB aber überflüssig, da der einzelne Gesellschafter ohnehin keine besondere Berechtigung an den einzelnen Vermögensgegenständen hat, da nur die juristische Person dinglich berechtigt ist. Wäre die Gesamthandsgemeinschaft also als juristische Person zu behandeln, wäre §738 BGB überflüssig, da mit Ausscheiden eines Gesellschafters dessen Anteil den übrigen Gesellschaftern ohnehin „anwachsen“ würde, da das Mitgliedsrecht an der juristischen Person automatisch auch deren Eigentum erfaßt. Dadurch, daß der Gesetzgeber aber §738 BGB dennoch in das BGB aufgenommen hat, läßt er erkennen, daß die Gesellschafter und nicht die Gesamthandsgemeinschaft Träger des Gesellschaftsvermögens sind.

(2) Weiterhin spricht auch der Wortlaut des §714 BGB für die noch hM: §714 BGB besagt, daß durch die Ausübung der Vertretungsmacht „die anderen Gesellschafter“ verpflichtet werden. Wäre die Gesamthandsgesellschaft aber als juristische Person anzusehen, würde durch eine Stellvertretung nur diese vertreten, nicht aber die Gesellschafter. Außerdem ergibt sich hier ein Folgeproblem für die Theorie der kollektiven Einheit: Das *unstreitige* Ergebnis, daß die Gesellschafter bezüglich der Gesellschaftsverbindlichkeiten auch *persönlich* verpflichtet sind, ist nach dieser Ansicht nur schwer erkläbar, weil durch die Ausübung der Vertretungsmacht eben nur die Gesellschaft, nicht aber die anderen Gesellschafter verpflichtet werden. Einerseits behilft man sich mit einer analogen Anwendung des §128 HGB, wonach die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich als Gesamtschuldner haften. Andererseits wird gesagt, daß *neben* der Gesellschaft auch die Gesellschafter persönlich verpflichtet werden (Theorie der Doppelverpflichtung). Aber all diese Erklärungsversuche sind nicht geeignet, den klaren Wortlaut des Gesetzes zu umgehen.

(3) Auch spricht §736 ZPO nur von der Möglichkeit der Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter, nicht aber gegen die GbR selbst. Es ist ein Titel gegen alle Gesellschafter erforderlich, ein Titel gegen die GbR ist nicht ausreichend. Auch §11 II InsO besagt, daß die GbR ohne eigene Rechtspersönlichkeit ist.

- nach Flume sind die Gesamthandsgesellschaften aber eigenständige Rechtspersönlichkeiten. Die Personengesellschaft ist als Gruppe als eine Handlungseinheit zu verstehen, der Rechtsfähigkeit zukommt, ohne eine natürliche oder juristische Person zu sein. Sie wird deshalb der juristischen Person gleichgestellt (Theorie der kollektiven Einheit). Von dieser unterscheidet sich die Personengesellschaft nur dadurch, daß sie nicht losgelöst von ihren Mitgliedern existiert, sondern als Gruppe der sie bildenden Personen. Als Argument hierfür wird ua auch §§191 II Nr. 1, 202 I Nr. 1 UmwG angeführt, weil einerseits hier die GbR als Rechtsträger bezeichnet wird und andererseits bei einem Formenwechsel (von AG in GbR) der formwechselnde Rechtsträger in der neuen Rechtsform weiterbestehen soll. Dies dient vor allem dazu, daß

das Vermögen des formwechselnden Rechtsträgers auch nach dem Formwechsel Vermögen des neuen Rechtsträgers ist. Daß dies nur funktionieren kann, wenn auch der neue Rechtsträger (GbR) ein Rechts-subjekt ist, ist aber nicht zwingend.

- > Da alle gesetzlichen Regelungen, in denen das Gesamthandsprinzip genannt ist, ausschließlich vermögens rechtliche Bestimmungen enthalten (§§718, 719, 731ff, 738 BGB), sieht die traditionelle hM im Gesamthandsprinzip ein bloßes Vermögenszuordnungsprinzip. Die Gegenmeinung von der kollektiven Einheit sieht diese Regelungen nur als *Teil*regelungen an mit der Folge, daß für den Zentralbegriff der „Gesamthand“ noch in personenrechtlicher Hinsicht Regelungslücken bestünden. Und diese Lücken können dahingehend ergänzt werden, daß eine Gesamthandsgemeinschaft zwar keine juristische Person ist, wohl aber rechtsfähig sein kann mit der Folge, daß die Gesellschaft selbst Träger von Rechten und Pflichten ist. Dies soll nach dieser Ansicht auch nicht gegen den Wortlaut des BGB verstößen, da die besagten Bestimmungen nur die Zuordnung des Vermögens regeln, aber nichts über die Rechtsfähigkeit einer Gesamthandsgesellschaft im übrigen aussagen.
- > dieser Streit ist nur für die GbR relevant, da OHG und KG wegen §124 HGB rechtstechnisch der juristischen Person ohnehin schon gleichgestellt ist. Diese können selbst Träger von Rechten und Pflichten sein, Eigentum erwerben und vor Gericht klagen und verklagt werden.

Innenverhältnis einer GbR

- **Beitragspflicht**

Die Beitragspflicht kann Geld oder Sachleistungen betreffen, §706 II BGB, im Zweifel sind gleiche Beiträge zu leisten, §706 I BGB. Es besteht grundsätzlich (ohne Zustimmung) keine Nachschußpflicht, §707 BGB.

- **Treuepflicht**

Es besteht für alle Gesellschafter untereinander und zu GbR eine Treuepflicht, die die hM aus dem Gesellschaftsvertrag §705 BGB ableitet, weil eine Pflicht zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks besteht. Rechtsmaßstab ist §242 BGB, die Treuepflicht bedeutet, daß jeder Gesellschafter sein Handeln am Gesellschaftszweck, den zu fördern er sich verpflichtet hat, orientieren muß und solche Handlungen unterlassen muß, die die Erreichung dieses Zweck gefährden. Außerhalb dieses Bereichs kann er seine Interessen frei wahrnehmen. Aus der Treuepflicht ergibt sich aber keine Nachschußpflicht bzgl. der Beiträge, dies soll durch §707 BGB verhindert werden. Dies auch dann, wenn dadurch der Gesellschaftszweck gefährdet wird. Auch ist zu beachten, daß in einer Personengesellschaft die Treuepflicht höher ist als bei einer nur finanziellen Beteiligung wie bei den Kapitalgesellschaften. Die Treuepflicht kann bei Wettbewerbsverboten und bei Zustimmungen zu Gesellschaftsvertragsänderungen relevant sein.

- **Geschäftsführung**

Geschäftsführung ist *jede* Handlung, die dem Gesellschaftszweck dient. Die Geschäftsführung findet im Innenverhältnis statt, im Außenverhältnis muß dagegen Vertretungsmacht vorliegen. Jede Vertretung ist zugleich Geschäftsführung, nicht aber umgekehrt. Eine Geschäftsführungsmaßnahme kann auch eine nur rein tatsächliche Handlung sein (PKW reparieren, Hof kehren...). Die Geschäftsführungsvorschriften beurteilen, ob die Maßnahme im Innenverhältnis rechtmäßig ist. Keine Geschäftsführungshandlungen sind die sog. Grundlagengeschäfte, da diese über die Erreichung des Zwecks hinausgehen. Hierfür ist die Zustimmung aller Gesellschafter nötig, der Geschäftsführer kann diese nicht alleine treffen, auch wenn er alleinige Geschäftsführungsbefugnis besitzt. Grundlagengeschäfte sind zB die Auflösung der Gesellschaft oder eine Änderung des Gesellschaftsvertrags.

§709 I BGB normiert eine Gesamtgeschäftsführungsbefugnis aller Gesellschafter. Diese müssen zwar nicht gleichzeitig gemeinschaftlich handeln, es müssen aber alle zustimmen. Allerdings kann auch eine Notgeschäftsführungsmaßnahme nach §744 II BGB analog vorliegen, wonach auch nur ein Gesellschafter im Notfall handlungsberechtigt ist.

Nach §713 BGB gelten für die Geschäftsführung die Auftragsvorschriften, dh ein Geschäftsführer kann nach §670 BGB Aufwendungsersatz für getätigte Geschäfte verlangen. Bei schulhafter Verletzung der Geschäftsführungsmaßnahmen trifft den Geschäftsführer eine Schadensersatzpflicht aus pVV (BGH), den Umfang des Verschuldens normiert §708 BGB (diligentia quam in suis). Eine andere Ansicht will den Geschäftsführer aus §§677ff BGB (GoA) haften lassen.

- **Übertragbarkeit von Gesellschafterrechten**

Gemäß §717 S. 1 BGB sind die Mitgliedschaftsrechte („Ansprüche“) der Gesellschafter gegenüber den anderen Gesellschaftern nicht übertragbar (Geschäftsführungs-, Vertretungs-, Stimm-, Auskunfts- und Kontrollrecht). Dies meint aber nur, daß die Mitgliedschaftsrechte nicht von der Gesellschafterstellung abgespalten werden dürfen, die Gesellschafterstellung als solche ist aber übertragbar (§§398, 415 I BGB

analog als dreiseitiges Rechtsgeschäft zwischen Erwerber, Veräußerer und den übrigen Gesellschaftern). Vermögensrechte sind aber dennoch nach §717 S. 2 BGB abspaltbar. Die Unübertragbarkeit der Mitgliedschaftsrechte hindert aber nicht, diese durch einen Bevollmächtigten ausüben zu lassen. Soweit die Rechte nach §717 S. 1 BGB nicht übertragbar sind, ist auch eine Pfändung nach §851 ZPO ausgeschlossen.

- Individual- und Sozialbeziehungen

Die Individualbeziehungen (bzw. -ansprüche) der Gesellschafter untereinander ergeben sich aus dem Gesellschaftsvertrag, die Mitglieder „verpflichten sich gegenseitig“, §705 BGB. Sozialbeziehungen bezeichnen dagegen die Rechtsbeziehung der Gesellschafter zu der GbR. Grundsätzlich sind dies die gleichen Beziehungen wie die Individualbeziehungen, da die GbR als solche nicht besteht, sondern sich nur aus der gesamthänderischen Verbundenheit ergibt (= inhaltsgleich). Ein Sozialanspruch ist im Ergebnis also nur die Gesamtheit der Individualansprüche der Gesellschafter. Die dogmatische Begründung von Sozialansprüchen ist jedoch problematisch. Nicht für die Theorie der kollektiven Einheit, da hier die GbR rechtsfähig wäre und den Gesellschaftern als eigenständiges Subjekt gegenüberstehen könnte. Nach der traditionellen Lehre von der Gesamthand ist dies jedoch schwieriger. Die hM nimmt aber in erweiterter Anwendung der §§718, 719 BGB (die ja nur das Aktivvermögen betreffen) Sozialbeziehungen auch bezüglich nicht vermögensrechtlicher Rechte und Pflichten an. Nach dieser Ansicht gibt es dann eigentlich gar keine Individualansprüche, weil jeder Anspruch dann unter §§718, 719 BGB fällt und daher dem einzelnen nie alleine zusteht, sondern nur den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit.

-> jeder Individualanspruch korrespondiert mit einem inhaltsgleichen Sozialanspruch, daher gibt es auch keinen einzelnen Individualanspruch. Daraus ergibt sich, daß sich ein Anspruch eines Gesellschaftern gegen einen anderen immer auf Leistung *an die GbR* richten muß und nie an sich alleine. Da ein Individualanspruch eigentlich nicht besteht, sondern nur einen Sozialanspruch darstellt, ist fraglich, inwieweit ein „Individualanspruch“ eigentlich gerichtlich von einem einzelnen Gesellschafter durchgesetzt werden könnte, wenn sich der Geschäftsführer weigert. Dies wird dem Einzelnen durch die *actio pro socio* ermöglicht (siehe Seite 619).

- Gesellschaftsvermögen

Das Gesellschaftsvermögen ist Sondervermögen, das vom Privatvermögen der Gesellschafter abzugrenzen ist. Eigentlich wäre dies entbehrlich, da die Gesellschafter von Personengesellschaften in der Regel auch mit ihrem Privatvermögen für die Gesellschaftsschulden haften. §718 I BGB normiert für Gesamthandsgesellschaften, daß das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern zur gesamten Hand zusteht. Gesamthandsvermögen bedeutet nach §719 I BGB, daß ein Gesellschafter nicht alleine über das Vermögen verfügen kann, auch nicht über seinen Anteil, ebensowenig wie über die dem Gesellschaftsvermögen angehörenden Gegenstände. Er ist auch nicht berechtigt, Teilung zu verlangen. Das Gesamthandsvermögen kennt demnach keine verfügbaren Anteile am Gesellschaftsvermögen wie zB die Gemeinschaft nach §747 S. 1 BGB. Jeder Gesellschafter ist Träger der zum Vermögen gehörenden Gegenstände, aber dadurch beschränkt, daß auch alle Mitgesellschafter Träger desselben Rechts sind.

-> deshalb ist nach §§736, 859 I 2 ZPO ein Titel gegen alle Gesellschafter erforderlich, eine Pfändung kann nur in die Gesellschafterstellung stattfinden, nicht aber in die einzelnen Vermögensgegenstände. Privatgläubiger werden nach §725 BGB also auf die Anteilspfändung verwiesen (oder Kündigung der Gesellschaft). Möglich ist natürlich auch die Pfändung des Gewinnanspruchs eines Gesellschafters.

-> §718 I BGB erfaßt aber nur das Aktivvermögen der Gesellschaft, nicht aber die Verbindlichkeiten. Damit die GbR ein Recht erwirbt (zB Eigentum), müssen die Gesellschafter zusammen das Recht für die GbR erwerben (zB Auflösung und Eintragung für die GbR). §718 I BGB ist entgegen früherer Rechtsprechung kein gesetzlicher Erwerbstatbestand, der vom Offenkundigkeitsprinzip entbindet. Wollen die Gesellschafter für die GbR handeln, müssen sie dies auch nach außen kundtun. Ergibt sich zwar ein solcher Wille der Gesellschafter, wurde aber unter Mißachtung des Offenkundigkeitsprinzip gehandelt, so wurde die Sache nicht für das Gesellschaftsvermögen erworben, sondern als Privatvermögen der Gesellschafter (Miteigentümer). Dann allerdings hat die GbR einen *schuldrechtlichen* Verschaffungsanspruch aus §718 I BGB und einen Herausgabeanspruch aus §§713, 667 BGB.

Außenverhältnis einer GbR

Die hM behandelt die GbR im Verhältnis zu Dritten nicht wie eine juristische Person, als Rechtssubjekte kommen daher nur die Gesellschafter in Betracht. Um wirksam handeln zu können, müssen die anderen Gesellschafter wirksam vertreten werden. Hier handelt es sich um eine Stellvertretung, und nicht wie bei den juristischen Personen um eine organschaftliche Vertretung (Organtheorie). Das Prinzip der Selbstorgan-

schaft besagt, daß mindestens ein Gesellschafter unbeschränkt die Gesellschaft wirksam verpflichten kann. *Daneben* kann Dritten zusätzlich Vertretungsmacht eingeräumt werden. Die Vertretungsmacht entspricht bei der GbR der Regelung der Geschäftsführung, §§714, 709 BGB, es besteht also *dispositiv* eine Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter. Der Umfang der Vertretungsmacht ist bei der GbR also anders als bei OHG und KG durch Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis *regelbar*, es ist auch gegenüber Dritten eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht möglich. Hier ist dann fraglich, wie sich ein Widerspruch iSd §711 BGB auswirkt. Bei einem Widerspruch hat die Geschäftsführungsmaßnahme nach §711 BGB zu unterbleiben. Da §714 BGB aber bezüglich der Vertretungsmacht auf den Umfang der Geschäftsführung abstellt, würde bei einem Widerspruch auch die Vertretungsmacht entfallen. Dies soll aber nach BGH nur dann der Fall sein, wenn dieser Widerspruch auch dem Dritten mitgeteilt wurde (Verkehrsschutz). Durch die Ausübung der Vertretungsmacht wird nicht die GbR (keine Rechtsfähigkeit), sondern die *anderen Gesellschafter* verpflichtet. Hier gilt zu beachten, daß wenn es bei der gesetzlichen Regelung der §§709 I, 714 BGB bleibt (Gesamtvertretung), in Wirklichkeit gar keine Stellvertretung vorliegt, sondern ein Selbsthandeln aller Gesellschafter. Da alle Gesellschafter gleichzeitig handeln, muß keiner einen anderen Gesellschafter verpflichten. Dies kann relevant sein, da bei einem Selbsthandeln das Verbot des §181 BGB (Insichgeschäft) mangels Stellvertretung nicht einschlägig ist.

Schuld und Haftung in der GbR

Nach der hM, die die GbR als gesamthänderische Verbundenheit der Gesellschafter ansieht und nicht als juristische Person, gibt es keine Schulden der GbR, sondern nur Gesellschafterschulden. Ebenso sind für Leistungsstörungen und unerlaubte Handlungen nur dann alle Gesellschafter verantwortlich, wenn diesen ein Handeln eines Gesellschafters zugerechnet werden kann (§§278, 831 BGB). §31 BGB ist auf die GbR mangels körperschaftlicher Struktur eines Vereins nicht anwendbar. Für die Verbindlichkeiten haften alle Gesellschafter als Gesamtschuldner, §421 BGB.

Als Haftungsobjekt kommt sowohl das Gesellschaftsvermögen als auch das Privatvermögen des Gesellschafters in Betracht. Es kann nach §736 ZPO aber nur dann in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden, wenn ein Titel gegen alle Gesellschafter vorliegt. Grundsätzlich hat der Gläubiger die Wahl, ob er in das Gesellschafts- oder in das Privatvermögen vollstreckt. Es gibt jedoch Fälle, in denen die Haftung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen vollstreckt ist:

- Haftung wurde ausdrücklich gegenüber dem Dritten beschränkt
- Haftung trat schon wegen beschränkter Vertretungsmacht nicht ein
- beschränkt haftet auch ein Neugesellschafter; schwierig ist schon zu begründen, daß er überhaupt haftet: dies muß jedoch möglich sein, da es den Gläubigern sonst wegen §736 ZPO unmöglich wäre, in das Gesellschaftsvermögen zu vollstrecken, da nie ein Titel gegen den Neugesellschafter erworben werden kann.
- fraglich ist, ob eine Privathaftung der Gesellschafter allein durch den Zusatz GbR mbH (mit beschränkter Haftung) möglich ist. Einigkeit besteht zwar darin, daß die Haftung durch Vertrag mit dem Dritten auf das Gesellschaftsvermögen beschränkbar ist, fraglich ist jedoch, ob dies auch konkurrenzlos durch den Zusatz mbH erfolgen kann. Nach neuester Rechtsprechung des BGH soll dies nicht möglich sein, es ist daher nur eine ausdrückliche Haftungsbeschränkung möglich. Auch bei Personalgesellschaften des Handelsrechts ist dieser Zusatz nicht möglich, dieser verstößt gegen das Irreführungsverbot, da es gerade Sinn und Zweck der Personalgesellschaften ist, auf eine unbeschränkte Gesellschafterhaftung zurückgreifen zu können.

-> nach der Theorie der kollektiven Einheit würde primär nur die GbR haften, da diese alleine als Rechtssubjekt Schuldner ist. Sobald die Gesellschafter mit Vertretungsmacht handeln, wäre die GbR *alleine* verpflichtet. Man ist sich jedoch einig, daß auch die Gesellschafter haften sollen. Dies läuft jedoch auf Begründungsschwierigkeiten hinaus: man geht nach der Theorie der Doppelhaftung aber von einer Haftung der Gesellschafter aus, §128 HGB analog neben der Haftung der GbR aus. Nach der Theorie der kollektiven Einheit können auch Handlungen von Gesellschaftern über §31 BGB der GbR als juristische Person zugerechnet werden.

Beendigung der GbR

Die Beendigung der GbR vollzieht sich immer in zwei Stufen. Zunächst wird die GbR aufgelöst (§§723-728 BGB), danach erfolgt die Auseinandersetzung (§§730-735 BGB).

- Auflösung §§723-728 BGB

Mit Vorliegen eines Auflösungsgrundes nach §§723-728 BGB (Kündigung, Tod, Zweckerreichung, Insolvenz) wird die GbR aufgelöst. Auflösung bedeutet, daß sich die GbR in eine Auseinandersetzung

gesellschaft wandelt, der Gesellschaftszweck ist nunmehr die Auseinandersetzung, also die Verteilung des Gesellschaftsvermögens. Die Auflösungsgründe sind nicht abschließend, sie sind auch abdingbar.

(1) Kündigung

Die Kündigungserklärung muß allen Gesellschaftern zugehen und nicht nur dem Geschäftsführer, weil die Kündigung ein Grundlagengeschäft ist und der Geschäftsführer zur Entgegennahme nicht alleine befugt ist. Die Auflösungswirkung einer Kündigung wird im Gesellschaftsvertrag meist durch sog. Fortsetzungsklausel abbedungen, dies bewirkt dann keine Auflösung, sondern nur ein Ausscheiden des Gesellschafters, §736 BGB mit einem Abfindungsanspruch und einer Anwachsung des Gesellschaftsvermögens, §738 BGB.

(2) Tod

Auch der Tod als Auflösungsgrund ist nach §736 BGB abdingbar. Führt der Tod allerdings nach §727 BGB zur Auflösung, so rücken an dessen Stelle seine Erben in die *Auseinandersetzungsgesellschaft* ein, §1922 BGB. Bestehen mehrere Erben, so rückt die Erbgemeinschaft gemäß §2032 BGB in die Gesellschafterstellung ein, die Gesellschafterstellung zerfällt also nicht in mehrere Teile. Den Erben kommt in ihrer Gesamtheit also nur die Stimme des verstorbenen Gesellschafters zu. Auch dies wird meist durch die Fortsetzungsklausel (nur Ausscheiden, dann rücken die Erben in den Abfindungsanspruch des §738 I BGB ein) oder die Nachfolgeklausel (GbR wird mit Erben fortgesetzt) abbedungen.

• Auseinandersetzung §§730-735 BGB

Die Auflösung verpflichtet die Gesellschafter gegenseitig zur Auseinandersetzung, §§730, 705 BGB. Die Gesellschafter müssen also die Gesamthandsgemeinschaft beenden. Grundsätzlich wird die Art und Weise der Auseinandersetzung den Gesellschaftern überlassen, nur subsidiär greifen die §§730-735 BGB ein. Es sind schwebende Geschäfte zu beenden, die Gegenstände zurückzugeben, Gesellschaftsschulden müssen berichtigt werden und der Überschuß muß verteilt werden.

-> die GbR ist erst vollbeendet, wenn kein Gesellschaftsvermögen mehr übrig ist. Dabei ist es irrelevant, ob das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung der Gläubiger ausreichend war. Unbefriedigt gebliebene Gläubiger müssen sich dann an die „Gesellschafter“ mit ihrem Privatvermögen halten. Diese Ansprüche verjähren aber in sinngemäßer Anwendung nach §§736 II BGB, 159, 160 HGB spätestens in 5 Jahren ab Auflösung der Gesellschaft.

Besitz von juristischen Personen und Gesamthandsgemeinschaften

Unmittelbarer Besitz ist iSd §854 I die Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über eine Sache. Fraglich ist, wer bei juristischen Personen und Gesamthandsgesellschaften Besitzer ist:

• juristische Personen

Bei juristischen Personen ist Besitzerin nur die juristische Person selbst, der Besitz wird durch die verfassungsmäßigen Organe iSd §31 BGB ausgeübt. Deren tatsächliche, von einem Besitzwillen getragene Sachherrschaft wird unmittelbar der rechtfähigen juristischen Person zugerechnet (sog. Organbesitz). Das Organ selbst ist weder Besitzdiener (keine Weisungsgebundenheit) noch unmittelbarer Besitzer (dies ist die juristische Person). Andere Personen als verfassungsmäßige Organe (Angestellte, Arbeiter..) sind nur Besitzdiener iSd §855 BGB. Ob ein Abhandenkommen der Sache iSd §935 BGB vorliegt, bestimmt sich nach dem Willen des Organs, da die juristische Person selbst keinen Sachherrschaftswillen entwickeln kann. Veräußert also ein Organ eine der juristischen Person gehörende Sache, liegt nie ein Abhandenkommen vor, da das Organ freiwillig die Sache überträgt. Sind allerdings mehrere Organe vorhanden, ist fraglich, ob Unfreiwilligkeit (Abhandenkommen) vorliegt, weil der Sachherrschaftswille der anderen Organe verletzt wird, oder ob kein Abhandenkommen vorliegt, weil es immer nur auf den Besitzwillen des jeweils „besitzenden“ Organs ankommt. Hier dürfte wohl darauf abzustellen sein, ob die Organe Einzel- oder Gesamtgeschäftsführungsbefugnis besitzen.

• Gesamthand

Folgt man der noch hM, die die Gesamthandsgemeinschaft als nicht rechtfähig ansieht, sondern nur die Gesellschafter als Träger von Rechten und Pflichten, ergibt sich, daß Besitzer nur diejenigen Gesellschafter sind, die die tatsächliche Sachherrschaft iSd §854 I BGB innehaben. Im Regelfall wird unmittelbarer Mitbesitz nach §866 BGB aller Gesellschafter vorliegen. Veräußert ein Gesellschafter eine Sache, so liegt ein (unfreiwilliges) Abhandenkommen der Sache vor, wenn der Sachherrschaftswille der anderen entgegenstand.

Folgt man dagegen der Theorie der kollektiven Einheit, wird der Besitz der Organe der Gesellschaft selbst zugerechnet, wobei andere Personen nur als Besitzdiener fungieren.

Bei den Gesamthandsgesellschaften OHG und KG ist dieser Streit nicht relevant, da diese über §124 I HGB den juristischen Personen weitgehend gleichgestellt sind. Die Sachherrschaft eines geschäftsführungsbefugten Gesellschafters wird also der Handelsgesellschaft zugerechnet, wohingegen nicht geschäftsführungsbefugte Gesellschafter lediglich als Besitzdiener anzusehen sind.

Eigentumserwerb von Gesamthandsgemeinschaften

- nach früherer Rechtsprechung genügte es, wenn die Geschäftsführer die dingliche Einigung mit *Willen* für den Eigentumserwerb der Gesamthandsgemeinschaft schlossen, auf eine Erklärung im Namen der Gesellschaft nach §164 I BGB kam es nicht an. Sobald die Geschäftsführer also für die Gesellschaft Eigentum erwerben wollten, wurde die Gesellschaft auch automatisch Eigentümerin. In dieser Rechtsprechung lag eine Durchbrechung des Offenkundigkeitsprinzips vor. Alle Geschäftsführungsmaßnahmen fielen also unmittelbar der Gesellschaft dinglich an. §718 I BGB wurde als gesetzlicher Erwerbstatbestand für die Gesamthandsgesellschaft angesehen. Diese Rechtsprechung wurde jedoch aufgegeben wegen des Verstoßes gegen das Offenkundigkeitsprinzip und im Interesses des Geschäftsverkehrs, wer Vertragspartner ist.
- nach heutiger Rechtsprechung ist eine Willenserklärung der Gesellschafter *im Namen der Gesellschaft* erforderlich, es liegt nur eine normale Stellvertretung vor. Erklären die Gesellschafter nicht, daß sie im Namen der Gesellschaft handeln, werden sie nach §164 II BGB selbst verpflichtet, dh die Gesellschafter erwerben Miteigentum. Als Überbleibsel von der früheren Rechtsprechung hat die Gesellschaft dann aber, wollten die Gesellschafter eigentlich für die Gesellschaft handeln, einen *schuldrechtlichen* Anspruch auf Übereignung aus §718 I BGB. Es findet zwar keine dingliche Surrogation statt, wohl existiert aber ein obligatorischer Anspruch. Zusätzlich besteht ein Anspruch aus §§713, 667 BGB ein Herausgabeanspruch.

Actio pro socio - Gesellschafterklage

Das Institut der actio pro socio stellt die Befugnis eines Gesellschafters einer Personengesellschaft dar, einen der Gesamthand zustehenden Anspruch (Sozialanspruch) gegen einen Mitgesellschafter (Gesellschafterklage) *im eigenen Namen zugunsten der Gesellschaft* klageweise geltend zu machen. Diese Klagebefugnis ist weder im BGB noch im HGB geregelt, es besteht in bestimmten Fallkonstellationen aber ein Bedürfnis für die sog. actio pro socio:

• Durchsetzbarkeit von Ansprüchen

Ein Mitgesellschafter hat es bisher versäumt, seiner Beitragspflicht nachzukommen. Diesbezüglich besteht ein Individualanspruch der übrigen Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrag sowie ein inhaltsgleicher Sozialanspruch der Gesellschaft. Dieser Anspruch der Gesellschaft müßte nun klageweise geltend gemacht werden. Nach §709 I HS 2 BGB ist aber für jedes Geschäft die Zustimmung *aller* Gesellschafter nötig. Auch wenn der betreffende Schuldner von der Abstimmung diesbezüglich ausgeschlossen wurde, könnte ein anderer Mitgesellschafter aus irgendwelchen Gründen der Klageerhebung nach §711 widersprechen. Die actio pro socio gibt dem einzelnen Gesellschafter nun ein Klagerecht *in eigenem Namen*, Leistung *an die Gesellschaft* zu verlangen.

Ein solches Problem stellt sich auch, wenn ein Anspruch gegenüber dem alleinigen Geschäftsführer und damit auch dem alleinig Vertretungsbefugten durchgesetzt werden soll und dieser sich weigert, Klage im Namen der Gesellschaft gegen sich selbst zu erheben. Hier stellt sich zunächst aber die Frage, ob eine solche Klage ein Grundlagengeschäft darstellt - mit der Folge, daß alle Gesellschafter zustimmen müßten, evtl. unter Ausschluß des Geschäftsführers - oder nur eine allgemeine Geschäftsführungsmaßnahme. Die wohl hM folgt letzterer Ansicht, so daß die Klageentscheidungskompetenz allein beim Geschäftsführer liegt. Auch hier wird die Notwendigkeit einer actio pro socio deutlich.

-> ohne die actio pro socio hätten die von der Geschäftsführung und damit von der Vertretungsmacht ausgeschlossenen Gesellschafter keine Möglichkeit, Ansprüche der Gesellschaft gerichtlich durchzusetzen.

Die gleiche Problematik stellt sich auch bei OHG und KG (für Komplemetäre): Soweit jeder Gesellschafter nach §114 I HGB allein geschäftsführungs- und vertretungsbefugt ist, stellt sich dieses Problem nicht. Sind jedoch nur einzelne Gesellschafter vertretungsberechtigt oder ist ein Widerspruchsrecht anderer Geschäftsführer vereinbart, muß eine Klage nichtvertretungsberechtigter Gesellschafter im Wege der actio pro socio durchgesetzt werden können.

-> Die *actio pro socio* ist als Minderheiten- bzw. Kontrollrecht ausgestaltet. Der Gesellschafterminderheit wird hiermit ein Mittel gegeben, welches sie befähigt, Entscheidungen der Mehrheit gegen deren Willen gerichtlich zu kontrollieren und dadurch Mißbräuchen der vertretungsberechtigten Gesellschafter vorzubeugen. Die Gesellschafterklage soll den nichtgeschäftsführungsbefugten Gesellschafter die Möglichkeit geben, Erfüllung bestehender Verbindlichkeiten *anderer* Mitgesellschafter zu verlangen, auch wenn die Geschäftsführer diesbezüglich untätig bleiben. Demzufolge stellt die *actio pro socio* keine Möglichkeit dar, Ansprüche der Gesellschaft *gegen Dritte* durchzusetzen (-> Gesamthänderklage, s.u.). Sie ist nur für Klagen gegen Mitgesellschafter gedacht, gegen die Sozialansprüche (Gesamthandsansprüche), dh Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis, bestehen. Deshalb kann auch nur auf Leistung *an die Gesellschaft* geklagt werden. Nach hM ist die *actio pro socio* uneingeschränkt zulässig, auch wenn die Klageerhebung den Gesellschaftszweck beeinträchtigt und damit treuwidrig ist. Diese Treuwidrigkeit ist jedoch ohne Einfluß auf die Klage, da nur die Gesamthand die Treuwidrigkeit erheben könnte, nicht aber der Beklagte selbst. Sollte die *actio pro socio* treuwidrig sein, kann nur in einem erneuten Prozeß Schadensersatzanspruch gegen den klagenden Gesellschafter erhoben werden. Die führt zu einer uneingeschränkten Zulässigkeit der *actio pro socio*.

-> Rechtsgrundlage: * römische *actio* beinhaltete den Vorwurf der treuwidrigen Geschäftsführung

* RG: §§432, 2039 BGB besagen, daß jeder Mitgläubiger von dem Schuldner die Leistung an alle verlangen kann, würde also vom Ergebnis her passen. Es liegt auch eine unteilbare Forderung vor, da der einzelne Gesellschafter über seinen ideellen Anteil wegen §719 I BGB nicht verfügen darf, also rechtliche Unteilbarkeit. Aber wohl nicht geeignet, da §432 BGB eine unteilbare Leistung fordert, nicht eine unteilbare Forderung.

* hM: §705 BGB iVm Gesellschaftsvertrag, wonach sich die Gesellschafter „gegenseitig“ verpflichten, die Erreichung des gemeinsamen Zwecks zu fördern.

-> Umstritten ist, ob mit der *actio pro socio* ein eigener Anspruch geltend gemacht wird oder ein Anspruch der Gesellschaft in Form einer Prozeßstandschaft:

* mM: die *actio pro socio* ist eine Form der Prozeßstandschaft, weil ein *fremdes* Recht (Gesellschaft) in eigenem Namen geltend gemacht wird. Diese Ansicht überzeugt nicht, weil eine gesetzliche Prozeßstandschaft nur vorliegt, wenn das Gesetz diese Prozeßführungsbefugnis ausdrücklich vorsieht. Und da die *actio pro socio* ein Rechtsinstitut ist, fehlt diese gesetzliche Bestimmung. Auch eine gewillkürte Prozeßstandschaft kommt nicht in Betracht, da eine solche die Zustimmung des Rechtsinhabers (oder Geschäftsführers) voraussetzt und diese eben nicht vorliegen wird.

* hM: Der einzelne Gesellschafter macht einen *modifizierten eigenen* Anspruch geltend, obwohl die Sozialansprüche zum Gesamthandsvermögen zählen. Da der Sozialanspruch der GbR zusteht, dieser aber wegen der Struktur als Gesamthandsgesellschaft gerade den einzelnen Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit, liegt nicht nur ein Sozialanspruch vor, sondern auch in inhaltsgleicher Individualanspruch, daher liegt keine Prozeßstandschaft vor. Es liegt also ein eigener Anspruch des einzelnen Gesellschafters *neben* dem der Gesellschaft vor, weil die Sozialansprüche auch inhaltsgleiche Individualansprüche darstellen. Es handelt sich also um eine *Gläubigerverdopplung*, die sich daraus ergibt, daß sich die Gesellschafter „zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks gegenseitig verpflichten“ und gleichzeitig Ansprüche zum Gesellschaftsvermögen werden.

Gesamthänderklage

Ähnlich der *actio pro socio* ist der Fall denkbar, in dem ein nichtvertretungsberechtigter Gesellschafter eine Gesellschaftsforderung gegen einen *Dritten* (also keine *actio pro socio*) geltend machen will, sich der vertretungsbefugte Gesellschafter aber (treuwidrig) weigert. Es kommen auch hier verschiedene Rechtsgrundlagen in Betracht, eine Einzelklagebefugnis des einzelnen Gesellschafters herzuleiten:

- §432 I BGB: Auch hier wäre vom Ergebnis her §432 BGB passend, da jeder Mitgläubiger vom Schuldner die gesamte Leistung an alle fordern könnte. Allerdings ist auch hier zu sagen, daß nicht die Leistung des Schuldners unteilbar ist, sondern nur die Gesellschaftsforderung wegen §719 I BGB. Und dies genügt nicht für die Annahme des §432 BGB als Rechtsgrundlage.

- §744 II BGB: Die Einzelklagebefugnis könnte aber über das Recht der Bruchteilsgemeinschaft gewonnen werden, welches subsidiär anzuwenden ist (§741 BGB). Daher könnte sich aus der Notgeschäftsführungsbefugnis des §744 II BGB eine Einzelklagebefugnis herleiten. Dies wird jedoch von der hM abgelehnt.
- Jedenfalls ist es aber möglich, die anderen treuwidrigen Gesellschafter im Wege der *actio pro socio* auf Geltendmachung der Forderung zu verklagen, dh deren Willenserklärung wird durch das Urteil ersetzt, §894 ZPO. Dieser Weg ist nur etwas umständlicher, da zwei Prozesse geführt werden müssen, einer gegen die treuwidrigen Gesellschafter und einer gegen den Dritten. Außerdem ist der Dritte meist schutzwürdiger, da dieser die Umstände nicht kennt, warum die Forderung gegen ihn nicht erhoben wird. Nur wenn der Dritte mit den treuwidrigen Gesellschaftern zusammenarbeitet (Kollusion), erkennt es die Rechtsprechung an, daß der klagende nichtvertretungsbefugte Gesellschafter die Forderung gleich in eigenem Namen gegen den Dritten mit Leistung an alle nach §432 BGB fordern kann, ohne vorher die anderen Gesellschafter im Wege der *actio pro socio* verklagen zu müssen.

Buchwertklauseln

Sollte trotz Ausscheidens eines Gesellschafters der Gesellschaftsvertrag vorsehen, daß die Gesellschaft mit den übrigen Mitgliedern fortgesetzt werden soll, verliert der Ausscheidende seine Gesellschafterstellung. Dies bedeutet unter anderem, daß seine dingliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen endet. Nach der dispositiven Regel des §738 I 1 BGB wächst dieser Anteil den übrigen Gesellschaftern zu. Damit ist aber nur gemeint, daß sich der Kreis der Berechtigten am Gesellschaftsvermögen verringert, was zu einer Erhöhung des jeweiligen Anteils führt. Die Regelung des §738 I 1 BGB ist insoweit nur klarstellend. Als Ausgleich für den Verlust der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen verpflichten sich die übrigen Gesellschafter *schuldrechtlich*, den Ausscheidenden so zu stellen, als hätte eine Auseinandersetzung stattgefunden. Nach Maßgabe der §§733 II, 734 BGB bedeutet das die Rückzahlung der geleisteten Einlage und Auszahlung eines Überschubanteils. Dieser Überschubanteil wird nach §738 II BGB jedoch schätzweise festgestellt. Da die Ermittlung und die Auszahlung des wahren Werts aber problematisch sein kann, werden vielfach Abfindungsklauseln vertraglich festgelegt. Am gängigsten ist die sog. Buchwertklausel, nach der die Berechnung aufgrund der Bilanzposten erfolgt. Eine solche Buchwertklausel kann aber nach §138 I BGB nichtig sein, wenn eine erhebliche Differenz zwischen Buch- und Marktwert vorliegt. Unter Umständen kann eine Buchwertklausel auch gegen §§134, 723 III BGB verstößen, wenn die Differenz so groß ist, daß sie faktisch einen Gesellschafter von einer Kündigung abhält, so daß das Kündigungsrecht entgegen §723 III BGB ausgeschlossen wurde.

-> Kritik der Lehre: Die Buchwertklausel könnte, je nachdem auf welchen Zeitpunkt abgestellt wird, einmal wirksam und dann wieder unwirksam sein. Dies führt zur Rechtsunsicherheit.

-> deshalb BGH: eine Buchwertklausel ist nur noch nichtig, wenn sie dies auch *von Anfang an* war. Sie soll deshalb wirksam bleiben, auch wenn sich im Laufe der Zeit ein grobes Mißverhältnis zwischen Buch- und Marktwert ergibt. Der Inhalt der vertraglichen Abfindungsregelung ist jedoch auch in einem solchen Fall durch ergänzende Vertragsauslegung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter angemessener Abwägung der Interessen der Gesellschaft und des ausscheidenden Gesellschafters und unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles entsprechend den veränderten Verhältnissen neu zu ermitteln.

Eintritt eines Gesellschafters in eine GbR

Voraussetzung für die Erweiterung einer Personengesellschaft ist ein Aufnahmevertrag mit *allen* Altgesellschaftern. Es handelt sich hierbei um eine Änderung des Gesellschaftsvertrags, und nicht um eine Neu gründung. Der Eintretende wird Gesellschafter, er erwirbt damit auch eine dingliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, §718 I BGB. Hierbei bedarf es keiner einzelnen Übertragungsakte. Im Außenverhältnis haftet der Neugesellschafter *nicht* für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten. Dies würde dann aber bedeuten, daß es bei einem Neueintritt einem Gläubiger unmöglich wäre, in das Gesellschaftsvermögen zu vollstrecken, weil dies nach §736 ZPO einen Titel gegen alle Gesellschafter voraussetzt. Und gegen den Neuen könnte ein solcher Titel nicht erwirkt werden, da dieser zu diesem Zeitpunkt kein Gesellschafter war und damit auch nicht schuldet. Deshalb wird von der hM gesagt, daß der Neugesellschafter den Altgläubigern in Höhe seines Anteils am Gesellschaftsvermögen haftet, zumindest aber müsse er die Zwangsvollstreckung dulden. Folgt man der Theorie der kollektiven Einheit, bedeutet eine Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen keinerlei Schwierigkeiten, da die GbR als rechtsfähig angesehen wird, dadurch selbst Schuldner wird und mit ihrem Vermögen haftet.

-> bei OHG gibt es dieses Problem, daß der Eintretende nicht persönlich für die Altverbindlichkeiten haften muß, nicht: Gemäß §130 I HGB haftet dieser auch für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten nach §§128, 129 HGB. Gleiches gilt für die KG nach §173 HGB.

Übertragbarkeit einer Gesellschafterstellung

Unter der Übertragung einer Gesellschafterstellung ist nicht die Kombination von Aus- und Eintritt zu verstehen, sondern die Übertragung der gesamten Gesellschafterstellung im Wege eines Verkehrsgeschäfts. Obwohl eine solche gesetzlich nicht geregelt ist, steht nach hM fest, daß die Übertragung einer gesamten Rechtsstellung möglich ist (wie auch in §§571, 613a BGB). Nicht erforderlich ist die gesonderte Übertragung eines jeden einzelnen Rechts (Spezialitätsgrundsatz), diese wäre auch wegen §717 BGB unzulässig, da die Teilberechtigung nicht von der Mitgliedschaft abgespalten werden darf. Gegen die *gesamte* Übertragung der Gesellschafterstellung lassen sich dagegen die §§717, 719 I BGB nicht anführen. §717 BGB will nur die Abspaltung einzelner Ansprüche von der Gesellschafterstellung verhindern, ebenso wie §719 I BGB es vermeiden will, daß die Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen von der Gesellschafterstellung abgespalten wird, §§717, 719 BGB sprechen jedoch nicht gegen die Übertragung der gesamten Gesellschafterstellung, da hierdurch auch die Ansprüche bei der Gesellschafterstellung verbleiben.

- dies bereitet der Theorie der kollektiven Einheit keine Schwierigkeiten, da die Gesellschafterstellung ein „anderes Recht“ iSd §413 BGB ist und somit nach §398 BGB abgetreten werden kann.
- folgt man der hM, stellt diese Übertragung sehr wohl ein Problem dar, da eine Gesellschafterstellung eine Teilberechtigung an jedem einzelnen Vermögensgegenstand ist und nicht nur ein Anteil an dem Rechtsträger des Vermögens.
Einig ist man sich, daß ein zweiseitiges Verfügungsgeschäft zwischen Veräußerer und Erwerber nicht ausreicht, da dies die persönliche Verbundenheit in einer Personengesellschaft nicht ausreichend berücksichtigen würde. Erforderlich ist daher ein *dreiseitiges Rechtsgeschäft eigener Art*, dh ein Vertrag zwischen Veräußerer und Erwerber über den Gegenstand „Gesellschafterstellung“, der nach §398 BGB analog zu behandeln ist und analog §415 BGB der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedarf. Die Zustimmung nach §§182ff BGB kann schon im voraus im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sein. Mit der Übertragung tritt der Erwerber als Rechtsnachfolger unmittelbar in die gesellschaftsrechtliche Stellung des Veräußerers ein, dh er haftet auch für die Altverbindlichkeiten. Der Veräußerer wird aber im Außenverhältnis nicht von seiner Haftung befreit, es findet nur eine Begrenzung der Nachhaftung nach §736 II BGB statt.
- > bei OHG erfolgt die Übertragung der gesamten Gesellschafterstellung auch über §§398, 415 BGB analog; die Haftung des Übernehmers für Altverbindlichkeiten ergibt sich aus §130 I HGB analog (weil kein wirklicher Eintritt vorliegt). Der Ausscheidende haftet nach §160 HGB 5 Jahre weiter.
- > die Übertragung der Gesellschafterstellung ist grundsätzlich formlos möglich. Dies auch dann, obwohl dadurch eine dingliche Beteiligung am Gesamthandsvermögen übertragen wird. Eine Übertragung ist daher auch dann konkludent oder mündlich möglich, wenn die Gesellschafterstellung an einer GbR übertragen wird, die ein Mietshaus betreibt und dadurch der neue Gesellschafter dinglich am Mietshaus beteiligt wird (zur gesamten Hand).

Vererbung einer Gesellschafterstellung (OHG/KG, GbR identisch)

- Gesetzliches Modell
Bei der OHG führt der Tod eines Gesellschafters nicht mehr wie früher zur Auflösung der Gesellschaft, sondern nur noch zum Ausscheiden, §131 III Nr. 1 HGB. Der Erbe des Verstorbenen tritt aufgrund §1922 BGB unmittelbar in die Rechtsstellung des Verstorbenen als Auseinandersetzungsgesellschafter ein, dh der Erbe hat die Ansprüche aus §§105 III HGB, 738 I 2 BGB gegen die übrigen Gesellschafter. Er wird also finanziell abgefunden, die Gesellschaft wird mit den übrigen Gesellschafter fortgesetzt, der Anteil des Verstorbenen wächst direkt den verbliebenen Gesellschafter an. Anders bei der KG: nach §177 HGB wird die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortgesetzt, also nicht nur mit den übrigen Gesellschaftern.
- Vertragliche Modelle:
(1) Fortsetzungsklausel: die früher gängige Fortsetzungsklausel entspricht heute nun dem gesetzlichen Modell, ist also nicht mehr nötig. Bei der KG will das gesetzliche Modell die Gesellschaft allerdings mit den Erben fortsetzen.

- (2) Eintrittsklausel: diese Klausel hat nichts mit der Vererbung einer Gesellschafterstellung zu tun, sie regelt nur, daß ein ausscheidender Gesellschafter gemäß §§105 III HGB, 738ff BGB abgefunden wird und gleichzeitig eine andere Person eintreten darf. Dieses Eintrittsrecht ist ein echter Vertrag zugunsten Dritter iSd §328 BGB und gibt dem Dritten einen schuldrechtlichen Anspruch auf Eintritt.
- (3) Nachfolgeklausel: hier werden die Erben nicht nach §§738-740 BGB abgefunden, vielmehr treten sie unmittelbar in die Gesellschafterstellung des Verstorbenen ein. Eine solche gesellschaftsvertragliche Regelung muß aber im Zweifel auch als erbrechtliche Regelung angesehen werden, da ein unmittelbarer Eintritt eine Verfügung wäre und es keine rechtsgeschäftliche Verfügung zugunsten Dritter gibt (evtl. kommt eine Umdeutung in eine Eintrittsklausel in Betracht). In einigen Fällen kann es hier aber zu Kollisionen mit der gesellschaftsvertraglichen und der erbrechtlichen Regelung kommen:
- * keine Probleme ergeben sich bei der Vererbung einer Gesellschafterstellung auf einen Alleinerben
 - * Problematisch wird dies schon bei der Vererbung auf mehrere Erben: nach dem gesellschaftsvertraglichen Sinn soll jeder Erbe als Einzelperson Gesellschafter werden, während das Erbrecht nur eine Gesamtrechtsnachfolge der Erbengemeinschaft als solcher kennt. Eine Erbengemeinschaft als solche kann aber nach ganz hM kein Gesellschafter einer Personengesellschaft sein (kein einheitliches Auftreten im Rechtsverkehr gewährleistet). Die ganz hM sagt nun, daß das Gesellschaftsrecht vorgeht, daß also jeder Miterbe eine eigene Gesellschafterstellung nach seiner Quote erhält. Die ursprüngliche Gesellschafterstellung zerfällt also in mehrere. Dies bedeutet also eine dem Erbrecht unbekannte Sondererbfolge. Begründet wird dies mit Gewohnheitsrecht und dem Wortlaut des §139 I HGB („jeder Erbe kann verlangen...“).
 - * Ebenso problematisch, wenn nur einer von mehreren Erben Gesellschafternachfolger werden soll (= qualifizierte Nachfolgeklausel). Der Grundsatz, daß das Gesellschaftsrecht vorgeht, kann hier nicht greifen, da ansonsten die übrigen Miterben benachteiligt werden: nur einer rückt ein, die anderen bleiben außen vor. Da es keine gesetzliche Regelung für diesen Fall gibt, löste man nach den Interessen: der im Gesellschaftsvertrag bestimmte Nachfolger rückt unmittelbar in die Gesellschafterstellung ein, muß aber die übrigen Miterben entsprechend abfinden. Eine Rechtsnorm für diesen Wertaustausch gibt es allerdings nicht.
 - * Ebenso problematisch, wenn im Gesellschaftsvertrag bestimmte Personen vorgesehen sind, die als Erben eintreten dürfen, diese aber gar nicht Erben werden. Der wirkliche Erbe darf nicht in die Gesellschaft eintreten, da dies dem Gesellschaftsvertrag widerspricht. Und diejenigen, die eintreten dürften, sind nicht Erben. Daher ist der BGH der Ansicht, daß die Nachfolgeberechtigten, die nicht Erben geworden sind, in die Gesellschaft eintreten dürfen gegen die Einlageleistung. Die Gesellschaft darf dies nicht ablehnen, da der Vorgang, daß die Nachfolgeberechtigten nicht Erben geworden sind, außerhalb des Gesellschaftsvertrags stattgefunden hat.

Handelsgesellschaften

§§105ff HGB Offene Handelsgesellschaft

Die OHG ist eine Sonderform der GbR, man kann deshalb ergänzend auf das GbR-Recht zurückgreifen, §105 III HGB. Unterschied zur GbR liegt darin, daß die OHG als gemeinsamen Zweck den Betrieb eines Handelsgewerbes hat. Im Innenverhältnis entsteht die OHG mit Abschluß des Gesellschaftsvertrags, die Wirksamkeit nach außen richtet sich gemäß §123 I HGB nach der HReg-Eintragung oder nach §123 II HGB mit der Geschäftsaufnahme, sofern dieses Geschäft einen nach §1 II HGB nach Art und Umfang kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Weiteres Merkmal einer OHG ist, daß bei keinem der Gesellschafter die Haftung beschränkt ist. Eine GbR kann mangels einheitlichem Auftretens aber nicht Gesellschafter einer Personalgesellschaft sein. Für eine juristische Person war dies lange umstritten, insbesondere für die GmbH (-> GmbH & Co KG). Die OHG ist zwar keine juristische Person, sondern eine Gesamthandsgemeinschaft, die OHG wird aber über §124 I HGB weitgehend den juristischen Personen gleichgestellt. Der Theorienstreit um der Rechtsfähigkeit der Gesamthandsgesellschaften ist hier also nicht relevant. Nach §124 I HGB kann die OHG Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum erwerben und vor Gericht klagen. §124 I HGB ändert jedoch nichts an der Letztzuständigkeit der Gesellschafter als Träger der Rechte und Pflichten.

- > die OHG ist eine Gesamthandsgemeinschaft, das Gesellschaftsvermögen wird den Gesellschaftern nach §§105 III HGB, 718 I BGB gesamthänderisch zugeordnet (Sondervermögen).
- > im Gegensatz zur GbR (§736 ZPO) ist kein Titel gegen alle Gesellschafter erforderlich, sondern nach §124 II HGB nur ein Titel gegen die OHG. Eine weitere Verselbständigung der OHG zeigt sich in §129 IV HGB, da mit einem Titel gegen die OHG eine Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen der Gesellschafter unzulässig ist.
- > im Gesellschaftsrecht herrscht *Typenzwang*, dh bei Vorliegen der Merkmale einer OHG liegt auch eine solche vor, die freie Wahl der Rechtsform ist eingeschränkt. Eine Gesellschaft, deren Zweck der Betrieb eines Handelsgewerbes ist, ist immer OHG, nie aber GbR. Eine eingetragene OHG wird aber nicht mehr wie früher, wenn der Umsatz in den eines Kleingewerbes sinkt, in eine GbR umgewandelt, da die OHG allenfalls Kaufmann nach §2 HGB ist (eingetragener Kannkaufmann). Wandelt sich eine GbR in eine OHG kraft Gesetz (§1 II HGB), so ändert sich nur der rechtliche Charakter, die Umwandlung bleibt ansonsten identitätswahrend, dh es bedarf keiner Vermögensübertragung.

§105 I HGB Gesellschafter einer OHG

Nach dem Wortlaut des §105 I HGB aE müssen alle Gesellschafter einer OHG persönlich und unbegrenzt den Gesellschaftsgläubiger haften. Deshalb war es lange Zeit umstritten, ob auch juristische Personen Gesellschafter einer OHG sein können, da diese nur mit ihrem Gesellschaftsvermögen haften (§§13 II GmbHG, 1 I 2 AktG). Eine solche „Haftungsbeschränkung“ stellt aber nur faktisch ein „Leerlaufen“ der unbegrenzten Haftung dar. Die juristischen Personen haften schließlich auch persönlich und unbegrenzt, nur beträgt ihr Vermögen eben nur das Gesellschaftsvermögen. Dogmatisch aber ist auch bei ihnen die Haftung unbegrenzt. Deshalb können nach ständiger Rechtsprechung auch juristische Personen Gesellschafter einer Personalgesellschaft sein. Allerdings muß dies der Firmenname nach §19 II HGB deutlich machen, wenn *keine* natürliche Person persönlich haftet.

Nur eine GbR als Gesellschafterin einer OHG ist nicht möglich nach hM, weil dieser die Einheit nach außen fehlt und auch die Handelsregisterpublizität.

Nach §105 II HGB können nun auch solche Gesellschaften ins HReg eingetragen werden und damit eine OHG sein, auch wenn sie nur eigenes Vermögen verwalten. Dieser Absatz wurde deshalb neu eingefügt, weil es vermehrt zu sog. „Betriebsaufspaltungen“ kam, also die Rechtsgeschäfte ausgelagert wurden.

Beispiel: A und B sind Gesellschafter einer OHG. Nun gründen sie eine GmbH, und lassen nur noch diese die Geschäfte nach außen hin tätigen. Dabei bleibt das ganze Anlagevermögen bei der OHG, die GmbH wird nur mit dem Mindestumfang ausgestattet. Dabei vermietet/verpachtet aber die OHG das Anlagevermögen (Grundstücke, Produktionsanlagen...) an die GmbH. Nach außen tritt aber nur noch die GmbH auf, die OHG bleibt im Hintergrund. Früher wurde daher gesagt, daß die OHG keine Handelsgewerbe mehr betreibt, da sie nur noch an die GmbH vermietet. Sie ist also keine Handelsgesellschaft mehr, sondern nur noch GbR. Um der OHG aber dennoch ihren Status als Handelsgesellschaft zu erhalten, fügte der Gesetzgeber diese Möglichkeit nach §105 II BGB ein. Die OHG bleibt also Handelsgesellschaft, obwohl sie nur noch eigenes Vermögen verwaltet.

§§109-122 HGB Innenverhältnis der OHG

Nach §109 HGB richtet sich das Verhältnis der Gesellschafter zueinander in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrag. Die §§110-122 HGB finden nur Anwendung, wenn nichts anderes bestimmt ist, sie sind also dispositiv. §110 HGB normiert eine Aufwendungsersatzpflicht der OHG, §111 HGB eine Verzinsungs-pflicht für säumige Beitragszahler, §§112, 113 HGB ein Wettbewerbsverbot für Gesellschafter.

§123 HGB Wirksamwerden der OHG nach außen

Gemäß §123 I HGB wird die OHG nach außen wirksam, wenn sie ins HReg eingetragen worden ist. Beginnt die Gesellschaft schon vor Eintragung mit den Geschäften (weit auszulegen), ist dieser Zeitpunkt nach §123 II HGB der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der OHG. Dies gilt jedoch nur für solche Handelsgewerbe, die nach §1 II HGB einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern. Deren Eintragung ins HReg wirkt nämlich nur deklaratorisch, so daß bei diesen der Zeitpunkt der Geschäftsaufnahme maßgeblich ist. Für alle anderen Gewerbetreibenden (§§2, 3 II, 105 II, 161 II) kann der Zeitpunkt des Geschäftsbeginns nicht der Zeitpunkt der Wirksamkeit der OHG nach außen sein, da bei diesen eine Eintragung ins HReg konstitutiv wirkt, das für die OHG notwendige Handelsgewerbe erst durch die Eintragung entsteht. Eine solche OHG kann im Außenverhältnis also nur durch die Eintragung wirksam werden, so daß bei diesen vorher nur eine GbR vorliegt. Allerdings können gutgläubige Dritte beim Auftreten einer noch nicht wirksamen OHG nach handelsrechtlichen Rechtsscheinsgrundsätze geschützt werden, zB über die des nicht eingetragenen Scheinkaufmanns, §5 HGB, wenn die Gesellschafter vor der Eintragung als Mit- glieder einer OHG auftreten.

§§112, 113 HGB Wettbewerbsverbote

Die in §§112, 113 HGB normierten (dispositiven) Wettbewerbsverbote gelten nur für Gesellschafter, ein solches erlischt deshalb, wenn ein Gesellschafter ausscheidet. Für diesen müßte ein *nachvertragliches* Wettbewerbsverbot vereinbart werden, welches sich zB auch stillschweigend aus der Zahlung einer Abfindung ergeben kann (ein zeitlich zu langes Verbot verstößt gegen §1 GWB und §138 I BGB).

Das Wettbewerbsverbot für Gesellschafter verbietet das Tätigwerden im selben Handelszweig wie die Gesellschaft, ebenso wie die Teilnahme an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft (OHG, KG, KGaA). Dies soll die Haftungsgrundlage der Gesellschaft sichern, da sonst der Gesellschafter Gefahr läuft, von den Gläubigern der anderen Gesellschaft in Anspruch genommen zu werden.

-> bei einer Verletzung macht sich der Gesellschafter nach §113 I HS 1 HGB schadensersatzpflichtig, die OHG kann aber auch verlangen, daß die für eigene Rechnung geschlossenen Geschäft nun für Rechnung der OHG gelten. Es ist aber eine schuldhafte Vertragsverletzung erforderlich, obwohl nicht in §113 HGB genannt.

Nach Ansicht des BGH erfüllt das gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbot der §§112, 113 HGB zwar tatbestandlich §1 GWB, soll jedoch dennoch zulässig sein, da die §§112, 113 HGB nur die gesellschaftstreue Mitarbeit der Gesellschafter sichern soll und kollidiert deshalb nicht mit §1 GWB. Die Unternehmensformen der OHG und KG sind nämlich auf die gesellschaftstreue Pflichterfüllung ihrer Gesellschafter angewiesen, und dieser Gedanke schränkt die Anwendung des §1 GWB ein. Ein Verstoß gegen §1 GWB bei einer Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots kann nur ausnahmsweise gegeben sein, wobei dann aber der restliche Gesellschaftsvertrag nach §139 BGB aufrechterhalten wird.

§§114ff HGB Geschäftsführung

Geschäftsführung sind die Maßnahmen im Innenverhältnis, die der Erreichung des gemeinsamen Zwecks dienen (nicht nur rechtsgeschäftliche, sondern auch tatsächliche). Anders als bei der GbR unterscheidet hier §116 HGB selbst zwischen gewöhnlichen und ungewöhnlichen Geschäftsführungmaßnahmen. Die gewöhnliche Geschäftsführung umfaßt die Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des jeweiligen Handelsgewerbes mit sich bringt. Für ungewöhnliche Geschäfte (Grundlagengeschäfte) ist nach §116 II HGB ein Beschuß *aller* Gesellschafter erforderlich, da es sich hier dann nicht mehr um eine Geschäftsführungsmaßnahme handelt.

Grundsätzlich geht §114 HGB von einer Einzelgeschäftsführung aller Gesellschafter aus, nur mit einem Widerspruchsrecht nach §115 HGB versehen. Bei einem Widerspruch hat die Maßnahme zu unterbleiben, weil sich zwei gleichwertige Geschäftsführungsakte widersprechen und sich so gegenseitig aufheben. Ein Nichtgeschäftsführungsbefugter hat kein Widerspruchsrecht, dieses kann allenfalls im Wege der *actio pro socio* erzwungen werden. Der Widerspruch wirkt sich aber nur auf die Geschäftsführung aus, eine dennoch vorgenommene Vertretungshandlung wäre gemäß §126 II HGB wirksam. Dann aber macht sich der Geschäftsführung schadensersatzpflichtig. Fraglich ist nur, woraus:

- Überschreitet ein Gesellschafter die ihm zustehende Geschäftsführungsbefugnis (zB Handeln bei Grundlagengeschäften, Handeln trotz Widerspruch eines anderen Geschäftsführers), so haftet er gemäß BGH nach pVV aus Schlechterfüllung seiner ihm obliegenden sorgfältigen Geschäftsführungspflicht aus §708 BGB (Haftungsmaßstab *diligentia quam in suis*).
- Nach aA liegt aber kein Vertrag vor, die den Gesellschafter zur Geschäftsführung verpflichtet, daher scheidet auch pVV aus, der Geschäftsführer haftet bei schlechter Geschäftsführung nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag, §§677ff BGB. Ein Überschreiten der Geschäftsführungsbefugnis beeinflusst aber in keinem Fall die Vertretungsmacht nach außen.

§§120-122 HGB Gewinn- und Verlustverteilung

Zunächst wird nach §120 I HGB der Jahresgewinn oder -verlust ermittelt. Dann gebührt jedem Gesellschafter daran ein Anspruch in Höhe von 4% seines jeweiligen Kapitalanteils. Bleibt dann noch Gewinn übrig, so wird dieser *nach Köpfen* verteilt, §121 III HGB. Dieser Gewinn wird nach §120 II HGB den Kapitalkonten der Gesellschafter gutgeschrieben. Eine Entnahme ohne eine Einwilligung von diesem Kapitalkonto ist nach §122 HGB nur in Höhe von 4% des Kapitalanteils möglich. Für weitergehende Entnahmen ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.

§§114, 125 HGB Drittorganschaft

Drittorganschaft läge vor, wenn *keiner* der Gesellschafter unbeschränkt geschäftsführungs- und vertretungsberechtigt wäre. Eine solche Regelung im Gesellschaftsvertrag wäre nach hM bei den Personalgesellschaften aber unzulässig. Bei den Personengesellschaften gilt das Prinzip der Selbstorganschaft. Der BGH stützt diese Ansicht auf das Verbot der Abspaltung einzelner Mitwirkungsrechte von der Gesellschafterstellung, §717 BGB. Andererseits hält es der BGH aber für zulässig, bei Vorhandensein eines unbeschränkt geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafters einem Dritten ebenfalls umfangreiche Vertretungsmacht zukommen zu lassen, was eigentlich auch eine Abspaltung der Mitwirkungsrechte von der Gesellschafterstellung bedeutet. Es gibt 3 Fälle zulässiger Drittorganschaft bei Personengesellschaften:

- §146 I HGB, wonach auch ein Nichtgesellschafter Liquidator werden kann
- Wenn einer der Gesellschafter eine GmbH ist, und diese zum Geschäftsführer oder Vertreter der Personengesellschaft bestellt wird, ist der Geschäftsführer der GmbH (der auch ein Nichtgesellschafter sein kann) auch Geschäftsführer und Vertreter der Personengesellschaft.
- Für die Dauer einer Ausschlußklage nach §117 HGB (Entzug der Geschäftsführungsbefugnis) dürfen die übrigen Gesellschafter auch einen Dritten zur Geschäftsführung und Vertretung bestellen.

-> immer, wenn eine Regelung im Gesellschaftsvertrag bzgl. der Vertretungs- oder Geschäftsführungsbefugnis unwirksam ist, tritt nach hM **nicht** die gesetzliche Regelung (§§114, 125 HGB) an deren Stelle. Denn diese würde eine Einzelbefugnis eines jeden Gesellschafters vorschreiben; aus der Regelung im Gesellschaftsvertrag wird aber gerade deutlich, daß eine Einzelvertretungsmacht bzw. -geschäftsführungsbefugnis eben gerade nicht gewollt wurde. Daher tritt nach hM bei einer unwirksamen Regelung im Gesellschaftsvertrag eine Gesamtvertretungs- bzw. -geschäftsführungsbefugnis an deren Stelle. Sollte dies der Fall sein, ist allerdings zu beachten, daß eine solche Gesamtvertretung nach §125 IV HGB ins HReg eingetragen werden müßte. Und da die Gesamtvertretung nur von der hM im Streitfall angeordnet wird, dürfte eine Eintragung in der Regel nicht vorliegen, so daß diese Tatsache dem Vertragspartner nicht entgegenhalten werden kann. Mangels Eintragung darf sich dieser auf den gesetzlichen Normalfall verlassen, und dieser bedeutet Einzelvertretung.

§125 HGB Vertretungsmacht

Die §§124ff HGB kommen nur zur Anwendung, wenn die OHG nach außen gemäß §123 HGB wirksam geworden ist. Die Vertretungsmacht ist bei der OHG nicht wie bei der GbR im Zweifel an die Geschäftsführungsbefugnis gekoppelt, sondern sie gilt im Interesse des Rechtsverkehrs als unbeschränkt, §126 II HGB. Die rechtstechnische Verselbständigung der OHG erlaubt es weiterhin, daß nicht die übrigen Gesellschafter verpflichtet werden, sondern die OHG selbst, §§124 I, 125 I HGB. Der Vertreter muß aber im Namen der OHG handeln, sonst liegt ein Eigengeschäft des Vertreters vor.

Grundsätzlich geht das Gesetz in §125 I HGB von einer Einzelvertretungsmacht aller Gesellschafter aus. Ein Minderjähriger kann hier nicht ohne weiteres Vertreter der OHG sein, da er nicht nur diese verpflichtet, sondern über §128 S. 1 HGB selbst haftbar gemacht werden kann. Es kann aber auch gemäß §125 II HGB eine Gesamtvertretung vereinbart werden, die ein gemeinsames (aber nicht gleichzeitiges) Handeln aller Gesellschafter erfordert. Es ist aber auch möglich, daß diese Zustimmung schon im voraus für bestimmte Geschäfte gegeben wird, unzulässig wäre nur eine Zustimmung zu allen Geschäften, dann läge keine

Gesamtvertretung mehr vor. Eine echte Gesamtvertretung muß gemäß §125 IV HGB ins HReg eingetragen werden, um gegenüber Dritten wirksam zu sein (§15 HGB). Es besteht auch die Möglichkeit einer unechten Gesamtvertretung, wenn also ein Gesellschafter nur zusammen mit einem Prokuristen vertretungsbefugt ist.

§125 III 1 HGB Unechte Gesamtvertretung

Eine unechte Gesamtvertretung liegt vor, wenn ein oder mehrere Gesellschafter nur zusammen mit einem Prokuristen vertretungsbefugt sind. Fraglich ist, ob eine solche Regelung im Gesellschaftsvertrag überhaupt zulässig ist, wenn ansonsten *kein anderer Gesellschafter* mehr unbeschränkt vertretungsbefugt ist:

- eine solche Regelung würde gegen das Prinzip der Selbstorganschaft verstossen, da bei einer unechten Gesamtvertretung kein Gesellschafter mehr eine unbeschränkte Vertretungsmacht hätte.
- Außerdem spricht der Wortlaut des §125 III 1 HGB dafür („wenn nicht mehrere zusammen handeln“), daß eine unechte Gesamtvertretung nur neben einer Einzel- oder echten Gesamtvertretung möglich ist. Eine ausschließliche Regelung der Vertretungsmacht über eine unechte Gesamtvertretung ist daher unzulässig.
-> liegt eine zulässige unechte Gesamtvertretung vor (zB Einzelvertretungsmacht neben Gesamtvertretung und Prokurist), so ist problematisch, daß der Prokurist nicht denselben Umfang der Vertretungsmacht genießt wie ein Gesellschafter. Dies ist aber zwingend erforderlich, denn sonst könnten der Gesamtvertreter und der Prokurist nicht in allen Bereichen zusammenarbeiten (Grundstücksgeschäfte). Daher erweitert die hM den Umfang der Prokura auf den Umfang nach §126 HGB, also unbeschränkt.

§126 HGB Umfang der Vertretungsmacht

Eine *Beschränkung* der Vertretungsmacht ist nach §126 II HGB Dritten gegenüber unwirksam, da dies der Beschleunigung des Handelsverkehrs dient. Im Innenverhältnis dagegen ist eine Beschränkung möglich. Der Dritte soll davon entbunden werden, zu überprüfen, inwieweit der Vertreter Vertretungsmacht besitzt. Ob derjenige dagegen überhaupt Vertretungsmacht iSd §125 I HGB hat, ist vom Dritten dagegen zu überprüfen (aber mit Rechtsscheinvertretungsmacht). Da die Vertretungsmacht ein Mittel zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks ist, sind von ihr diejenigen Geschäfte nicht umfaßt, die in die Ebene des Gesellschaftsvertrags fallen (sog. Grundlagengeschäfte). Der Grundsatz der Unbeschränkbarkeit gilt sogar Dritten gegenüber, die von einer Beschränkung im Innenverhältnis wissen, außer, der Dritte handelt arglistig zusammen mit dem Vertreter (Kollusion) oder es wird ein Geschäft zwischen der OHG und einem Gesellschafter als Drittem getätigt, da hier der angestrebte Verkehrsschutz nicht nötig ist.

- > die Gesellschafter einer OHG werden als gesetzliche Vertreter nach §278 BGB angesehen, die OHG haftet für deren Verschulden (nach der Theorie der kollektiven Einheit gilt §31 BGB analog). Im Deliktsrecht findet dagegen auch bei der OHG eine Zurechnung nach §31 BGB analog statt, da diese über §124 I HGB den juristischen Personen angenähert ist.
- > bei juristischen Personen gilt nicht §278 BGB, da die Organe keine gesetzlichen Vertreter sind (Organtheorie), hier gilt als Zurechnungsnorm §31 BGB analog. Dies sogar für deliktisches Verhalten, dies hat den Vorteil, daß sich die juristische Person nicht immer nach §831 BGB exkulpieren kann, da sie selbst schon aus §823 BGB haftet.

§128 HGB Umfang der Haftung

Gemäß §128 S. 1 HGB haftet jeder Gesellschafter „für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft“. Fraglich ist, ob dies bedeutet, daß der in Anspruch genommene Gesellschafter *Erfüllung* schuldet oder nur *Geldersatz* gemeint ist. Einig sind sich beide Auffassungen, daß nur haftet, wer auch schuldet. Für die Erfüllungstheorie spricht zum einen §128 HGB, nach dem jeder Gesellschafter die gleiche Leistung wie die Gesellschaft schuldet. Außerdem wird, folgt man der individualistischen Theorie der hM, jede Verbindlichkeit der OHG letztlich den Gesellschaftern als Rechtssubjekte zugeordnet. Ebenfalls für diese Ansicht sprechen auch die parallelen Verteidigungsmöglichkeiten des §129 HGB. Deshalb *schulden* die Gesellschafter nach hM wie die OHG die Erfüllung der Verbindlichkeiten. Eine Ausnahme davon wird man nur machen können, wenn die Verpflichtung zur Erfüllung ersichtlich auf die Gesellschaft beschränkt ist. Die Haftung der Gesellschafter ist allerdings *akzessorisch* zur Verbindlichkeit der Gesellschaft, dh schuldet diese nur noch Geldersatz (zB wegen Unmöglichkeit der Leistung), so gilt dies (über §129 I HGB) auch für den Gesellschafter.

Dies heißt die Lehre von der Identität der Schuld bei doppeltem Haftungsobjekt (Gesellschafts- und Privatvermögen). Folgt man der Theorie der kollektiven Einheit, so würde an sich nur die OHG haften, §128 HGB würde eine zusätzliche Haftungsgrundlage der Gesellschafter bedeuten.

Die Gesellschafter haften nach §128 S. 1 HGB aber primär, dh die Gläubiger müssen sich nicht zunächst vergeblich an die Gesellschaft wendet (keine Einrede der Vorausklage). Es muß allerdings ein vollstreckbares Urteil gegen den jeweiligen Gesellschafter vorliegen, ein Titel gegen die OHG genügt nach §129 IV

HGB nicht. Auch ein Gesellschafter als Drittgläubiger kann nach §128 HGB seine Mitgesellschafter in Anspruch nehmen.

Wurde ein Gesellschafter über §128 HGB in Anspruch genommen, so kann er, da die Gesellschafter als Gesamtschuldner haften, von den anderen nach §§421, 426 BGB Regreß verlangen. Dies ist nach hM aber *erst dann* möglich, wenn er sich vergeblich über §110 HGB (Aufwendungsersatz) an die Gesellschaft selbst gewendet hat. Die Haftung der übrigen Gesellschafter ist daher subsidiär, sie dürfen erst dann in Anspruch genommen werden, wenn die OHG nicht Regreß leistet. Dies entspricht auch dem gesellschaftsrechtlichen Grundkonzept, daß nur die Gesellschaft nach außen hin auftritt. §110 HGB hat aber den Vorteil, daß der Gesellschafter die gesamte ausgelegte Summe als Regreß erhält, während er über §426 BGB nur die Summe abzüglich seines eigenen Anteils bekäme.

Auch ein Kommanditist kann im Wege des Rückgriffs nach §128 HGB in Anspruch genommen werden, da die Gesellschafter als Gesamtschuldner haften. Dies aber nur dann, wenn der Kommanditist seine Hafteinlage noch nicht vollständig geleistet hat, weil er sonst im Außenverhältnis kein Schuldner wäre. Der Ausgleich erfolgt dann im Innenverhältnis nach §426 I BGB, je nach Quotierung (heranzuziehen ist die Gewinnverteilung im Gesellschaftsvertrag) oder Schadensverursachung §254 BGB analog. Der Kommanditist kann sich nicht darauf berufen, daß er seine Pflichteinlage im Innenverhältnis schon voll erbracht hat, denn dies könnte der Komplementär auch, und würde so nicht im Innenverhältnis haften. Außerdem betrifft die Einlageverpflichtung nur das Verhältnis der Gesellschaft zum Gesellschafter und nicht das Ausgleichsverhältnis.

§129 HGB Verteidigungsmöglichkeiten

§129 I HGB gibt dem nach §128 S. 1 HGB in Anspruch genommenen Gesellschafter eine parallele Verteidigungsmöglichkeit. Er kann auch die Einwendungen, die nicht in seiner Person gegenüber dem Gläubiger begründet sind, erheben, wenn sie der OHG zustehen würden. Der Gesellschafter kann also die Verteidigungsmittel der OHG geltend machen. Der Gesellschafter kann die Befriedigung des Gläubigers nach §129 II HGB auch solange verweigern, wie die OHG das Geschäft anfechten könnte. Nach §129 III HGB hat der Gesellschafter auch ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegenüber der OHG befriedigen könnte. Dann nämlich ist es nicht nötig, daß der Gesellschafter privat in Anspruch genommen wird.

Haftungsunterschiede GbR zu OHG, KG

Während bei der OHG und KG die Handelsgesellschaft selbst über §124 HGB Träger der Verbindlichkeit sein kann, ist dies nach individualistischer Theorie bei der GbR nicht der Fall. Da die Handelsgesellschaft über §124 HGB selbst verpflichtungsfähig ist, bedarf es für die Begründung der Gesellschafterhaftung einer Norm, §128 HGB. Dies ist bei der GbR nicht nötig, da es nach hM keine Verbindlichkeiten der Gesamthandsgesellschaft gibt, sondern nur Individualschulden der Gesellschafter. Diese haften gemäß §427 BGB als Gesamtschuldner, entweder, weil alle Gesellschafter gemeinsam gehandelt haben oder ein Stellvertretung aller gemäß §714 BGB vorliegt. Bei der GbR gibt es im Gegensatz zu OHG und KG die Besonderheit, daß nur das Sondervermögen (Gesellschaftsvermögen) dem Gläubiger haften soll, eine Haftung der Gesellschafter selbst also ausgeschlossen sein soll. Dies wird nach überwiegender Meinung dadurch erreicht, daß schon im Gesellschaftsvertrag die Vertretungsmacht begrenzt wird. Eine solche Haftungsbegrenzung im Außenverhältnis wäre bei den Handelsgesellschaften wegen §126 II HGB Dritten gegenüber unwirksam. Nicht so bei der GbR. Der die Mitgesellschafter Verpflichtende handelt insoweit dann ohne Vertretungsmacht. Dieses Risiko trägt dabei grundsätzlich der Vertragspartner. Zu beachten ist freilich, daß die Mitgesellschafter dennoch über die Grundsätze der Rechtsscheinhaftung mit ihrem Privatvermögen haften können. Auch die Konstruktion im Leistungsstörungsfall ist unterschiedlich: Während bei OHG und KG sowohl von der Gesellschaft (§124 HGB) als auch von den Gesellschaftern (§128 HGB) Erfüllung und Sekundäransprüche verlangt werden können, ist dies bei der GbR so nicht möglich. Ansprüche auf Erfüllung oder diesbezügliche Sekundäransprüche (pVV, cic, Unmöglichkeit...) können nicht von der GbR als solcher verlangt werden, da diese nicht rechtsfähig ist. Dies kann wiederum nur von den Gesellschaftern verlangt werden. Diese schulden nach §427 BGB die Leistung gesamtschuldnerisch, wobei die Gesellschafter untereinander „in Erfüllung einer Verbindlichkeit“ iSd §278 BGB handeln, dh das Verschulden eines Einzelnen wird den anderen über §278 BGB zugerechnet, so daß auch diese gesamtschuldnerisch für Leistungsstörungen handeln.

§160 HGB Nachhaftung

Ein aus der Gesellschaft ausgeschiedener Gesellschafter haftet nach §160 I 1 HGB für die bis zu seinem Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten bis zu 5 Jahre nach seinem Ausscheiden. Dies deshalb, weil sich der Gesellschafter nicht durch einen bloßen Austritt von seinen (§128 S. 1 HGB) Verbindlichkeiten lösen

kann. Diese Nachhaftung muß von den Gläubigern innerhalb von 5 Jahren geltend gemacht werden. Die Begrenzung der Nachhaftung auf 5 Jahre führt dazu, daß der Gesellschafter nicht für solche Altverbindlichkeiten haftet, die erst nach 5 Jahren fällig werden. Nach 5 Jahren kann der Gläubiger nicht mehr nur die Verbindlichkeit des Gesellschafters geltend machen, diese **erlischt** vielmehr. §160 I HGB stellt also eine Ausschlußfrist dar, und nicht nur eine Verjährungsvorschrift.

Der Grundsatz der Nachhaftung gilt nach §160 III HGB auch für einen Gesellschafter, der früher unbeschränkt persönlich gehaftet hat, nunmehr aber eine Stellung als Kommanditist innehat. Dieser kann sich also innerhalb von 5 Jahren nicht auf seine vollständig geleistete Kommanditeinlage berufen. Seine weitere Haftung mit der Kommanditeinlage bleibt unberührt, §160 III 2 HGB. Für Neuverbindlichkeiten haftet der Ausgeschiedene demnach nicht, außer sein Ausscheiden wurde nicht ins HReg eingetragen (§15 I HGB). Befriedigt ein ausgeschiedener Gesellschafter die Gläubiger, so kann er gegen die in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter Rückgriffe nach §426 I, II BGB geltend machen und gegen die Gesellschaft selbst nach §110 HGB analog oder §§683, 670 BGB (strittig). §159 HGB gilt für Ansprüche bei Auflösung der Gesellschaft.

Beendigung der OHG

- Auflösung

Die Auflösung erfolgt bei Vorliegen einer der in §131 I, II HGB genannten Auflösungsgründe. Der gemeinsame Zweck der OHG wandelt sich in die Auseinandersetzung (Verteilung des Vermögens), es liegt also eine Auseinandersetzungsgesellschaft vor. Nach §156 HGB gilt grundsätzlich aber das OHG-Recht weiter. Es können vertraglich auch weitere Auflösungsgründe vereinbart werden.

Die Kündigung eines Gesellschafters führt gemäß §131 III Nr. 3 HGB nicht mehr zur Auflösung der OHG, sondern nur noch zum Ausscheiden des Gesellschafters. Die Kündigungsmöglichkeit ist nach §§132, 105 III HGB, 723 III BGB nicht abdingbar, eine solche Vereinbarung würde gegen §134 BGB verstößen. Eine außerordentliche Kündigung ist gesetzlich nicht vorgesehen, sie wurde durch die Auflösungsklage aus wichtigem Grund nach §133 HGB ersetzt. Diese führt allerdings dann nicht nur zum Ausscheiden des Gesellschafters, sondern zur Auflösung der OHG.

- Auseinandersetzung

Die Auseinandersetzung der Gesellschaft (Liquidation) richtet sich nach §§145ff HGB. Neuer Gesellschaftszweck ist die Verteilung des Gesellschaftsvermögens. Soweit es für die Befriedigung der Gläubiger ausreicht, erhalten die Gesellschafter nach §155 HGB den Überschuß. Erst der Abschluß der Liquidation führt zur Vollbeendigung der OHG. Die Liquidation ist mit Verteilung des Vermögens abgeschlossen, irrelevant, ob alle Gläubiger befriedigt wurden oder nicht.

Geborene Liquidatoren sind die Gesellschafter nach §146 I HGB, so können aber auch andere Personen als gekorene Liquidatoren wählen (Ausnahme vom Grundsatz der Selbstorganschaft). Nach Beendigung der Liquidation ist das Erlöschen der OHG im HReg anzumelden, §157 HGB, dies hat aber nur deklaratorische Wirkung, die OHG ist mit Abschluß der Liquidation beendet. Allerdings bleibt auch nach Beendigung der OHG die Haftung der Gesellschafter aus §128 HGB bis zu 5 Jahre bestehen, dies stellt §159 HGB dar.

Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft

Wenn der Gesellschaftsvertrag an Mängeln leidet, die nach den allgemeinen BGB-Regeln zur Nichtigkeit *ex tunc* führen würde, kann dennoch die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft eingreifen, die diese rückwirkende Nichtigkeit nicht in vollem Umfang zuläßt. Hierfür müssen aber drei Voraussetzungen gegeben sein, um die Nichtigkeitsregelungen des BGB einzuschränken:

- Es muß überhaupt ein (wenn auch fehlerhafter) Gesellschaftsvertrag vorliegen, der nichtig oder anfechtbar ist. Die reine faktische Betätigung von Gesellschaftern, die nicht auf einem Gesellschaftsvertrag beruht, genügt nicht, hier können nur Rechtsscheingrundsätze eingreifen.
- Die Gesellschaft muß *in Vollzug* gesetzt worden sein: Denn ein Vertrauenschutz Dritter (im Außenverhältnis) und eine umständliche Rückabwicklung im Innenverhältnis liegt nur dann vor, wenn die Gesellschaft ihre Tätigkeit schon aufgenommen hat (eine bloße Eintragung ins HReg genügt hierfür nach ganz hM nicht). Die Gesellschaft ist in Vollzug gesetzt, wenn sie Außenbeziehungen aufgenommen hat und/ oder im Innenverhältnis ein Gesellschaftsvermögen entstanden ist. Grund für die Begrenzung der Nichtigkeitsfolgen ist nämlich die Schwierigkeit der Rückabwicklung von bereits geschaffenen Tatsachen, und wenn solche Tatsachen nicht vorliegen, wäre eine Durchbrechung der allgemeinen Nichtigkeitsregeln nicht gerechtfertigt.

- Die Begrenzung der Nichtigkeit darf nicht mit anderen wichtigen Interessen kollidieren. Die Rechtsfolgen der fehlerhaften Gesellschaft kommen daher nicht zur Anwendung in folgenden Fallgruppen:
 - (1) wenn der Gesellschaftsvertrag nur zum Schein abgeschlossen wurde, denn dann sind die Gesellschafter nicht schutzwürdig.
 - (2) wenn der verfolgte Gesellschaftszweck gegen ein gesetzliches Verbot (§134 BGB) verstößt oder nach §138 BGB sittenwidrig ist, denn dann hat die Allgemeinheit ein Interesse an der Nichtigkeit ex tunc des Gesellschaftsvertrags.
 - (3) wenn die Nichtigkeitsregel des BGB dem Schutz einzelner Personen dient, zB Minderjährigenschutz
- > Rechtsfolge: Bei Vorliegen einer fehlerhaften Gesellschaft führt der Mangel des Gesellschaftsvertrags nicht zur Nichtigkeit ex tunc, sondern die Gesellschaft ist nur mit *Wirkung für die Zukunft* (ex nunc) vernichtbar. Bis zur Geltendmachung dieser Gründe ist die Gesellschaft aber als voll wirksam zu behandeln, außer die fortgesetzte Anwendung der nichtigen Regel wäre nicht gerechtfertigt. Die Nichtigkeitsgründe können aber nicht nach allgemeinen Regeln geltend gemacht werden, sondern müssen, um die Rechtswirkung ex nunc zu erreichen, bei der OHG als Auflösungsklage §133 HGB analog geltend gemacht werden und bei der GbR in Form der Kündigung nach §723 BGB analog.

- > Liegen die Voraussetzungen einer fehlerhaften Gesellschaft nicht vor, so ist der Gesellschaftsvertrag und damit die Gesellschaft als von Anfang an nichtig anzusehen. Dann allerdings können noch die Grundsätze über eine Scheinhandelsgesellschaft greifen, dh der Dritte kann bei einer *veranlaßten* Rechtsscheinsetzung immer noch verlangen, auch so behandelt zu werden, als entspräche der Rechtsschein der Wirklichkeit.

§140 HGB Ausschlußklage

Weist ein Gesellschafter in seiner Person einen Grund auf, der die übrigen Gesellschafter nach §133 HGB dazu berechtigen würde, die Gesellschaft aufzulösen, kann diese Auflösung durch die gerichtliche Ausschlußklage nach §140 HGB vermieden werden. Der betroffene Gesellschafter scheidet aus der Gesellschaft aus, sein Anteil wächst den anderen gemäß §738 BGB an.

§140 I 2 HGB (nF) stellt klar, daß eine Ausschlußklage auch in einer *zweigliedrigen* Personengesellschaft möglich ist, daß es also nicht hinderlich ist, wenn nach dem Ausscheiden nur noch ein Gesellschafter übrig bleibt. Durch diese Klarstellung wurde die Übernahmeklage nach §142 HGB af entbehrlich, weil nun ge regelt ist, daß durch das Ausscheiden das Gesellschaftsvermögen Alleineigentum des Verbleibenden wird (entsprechend der Anwachung §738 BGB durch Gesamtrechtsnachfolge), ohne daß es zu einer Liquidierung kommt. Allerdings findet eine *Umwandlung kraft Gesetz* statt, weil eine Personengesellschaft zwingend eine Personenmehrheit erfordert, eine Einmannsgesellschaft ist nicht möglich. Die ehemalige OHG wandelt sich daher in ein einzelkaufmännisches Unternehmen. Der Gesellschaftszusatz im Firmennamen wäre eigentlich nach §18 II 1 HGB irreführend, kann jedoch gemäß §24 I Alt. 3 HGB beibehalten werden (Firmenkontinuität geht vor).

Allerdings ist §140 HGB gesellschaftsvertraglich abdingbar: die gerichtliche Ausschlußklage dauert zu lange, daher kann diese durch einen *Mehrheitsbeschuß* ersetzt werden (Kündigung). Diese Ausschlußklage ist dann aber nach BGH nur zulässig, wenn als Voraussetzung ein *wichtiger Grund* vorliegt. Ein freies Hinauskündigen ist nicht zulässig, speziell dann, wenn die Abfindung noch an Buchwertklauseln geknüpft ist. Denn sonst könnten die übrigen Gesellschafter einfach einen unbeliebten Gesellschafter aus der Gesellschaft ausschließen, ihnen würde das Gesellschaftsvermögen nach §738 BGB anwachsen und sie müßten nur eine billige Abfindung nach der Buchwertklausel zahlen. Eine solches beliebiges Hinauskündigen verstößt gegen §138 BGB. Der Mehrheitsbeschuß ist daher nur mit wichtigem Grund möglich.

Kaufmannseigenschaft der OHG/KG und deren Gesellschafter

OHG und KG sind als Handelsgesellschaften nach §6 I HGB unbestritten Kaufleute. Umstritten ist dies für die Gesellschafter. Kaufmann ist nach §1 HGB nur derjenige, der ein Handelsgewerbe betreibt. Dies betreibt aber die OHG/KG. „Betreiben“ liegt nur bei demjenigen vor, der das Unternehmerrisiko trägt. Rechtsprechung und hL bejahen jedoch die Kaufmannseigenschaft bei den Gesellschaftern der OHG und den Komplementären der KG. Die Kommanditisten sollen dagegen keine Kaufleute sein, da sie nicht „betreiben“, diese tragen nicht das Unternehmerrisiko (nur Hafteinlage). Allerdings sind die OHG-Gesellschafter und die Komplementäre bei einem Handeln in eigenem Namen nicht immer als Kaufleute anzusehen. Vielmehr ist auf den jeweiligen Normzweck abzustellen. Ändert die HGB-Norm grundsätzliche Vorschriften des BGB, so sind diese nicht Kaufleute. Stellt die HGB-Norm dagegen lediglich höhere Verhaltensanforderungen, so sind die Gesellschafter als Kaufleute iS dieser Norm anzusehen.

-> die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft sind nach BGH nicht selbst auch Kaufleute. Dies sogar bei einer Ein-Mann-GmbH, der geschäftsführende Gesellschafter ist also, obwohl er alle Geschäfte der GmbH tätigt, nicht selbst Kaufmann, sondern nur Angestellter der GmbH. Die §§343ff HGB Handels- geschäfte sind daher nicht auf einen GmbH-Geschäftsführer anzuwenden.

Tätigkeitsvergütung der Geschäftsführer

Im Gesellschaftsvertrag einer Personalgesellschaft wird meist eine Geschäftsführervergütung aufgenommen. Dies ist deshalb wichtig, weil normalerweise alle Gesellschafter zur Geschäftsführung nach §114 HGB berechtigt und verpflichtet sind, sie dann also die Tätigkeit schulden, wofür sie eigentlich keine Vergütung verlangen könnten. Daher ist eine vereinbarte Vergütung auch kein Arbeitslohn, sondern wird nach hM als *Gewinnvorwegnahme* angesehen, die als Geschäftsausgaben den Gewinn der OHG von vornherein mindern. Dies gilt natürlich auch bei Verlustjahren, hier heißt es dann nur Entnahmerecht.

Bei Kapitalgesellschaften ist dies dann anders, wenn als Geschäftsführung eine Drittorganschaft gewählt wurde. Dann wird zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer ein Arbeitsvertrag geschlossen, die Vergütung ergibt sich zumindest aus §612 BGB. Dies sind dann Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit.

Kommanditgesellschaft

§§161ff HGB Allgemeines zur KG

Die Kommanditgesellschaft ist eine Sonderform der OHG, der Unterschied liegt darin, daß in der KG die Haftung bestimmter Gesellschafter (Kommanditisten) beschränkt werden kann. Es muß aber mindestens ein persönlich haftender Gesellschafter vorhanden sein (Komplementär). Der Komplementär haftet nach §128 HGB, der Kommanditist nach §§171-176 HGB. Gesellschafter einer KG können alle natürlichen Personen sowie Kapital- und Handelsgesellschaften sein, nur nicht die GbR wegen ihrer fehlenden rechtlichen Ver-
selbständigung. Die rechtlichen Unterschiede ergeben sich rein aus der Stellung der Kommanditisten.

Bei der Einlage der Kommanditisten ist zwischen einer Pflicht- und einer Hafteinlage zu unterscheiden. Die Höhe der Pflichteinlage ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrag, die für die Gläubiger relevante Höhe der Hafteinlage aus dem HReg. Die Haft- und Pflichtsumme werden in der Regel identisch sein, müssen es aber nicht. Übersteigt die Haftsumme die Pflichtsumme, so hat der Kommanditist Ausgleichsansprüche gegen die KG nach §110 HGB und gegen die Mitgesellschafter nach §426 BGB.

Die KG ist als Handelsgesellschaft Kaufmann nach §6 I HGB, die Komplementäre nach hM auch, da sie das Geschäft der KG betreiben, nicht jedoch die Kommanditisten, da diese eher die Funktion als Geldgeber haben und von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind.

- Geschäftsführung

Nach §164 HGB sind die Kommanditisten von der Geschäftsführung ausgeschlossen, sie haben nur bei ungewöhnlichen Geschäften ein Widerspruchsrecht entsprechend §116 II HGB. Eigentlich würde dies einen Widerspruch nach §115 HGB bedeuten, die hM weitet das Widerspruchsrecht des §164 HGB in ein Zustimmungserfordernis gemäß §116 II HGB aus. Die Regelung des §164 HGB ist aber dispositiv, dem Kommanditisten kann volle Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt werden. Zu Notgeschäften ist der Kommanditist aber nach §744 II BGB analog berechtigt, die Geschäftsführung kann auch nach §§677, 683 BGB gerechtfertigt sein (GoA).

- Vertretung

Der Kommanditist ist gemäß §170 HGB auch von der Vertretung der KG ausgeschlossen. Diese Bestimmung ist im Gegensatz zu §164 HGB zwingend, abweichende Regelungen durch den Gesellschaftsvertrag können gemäß §163 HGB nur bzgl. der §§164-169 HGB getroffen werden. Deshalb ist ein Entzug der Vertretungsmacht des einzigen Komplementärs nach §127 HGB nicht möglich (aA: wohl aber doch, dies ist dann ein Ausnahmefall zur Selbstorganschaft, beim Entzug der Vertretungsmacht kann ein Dritter zur Vertretung bestimmt werden). Zu beachten ist aber, daß einem Kommanditisten rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht eingeräumt werden kann, insbesondere kommt die Prokura oder Handlungsvollmacht in Betracht. Wird diese schom im Gesellschaftsvertrag festgehalten, so ist der Kommanditist „verfassungsmäßiger Vertreter“ iSd §31 BGB analog.

- Gewinn und Verlust

Den Kommanditisten trifft nach §165 HGB kein Wettbewerbsverbot, da er sich an der KG hauptsächlich finanziell beteiligt. Der Kommanditist hat nach §169 I HGB einen Anspruch auf Gewinnauszahlung, er kann aber nicht pauschal die 4% der Höhe seines Kapitalanteils verlangen, §122 HGB findet auf einen Kommanditisten keine Anwendung. Der Kommanditist hat nur einen Anspruch auf Auszahlung des wirklich erzielten Gewinns. Er kann aber nur dann Auszahlung verlangen, wenn auch sein Kapitalkonto einen positiven Saldo ausweist, bei Verlusten müssen erst diese wieder gedeckt werden. Der Kommanditist kann also nicht Gewinnauszahlung verlangen, wenn sein Kapitalkonto unter die Pflichteinlage gefallen ist. Nach §167 II HGB werden Gewinne dem Kapitalkonto aber nur solange gutgeschrieben, bis das Konto die Pflichteinlage erreicht hat, dh der Kommanditist muß Gewinne mitnehmen oder diese auf einem Sonderkonto verbuchen.

Haftung in der KG

- Die Komplementäre haften nach §§161 II, 128, 129 HGB wie ihre OHG-Kollegen persönlich und unbeschränkt mit ihrem Privatvermögen gesamtschuldnerisch.
- Auch die Kommanditisten haften nach §171 HGB unmittelbar persönlich mit ihrem Privatvermögen, allerdings summenmäßig begrenzt auf die Höhe ihrer Einlage. Wurde diese schon vollständig geleistet, entfällt ihre persönliche Haftung, §171 I HS 2 HGB. Schwieriger ist die Haftung der Kommanditisten, wenn die KG mit den Geschäften beginnt, bevor sie im HReg eingetragen ist:

- (1) Die KG entsteht im Außenverhältnis zu Gläubigern wirksam, wenn sie nach §123 I HGB eingetragen ist. Bei Aufnahme der Geschäftstätigkeit entsteht die KG nach §123 II schon zu diesem Zeitpunkt. Dies gilt aber nur dann, wenn die KG ein Handelsgewerbe iSd §1 II HGB betreibt, weil nur dann schon immer eine KG vorgelegen hat, die Eintragung wäre nur deklaratorisch. Dann haftet jeder Kommanditist, der dem Geschäftsbeginn zugestimmt hat, nach §176 I 1 wie ein persönlich haftender Komplementär.
- (2) Betreibt dagegen die vermeintliche KG ein Gewerbe iSd §§2, 3 HGB, so greift §123 II HGB nicht, dh die KG wird nicht mit Aufnahme des Geschäftsbeginns nach außen hin wirksam. Bei solchen Geschäften wirkt die Eintragung ins HReg konstitutiv, daher liegt keine KG vor, sondern nur eine GbR. Dies hat zur Folge, daß §176 I 1 HGB nicht greift. In Betracht kommt nur eine Rechts-scheinhaftung der Kommanditisten nach §171 I HGB analog, denn auch bei einer GbR ist es möglich, eine Haftungsbeschränkung der Kommanditisten durch eine konkutive Beschränkung der Vertretungsmacht der Komplementäre zu erreichen. Diese Beschränkung ist auch für Dritte erkennbar, wenn die Vertreter unter einer „KG“ auftreten.
- > auch wenn eine Gesellschaft als KG ins HReg eingetragen wurde, aber durch diese überhaupt kein Gewerbe betrieben wird (§5 HGB greift dann nicht), liegt nur eine GbR vor. Auch hier kommt nur eine Rechtsscheinhaftung nach §171 I HGB analog in Betracht.

§171 HGB Pflicht- und Hafteinlage

Die Pflichteinlage ist von der Hafteinlage zu unterscheiden. Die Pflichteinlage regelt die Summe, die der Kommanditist im Innenverhältnis der KG leisten muß, während die Hafteinlage die im HReg eingetragene Summe darstellt, mit der der Kommanditist nach außen haften will. Regelmäßig sind Haft- und Pflichteinlage identisch. Wird aber dennoch eine höhere Pflichteinlage vereinbart, so kann diese auch teilweise wieder von der KG an den Kommanditisten zurückgezahlt werden, ohne daß gleich die Haftung des §172 IV HGB wieder auflegt, solange die Haftsumme nicht angetastet wird. Eine höhere Pflichtsumme heißt oft auch „Aufgeld“, dh es ist auf die Hafteinlage noch eine Summe „aufzuzahlen“ für die Pflichteinlage.

§§171ff HGB Haftung des Kommanditisten

Die persönliche Haftung des Kommanditisten ist nach §171 I HS 2 HGB ausgeschlossen, soweit die Hafteinlage geleistet wurde. Dann haftet den Gläubigern nur die Haftsumme, die sich im Gesellschaftsvermögen der KG befindet, nicht aber der Kommanditist persönlich. Der Beweis, daß die Haftsumme geleistet wurde, obliegt dem Kommanditisten. Die Leistung der Einlage muß nicht immer in Geld erbracht werden, es ist auch eine Sacheinlage möglich. Da im HReg aber nur ein summenmäßiger Betrag steht, muß die Sacheinlage nach ihrem objektiven Wert beurteilt werden. Die wertmäßige Differenz zwischen Leistung und Hafteinlage ist dann insoweit nicht geleistet, für diese Differenz haftet der Kommanditist mit seinem Privatvermögen.

-> allerdings kann trotz geleisteter Haftsumme die Haftung nach §172 IV HGB wiederaufleben, wenn dem Kommanditisten diese wieder (teilweise) zurückgewährt wurde. Diese Rückgewähr ist weit auszulegen (Abfindungen wegen Ausscheiden...), so daß jede Vermögensverschiebung zwischen der KG und dem Kommanditisten zu Lasten des Gesellschaftsvermögens als Rückgewähr zählt, sogar bei Zahlung von Privatforderungen gegen die KG. Nur die zulässige Gewinnentnahme nach §169 I 2 HGB fällt nicht darunter. Sobald also das Haftungsobjekt „Gesellschaftsvermögen“ zugunsten des Kommanditisten gemindert wurde, lebt nach §172 IV HGB die Haftung insoweit wieder auf.

§§160, 173 HGB Nachhaftung

Nach §160 I 1 HGB haftet ein ausscheidender Kommanditist 5 Jahre für die bis dahin begründeten Altverbindlichkeiten, soweit er seine Einlage nicht geleistet hat oder diese beim Ausscheiden als „Abfindung“ wiedererlangt hat (§172 IV HGB). Nach §173 HGB haftet ein neu eintretender Kommanditist auch für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten. Wird ein Kommanditanteil im Wege eines dreiseitigen Rechtsgeschäfts nach §§398, 415 I BGB analog übertragen, liegt eigentlich kein wirklicher „Eintritt“ iSd §173 HGB vor, dieser gilt jedoch analog für die Haftung für die Altverbindlichkeiten.

Atypische Formen einer KG

• kapitalistische KG

Der eigentliche Geldgeber und Machtinhaber ist nicht der Komplementär, sondern der Kommanditist. Die Ausgestaltung einer solchen KG kann sogar soweit gehen, daß diesem im Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung übertragen wird (§§164-169 HGB sind dispositiv), der Komplementär also im Innenverhältnis weisungsgebunden ist. Dem Kommanditisten kann auch sogar rechtsgeschäftliche (nicht gesellschaftliche) Vertretungsmacht eingeräumt werden. Indiz für eine kapitalistische KG ist, daß der Komplementär trotz seiner unbegrenzten Haftung nur eine geringe Gewinnbeteiligung erhält und ein festes Gehalt gezahlt wird, er praktisch ein Angestellter ist. Trotzdem ändert eine solche Ausgestaltung einer KG

nichts an der begrenzten Haftung des Kommanditisten, auch wenn den Gläubigern nur ein mittelloser Komplementär gegenübersteht. Es ist allein die im HReg eingetragene Haftsumme als Höchstgrenze maßgeblich.

- **Publikums-KG**

Diese KG (meist in der Form einer GmbH&Co KG) ist auf die Aufnahme einer Vielzahl von Kommanditisten gerichtet, die in der Öffentlichkeit geworben werden. Praktischer Sinn dieser Ausgestaltung ist die Gründung einer Abschreibungsgesellschaft, bei der Investitionsanreize des Gesetzgebers ausgenutzt werden, um ihren Kommanditisten Einkommenssteuerersparnisse in Form von Verlustzuweisungen zu ermöglichen. Diese Gesellschaft müßte eigentlich nach Kapitalbedarf als auch nach Gesellschafteranzahl in der Rechtsform einer AG gegründet werden, und nicht in der einer Personengesellschaft, deren Grundprinzip die persönliche Verbundenheit der Gesellschafter untereinander ist.

-> zum Schutz der Anleger entwickelte der BGH durch langjähriges Richterrecht ein Sonderrecht für die Publikums-KG:

- (1) Der GesV unterliegt einer Billigkeitskontrolle nach §242 BGB, die die Gestaltungsfreiheit der Gründer über die von §§134, 138 BGB gezogenen Grenzen hinaus einschränkt. Denn ein solcher Gesellschaftsvertrag kommt nicht über einen Kompromiß zustande, sondern meist über vorformulierte Verträge, auf die der einzelne keinen Einfluß hat. Obwohl eine Inhaltskontrolle nach den Grundsätzen des AGBG nach §23 I AGBG nicht stattfinden dürfte, hält der BGH dennoch daran fest.
- (2) Trotz genereller Formfreiheit von GesV unterliegt der der Publikums-KG einem partiellen Formzwang. Alle Verpflichtungen, die die KG gegenüber den Gründern hat (Geschäftsführungsvergütung, Gründerhonorar, Beitragserhöhungsrecht), müssen schriftlich festgelegt sein, sonst Nichtigkeit dieser Abreden wegen Formmangels.
- (3) Der sonst bei Personengesellschaften geltende Bestimmtheitsgrundsatz (daß alle Punkte, die durch Mehrheitsbeschuß geändert werden können, ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag festgelegt sein müssen) gilt nicht bei der Publikums-KG. Sobald der Gesellschaftsvertrag hier die Möglichkeit eines Mehrheitsbeschlusses vorsieht, gilt dieser für alle in Betracht kommenden Beschußgegenstände, was für die Kommanditisten günstig ist, da diese die Mehrheit haben. Eine Beschränkung des Mehrheitsbeschlusses auf bestimmte Punkte ist unwirksam.
- (4) Ein Verschulden eines Komplementärs beim Abschuß eines Aufnahmevertrags (argl. Täuschung eines Beitrittswilligen) wird nicht den Altkommanditisten über §278 BGB zugerechnet (obwohl §278 BGB bei cic nach hM anwendbar ist).
- (5) Haftung für unrichtige oder unvollständige Werbeprospekte: Der Geschädigte, der aufgrund unvollständiger oder unrichtiger Angaben in Prospekten zum Beitritt verleitet wurde, kann einerseits an seiner Beteiligung festhalten und nur die erforderlichen Mehraufwendungen ersetzt verlangen oder er kann andererseits fordern, so gestellt zu werden, als wäre er nicht beigetreten (dh Rückzahlung der Einlage plus Zinsen). Diese Prospekthaftung trifft alle, mit deren Wissen und Willen diese unrichtigen Prospekte in den Verkehr gelangt sind. Eine Schadensersatzpflicht ergibt sich auch aus §823 II BGB iVm §264a StGB (Kapitalanlagebetrug).

GmbH & Co KG

Die GmbH & Co KG ist eine KG, bei der der Komplementär eine GmbH ist. Dies entspricht zwar nicht der ursprünglichen Vorstellung einer KG, bei der der Komplementär eine unbeschränkt persönlich haftende *natürliche* Person ist, wird aber allgemein als zulässig erachtet, da auch die GmbH unbeschränkt persönlich haftet, wenn auch nur mit ihrem Gesellschaftsvermögen. Zur Rechtsform der GmbH & Co KG kann es durch verschiedene Gestaltungen kommen:

- eine GmbH wird Komplementärin einer KG, ohne persönlich mit den Kommanditisten verbunden zu sein. Hier liegt auch eine zulässige Ausnahme vom Prinzip der Selbstorganschaft vor, da die GmbH durch ihren Geschäftsführer vertreten wird, der nicht Gesellschafter der GmbH sein muß (weil Kapitalgesellschaft). Dieser Geschäftsführer vertritt nun wieder die GmbH als Komplementär, so daß hier nicht zwingend ein Gesellschafter der KG die Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht innehaben muß.
- die (späteren) Kommanditisten gründen als Gesellschafter eine GmbH, und gründen dann als Vertreter der GmbH und mit sich selbst als Kommanditisten eine KG. Die Kommanditisten sind also dann sowohl Gesellschafter der GmbH als auch Gesellschafter der KG.
Besondere Variante: die Kommanditisten bringen als Einlage in die KG nicht Geld ein, sondern ihre Geschäftsanteile an der GmbH. Durch die Abtretung der Gesellschaftsanteile an der GmbH an die KG wird also diese alleinige Gesellschafterin der GmbH. Die KG ist also dann ihr eigener Komplementär.

- Möglich ist es auch, daß eine natürliche Person eine Einmann-GmbH gründet und dann als Vertreter derselben mit sich selbst als Kommanditist eine KG gründet. So ist es möglich, daß eine einzige natürliche Person eine KG betreibt, ohne selbst persönlich unbeschränkt haften zu müssen.

Haftungsprobleme im Gründungsstadium der GmbH & Co KG

- (1) GmbH ist im HReg eingetragen, KG nicht, und es wird ein Handelsgewerbe nach §1 HGB betrieben.
 - > die KG ist nach außen wirksam (§123 II HGB), weil Handelsgewerbe betrieben wird, auf die nur deklaratorische Eintragung kommt es nicht an.
 - > die KG haftet nach §§124 I, 161 II HGB mit ihrem Gesellschaftsvermögen, die *Komplementär-GmbH* haftet nach §§128, 161 II HGB mit ihrem Gesellschaftsvermögen. Die *Kommanditisten* haften nach §176 I 1 HGB unbeschränkt persönlich, da die Begrenzung auf die Haftsumme noch nicht eingetragen wurde (meist aber ist die Haftungsbegrenzung Dritten bekannt, wenn unter GmbH & Co KG gehandelt wird, so daß die Haftungsbegrenzung des §171 I HGB doch eingreift).
- (2) GmbH ist im HReg eingetragen, die KG aber nicht, es wird nur ein kannkaufmännisches Unternehmen betrieben.
 - > die KG ist nicht nach außen wirksam, weil die konstitutive Eintragung fehlt (§123 I HGB) und weil die Geschäftsaufnahme bei einem Gewerbe nach §§2, 3 HGB nicht zur Außenwirksamkeit führt (§123 II HGB). Es liegt lediglich eine GbR vor.
 - > die GbR als solche haftet nicht, da eine Gesamthandgemeinschaft nach hM nicht rechtsfähig ist und nur die Gesellschafter Träger von Rechten und Pflichten sind. Und die Gesellschafter dieser GbR sind die „Komplementär“-GmbH und die „Kommanditisten“. Die „Komplementär“-GmbH haftet mit ihrem Gesellschaftsvermögen unbeschränkt.
Die „Kommanditisten“ würden eigentlich auch als Träger der GbR unbeschränkt persönlich haften, da keine Haftungsbegrenzung im HReg eingetragen wurde. Die unbeschränkte Haftung würde sich aus GbR-Recht ergeben, nicht aus §176 I 1 HGB, da dieser nicht zur Anwendung kommt (§176 I 2 HGB), wenn die „KG“ wegen §§2, 3, 123 II HGB nicht nach außen wirksam wurde. Dennoch wird von der hM vertreten, daß hier die „Kommanditisten“ auch nur mit ihrer Einlage haften und nicht unbeschränkt. Begründet wird dies damit, daß diese ebenso wie „normale“ GbR-Gesellschafter die Vertretungsmacht des Komplementärs (konkludent) beschränken können (nach §714 BGB „soweit“ die Geschäftsführungsbefugnis reicht). Dadurch, daß im Gesellschaftsvertrag eine Einlagehöchstsumme vereinbart wurde, ergibt sich konkludent eine Beschränkung der Vertretungsmacht auf die Höhe der Einlage. Die „Kommanditisten“ haften dann nach §171 I HGB analog nur begrenzt.
- (3) Weder die GmbH noch die KG sind im HReg eingetragen, betreiben aber ein Handelsgewerbe.
 - > Hier ist schon die Rechtsform zweifelhaft: eine GbR kann nicht vorliegen, da ein Handelsgewerbe betrieben wird. Ob eine KG vorliegt, entscheidet sich danach, ob eine Vor-GmbH Komplementär sein kann. Dies wird von der hM jedoch bejaht. Daher besteht eine nach außen wirksame KG nach §123 I, II, 161 II HGB.
 - > die KG haftet nach §§124, 161 II HGB
die *Kommanditisten* haften nach §176 I 1 HGB (außer die Haftungsbegrenzung ist für Dritte erkennbar, dann Haftungsbegrenzung nach §171 I HGB).
die *Vor-GmbH* haftet nach §§128, 161 II HGB. Wird die GmbH später eingetragen, so gehen die Verbindlichkeiten auf die GmbH im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über. Nach hM haften die Gesellschafter der Vor-GmbH nicht im Außenverhältnis, sondern nur unbeschränkt im Innenverhältnis. Eine Gründerhaftung im Außenverhältnis ist nicht nötig, da die Verbindlichkeiten übergehen und die Gläubiger ausreichend gesichert sind, da die Gesellschafter der GmbH im Wege der Differenzhaftung die Resteinlage schulden (Gedanke des Vorbelastungsverbots). Zusätzlich haftet der Geschäftsführer der Vor-GmbH bis zur Eintragung nach §11 II GmbHG (Handelndenhaftung).
- (4) Weder GmbH noch KG sind im HReg eingetragen, und es wird lediglich ein kannkaufmännisches Unternehmen betrieben.
 - > KG ist nicht wirksam nach außen, da konstitutive Eintragung fehlt (§123 I HGB) und kein Handelsgewerbe nach §1 HGB betrieben wird (§123 II HGB). Es besteht nur eine GbR, deren Gesellschafter die Vor-GmbH ist und die „Kommanditisten“.
 - > die Gesellschafter der Vor-GmbH haften im Rahmen der unbeschränkten Innenhaftung (s.o.), zusätzlich haftet der Geschäftsführer der Vor-GmbH nach §11 II GmbHG bis zur Eintragung.
Die „Kommanditisten“ würden als Träger der Gesamthandgesellschaft grundsätzlich unbeschränkt persönlich haften, jedoch findet konkludent eine Begrenzung der Vertretungsmacht auf die Höhe der Einlage statt, so daß diese nur nach §171 I HGB analog haften, solange die Haftungsbegrenzung für Dritte erkennbar war. Mit der Eintragung der KG wird diese Schuldnerin der Verbindlichkeiten.

Stille Gesellschaft

§§230ff HGB Allgemeines

Die stille Gesellschaft ist eine Gesellschaft, bei der sich jemand am Handelsgewerbe eines anderen beteiligt, indem er eine Vermögenseinlage leistet, die in das Vermögen des anderen übergeht. Die StG ist eine Sonderform der GbR, aber keine Handelsgesellschaft iSd §6 I HGB. Daher kann ergänzend zum Recht der StG nur das GbR-Recht angewendet werden. Die StG ist eine reine Innengesellschaft, der stille Gesellschafter tritt nicht nach außen in Erscheinung, es besteht auch keine Pflicht zur HReg-Eintragung. Es gibt nur schuldrechtliche Rechtsbeziehungen zwischen Geschäftsinhaber und stilem Gesellschafter. Es gibt kein Gesellschaftsvermögen, die StG ist auch **keine** Gesamthandsgemeinschaft.

Früher war nur die zweigliedrige StG anerkannt, dh wenn sich mehrere an einem Handelsgewerbe beteiligten, waren dies jeweils einzelne stille Gesellschaftsverträge. Heute ist aber die mehrgliedrige StG anerkannt, es liegt auch bei mehreren stillen Gesellschaftern nur eine stille Gesellschaft vor, wenn diese sich in einem einzigen Gesellschaftsvertrag verpflichten.

Der Geschäftsinhaber muß ein Handelsgewerbe betreiben, dies muß nicht zwingend einzelkaufmännisch sein, es kann auch eine Handelsgesellschaft vorliegen. Man kann sich also an einer OHG/KG oder einer juristischen Person beteiligen.

Stiller Gesellschafter kann jede natürliche oder juristische Person sein, hier kann sich ausnahmsweise auch eine GbR an einem Handelsgeschäft beteiligen. Dies deshalb, weil hier das fehlende einheitliche Auftreten einer GbR im Rechtsverkehr nicht hinderlich ist, da der stille Gesellschafter eben gerade nicht im Rechtsverkehr auftritt. Nach §230 II HGB tritt allein der Geschäftsinhaber im Rechtsverkehr auf, der stille Gesellschafter wird durch dessen Handeln auch nicht verpflichtet.

- > da die stille Gesellschaft im wesentlichen nur eine Vermögensbeteiligung ist, muß sie von einem bloßen Darlehen abgegrenzt werden. Eine stille Gesellschaft liegt meist dann vor, wenn der Finanzgeber auch am Verlust beteiligt wird und nicht nur am Gewinn. Ein bloßer Darlehensgeber dürfte auch nicht die Kontrollrechte des stillen Gesellschafters nach §233 HGB haben. Auch spricht für eine stille Gesellschaft, wenn der „Darlehensgeber“ gemäß §235 I HGB nach Beendigung der StG nur die Höhe seines Kapitalkontos verlangen kann, nicht aber die ursprünglich gewährte Summe. Ein wirklicher Darlehensgeber würde die ursprüngliche Summe samt Zinsen verlangen.
- > Die Vermögenseinlage ist auch durch Sacheinlagen oder Dienstleistungen erfüllbar. Da die Einlage des stillen Gesellschafters keine Haftungsgrundlage für die Gläubiger darstellt, kann die Einlage auch frei bewertet werden.
- > Der stille Gesellschafter kann im Falle einer Insolvenz sein Kapitalkonto als Insolvenzgläubiger zurückverlangen, er hat also die Stellung eines Drittgläubigers. Meist ist dies jedoch irrelevant, denn wenn es zur Insolvenz kommen wird, ist das Kapitalkonto meist durch Verlustabbuchungen ohnehin auf Null gegangen (außer es wurde die Verlustbeteiligung nach §231 II HGB ausgeschlossen).

Partnerschaft

Allgemeines

Die Gesellschaftsform der Partnerschaft steht ausschließlich Freiberufler zu, also denjenigen Berufsgruppen nach §1 II PartGG, die traditionell nicht unter den Gewerbebegriff fallen. Diese haben deshalb kein Gewerbe, weil sie keine Tätigkeit auf wirtschaftlichem Gebiet anbieten, da ihre *höchstpersönliche* Leistung im Vordergrund steht (Ärzte, RA, Künstler, Lehrer, Steuerberater...). Das PartGG war deshalb notwendig, weil diesen Berufsgruppen der Betrieb einer Kapitalgesellschaft aus standesrechtlichen Gründen verboten war, weil sich die Erbringung der höchstpersönlichen Leistung mit der Haftungsbeschränkung nicht vereinbaren ließ. Daher blieb als Gesellschaftsform früher nur die GbR. Diese war jedoch ungeeignet, da sie keinen Firmenschutz genießt und auch nicht rechtsfähig ist. Diese Lücke schließt nun §2 PartGG in Bezug auf die Firma und §7 II PartGG in Bezug auf die annähernde Rechtsfähigkeit entsprechend §124 I HGB.

Die Partnerschaft wird gemäß §7 I PartGG mit ihrer Eintragung ins Partnerschaftsregister nach außen hin wirksam. Mitglieder einer Partnerschaft können gemäß §1 I 3 PartGG nur natürliche Personen sein, die Angehörige der genannten freien Berufe sind. Den Kreis dieser Freiberufler regelt §1 II PartGG abschließend. Die Mitglieder einer Partnerschaft müssen aber nicht denselben freien Beruf ausüben, es sind beliebige Kombinationen möglich. Die Eintragung ins Partnerschaftsregister ist konstitutive Voraussetzung für die Entstehung der Partnerschafts-Gesellschaft, wird diese vor Eintragung nach außen tätig, so gilt das GbR-Recht. Die Partnerschaft ist keine Handelsgesellschaft, daher ist auch die Erteilung einer Prokura nicht möglich, ebensowenig wie eine unechte Gesamtvertretung.

Gemäß §8 I PartGG haften die Partner für Verbindlichkeiten der Partnerschaft als Gesamtschuldner, die §§129, 130 HGB gelten entsprechend. Allerdings besteht gemäß §8 II PartGG die Möglichkeit, eine Haftung von vornherein zu beschränken: war mit einem Auftrag nur ein Partner beschäftigt, so soll nur dieser für den Schaden neber der Partnerschaftsgesellschaft haften. Da es keine dem §128 HGB entsprechende Norm gibt, haften dann bei einem Einzelverschulden nicht alle Partner persönlich, sondern eben nur dieser eine Partner.

Eine Übertragung der Gesellschafterstellung ist nach §§398, 415 I BGB analog im Wege eines dreiseitigen Rechtsgeschäfts möglich, allerdings muß der Erwerber auch einen freien Beruf ausüben. Dies ergibt sich aus §9 IV PartGG, da eine Vererbung der Partnerstellung nicht möglich ist, außer der Dritte erfüllt die Voraussetzungen des freien Berufs. Erfüllt der Erbe dies nicht, tritt er lediglich in den Auseinandersetzungsanspruch des §738 BGB ein.

Vereinsrecht

Allgemeines

Die Definition des Vereins ergibt sich aus §2 VereinsG: der Verein ist eine auf Dauer angelegte Verbindung einer größeren Anzahl von Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks, die nach ihrer Satzung köperschaftlich angelegt ist (auf einen wechselnden Mitgliederbestand). Ein Mitgliederwechsel hat auf den Bestand des Vereins daher keinen Einfluß (anders als bei den Personalgesellschaften). Das Gesetz unterscheidet einen wirtschaftlichen und einen nichtwirtschaftlichen Verein (Idealverein).

- Wirtschaftlicher Verein §22 BGB

Ein wirtschaftlicher Verein liegt vor, wenn der Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Ein wirtschaftlicher Verein ist nur rechtsfähig, wenn ihm diese durch staatlichen Hoheitsakt verliehen wird (Konzessionsprinzip). Damit wollte der Gesetzgeber erreichen, daß sich Personenvereinigungen mit wirtschaftlicher Zwecksetzung der Rechtsformen der Handelsgesellschaften bedienen. Die Mitglieder eines wirtschaftlichen Vereins haften daher mangels Rechtsfähigkeit nach §54 S. 1 BGB.

- Idealverein §21 BGB

Die Idealform des Vereins ist daher aus Sicht des Gesetzgebers der nichtwirtschaftliche Verein, dieser ist gemäß §21 BGB nach seiner Eintragung ins Vereinsregister rechtsfähig (eV).

§21 BGB Idealverein

Ein Idealverein darf gemäß §21 BGB keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb als Zwecksetzung haben. Zulässig ist allerdings eine dem Hauptzweck untergeordnete wirtschaftliche Betätigung (sog. Nebenzweckprivileg). Es liegt nicht einmal dann ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb vor, wenn ein kaufmännisches Unternehmen betrieben wird, wenn dieses der Erreichung eines nichtkommerziellen Zwecks dient (zB Sportverein betreibt Vereinstätte).

- Gründung

Für die Gründung sind gemäß §56 BGB 7 Gründungsmitglieder erforderlich, nur dann soll eine Eintragung erfolgen. Dies ist nicht nur eine Soll-Vorschrift, da nach §60 BGB die Eintragung zurückzuweisen ist, wenn die Erfordernisse nicht eingehalten wurden. Wird aber trotz Verstöße gegen die Vorschriften der §§56-59 BGB eingetragen, erlangt der Verein dennoch seine Rechtsfähigkeit. Eine Verletzung von Muß-Vorschriften führt dagegen nach §§159, 142 FGG zur Amtslösung.

- Vorverein

Der Verein entsteht mit der wirksamen Einigung über die Vereinssatzung (Gesellschaftsvertrag), die Rechtsfähigkeit ergibt sich aber erst mit Eintragung ins Vereinsregister. Vorher liegt nur ein sog. Vorverein vor. Dieser ist nach hM eine Gesellschaft sui generis ohne eigene Rechtspersönlichkeit, auf die aber das Recht des eingetragenen Vereins anzuwenden ist, soweit diese Vorschriften nicht die Eintragung voraussetzen. Der Vorverein ist der Struktur nach aber noch eine Gesamthandsgemeinschaft, das Vereinsvermögen steht daher nicht diesem selbst zu, sondern den Mitgliedern in ihrer persönlichen Verbundenheit.

-> daher würde die Mitglieder des Vorvereins für die Vereinsverbindlichkeiten unbeschränkt persönlich haften. Eine Haftungsbeschränkung auf das Vereinsvermögen soll den Mitgliedern gerade erst nach Eintragung ins Vereinsregister zukommen, nicht vorher. Nach heute hM zur Vorgesellschaft dürfte aber eine unbeschränkte Außenhaftung abzulehnen sein, es tritt an diese Stelle eine unbeschränkte Innenhaftung gegenüber dem später eingetragenen Verein (Differenzhaftung). Dies deshalb, weil nach der Identitätstheorie der eingetragene Verein an die Stelle des Vorvereins tritt (kein neuer Rechtsträger, sondern nur Rechtsformwandel), und damit automatisch die Verbindlichkeiten des Vorvereins übernimmt. Daneben tritt die Handlendenhaftung aus §54 S. 2 BGB, die jedoch mit Eintragung ins Vereinsregister ersatzlos erlischt.

- Verfassung

Eine Verfassung gemäß §25 BGB liegt erst bei einem rechtsfähigen Verein vor, vorher heißt sie Satzung. Die Verfassung ergibt sich nach §25 BGB jedoch aus der Satzung, soweit sie nicht gegen Vorschriften der §§26ff BGB verstößt. §40 BGB normiert hierbei, welche Vorschriften dispositiv sind und welche nicht.

- Vorstand

Der Vorstand ist gemäß §26 I BGB zwingendes Organ des Vereins. Die Bestellung des Vorstandes ist gemäß §27 II 1 BGB jederzeit widerruflich. Die Satzung kann die Widerruflichkeit jedoch auf das Vorliegen wichtiger Gründe beschränken. Da der Verein eine juristische Person ist, gilt auch nicht das Prinzip

der Selbstorganschaft. Der Vorstand ist sowohl Geschäftsführer als auch Vertreter, wobei seine Vertretungsmacht jedoch gemäß §26 II 2 BGB durch die Satzung *mit Wirkung gegen Dritte* beschränkt werden kann. Besteht der Vorstand aus mehreren Mitgliedern, so ist umstritten, ob eine Gesamtvertretung vorliegt oder ob wegen einer analogen Anwendung des §28 I BGB (gilt nur für Beschlüsse) das Mehrheitsprinzip gilt (so die hM).

- **Haftung**

Nach §31 BGB haftet der Verein selbst für Handlungen seiner Organe oder seiner verfassungsmäßig beauftragten Vertreter. Diese Handlungen müssen aber „in Ausführung“ der ihnen zustehenden Verrichtungen erfolgen, es tritt keine Haftung „bei Gelegenheit“ ein. Handelt kein verfassungsmäßiges Organ, so haftet der Verein nur nach §831 BGB für ein Auswahlverschulden. Wegen der Exkulpationsmöglichkeit des §831 BGB dehnt die hM den Begriff des verfassungsmäßigen Vertreters aber sehr weit aus, damit der Verein selbst haftet.

- **Mitgliederversammlung**

Oberstes Willensbildungsorgan des Vereins ist die Mitgliederversammlung, diese entscheidet gemäß §32 BGB durch Mehrheitsbeschuß. Dabei kommt es auf das Verhältnis der Ja - Nein Stimmen an, Enthaltungen werden nicht mitgerechnet. Grundsätzlich genügt eine einfache Mehrheit der erschienenen Mitglieder, nur bei Satzungsänderungen bedarf es nach §33 I BGB einer $\frac{3}{4}$ Mehrheit.

Ende des eingetragenen Vereins

- Der Verein kann gemäß §41 BGB durch Beschuß der Mitgliederversammlung aufgelöst werden (3/4). Der Verein wird außerdem aufgelöst, wenn die in der Satzung bestimmte Zeit abgelaufen ist (§74 II BGB), bei einem behördlichen Vereinsverbot nach §§3ff VereinsG, bei Wegfall sämtlicher Mitglieder (§73 BGB) und bei einer Sitzverlegung ins Ausland. Zudem wird der Verein bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst, §42 BGB. Mit der Auflösung des Vereins fällt das Vereinsvermögen nach §45 I BGB an die in der Satzung bestimmten Personen.
- Dem Verein kann auch seine Rechtsfähigkeit entzogen werden, zB wenn ein nichtwirtschaftlicher Verein entgegen seiner Satzung doch wirtschaftliche Zwecke verfolgt, §43 II BGB, bei gesetzwidrigen Beschlüssen nach §43 I BGB und bei einer Mitgliederzahl unter 3 (§73 BGB).

§54 S. 1 BGB Nichtrechtsfähiger Verein

Der nichtrechtsfähige Verein ist entweder ein wirtschaftlicher Verein nach §22 BGB, der keine Verleihung der Rechtsfähigkeit erhalten hat oder ein nichtwirtschaftlicher Verein, der nicht nach §§55ff BGB eingetragen ist. Gemäß §54 S. 1 BGB finden trotz der körperschaftlichen Struktur des Vereins die Vorschriften der bürgerlichen Gesellschaft §§705ff Anwendung. Der Gesetzgeber hat den Strukturunterschied zwischen Verein und GbR bewußt ignoriert. Es sollten nämlich alle Vereine, vor allem die Gewerkschaften und die politischen Parteien zur Eintragung veranlaßt werden, damit sie besser staatlichen Kontrolle (§§61 II, 43 III aF) unterliegen. Die §§61 II, 43 III sind heute abgeschafft, auch läßt sich der ursprüngliche Zweck des §54 S. 1 BGB nicht mit Art. 9 GG vereinbaren, da der Gesetzgeber nicht aus Kontrollgesichtspunkten eine sachwidrige Regelung treffen darf (das BGB muß aus verfassungsrechtlicher Sicht strukturadäquate Vorschriften anbieten). Daher ist die Rechtsprechung und die hL heute dazu übergegangen, auf einen nichtrechtsfähigen Verein nicht die §§705ff BGB anzuwenden, sondern die §§21ff BGB, mit Ausnahme der Vorschriften, die die Eintragung voraussetzen.

Haftung des nichtrechtsfähigen Vereins

Der nichtrechtsfähige Verein mit der Gesamthandsstruktur würde mit seinem Vereinsvermögen haften, das den Mitgliedern gesamthänderisch zugeordnet ist, diese müßten also für die Verbindlichkeiten mit ihrem Privatvermögen haften. Nach hM scheidet eine Haftung der Mitglieder mit ihrem Privatvermögen jedoch aus, weil diese die Vertretungsmacht konkludent auf die Haftung mit dem Vereinsvermögen begrenzt haben. Dies ist möglich, weil gemäß §26 II 2 BGB die Vertretungsmacht auch gegenüber Dritten begrenzt werden kann.

Sonstiges

Die Grundbuchfähigkeit des *nichtrechtsfähigen* Vereins scheidet aus, da nach §47 GBO alle Vereinsmitglieder einzutragen wären. Da dies bei großen Vereinen nicht möglich ist, wurde das sogenannte Treuhandmodell entwickelt. Hier erwirbt eine Person (zB Vorstandsvorsitzender) das Grundstück als Treuhänder und läßt es auch sich ins Grundbuch eintragen.

Auch die Wechselrechtsfähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins ist umstritten. Die Rechtsprechung hält den nichtrechtsfähigen Verein wegen fehlender Rechtsfähigkeit auch nicht für Wechselrechtsfähig, die hL

dagegen schon, weil derjenige, der für den Verein im Rechtsverkehr auftritt, nach §54 S. 2 BGB aufgrund der Handelndenhaftung haftet.

Umwandlungsgesetz

• Verschmelzung §§1 I Nr. 1, 2ff UmwG

Bei der Verschmelzung geht das gesamte Vermögen von mehreren Rechtsträgern im Wege der Gesamtrechtsnachfolge entweder auf einen bereits bestehenden Rechtsträger (sog. Aufnahme §2 Nr. 1 UmwG) oder auf einen neu zu gründenden Rechtsträger über (Neugründung §2 Nr. 2 UmwG). Die übertragenden Rechtsträger werden dabei kraft Gesetz ohne Abwicklung (Liquidation) aufgelöst. §3 UmwG regelt, welche Rechtsträger überhaupt für eine Umwandlung in Frage kommen. Unproblematisch alle Gesellschaften und Vereine, die als juristische Person angesehen werden. Nach §3 II UmwG kommt ein nichtrechtsfähiger Verein nur als übertragender Rechtsträger in Betracht, §3 II Nr. 1 UmwG, nach §3 II Nr. 2 UmwG kann eine natürliche Person, die alle Anteile an einer Kapitalgesellschaft hält, diese ohne Liquidation selbst übernehmen.

Hierfür muß ein notariell beurkundeter Verschmelzungsvertrag geschlossen werden, §§4, 6 UmwG. Mit der Eintragung des neuen Rechtsträgers geht das Vermögen einschließlich der Verbindlichkeiten auf diesen über, die übertragenden Rechtsträger erlöschen automatisch, §20 UmwG. Die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers werden Anteilsinhaber des neuen Rechtsträger.

• Spaltung §§1 I Nr. 2, 123ff UmwG

Die Spaltung ist die Umkehrung der Verschmelzung, die Vermögensteile gehen als Gesamtheit im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf zwei oder mehrere bestehende (Aufnahme §123 I Nr. 1 UmwG) oder neu zu gründende Rechtsträger über (Neugründung §123 I Nr. 2 UmwG). Der übertragende Rechtsträger gibt also sein Vermögen an mindestens zwei neue Rechtsträger ab und geht dann unter (ohne Liquidation). Gibt der übertragende Rechtsträger nur einen Teil seines Vermögens ab, ohne danach aufgelöst zu werden, spricht man von Abspaltung, §123 II UmwG. Auch bei der Ausgliederung nach §123 III UmwG bleibt der ursprüngliche Rechtsträger bestehen, im Unterschied zur Abspaltung erwerben die Anteilsinhaber nicht auch Anteile am neuen Rechtsträger, sondern der übertragende Rechtsträger selbst wird Anteilseigner der neuen Rechtsträger.

• Vermögensübernahme §§1 I Nr. 3, 174ff UmwG

Die Vermögensübernahme bewirkt ein Übergehen des Vermögen eines Rechtsträgers auf einen anderen, es handelt sich hier um einen Sondertatbestand zur Verschmelzung oder zur Spaltung, weil der andere Rechtsträger nur Bund, Land oder eine Gebietskörperschaft und ein Versicherungsunternehmen sein kann. Deshalb sind die Verschmelzungs- und Spaltungsvorschriften entsprechend anzuwenden.

• Formwechsel §§1 I Nr. 4, 190ff UmwG

Der Formwechsel ist für die Fälle gedacht, in denen ein Rechtsträger unter Wahrung seiner Identität in einer anderen Rechtsform weiterbetrieben werden soll. §191 I UmwG gibt einen Katalog der möglichen Rechtsträger, die einen Formwechsel begehrten können. §191 II UmwG nennt dann den Katalog, in welche neuen Rechtsformen die Umwandlung möglich ist. Es ist nach §193 UmwG ein notariell beurkundeter Umwandlungsbeschluß erforderlich, nach §197 UmwG gelten die für die neue Rechtsform einschlägigen Gründungsvorschriften, nur die Vorschriften über die Mindestzahl der Gründer sind nicht anzuwenden. Mit der Eintragung tritt der neue Rechtsträger an die Stelle des alten, §202 I Nr. 1 UmwG.

EWIV Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung

Die EWIV beruht auf einer Verordnung des Rates, sie ist unmittelbar geltendes Recht. Sie wird ergänzt durch ein deutsches Ausführungsgesetz. Die EWIV hat den Zweck, die wirtschaftliche Tätigkeit ihrer Mitglieder zu erleichtern, die EWIV soll grenzüberschreitende Zusammenarbeit erleichtern. Gedacht ist die EWIV als europaweit einheitliche Rechtsform, so daß sich auch europaweit tätige Unternehmer zu einer in ganz Europa anerkannten Rechtsform zusammenschließen können. Die EWIV hat die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, ist aber wie auch OHG und KG nur Gesamthandsgemeinschaft. Dies macht der Verweis ins subsidiäre OHG-Recht der Verordnung deutlich.