

GESELLSCHAFT ALS KIND

Einführung:

Die Folie soll verdeutlichen, dass eine Gesellschaft häufig ebenso als Rechtssubjekt betrachtet wird, wie eine natürliche Person. Es ist dann hilfreich, sich die Gesellschaft im Rechtsverkehr nicht als Zusammenschluss verschiedener Personen vorzustellen, sondern als eigenes „Wesen“ - eben als Kind. Zwischen natürlichen und juristischen Personen gibt es dabei viele Parallelen.

Geburt

Wie bei einem Kind, das seine Rechtsfähigkeit mit der Geburt erwirbt (§ 1 BGB) und nach dessen Geburt eine Geburtsurkunde ausgestellt wird, hängt bei den Gesellschaften der Beginn der Rechtsfähigkeit von bestimmten Umständen ab. So gewinnt z.B. die GmbH mit der Eintragung in das Handelsregister ihre Rechtsfähigkeit (§§ 11 I, 13 I GmbHG).

Geburtsurkunde

Die Geburt eines Kindes muss innerhalb einer Woche nach der Geburt angezeigt werden (§ 18 I PStG). Daraufhin wird eine Geburtsurkunde ausgestellt (§§ 21, 55 I Nr. 4 PStG). Mit der Ausstellung einer Geburtsurkunde oder der Eintragung in die Personenstandsbücher werden öffentliche Urkunden errichtet, die den Beweis erleichtern (vgl. § 54 PStG; § 415 ZPO).

Ähnlich muss die „Geburt“ einer Gesellschaft bei fast allen Gesellschaftsformen angemeldet und in ein Register eingetragen werden (vgl. z.B. §§ 7 ff. GmbHG; §§ 106 HGB; §§ 36 ff. AktG). Die Rechtswirkungen sind dabei vielfältig. So ist beispielsweise die GmbH *als solche* erst ab dem Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister rechtlich existent. Davor handelt es sich je nach Stadium lediglich um eine Vor-GmbH

oder Vor-Gründungsgesellschaft, für die die Regelungen des GmbH-Gesetzes nur teilweise gelten. (vgl. dazu Folien 8, 10, 11, 13-15).

Eltern und Grundausrüstung

Als selbstverständlich setzt man (auch heute noch) unter zusammenlebenden Eltern eine gewisse Treue voraus. Der Grund dafür liegt zumeist in der Beziehung selbst. Bei einer Gesellschaft, in der die Gesellschafter in einer Dauerbeziehung zueinander stehen, trifft die Gesellschafter gleichermaßen eine solche Treupflicht untereinander (vgl. MüKo/Schäfer, GmbHG, 8. Aufl. 2020, § 705, Rn 228 ff.). Auch Eltern tragen gegenüber ihren Kindern Verantwortung. Man kann formulieren, sie sind zur Förderung ihrer Kinder verpflichtet. Dass diese Verpflichtung nicht nur rein moralisch ist, bestimmt das Gesetz in § 1626 I BGB. Dementsprechend müssen die Eltern ihr Kind mit Nahrung, Kleidung und Spielsachen, eben einer Erstausrüstung versorgen.

Auch Gesellschafter trifft eine Fürsorge und Förderungspflicht gegenüber der Gesellschaft. So müssen auch sie die Gesellschaft nach verschiedenen gesetzlichen Regelungen mit einer „Grundausrüstung“ versorgen. Den Wert, den diese Grundausrüstung haben soll, nennt man in der GmbH „Stammkapital“. Um es zu decken, verpflichten sich die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag, Einlagen zu leisten; vgl. auch §§ 3 I Nr. 4, § 19 II GmbHG.

Als Kehrseite der beschriebenen Pflichten sind Eltern auch mit Rechten ausgestattet. Sie üben im Regelfall das Erziehungsrecht aus (Art. 6 II GG; §§ 1626 I, 1631 I BGB).

Auch hier finden sich Ähnlichkeiten zu einer GmbH. Die GmbH ist als eine juristische Person nur eine Fiktion und kann folglich nicht tatsächlich selbst handeln. Sie wird aber durch ihre Geschäftsführer vertreten (vgl. im Einzelnen die Kommentierung zu Folie 18). Ein Geschäftsführer, der insoweit der Arm der Gesellschaft ist und diese nach außen repräsentiert, unterliegt in seinem Handeln den Weisungen der Gesellschafter (vgl. § 37 I GmbHG). Handelt ein Geschäftsführer den Weisungen der Gesellschafter zuwider, können ihn Sanktionen treffen (vgl. Folien 18, 19). In dieser Hinsicht ergeht es ihm nicht besser, als es einem ungezogenen Kind ergehen kann.

Name

Das geborene Kind bekommt von seinen Eltern einen Namen und kann so von anderen Kindern unterschieden werden.

Auch eine Gesellschaft trägt ihren Namen zur Unterscheidung (vgl. § 12 BGB, § 18 HGB, § 5 II MarkenG). Ist die Gesellschaft eine Handelsgesellschaft (z.B. OHG, KG, GmbH [§ 13 III GmbHG], AG [§ 3 I AktG]) wird der Name vom Gesetz als „**Firma**“ bezeichnet (vgl. § 17 I HGB; Folien im Handelsrecht 29 f.). Auch „Spitznamen“ oder Pseudonyme, die ein Kind tragen kann, finden ihre Entsprechungen bei der Gesellschaft. Diese können nämlich auch *besondere geschäftliche Bezeichnungen* tragen, mit denen sie sich im Geschäftsverkehr zusätzlich zu der Firma von anderen Gesellschaften abgrenzen können (vgl. § 5 II MarkenG).

Beruf

Ein Kind wird früher oder später auch einen Beruf ergreifen, nach Möglichkeit, um seine Interessen und Vorstellungen zu verwirklichen. Mit der erworbenen Berufsbezeichnung wie z.B. Krankenschwester, Ingenieur oder Rechtsanwalt verbinden Dritte eine bestimmte Qualifikation, eine soziale Stellung und ziehen häufig sogar Rückschlüsse auf das Bildungsniveau. Verfassungsrechtlich ist der Beruf als jede auf Dauer angelegte, nicht nur vorübergehende, der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dienende Betätigung definiert (vgl. BVerfGE 7, 397, 398).

Der „Beruf“ einer GmbH kann als Unternehmensgegenstand bezeichnet werden. Dieser bezeichnet nämlich den Bereich und die Art der Betätigung der Gesellschaft. Er kann allerdings gleichermaßen wirtschaftlich wie nichtwirtschaftlich, im weitesten Sinn sogar ideell sein. Der Unternehmensgegenstand gehört zu dem Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrags (§ 3 I Nr. 2 GmbHG) und dies vor allem deshalb, um nach außen den Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit für die beteiligten Wirtschaftskreise hinreichend erkennbar zu machen. Zusätzlich gewährleistet die Aufnahme des Gesellschaftszwecks intern einen gewissen Schutz der Gesellschafter gegen die willkürliche Änderungen oder Ausweitungen des Gegenstands seitens der Geschäftsführer, weil diese gem. § 37 I GmbHG im Innenverhältnis verpflichtet sind, sich bei der Vertretung an die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages zu halten.

GESELLSCHAFTSFORMEN

[Folie 4](#) zeigt sechs Gesellschaftsformen. Das deutsche Recht kennt noch weitere. Sie werden hier nicht behandelt, weil sie ohne Examensrelevanz (z.B. eingetragene Genossenschaft) oder außerdem ohne nennenswerte praktische Bedeutung sind.

Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Die bedeutendste Gesellschaftsform in Deutschland ist die **GmbH**: Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Der Name kann leicht Verwirrung stiften. Unbefangen betrachtet, legt er die Annahme nahe, die Gesellschaft hafte beschränkt. Das trifft freilich nicht zu. Grundsätzlich haftet allein die Gesellschaft ihren Gläubigern und zwar unbeschränkt; hingegen haften die Gesellschafter der GmbH als solche deren Gläubigern grundsätzlich überhaupt nicht. Kurz: unbeschränkte Haftung der Gesellschaft und keinerlei Haftung der Gesellschafter. Dass diese Gesellschaftsform gleichwohl Gesellschaft mit beschränkter Haftung heißt, liegt an zweierlei:

Erstens gibt es ja eine Haftungsbeschränkung. Die Gesellschafter begrenzen (beschränken) das an sich mit ihrem Wirtschaften verbundene Verlustrisiko auf die Stammeinlage, die sie der Gesellschaft (im Innenverhältnis) schulden.

Zweitens ist bis heute keine Formulierung gefunden, die den sperrigen Sachverhalt (im Außenverhältnis haftet nur die Gesellschaft, und zwar unbeschränkt, die Gesellschafter schulden im Innenverhältnis ihre Einlage) sauber *und* griffig zusammenfasst.

Aktiengesellschaft (AG)

Soweit es um die Haftungsbeschränkung der Gesellschafter geht, ähneln sich GmbH und Aktiengesellschaft (**AG**). Nur die Terminologie ist anders. Der eine heißt Gesellschafter, der andere Aktionär; der eine hat einen Geschäftsanteil, der andere eine Aktie, mit der er am Kapitalmarkt handeln kann. Aber beide haften grundsätzlich als Gesellschafter nicht für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft.

Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)

Aktionäre gibt es auch bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien (**KGaA**), deren rechtstatsächliche Bedeutung gering ist. Sie heißen dort Kommanditaktionäre. Der Unterschied zwischen der AG und der KGaA besteht in folgendem: Während bei der AG alle Gesellschafter Aktionäre sind, also kein Gesellschafter persönlich für Verbindlichkeiten der AG haftet, gibt es bei der KGaA zusätzlich mindestens einen Gesellschafter, der mit seinem privaten Vermögen für die Gesellschaftsschulden haftet. Diesen persönlich haftenden Gesellschafter nennt man Komplementär.

Kommanditgesellschaft (KG)

Eine ähnliche Konstellation findet man bei der Kommanditgesellschaft (**KG**) vor. Auch dort gibt es mindestens einen persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementär) und mindestens einen Gesellschafter, der auf seine Einlage beschränkt haftet (Kommanditisten). Der Kernunterschied zwischen der KG und der KGaA besteht darin, dass die Kommanditaktionäre ihre in der Aktie verbriefte Mitgliedschaft leichter verkaufen und übertragen können. Im Übrigen existiert ein rechtstechnischer Unterschied. Die KGaA ist, ebenso wie die AG und die GmbH, eine juristische Person. Das bedeutet, dass sie von vornherein Träger sämtlicher Rechte und Pflichten sein kann. Bei anderen Personenvereinigungen (z.B. GbR, KG, OHG) hingegen bedarf es einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, inwieweit sie rechtsfähig sind (vgl. § 105 II HGB, § 705 II HGB).

Während die GmbH über keinen persönlich haftenden Gesellschafter verfügt, existiert, wie eben angesprochen, bei der KG mindestens einer (§ 161 I HGB). Dafür brauchen die Gesellschafter zur Gründung einer KG weder Formvorschriften zu beachten, wie dies für die Gründung einer GmbH erforderlich ist (notariell beurkundeter Gesellschaftsvertrag, § 2 I GmbHG), noch haben sie ein Stammkapital in Höhe von mindestens 25.000 Euro aufzubringen (§ 5 I GmbHG).

Offene Handelsgesellschaft (OHG)

Bei der Offenen Handelsgesellschaft (**OHG**) gibt es nur Gesellschafter, die mit ihrem gesamten Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften.

Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)

Auffanggesellschaft ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (**GbR**). Sie unterscheidet sich von der OHG darin, dass der Zweck der Gesellschaft nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist (§§ 107 I S. 1, 1 II HGB). Aber selbst dann kann eine GbR OHG werden; sie braucht sich nur ins Handelsregister eintragen zu lassen (§ 107 I HGB). Für die Gesellschafter einer GbR oder einer OHG besteht haftungsrechtlich kein Unterschied: Die GbR-Gesellschafter haften für Gesellschaftsschulden ebenfalls mit ihrem gesamten privaten Vermögen.

WARUM HAFTUNGSBESCHRÄNKUNG

VERKNÜPFUNGEN

 [Folie](#)

 [Testen Sie Ihr Wissen](#)

 [Gliederung](#)

 [Literatur](#)

Der Staat hat ein vitales Interesse an Unternehmensgründungen. Denn dadurch entstehen [Arbeitsplätze](#). Je mehr Arbeitsplätze vorhanden sind, desto besser für das Gemeinwesen. Die staatlichen Einnahmen steigen, da die erfolgreichen Unternehmen und die in Lohn und Brot stehenden Arbeitnehmer [Steuern](#) zahlen. Und je mehr Bürger beschäftigt sind, desto geringer sind die staatlichen Sozialausgaben. Daher ist dem Staat daran gelegen, die [Einsatzfreude](#) derjenigen zu nutzen, die Ideen und Fähigkeiten haben, sich erfolgreich unternehmerisch zu betätigen. Dazu gehören „Macher“, die in der GmbH meist hauptberuflich geschäftsführende Gesellschafter werden, und Kapitalgeber, die ihr Kapital diversifiziert in verschiedenen Gesellschaften anlegen wollen, ohne sich um das tägliche Geschäft kümmern zu können.

Jedoch besteht auch immer die Gefahr, dass ein Unternehmen nicht den gewünschten und erhofften Erfolg erzielt, sondern insolvent wird (Pleite geht). Ginge dies immer zu Lasten der Verantwortlichen, würden diese unter Umständen die Idee einer Unternehmensgründung gleich aufgeben. Die Rechtsordnung versucht daher, die Sorge vor jenen insolvenzbedingten wirtschaftlichen Folgen zu reduzieren, die die Unternehmer persönlich treffen könnten. Zu diesem Zweck ermöglicht sie unter bestimmten Voraussetzungen [Haftungsausschlüsse und Haftungsbeschränkungen](#) sowie Restschuldbefreiungen im Falle privater Insolvenzen; §§ 286 ff. InsO.

Fall zur Vertretung

Sachverhalt:

Herr Müller schreibt seinem Schulfreund X einen persönlich gehaltenen Brief und bietet ihm Bücher zum Kauf an. Das Schreiben wird scheinbar zustimmend beantwortet, indem jemand den Vermerk „einverstanden“ anbringt und unterschreibt. Die Unterschrift trägt jedoch den Zusatz „(X-GmbH)“.

Herr Müller möchte wissen, ob er die Bücher liefern soll. Das hängt davon ab, ob und von wem er den Kaufpreis erhalten wird.

Lösung

9 A. Kaufpreisanspruch des Herrn Müller gegen X persönlich

Herr Müller könnte gegen Herrn X persönlich einen Anspruch auf Zahlung von 100 € aus Kaufvertrag (§ 433 II 1. Alt. BGB) haben. Dann müsste zwischen Herrn Müller und X ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen sein.

10 I. Angebot

1 Herr Müller hat im 1. Fax den Abschluss eines Kaufvertrages über bestimmte Schulbücher
3 zum Preis von 100 € angeboten.

10, 2 **Fraglich ist, wer Adressat dieser Willenserklärung war. Hier kommen sowohl X
persönlich als auch die X-GmbH als Adressaten in Betracht. Die Willenserklärung ist
1 nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen, § 133, 157 BGB. Anhaltspunkte
dafür ergeben sich aus Indizien:**

- 2 - die persönliche Anrede „Lieber Schulfreund“
- 3 - das Angebot an X persönlich „biete ich dir“
- die GmbH wird im Fax hingegen nicht erwähnt
- 3 - Gegenstand des Kaufvertrages sind Schulbücher, die für
- 10 gemeinsame persönliche Erinnerungen stehen.

Damit liegt ein Angebot an Freund X persönlich vor.

11

4, 5

II. Annahme

6, 7

Durch das 2. Fax hat zwar jemand die Annahme des Angebots erklärt und unterschrieben, jedoch durch den Zusatz „X-GmbH“ gekennzeichnet, dass er im Namen der X-GmbH, handelt. Dies ist nicht der Name des X, sondern der Name eines Vertretenen im Sinne des § 164 I BGB. Herr X und die X-GmbH sind selbst dann verschiedene Rechtsträger, wenn – was nicht selbstverständlich ist – Herr X Gesellschafter und Vertreter der X-GmbH sein sollte. Hier verhält es sich ebenso, wie wenn der Vater im Namen seines Sohnes kauft: Dadurch wird der Vater nicht Vertragspartner.

11

Eine Annahmeerklärung des X (im eigenen Namen) fehlt.

Objektiv ist eine Annahmeerklärung durch die X-GmbH erfolgt. Eine solche Annahme unter Änderungen gilt als Ablehnung des Angebots, Rechtsgedanke des § 150 II BGB.

12

Damit ist kein Vertrag zwischen Herrn Müller und X persönlich zustande gekommen. Ein Anspruch des Herrn Müller aus Kaufvertrag besteht nicht.

B. Kaufpreisanspruch des Herrn Müller gegen die X-GmbH

Stattdessen könnte Herr Müller gegen die X-GmbH einen Anspruch auf Zahlung von 100 € aus Kaufvertrag haben.

I. Angebot

1

1. Fax

10

Ein Angebot des Herrn Müller an die GmbH liegt nicht vor, siehe oben.

4

2. Fax

13

Das 2. Fax kann nach der Wertung des § 150 II BGB als neuer Antrag ausgelegt werden. Dieser Antrag weicht insofern vom ursprünglichen Angebot des Herrn Müller ab, als er auf den Abschluss eines Kaufvertrages mit der X-GmbH, nicht X persönlich, gerichtet ist.

1 – 3

Dann müsste das 2. Fax als Willenserklärung der X-GmbH nach § 164 BGB **zuzurechnen**

14 sein.

Voraussetzungen:

- eigene Willenserklärung des Unterzeichners, keine Botenstellung
- 7 - im fremden Namen, offenkundig aufgrund des Zusatzes „X-GmbH“
- 15 - mit Vertretungsmacht.

Hier sind keine Angaben im Sachverhalt vorhanden, aufgrund welcher gesetzlichen (Geschäftsführer § 35 I GmbHG) oder gewillkürten Vertretungsmacht (Vollmacht § 167 BGB, mit gesetzlichem Umfang: Prokura § 48 HGB) X handelt.

a)

16 Dazu müsste Herr Müller **Einsicht in das Handelsregister** nehmen.

Dort kann er erkennen, wer Geschäftsführer und Prokuristen der X-GmbH sind und die X-GmbH somit vertreten darf.

17

(Vergleiche zum Handelsregister und zur Vertretung des Kaufmanns, §§ 48 ff. HGB – Folien zur Vorlesung Handelsrecht.)

b)

18 Zudem geben die Zusätze zur Unterschrift Auskunft über die Art der behaupteten Vertretungsmacht

Bevollmächtigte	i.V. – in Vertretung, § 167 BGB
Prokuristen	ppa – per Prokura, § 51 HGB
Geschäftsführer	Beifügung der Unterschrift neben Firma der GmbH, § 35 III GmbHG

6, 7 Die hier vorliegende Art der Unterzeichnung durch Name + X-GmbH spricht dafür, dass der Unterzeichnende als Geschäftsführer der X-GmbH handelt.

19 Das 2. Fax ist Herrn Müller auch **zugegangen**, § 130 I 1 BGB.

II. Annahme

Herr Müller müsste die Annahme dieses Angebots erklären. Er kann entscheiden, ob er mit

der GmbH kontrahieren möchte. Die Annahmeerklärung könnte ausdrücklich durch ein
3. Fax oder konkludent durch Lieferung der Bücher erfolgen.

Formulierungshinweis für die Klausur

Fortgeschrittene formulieren etwa so: „Das 1. Angebot ging an X persönlich. Da es um private Schulbücher ging, fehlt ein erkennbar möglicher Unternehmensbezug, der für die Auslegung „im Namen des jeweiligen Unternehmensträgers“ gesprochen hätte (vergleiche MüKo/*Schubert*, BGB, 8. Aufl. 2018, § 164 BGB, Rn. 122). Die Annahme durch die X-GmbH passt also nicht zum Angebot an X persönlich, gilt aber nach der Wertung des § 150 II BGB als neues Angebot. Wenn die Unterschrift von einem Vertreter der X-GmbH stammt, sollte Herr Müller der GmbH liefern und dadurch das Angebot annehmen, möglichst nur Zug um Zug gegen Zahlung.“

ERLÄUTERUNG ZUM FALL

VERKNÜPFUNGEN

-  Folie
-  Testen Sie Ihr Wissen
-  Gliederung
-  Literatur

Fußnote

Erläuterung

Fall

G ist Geschäftsführer mehrerer Gesellschaften.

- 2 Es handelt sich um die K-GmbH, eine Vor-GmbH, OHG, KG und GbR.
- 1 G schließt als Geschäftsführer jeder Gesellschaft einen Kaufvertrag mit V.
- 3

- 4 V möchte wissen, welche dieser Gesellschaften und welche Gesellschafter er wegen der Zahlung des Kaufpreises in Anspruch nehmen kann. Die Existenz der Gesellschaften ist vorgegeben, also nicht zu prüfen.

Lösung

5 1) Anspruch gegen die Gesellschaften

V könnte gegen die jeweilige Gesellschaft einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises aus Kaufvertrag (§ 433 II BGB) haben. Dann müsste die Gesellschaft jeweils Partei des Kaufvertrages geworden sein.

- 6 a) Ein Angebot des V zum Abschluss eines Kaufvertrages liegt vor.
- 7 b) Zu fragen ist, ob die Annahme wirksam für die Gesellschaften erklärt worden ist.

- Zunächst müssten die Gesellschaften rechtsfähig (nicht notwendig als juristische Person zu bezeichnen) sein. (Diesen Punkt können Fortgeschrittene weglassen.)
- GmbH § 13 I GmbHG
- Vor-GmbH § 13 I GmbHG „analog“
- GbR § 705 II BGB
- OHG § 105 II HGB, § 705 II BGB
- KG § 161 II, 105 II HGB, § 705 II BGB

(2) Außerdem müsste die **Annahme mit Wirkung gegen die Gesellschaft** erklärt worden sein.

8 (a) Die Gesellschaft **selbst kann keine Willenserklärungen abgeben**. Sie handelt durch ihre organschaftlichen Vertreter (natürliche Personen oder durch von ihnen eingesetzte Bevollmächtigte).

9 (b) Der Gesellschaft könnte die Willenserklärung ihres Geschäftsführers G zuzurechnen sein. Dann müssen die Voraussetzungen einer Stellvertretung § 164 I BGB gegeben sein.

10 Eine eigene Willenserklärung des G liegt vor,
11 die er auch offenkundig im Namen der jeweiligen Gesellschaft abgegeben hat.

12 Fraglich ist, ob G **mit Vertretungsmacht** gehandelt hat.

- **GmbH**

13 Die gesetzliche Vertretungsmacht des (hier einzigen) Geschäftsführers der GmbH ergibt sich aus § 35 I GmbHG. Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers ist Dritten gegenüber unbeschränkbar, § 37 II GmbHG. Mehrere Geschäftsführer haben im Zweifel nur Gesamtvertretungsmacht, § 35 II 2, 3 GmbHG.

14

- **Vor-GmbH**

Der Geschäftsführer einer Vor-GmbH (GmbH im Zeitraum zwischen notarieller Gründung und ihrer Eintragung im Handelsregister) vertritt die Gesellschaft. Seine Vertretungsmacht ist grundsätzlich beschränkt auf notwendige Geschäfte. Er kann durch sämtliche Gesellschafter zur Aufnahme des vollen Geschäftsbetriebes ermächtigt werden. Dies ist insbesondere bei Fortführung eines bereits betriebenen Handelsgeschäfts erforderlich, wenn es als Sacheinlage in die GmbH eingebracht und in der Gründungsphase der GmbH fortgeführt wird. In diesem Fall ist die Ermächtigung als konkludent erteilt anzusehen, anderenfalls bleibt die Vertretungsmacht auf notwendige Geschäfte begrenzt.

Diese Ausnahmen sind Wahlfachstoff.

15

- **OHG**

Grundsätzlich ist jeder Gesellschafter einer OHG einzeln zur Vertretung der Gesellschaft befugt, § 124 I HGB.

Gesamtvertretung kann vereinbart werden, § 124 II 1, III HGB. Der Umfang der Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unbeschränkbar, § 124 IV S. 2 HGB.

16

- **KG**

Die KG wird durch die persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementäre) einzeln vertreten, § 161 II, 124 I HGB. Die Kommanditisten sind hingegen zwingend von der organschaftlichen Vertretung der KG ausgeschlossen, § 170 I HGB. Ihnen kann allenfalls rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht (insbesondere Prokura) erteilt werden.

- **GbR**

In der GbR sind alle Gesellschafter gemeinsam dazu befugt, die Gesellschaft zu vertreten, § 720 I BGB. Im Gesellschaftsvertrag kann z.B. Einzelvertretungsmacht vereinbart werden. Die Vertretungsmacht kann Dritten gegenüber nicht beschränkt werden, § 720 III S. 2 BGB.

Eine Vertretung der GbR durch G allein ist mithin nur dann wirksam, wenn G – abweichend vom gesetzlichen Regelfall der § 720 I BGB – Einzelvertretungsmacht eingeräumt wurde. Das wird hier unterstellt.

Damit konnte G jede seiner Gesellschaften wirksam vertreten. Der Kaufpreisanspruch des V gegen die jeweilige Gesellschaft besteht.

2) Anspruch des V gegen die Gesellschafter

- 18 Daneben könnte V Ansprüche aus den Kaufverträgen gegen die Gesellschafter der jeweiligen Gesellschaften haben. Fraglich ist, welche Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich haften.

GmbH

19

Die Gesellschafter der GmbH haften nicht für deren Verbindlichkeiten, § 13 II GmbHG (Wortlaut „nur“).

Vor-GmbH

20

Die Gründungsgesellschafter haften nicht gegenüber Gläubigern der Gesellschaft (Außenhaftung), sondern nur im Innenverhältnis gegenüber der Vor-GmbH.

Ausnahmen gelten u.a. bei Vermögenslosigkeit der Vor-GmbH und der Einmann-Vor-GmbH. Diese Ausnahmen sind Wahlfachstoff.

OHG

- 21 Die Gesellschafter der OHG haften deren Gläubigern unbeschränkt, § 126 S.1 HGB.

KG

- 22 Dasselbe gilt für die persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementäre) der KG gemäß §§ 161 II, 126 S. 1 HGB.

GbR

- 23 Auch die GbR-Gesellschafter haften den Gläubigern wie schon die OHG-Gesellschafter unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, § 721 S. 1 BGB. Ausnahmen (Bauherrengemeinschaften etc.) sind Stoff eher nur für den Schwerpunktbereich

Prüfungsschema für die Haftung der Gesellschafter einer OHG, KG, GbR

a) Verbindlichkeit der Gesellschaft

- 24 Zunächst muss eine Gesellschaft bestehen und diese eine Verbindlichkeit haben, (siehe oben Teil 1) - Ansprüche des V gegen die Gesellschaften.

b) Gesellschaftereigenschaft

- 25 Der Gesellschafter muss zur Zeit der Entstehung des Anspruchs Gesellschafter der OHG / KG / GbR sein.

Hinsichtlich der Haftung der Gesellschafter für vor ihrem Eintritt begründete Verbindlichkeiten vgl. § 127 HGB oder § 721a BGB. Die Nachhaftung für bereits begründete, aber erst nach Ausscheiden des Gesellschafter aus der Gesellschaft

fällig werdende Ansprüche setzen § 137 I HGB, § 728b I BGB voraus.

c) Nur bei KG: Begrenzung der Haftungshöhe bei Kommanditisten

26

Bei Kommanditisten ist der Umfang ihrer Haftung auf die versprochene Einlage (Haftsumme) begrenzt. Die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist, § 171 I 2. HS HGB. Eine weitergehende Haftung ist nach §§ 172 IV, 176 HGB möglich, vergleiche die Folien zur KG.

GMBH - LEBENSPHASEN

VERKNÜPFUNGEN

 Folie

 Testen Sie Ihr Wissen

 Gliederung

 Literatur

Diese Tabelle erläutert die verschiedenen Stadien, die eine GmbH im Lauf ihres Lebens durchläuft = Lebensphasen.

I. Vorvertrag

B Die Entstehung einer GmbH beginnt mit den ersten Vorüberlegungen der künftigen Gesellschafter, ob sie ihr Unternehmen in der Rechtsform einer Gesellschaft betreiben sollten. Verlaufen diese Vorüberlegungen positiv, werden die Gesellschafter vereinbaren, dass nun gemeinsam die Gründung einer Gesellschaft vorbereitet werden soll. Sie schließen dazu einen

Fn. 2

Vorvertrag

Dies ist der erste erhebliche Moment bei der Entstehung der künftigen GmbH. Zu diesem Zeitpunkt werden die Gesellschafter sich oft, aber nicht notwendig schon für eine Gesellschaftsform entscheiden. In der Regel kommt neben der Gründung einer GmbH auch eine OHG oder KG in Betracht.

Der Vorvertrag unterliegt noch nicht den Formvorschriften für die Gründung einer GmbH, § 2 GmbHG. Er wird selten ausdrücklich – mündlich oder schriftlich – geschlossen, sondern ergibt sich schlüssig aus den Handlungen der Gesellschafter, die die Gründung vorbereiten.

3 Diese Gesellschaft im Stadium zwischen formlosem Vorvertrag und Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrages wird als

Vorgründungsgesellschaft

bezeichnet, weil die letztlich gewollte GmbH noch nicht notariell „gegründet“ ist, dieser Zweck den Vorvertrag aber bereits zu einem Gesellschaftsvertrag macht.

4

Die Rechtsnatur dieser Vorgründungsgesellschaft ist eine

GbR oder OHG

Aufgrund des *numerus clausus* der Gesellschaftsformen kommt nur eine der normierten Gesellschaftsformen in Betracht. Die Vorgründungsgesellschaft ist eine GbR, wenn ausschließlich die Gründung vorbereitet wird. Wenn bereits in diesem Stadium weitergehende Geschäfte aufgenommen wurden, kann sie auch bereits eine OHG sein, vgl. Skript Seite 42, 43.

5 **II. Errichtung = Notarieller Gesellschaftsvertrag**

er nächste erhebliche Zeitpunkt bei der Entstehung der GmbH ist der Abschluss des

D notariellen Gesellschaftsvertrages

Die künftigen Gesellschafter erscheinen vor einem Notar. Der Notar beurkundet die Gründung der Gesellschaft, § 2 I 1 GmbHG. Damit ist die GmbH errichtet.

6 Nach Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrages, aber vor der Eintragung der GmbH in das Handelsregister, wird die Gesellschaft als

Vor-GmbH

bezeichnet. Die echte Vor-GmbH ist – auch bei Betrieb eines kaufmännischen Handelsgewerbes – keine OHG. Ihre Rechtsnatur ist eine Gesellschaft eigener Art (*sui generis*), auf die die Regeln des GmbHG analog anzuwenden sind, soweit in ihnen nicht gerade die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft vorausgesetzt wird.

7 Für Handlungen während dieses Zeitraumes im Namen der Vor-GmbH **haften die Handelnden** gemäß § 11 II GmbHG persönlich.

8

Sonderfall: Unechte Vor-GmbH

Nach dem Abschluss des Notarvertrages können bis zur Eintragung der GmbH mehrere Monate vergehen. In dieser Zeit können die Gesellschafter der Vor-GmbH ihre Pläne ändern und die Gründung der GmbH nicht weiterverfolgen. Dies manifestiert sich in der

Aufgabe der Eintragsabsicht.

Dies bedeutet, dass die Gesellschafter nicht mehr beabsichtigen, ihre GmbH in das Handelsregister eintragen zu lassen. Dann entsteht ein Anspruch der Vor-GmbH gegen die Gesellschafter auf Deckung der Verluste aus bereits getätigten Geschäften:

Verlustdeckungshaftung.

Bei der Vornahme weiterer Geschäfte wandelt sich die Vor-GmbH in eine

OHG oder GbR.

Eine OHG entsteht, wenn die Gesellschafter ein Handelsgewerbe ohne Handelsregistereintragung weiterbetreiben, § 105 I HGB. Eine GbR entsteht, wenn kein kaufmännisches Handelsgewerbe betrieben wird.

III. Eintragung in das Handelsregister

9

Die GmbH entsteht mit der

Eintragung in das Handelsregister

10 Die Gesellschaft wird erst ab jetzt als

GmbH

bezeichnet, vgl. § 11 I GmbHG.

- 11 Hinsichtlich der bei Eintragung bestehenden Verluste gilt die

Vorbelastungshaftung

Sollte durch die Geschäftsaufnahme vor Handelregistereintragung bei der GmbH eine Unterbilanz entstanden sein, steht der GmbH gegen die Gesellschafter ein Anspruch auf Ausgleich der Unterbilanz zu; vgl. Folie 10.

Für nach Eintragung begründete Verbindlichkeiten stehen der GmbH keine neuen Ansprüche gegen ihre Gesellschafter zu.

12 **IV. Auflösung**

Das „Leben“ der GmbH neigt sich dem Ende zu, wenn ein

Auflösungsgrund

gemäß § 60 I Nr. 1-7 GmbHG eintritt. Auflösungsgründe sind insbesondere Zeitablauf, ein entsprechender Gesellschafterbeschluss oder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH.

- 13 Die Gesellschaft wird ab sofort mit der Liquidationsfirma „GmbH in Liquidation“ bezeichnet, § 68 II GmbHG:

GmbH i.L.

- 14 Die Gesellschaft wird ab jetzt in der Regel durch die Geschäftsführer als Liquidatoren vertreten, jedoch nicht im Insolvenzverfahren, § 66 GmbHG.

Der **Zweck** der Gesellschaft hat sich durch die Auflösung geändert. Nunmehr beenden die Liquidatoren die laufenden Geschäfte, erfüllen die Verbindlichkeiten der GmbH und verteilen schließlich das verbliebene Vermögen an die Gesellschafter, §§ 70, 72 GmbHG.

15 **V. Vollbeendigung**

Nach der Verteilung des gesamten Vermögens ist die Liquidation abgeschlossen.
Hinsichtlich der Gesellschaft tritt

Vollbeendigung

ein. Die Beendigung der Liquidation wird zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, § 74 I 1 GmbHG. Die Eintragung wirkt konstitutiv, (str., vgl. Scholz/K. Schmidt/Scheller, GmbHG, 12. Auflage 2018, § 74 GmbHG Rn. 14).

- 16 Die Gesellschaft ist im Handelsregister zu löschen, § 74 I 2 GmbHG.
Die GmbH existiert nicht mehr.

Eigenkapital

Einführung:

Diese Übersicht erläutert die Ermittlung des Eigenkapitals. Sie orientiert sich an den Verhältnissen einer Studentin und wird hier auf eine GmbH übertragen.

1 Was ist Eigenkapital ?

Das Eigenkapital ist in der Höhe des festen Stammkapitals vor Ausschüttung an die Gesellschafter geschützt, § 30 I GmbHG. Es ist von den Gesellschaftern einer GmbH auf die Höhe des Stammkapitals aufzufüllen, wenn es bei Eintragung diesen Betrag nicht erreicht (siehe folgende [Folie Nr. 10](#)).

1. Schritt: Vermögen ermitteln

8 Zur Ermittlung des Eigenkapitals wird zunächst eine Vermögensübersicht der Gesellschaft erstellt. Es werden alle Vermögensgegenstände aufgelistet, die der GmbH (Folie: einer Studentin) gehören.

1 a) Einfach zu ermitteln sind liquide Mittel der Gesellschaft. [Bargeld](#) liegt in der Kasse. Auch das Guthaben auf dem Konto der GmbH wird in die Vermögensaufstellung aufgenommen.

3 b) Daneben sind alle weiteren Vermögensgegenstände zu berücksichtigen, vgl. § 266 II HGB. Zum einen sind Gegenstände zu berücksichtigen, die dauerhaft dem Unternehmenszweck dienen ([Anlagevermögen](#)). Dies ist zum Beispiel das Fahrrad einer Fahrradkurier-GmbH. Wir bewerten das Fahrrad so, wie auch ein Privater den Kaufpreis des Fahrrades bei einem Second-Hand-Angebot ermitteln würde: mit dem Differenzbetrag aus ursprünglichen Kaufpreis und Wertverlust durch bisherige Benutzung (Abschreibung).

4 Auch [andere Gegenstände](#) gehören zur Betriebs- und Geschäftsausstattung der GmbH, zum Beispiel die Jurabücher in einer Rechtsanwaltskanzlei.

2 Schließlich gibt es in vielen Unternehmen Vermögensgegenstände, die das Unternehmen schnell wieder verlassen, indem sie verkauft oder verbraucht werden (**Umlaufvermögen**). Das betrifft vornehmlich Material- und Warenlager, zum Beispiel Weinflaschen in einer Weinhandlung. Der Lagerbestand wird in die Vermögensaufstellung aufgenommen.

8 **Die Summe dieser Vermögensgegenstände stellt das Vermögen der GmbH** (Folie: der Studentin) dar. Das ist das Ergebnis des 1. Schrittes.

2. Schritt: Schulden ermitteln

9 Im zweiten Schritt werden die **Verbindlichkeiten der GmbH** (Folie: einer Studentin) ermittelt.

5 a) Es gibt *kurzfristige Verbindlichkeiten*, die bereits fällig sind und eigentlich bezahlt sein sollten, zum Beispiel die Büromiete für den vergangenen Monat.

6 b) Daneben bestehen *langfristige Verbindlichkeiten*, die nicht sofort fällig sind. Das könnte zum Beispiel ein Darlehen sein, mit dem die Fahrradkurier-GmbH den Kauf des Fahrrades finanziert hat.

7 c) Auch *Verbindlichkeiten aus anderen Rechtsgründen* kommen in Betracht (Produkthaftung), die natürlich die GmbH und nicht die Gesellschafter treffen müssen, wenn das Eigenkapital der GmbH ermittelt wird.

Die Summe dieser verschiedenen Verbindlichkeiten stellen **die Schulden der GmbH** (Folie: der Studentin) dar. Das ist das Ergebnis des 2. Schrittes

10 3. Schritt: Differenz aus Vermögen und Schulden bilden

Eigenkapital ist die Differenz des Vermögens und der Schulden der Gesellschaft.

Ein Eigenkapital von 1 € schließt also ein Kontoguthaben von 100 Mio € keineswegs aus! Eigenkapital ist der Betrag, um den das Vermögen die Schulden übersteigt.

Zur Vertiefung

A. Das *bilanzielle* Eigenkapital

Das bilanzielle Eigenkapital ist die Differenz zwischen dem Wert der Vermögensgegenstände und der Schulden einer Gesellschaft.

I. Es wird bei Personengesellschaften zerlegt in die Kapitalanteile der Gesellschafter, § 120 II HGB.

1. gezeichnetem Kapital (bei GmbH: Stammkapital)
2. Rücklagen (z.B. frühere, nicht zur Ausschüttung vorgesehene Gewinne)
3. Gewinn-/ Verlustvortrag (der Vorjahre)

II. Bei Kapitalgesellschaften wird es gemäß § 266 III HGB zurückverfolgt aus:
Jahresüberschuss / Jahresfehlbetrag (des „betrachteten“ Geschäftsjahres)

B. Das *effektive* Eigenkapital

Das effektive Eigenkapital enthält zusätzlich die *stillen Reserven*

(z.B.: Grundstück im Wert von 20 Mio € ist rechtmäßig in Bilanz mit dem Kaufpreis von 1 Mio € angesetzt). Diese sind bei der Bemessung von zulässiger Ausschüttung und Vorbelastungshaftung nicht zu berücksichtigen, wohl aber bei der Frage, ob Insolvenz anzumelden ist.

GESELLSCHAFTERHAFTUNG IN DER GMBH

Einführung:

VERKNÜPFUNGEN

 [Folie](#)

 [Testen Sie Ihr Wissen](#)

 [Gliederung](#)

 [Literatur](#)

Die Folie erläutert die Haftung der Gesellschafter in den verschiedenen Stadien der GmbH. Im Diagramm erfolgt eine Einordnung der Haftungsbegriffe. Die Höhe der jeweiligen Haftung wird veranschaulicht. Unter dem Diagramm werden Tatbestand und Rechtsfolge der jeweiligen Haftung aufgeführt.

2

A. Zeitstrahl

Die Übersicht ist chronologisch gegliedert. Zentrum der Darstellung ist der Zeitstrahl (t) in der ersten Zeile der Übersicht.

3

I. Mit der [notariellen Beurkundung](#) des Gesellschaftsvertrages beginnt die [Vor-GmbH](#).

4

5

II. Mit der [Eintragung der Gesellschaft](#) in das Handelsregister ist die [GmbH](#) als juristische Person entstanden.

6

7

B. Diagramm

I. Achsen

8

Auf der senkrechten Achse ist das Eigenkapital (EK, Folie 9) aufgetragen.

10

Auf der [Eigenkapitalachse](#) ist die [Nulllinie](#) (Vermögen = Schulden) und die [Höhe des vereinbarten Stammkapitals](#) eingezeichnet. Es ist eine unveränderliche Größe, die angibt, wieviel Eigenkapital nach einer Ausschüttung mindestens in der Gesellschaft verbleiben „soll“.

9

II. Haftungsumfang – Überblick

11 Die **fett eingezeichnete Linie** kennzeichnet beispielhaft die Höhe des jeweils in der Gesellschaft vorhandenen Eigenkapitals.

12 1. **Fällt das Eigenkapital unter Null** (Vermögen < Schulden), so haften die Gesellschafter bei Scheitern der Vor-GmbH für den zur Schuldendeckung fehlenden Betrag (Verlustdeckungshaftung, **dazu unten III 1**).

13 2. Liegt das Eigenkapital **am Tag der Eintragung der GmbH unter dem Stammkapital oder sogar unter null**, so müssen die Gesellschafter das Eigenkapital anteilig bis zur Höhe des Stammkapitals wieder auffüllen (Vorbelastungshaftung, **dazu unten III 2**).

14 3. Nach Eintragung der GmbH **haften die Gesellschafter nicht für weitere Verluste der GmbH**. Der jeweils begünstigte Gesellschafter muss jedoch Minderungen des Eigenkapitals zurückerstatten, wenn die Auszahlung zu seinen Gunsten erfolgte und dadurch das Stammkapital unterschritten wurde (**verbotene Minderungen, dazu unten III 3**).

III. Im Einzelnen:

12 1. **Verlustdeckungshaftung**

In der Vor-GmbH (zwischen Notarvertrag und Eintragung der Gesellschaft) haftet jeder Gesellschafter anteilig für eine Überschuldung, hat ein negatives Eigenkapital also aufzufüllen, bis es den Betrag Null erreicht. Diese Haftung greift nur dann und nur für den Zeitpunkt, in dem die Eintragungsabsicht aufgegeben wird oder die Eintragung scheitert und jeweils der Betrieb sogleich eingestellt wird. Wird er fortgeführt, entsteht rückwirkend eine GbR oder OHG, wird eingetragen, tritt an Stelle der Verlustdeckungshaftung die weitergehende Vorbelastungshaftung.

Eselsbrücke: Die Verlustdeckungshaftung steht alphabetisch und zeitlich vor der Vorbelastungshaftung.

2. Vorbelastungshaftung

Nur bezogen auf den Zeitpunkt der Eintragung der GmbH haften die Gesellschafter, soweit das Eigenkapital nicht mehr das Stammkapital erreicht. Auch wenn der Gesellschafter seine Einlage schon in der versprochenen Höhe geleistet hat, haftet er jetzt erneut und muss das Eigenkapital auf die Höhe des Stammkapitals auffüllen, dieses muss am Tag der Eintragung in voller Höhe durch Eigenkapital gedeckt sein. Die Gesellschafter müssen bei Eintragung ihrer Gesellschaft also nicht nur – wie bei der Verlustdeckungshaftung – für die Schuldendeckung sorgen, sondern darüber hinaus auch einen dem publizierten Stammkapital entsprechenden Verlustpuffer aufbringen, der helfen soll, künftige Schulden zu decken.

Einen solchen Verlustpuffer zu schaffen, wird bei der Verlustdeckungshaftung nicht verlangt. Denn diese setzt eine Betriebseinstellung voraus, sodass grundsätzlich keine neuen Schulden mehr hinzukommen. Ein über die Schuldendeckung hinaus aufgefülltes Eigenkapital müsste also alsbald wieder unter den Gesellschaftern verteilt werden; das macht keinen Sinn.

Die Gesellschafterhaftung besteht nur für im Eintragungszeitpunkt bereits bestehende Verluste. Eine Pflicht zum Ausgleich später auftretender Verluste besteht gerade nicht.

3. Verbotene Einlagenrückgewähr

Nach Eintragung der GmbH haftet der Gesellschafter nur, wenn durch eine geleistete Rückzahlung das (Ist)-Eigenkapital unter das (Soll)-Stammkapital sinkt. Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen (also der entsprechende Vermögensüberschuss über die Verbindlichkeiten), darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden, § 30 I GmbHG.

Der begünstigte Gesellschafter hat das Eigenkapital aufzufüllen, soweit das Stammkapital durch die verbotene Rückzahlung unterschritten wurde, § 31 GmbHG.

C. Vergleich der Haftungen hinsichtlich Tatbestand und Rechtsfolge

Verlustdeckungs- und Vorbelastungshaftung sowie Haftung nach §§ 30, 31 GmbHG unterscheiden sich nach **Tatbestand (Tb)** und **Rechtsfolge (Rf)**. Dies wird in dem unter dem Diagramm befindlichen Kasten dargestellt.

I. Verlustdeckungshaftung in der Vor-GmbH:

Tatbestand:

- endgültige Aufgaben der Eintragungsabsicht in **Vor - GmbH**
- **Eigenkapital unter Null**
- **Zustimmung der Gesellschafter zur Geschäftsaufnahme**

Die Vor-GmbH erleidet Verluste, die durch Aufnahme des Geschäftsbetriebs der GmbH entstehen. Die Haftung tritt ein, wenn das Eigenkapital der Vor-GmbH unter Null sinkt und diese ihre Geschäftstätigkeit einstellt, sodass es nie zur Eintragung kommt. Es haftet jeder Gesellschafter, der der Geschäftsaufnahme zugestimmt hat, anteilig der Vor-GmbH (Wahlfachstoff).

Rechtsfolge:

Die betroffenen Gesellschafter müssen das Eigenkapital wieder **bis auf Null auffüllen**.

II. Vorbelastungshaftung im Zeitpunkt der Eintragung.

18 Tatbestand:

- Vorhandenes **Eigenkapital unterschreitet Nennbetrag des Stammkapitals** (EK < StK)
- Im Zeitpunkt der **Handelsregistereintragung**
- **Zustimmung der Gesellschafter zur Geschäftsaufnahme**

Das Eigenkapital ist bis zur Eintragung der GmbH unter das Stammkapital gesunken.

19 Rechtsfolge:

Die Gesellschafter müssen **das Eigenkapital bis zur Höhe des vereinbarten Stammkapitals wieder auffüllen.**

III. Haftung nach §§ 30, 31 GmbHG in werbender GmbH nach Eintragung.

20 Tatbestand:

- **eingetragene GmbH**
- **Eigenkapitalminderung im Gesellschafterinteresse**, auch Sachleistungen, Gebrauchsüberlassungen, Dienstleistungen, Schuldübernahme, Aufrechnung
- dadurch Unterbilanz

Rechtsfolge:

21

Verpflichtung des Gesellschafters zur **Rückerstattung an die GmbH**, § 31 I GmbHG (unter Umständen auch Solidarhaftung der übrigen Gesellschafter, § 31 III GmbHG)

FOLIE 12

KAPITALERHALTUNG §§ 30^I, 31^I GMBHG

VERKNÜPFUNGEN

 [Folie](#)

 [Testen Sie Ihr Wissen](#)

 [Gliederung](#)

 [Literatur](#)

Fall 1

A muss 0 € an die GmbH zahlen.

- 1 Das zur Deckung des Stammkapitals in Höhe von 50.000 € erforderliche Eigenkapital bleibt erhalten (60.000 € Eigenkapital – 10.000 € Auszahlung = 50.000 € Eigenkapital).

Fall 2

A muss 20.000 € an die GmbH zahlen.

- 2 Wie in Fall 1 übersteigt das vorhandene Eigenkapital das Stammkapital um 10.000 €. Da jedoch 30.000 € an den Gesellschafter – dinglich wirksam – ausgezahlt wurden, wird das Stammkapital um 20.000 € unterschritten. Diese hat A zurückzugewähren.
Als Formel: die kleinere Zahl von [Vermögenstransfer im Gesellschafterinteresse (hier 30.000 €); Stammkapital minus neues Eigenkapital (hier 20.000 €)], sofern > 0 .
Kurzformel: $\text{Min} [\text{Transfer}; \text{Unterdeckung}]$.

Vertiefung: Der Rückgewähranspruch erlischt auch nicht, soweit das Vermögen der Gesellschaft durch zwischenzeitliche Gewinne wieder aufgefüllt wird (h.M., BGH GmbHR 2000, 771 ff. m.w.N.). Die Gegenansicht, die in diesem Fall den Rückgewähranspruch erlöschen lässt bzw. dem Gesellschafter eine Einrede gewährt, beschränkt den Schutzzweck der §§ 30, 31 GmbHG auf die Bewahrung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen. Dafür findet sich jedoch keine Stütze im Gesetz. Zudem kann die Gesellschaft die Forderung nicht verwerten ohne befürchten zu müssen, dass sie nachträglich erlischt oder eine Einrede entgegensteht.

Fall 3

A muss 70.000 € an die GmbH zahlen.

- 3 In diesem Fall ist das Eigenkapital bei Auszahlung bereits 10.000 € niedriger als zur Deckung des Stammkapitals erforderlich (sog. Unterbilanz). Wird nun aus dem noch vorhandenen Vermögen der GmbH an einen Gesellschafter ausgezahlt, muss er das Eigenkapital auf den vor Auszahlung vorhandenen Betrag auffüllen.

Darüber hinaus ist der Gesellschafter nicht zur Auffüllung fehlenden Eigenkapitals verpflichtet. Denn die Gesellschafter haften nicht für jede nach Eintragung entstandene Eigenkapitalminderung; §§ 30 I, 31 I GmbHG sind eine Ausnahme.

Fall 4

- 4 a) A muss 15.000 € an die GmbH zahlen.

Die GmbH hat vorliegend keine unentgeltliche Auszahlung an den Gesellschafter vorgenommen, sondern einen Kaufpreisanspruch des Gesellschafters aus § 433 II BGB erfüllt. Solche Leistungen, die an einen Gesellschafter erbracht werden, sind von § 30 I GmbHG erfasst, soweit ihnen keine äquivalente Gegenleistung gegenübersteht

Zwischen der Gegenleistung in Höhe von 20.000 € und dem Wert des Trabbis von 5.000 € bestand eine Wertdifferenz in Höhe von 15.000 €. Da diese Auszahlung das bereits unter dem Stammkapital liegende Eigenkapital betraf, muss A die Wertdifferenz erstatten.

Alles Folgende ist nicht testrelevant: Eine Inanspruchnahme des A aus §§ 30, 31 GmbHG erübrigt sich, wenn die Gesellschaft den Kauf nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen rückabwickeln kann. Nach heute h.M. sind weder Verpflichtungs- noch Verfügungsgeschäft nach § 134 BGB nichtig (MüKoGmbHG/*Ekkenga*, 3. Auflage 2018, § 30, Rn. 276 m.w.N.; *Canaris* in FS für Fischer, 1979, S. 31, 56: Verfügungsgeschäft ist nichtig). Nach Auffassung des BGH handelt es sich bei §§ 30, 31 GmbHG um Spezialnormen, neben denen für eine Rückabwicklung nach allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften kein Raum ist. Das gilt selbst dann, wenn es den Beteiligten auf die Umgehung der Kapitalerhaltungsvorschriften ankommt (BGH BB 1997, 1807 f.). Vor Auszahlung steht der Gesellschaft nach h.M. bei Unterbilanz eine von Amts wegen zu berücksichtigende Einwendung zu, nach Auszahlung besteht das Rückforderungsrecht

gemäß § 31 I GmbHG (MüKoGmbHG/*Ekkenga*, 3. Auflage 2018, § 30 Rn. 282; a.A. *Joost* in ZHR 148 (1984), S. 27, 32: Rangrücktritt).

Wird A nach §§ 30, 31 GmbHG in Anspruch genommen, verbleibt ihm im wirtschaftlichen Ergebnis als Kaufpreis nur der objektive Wert des Trabbi. Um nicht zu diesen Bedingungen an den Vertrag gebunden zu sein, steht A ein „Wahlrecht“ zu: Er kann den Differenzbetrag zwischen Leistung und Gegenleistung nachzahlen oder Rückabwicklung des Vertrages verlangen (vgl. Scholz/*Verse*, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 31 Rn. 16 f. m.w.N.). Die Details sind in letzterem Falle unklar. M.E. sollte dem Gesellschafter ein außerordentliches Anfechtungsrecht (Rechtsfortbildung) zustehen, um sich vom Vertrag lösen zu können. Die Rückabwicklung des Vertrages erfolgt dann nach Bereicherungsrecht. Dabei ist § 31 II GmbHG so zu verstehen, dass im Interesse der Gläubigerbefriedigung Bösgläubigkeit unterstellt wird. Dies muss erst recht im umgekehrten Falle gelten, nämlich dann, wenn der Gesellschafter A von der Gesellschaft eine hochwertige Sache zu einem unter deren Wert liegenden Preis erwirbt, und dadurch eine Unterbilanz entsteht oder vertieft wird. Hier kann die Gesellschaft den Trabbi nach § 31 I GmbHG analog zurückfordern. A ist hier nicht zuzumuten, an den Vertrag gebunden zu sein und der GmbH seine Gegenleistung belassen zu müssen.

Neben dem nach §§ 30, 31 GmbHG Verpflichteten haftet auch der Geschäftsführer nach § 43 III GmbHG auf Ersatz des durch die verbotene Zahlung entstandenen – ggf. höheren – Schadens. Er kann jedoch Abtretung des Anspruchs der Gesellschaft gegen den Begünstigten nach § 255 BGB fordern (RGZ 159, 211, 230, *Michalski/Ziemons*, GmbHG, 3. Auflage 2017, § 43 Rn. 508; auch Gesamtschuld vertretbar, hierzu ohne Begründung *Baumbach/Hueck/Beurskens*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 43 Rn. 91).

b) Der Grundfall entspricht Fall 4a (Fn. 5), allerdings wurde der Trabbi nicht von A, 5,6 sondern unter aa) von der Tochter des A und unter bb) von der GmbH des A an die Gesellschaft verkauft.

Fraglich ist, ob in diesen Fällen aufgrund der Beziehung des A zum jeweiligen Verkäufer der Anwendungsbereich des § 30 I GmbHG eröffnet ist mit der Folge, dass A zur Rückzahlung verpflichtet bleibt.

Dazu werden verschiedene Fallgruppen unterschieden (Vgl. *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 30 Rn. 24 ff.):

Fall aa) betrifft die Fallgruppe der Zuwendung an einen Angehörigen. In Anlehnung an §§ 89 III, 115 II AktG wird zumindest bei Zuwendungen an den Ehegatten oder

minderjährige Kinder des Gesellschafters vermutet, dass die Zahlung dem Gesellschafter zugute kommt und damit ein Umgehungstatbestand des § 30 I GmbHG vorliegt. Ob daneben eine Veranlassung der Zahlung durch den Gesellschafter zu fordern ist, wird unterschiedlich gesehen (dafür: MüKoGmbHG/*Ekkenga*, 3. Auflage 2018, § 30 Rn. 162; *Altmeyen* in FS für Kropff, 1997, S. 643, 647; dagegen: *Canaris* in FS für Fischer, 1979, S. 31, 38). Wenn man vorliegend von einer Veranlassung der Zahlung durch A ausgeht, ist dieser nach allgemeiner Ansicht zur Rückzahlung verpflichtet.

Fall bb) betrifft den Fall der Zuwendung an eine Gesellschaft, an der ein Gesellschafter der ausschüttenden Gesellschaft beteiligt ist. Sind, wie bei der Einmann-GmbH des A, lediglich Gesellschafter der ausschüttenden Gesellschaft Anteilseigner, ist die Zurechnung unstreitig, da die Leistung den Gesellschaftern der zuwendenden Gesellschaft auch bei Leistung an die GmbH zugute kommt (*Fleck* in FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 391, 404. Nach der Rspr. des BGH genügt bereits die maßgebliche Beteiligung an der Empfängergesellschaft, BGH GmbHR 1996, 111, 112; BGH NJW 1999, 2822: mehr als 50 %). A ist somit verpflichtet, die 15.000 € Wertdifferenz zu erstatten.

Schließlich stellt sich die Frage, ob auch der Dritte – hier die Tochter bzw. die GmbH des A – von der Gesellschaft aus §§ 31, 30 GmbHG auf Rückzahlung in Anspruch genommen werden kann.

In den beiden geschilderten Fallgruppen besteht Einigkeit, dass der Dritte, soweit er den Verstoß kannte oder hätte kennen müssen, neben dem Gesellschafter haftet (vgl. *Hueck/Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 31 Rn. 12 m.w.N.). Streitig ist allerdings, aufgrund welcher Anspruchsgrundlage.

Nach der Rspr. ist der Dritte in entsprechender Anwendung des § 31 I GmbHG Schuldner des Rückgewähranspruchs, soweit er oder sein gesetzlicher Vertreter den Verstoß gegen § 30 GmbHG kannte oder hätte kennen müssen (BGHZ 81, 365, 369). In der Literatur wird § 31 GmbHG als ausschließlich gegen den Gesellschafter gerichteter Anspruch angesehen und die Haftung des Dritten aus anderen Anspruchsgrundlagen hergeleitet: So ist nach Ansicht von *Canaris* die eigenkapitalmindernde Auszahlung nach § 30 GmbHG verboten und das Verfügungsgeschäft gemäß § 134 BGB nichtig, hier kommt es dann auch nicht auf die Kenntnis des Dritten an (*Canaris* in FS für Fischer, 1979, S. 31, 56). Nach anderer Ansicht ergibt sich die Unwirksamkeit der Auszahlung aus einem Missbrauch der Vertretungsmacht in Form der Evidenz, soweit

der Empfänger hätte erkennen müssen, dass die Auszahlung entgegen § 30 I GmbH erfolgte (*Altmeyden* in FS für Kropff, 1997, S. 643, 648). Anspruchsgrundlagen sind somit § 985 bzw. § 812 BGB.

Im Fall aa) hätte der Gesellschafter A – der gesetzliche Vertreter seiner minderjährigen Tochter nach § 1629 I BGB – den Verstoß gegen § 30 GmbHG zumindest kennen müssen (BGHZ 75, 334, 339), die Tochter kann somit in Anspruch genommen werden. Die GmbH des A im Fall bb) haftet ebenfalls, da ihr das Wissen ihres einzigen Gesellschafters analog § 31 BGB zugerechnet wird.

A muss in Fall cc) 0 € an die GmbH zahlen.

- 7 Der Verkäufer ist ein Dritter, zu dem A in keinerlei Beziehung steht. Es handelt sich um eine nicht von §§ 30, 31 GmbHG erfasste Minderung des Eigenkapitals nach Eintragung der Gesellschaft. Dafür müssen die Gesellschafter nicht aufkommen.

DIFFERENZHAFTUNG (GESELLSCHAFTER GEGENÜBER GMBH)

VERKNÜPFUNGEN

 Folie

 Testen Sie Ihr Wissen

 Gliederung

 Literatur

A. Spezielle Differenzhaftung (§ 9 Abs. 1 GmbHG)

§ 5 Abs. 4 GmbHG setzt voraus, dass Stammeinlagen auch durch Sacheinlagen geleistet werden können.

Sacheinlage ist alles, was keine Geldeinlage ist, also zum Beispiel die Übereignung eines Autos, die Abtretung von Forderungen oder das Einbringen eines Unternehmens.

Für Sacheinlagen gelten im Verhältnis zu Geldeinlagen, die der gesetzliche Regelfall sind, einige Besonderheiten:

- Soll eine Sacheinlage geleistet werden, so sind der zu leistende Gegenstand und der durch ihn zu deckende Betrag der Stammeinlage im Gesellschaftsvertrag festzusetzen, § 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG.
- Ferner ist ein Sachgründungsbericht anzufertigen. In ihm muss die Angemessenheit der Leistung für die Sacheinlage begründet werden, § 5 Abs. 4 S. 2 GmbHG.
- Weiter muss die Sacheinlage – anders als bei einer Geldeinlage – vollständig **vor Anmeldung** an die Gesellschaft erbracht werden, § 7 Abs. 4 GmbHG.
- Schließlich haben die Gesellschafter bei der Anmeldung nachzuweisen, dass der Wert der Sacheinlage den Betrag der dafür übernommenen Stammeinlage erreicht, § 8 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG. Dies ist möglich durch den o.g. Sachgründungsbericht und sonst. Unterlagen z.B. Kurszettel, Gutachten, Tarife und Preislisten über den Sachgegenstand.

Werthaltigkeitskontrolle

Diese Verschärfungen erklären sich insbesondere aus der Gefahr, dass Gegenstände, die als Sacheinlage einzubringen sind, zu hoch taxiert werden. Sie ermöglichen dem Registergericht eine sog. *Werthaltigkeitskontrolle*. Bei Überbewertung der Sacheinlagen ist das Gericht gehalten, die Eintragung der Gesellschaft abzulehnen, § 9 c Abs. 1 S. 2 GmbHG i.V.m. S. 1. Dies bedingt freilich, dass das Gericht erkennen kann und erkennt, dass der als Sacheinlage zu leistende Gegenstand zu hoch bewertet worden ist. Wird die Gesellschaft aber – aus welchem Grund auch immer – trotz Überbewertung der Sacheinlage eingetragen, begründet § 9 Abs. 1 GmbHG einen Anspruch der Gesellschaft gegen den Sacheinleger auf Einlage in Geld in Höhe des Fehlbetrages im Moment der Anmeldung. § 9 Abs. 1 GmbHG steht damit im Dienste einer Wertdeckung, meist „reale Kapitalaufbringung“ genannt (genauer wäre m.E. „kontrollierte Wertdeckung“).

Beispiel:

A übernimmt in dem notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag eine Stammeinlage in Höhe von 100.000 Euro. Im Gesellschaftsvertrag ist vereinbart, dass er diese durch Einbringung seines Unternehmens leistet. Unter Beachtung der weiteren förmlichen Voraussetzungen wird die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Es stellt sich heraus, dass das eingebrachte Unternehmen im Zeitpunkt der Anmeldung lediglich 80.000 Euro wert war. – Gemäß § 9 Abs. 1 GmbHG schuldet A der Gesellschaft zusätzlich eine Geldeinlage in Höhe von 20.000 Euro.

Die Vorbelastungshaftung ist ein Geschöpf der Rechtsprechung. Folgendes Problem verbirgt sich dahinter:

Ausgangspunkt ist § 11 Abs. 1 GmbHG: Vor der Eintragung in das Handelsregister besteht die GmbH als solche nicht. Anders gewendet: Die GmbH entsteht als GmbH erst mit der (konstitutiven) Eintragung. Bis es zu der Eintragung kommt, kann einige Zeit vergehen, in der Praxis bis zu einem Jahr. Solange mit der Aufnahme des Geschäftsbetriebs zu warten, kann den Gesellschaftern nicht zugemutet werden, insbesondere dann nicht, wenn ein Unternehmen als Sacheinlage eingebracht wird. Es gibt also ein verständliches **Bedürfnis der Gesellschafter nach Aufnahme bzw. Fortführung des Geschäftsbetriebs vor Eintragung.**

Die *zweite* Überlegung knüpft an den **Grundsatz der Kapitalaufbringung** an. Zusammen mit dem Grundsatz der Kapitalerhaltung soll er helfen, ein wesentliches Ziel zu erreichen: den Gläubigerschutz. Der GmbH und damit mittelbar ihren Gläubigern soll **anfangs eine Garantiesumme in Höhe des Stammkapitals** zur Verfügung stehen. Denn die Gläubiger können sich nur an die GmbH halten, während die Gesellschafter ihnen nicht haften.

Drittens muss man wissen: **Sämtliche Rechte und Pflichten** aus Geschäften, die im Stadium **der Vor-GmbH** (also nach Errichtung durch notariellen Vertrag und vor Eintragung) begründet worden sind, also auch alle Verbindlichkeiten der Vor-GmbH, **sind mit Eintragung Rechte und Pflichten der GmbH**, sei es kraft Gesamtrechtsnachfolge oder kraft Formwechsels.

Zusammengefasst stellt sich folgendes **Problem**:

Wie gelingt es, erstens dem Bedürfnis der Gründungsgesellschafter Rechnung zu tragen, den Geschäftsbetrieb schon im Stadium der Vor-GmbH aufzunehmen, und zweitens sicherzustellen, dass bei Eintragung der Gesellschaft das Stammkapital vollständig durch Eigenkapital gedeckt ist?

Das Problem wird seit der Grundsatzentscheidung des BGH (BGHZ 80, 129) mit Hilfe der **Vorbelastungshaftung** gelöst. Danach haben die Gesellschafter entsprechend ihren Geschäftsanteilen die Anlaufverluste auszugleichen, die im **Zeitpunkt der Eintragung** bestehen.

Beispiel:

A und B gründen eine GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 Euro; beide übernehmen in Geld zu leistende Stammeinlagen, A in Höhe von 15.000, B in Höhe von 10.000 Euro, und zahlen vor Anmeldung jeweils die Hälfte auf ein Konto der Vor-GmbH. Sodann nimmt die Vor-GmbH ihre Geschäfte auf und begründet durch einen großangelegten Werbefeldzug Verbindlichkeiten, die sich im Zeitpunkt der Eintragung auf 20.000 Euro belaufen. – Es ergibt sich folgendes Bild:

Vorbelastungsbilanz (zum Eintragungszeitpunkt)

Aktiva		Passiva	
Guthaben auf Bankkonto	12.500	Eigenkapital	5.000
Forderung gegen A und B (offene Stammeinlage)	12.500	Gezeichnetes Kapital (StK)	25.000
		Jahresfehlbetrag	-20.000
		Verbindlichkeiten	20.000
Summe	25.000	Summe	25.000

A und B schulden der GmbH unter dem Gesichtspunkt der Vorbelastungshaftung anteilig, § 420 BGB, 20.000 Euro (A 12.000 und B 8.000 Euro):

$$\begin{aligned} &\text{Stammkapital: } 25.000 \text{ Euro} \\ &- \text{Eigenkapital: } 5.000 \text{ Euro} \\ &= 20.000 \text{ Euro} \end{aligned}$$

Die Gesellschafter haben der GmbH also die vor Eintragung angehäuften Anlaufverluste auszugleichen.

Damit wird das Problem angemessen gelöst: Die Gründer müssen mit der Geschäftsaufnahme/-fortführung nicht bis auf die Eintragung warten und der GmbH und mittelbar deren Gläubigern steht im Moment der Eintragung eine Garantiesumme in **Höhe des Stammkapitals** zur Verfügung.

Ergänzt sei schließlich: Die von A und B auf ihre Stammeinlagen noch nicht geleisteten Zahlungen in Höhe von 5.000 und 7.500 Euro müssen sie zusätzlich noch erbringen – wann genau, hängt von der Fälligkeit ab. Diese wird entweder im Gesellschaftsvertrag festgelegt oder dort der Entscheidung der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 2 GmbHG) oder der Geschäftsführung überlassen.

Voraussetzungen und Rechtsfolge der Vorbelastungshaftung (Überblick):

1. Voraussetzungen

- **Errichtung** einer GmbH (= Abschluss eines notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages) und damit Schaffung einer sog. Vor-GmbH
- **Eintragung** der GmbH
- **Bei Eintragung deckt das Eigenkapital nicht das Stammkapital**, anders formuliert: Das Vermögen deckt nicht sowohl die Schulden als auch das Stammkapital.

2. Rechtsfolge

Anspruch der GmbH gegen Gesellschafter auf anteiligen Ausgleich der Anlaufverluste (Stammkapital – Eigenkapital) im Moment der Eintragung.

C. Verlustdeckungshaftung

Während die Vorbelastungshaftung nur Anwendung findet, wenn die Gesellschaft eingetragen wird, regelt die Verlustdeckungshaftung den Fall, dass es zu **einer Eintragung *nicht* mehr kommt**.

Beispiel:

Wie oben B., nur mit dem Unterschied, dass A und B sich überwerfen und die Eintragung der Gesellschaft verhindern.

Die Verbindlichkeiten der Vor-GmbH sind auszugleichen, soweit das Vermögen der Vor-GmbH nicht ausreicht. Da die Vor-GmbH nicht weiter betrieben werden soll, ist ein Verlustpuffer nicht nötig, das Eigenkapital also nur auf Null, und nicht wie bei der Vorbelastungshaftung auf die Höhe des Stammkapitals aufzufüllen.

WERTVERLUST DER SACHEINLAGEN IN DER (VOR-)GMBH

VERKNÜPFUNGEN



Folie



Testen Sie Ihr Wissen



Gliederung



Literatur

Einführung:

Die Graphik zeigt, wer den Wertverlust von Sacheinlagen in bestimmten Stadien der GmbH-Gründung trägt.

Beispiel:

A und B gründen eine Gesellschaft mit einem Stammkapital von 25.000 Euro. A übernimmt im Gesellschaftsvertrag eine Stammeinlage in Höhe von 20.000 Euro, die er durch Übereignung seines Aktienpaketes (Wert bei Errichtung 20.000 Euro) an die Gesellschaft erfüllen soll. Der Wert des Aktienpaketes

- a) beträgt bei Anmeldung nur noch 14.000 Euro,
- b) fällt erst nach Anmeldung und beträgt bei **Eintragung** nur noch 14.000 Euro,
- c) sinkt erst **nach Eintragung** auf 14.000 Euro.

Lösung:

Zu a)

Die Differenz von 6.000 Euro im **Anmeldezeitpunkt** geht zu Lasten des **Sacheinlegers A**. Er **schuldet der Gesellschaft** gemäß § 9 GmbHG eine Geldeinlage in Höhe von 6.000 Euro.

Zu b)

Die Differenz von 6.000 Euro im **Eintragszeitpunkt** geht zu Lasten der **Gesellschafter A** und B. Aus **Vorbelastungshaftung** schulden sie der GmbH anteilig 6.000 Euro (A 4.800 und B 1.200 Euro).

Vertiefung: Dass die Vorbelastungshaftung auch minderwertige Sacheinlagen umfasst, ist h.M. (vgl. MüKoGmbHG/Schwandtner 3. Auflage 2018, § 5, Rn. 176 ff. m.w.N.). Es wird aber auch vertreten, dass Wertverluste des Anlagevermögens aus der Zeit nach der Anmeldung im Rahmen der Vorbelastungshaftung nicht auszugleichen

sein. Im Ergebnis bestehe damit eine strikte Differenzhaftung auf den Anmeldungsstichtag und eine auf die operativen Verluste begrenzte Haftung auf den Eintragungsstichtag (Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 11 Rn. 141). Dies führt zu einer Harmonisierung der Speziellen Differenzhaftung nach § 9 I GmbHG und der Vorbelastungshaftung, allerdings zu Lasten der Gläubiger.

Zu c)

Der Wertverlust trifft die GmbH und mittelbar deren Gläubiger.

Literatur:

Zur Vertiefung lies *Wiedemann/Frey*, Prüfe dein Wissen – Gesellschaftsrecht, 9. Auflage 2016, Fall 267 und 268.

VORBELASTUNGSHAFTUNG UND VERLUSTDECKUNGSHAFTUNG

VERKNÜPFUNGEN

 [Folie 14](#)

 [Folie 15](#)

 [Testen Sie Ihr Wissen](#)

 [Gliederung](#)

 [Literatur](#)

Zur Veranschaulichung der Rechtslage bei der Begründung von Verbindlichkeiten der Vor-GmbH ein

Beispiel:

A und B wollen eine GmbH („A&B GmbH“) gründen. Nachdem sie formwirksam einen Gesellschaftsvertrag geschlossen haben, wird der Geschäftsbetrieb aufgenommen. A schließt, hierzu ermächtigt, namens der „A&B GmbH i.G.“ mit V einen Kaufvertrag ab. – Von wem kann V Zahlung verlangen?

Drei Fälle sind zu unterscheiden:

1. Vor Eintragung

- a) kann V Zahlung verlangen von der Vor-GmbH „A&B GmbH i.G.“ aus § 433 Abs. 2 BGB,
- b) besteht außerdem ein Anspruch gegen A **als Handelnden** aus § 11 Abs. 2 GmbHG, der seinerseits vor Zahlung Befreiung bzw. danach **Aufwendungsersatz** von der Vor-GmbH verlangen kann aus § 257 S. 1 bzw. § 670 (ggf. i.V.m. § 675) BGB.
- c) **Bis zur Höhe der Überschuldung** haften A und B als **Gesellschafter** vor der Eintragung zwar unbeschränkt persönlich, aber nach Ansicht des BGH nur anteilig und im **Innenverhältnis, also gegenüber der Gesellschaft** (str., guter Überblick bei Müller-Laube, 20 Probleme aus dem Handels- und Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 2001, 18. Problem). *Zur Ausnahme beachte aber 3.!*

2. Nach Eintragung

- a) bestehen **Ansprüche des V nur gegen die A&B GmbH** aus § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 13 Abs. 2 GmbHG.
- b) Der Anspruch des V gegen A aus § 11 Abs. 2 GmbHG **erlischt mit Eintragung**.
- c) Soweit durch Verbindlichkeiten der Vor-GmbH, die mit der Eintragung auf die GmbH übergehen, das Stammkapital nicht unversehrt zur Verfügung steht, haben die **Gesellschafter A und B** jene Vorbelastung der GmbH durch Leistung an die GmbH, **anteilig auszugleichen (Vorbelastungshaftung)**. Ein unmittelbarer Anspruch des V besteht also nicht.

3. Vertiefung:

Unterbleibt die Eintragung, weil die Eintragungsabsicht endet, kann V **ausnahmsweise unmittelbar** gegen die **Gesellschafter A und B** vorgehen. Ebenso verhält es sich, wenn er der **einzigste Gläubiger** oder **die Vor-GmbH vermögenslos**, insbesondere ohne Geschäftsführer ist. Eine weitere Ausnahme liegt nach Ansicht des BGH vor, wenn es sich um eine **Ein-Mann-Vor-GmbH** handelt (Prozessökonomie). Dazu die Fälle in *Wiedemann/Frey*, Prüfe dein Wissen – Gesellschaftsrecht, 9. Auflage 2016, Fall, Fälle 261, 262.

VERDECKTE SACHEINLAGE

Variante 1:

In **Variante 1** beachtet G die für die Sacheinlage **geltenden Vorschriften**. Dies bereitet im Verhältnis zu einer Geldeinlage mehr Aufwand (Bewertung, unter Umständen Gutachterkosten) und ein höheres Risiko (Differenzhaftung nach § 9 GmbHG).

Variante 2:

Variante 2 zeigt, wie G scheinbar ohne solche Umstände im Ergebnis doch eine Sacheinlage leistet. Im Gesellschaftsvertrag verpflichtet sich G formell **zu einer Geldeinlage** in Höhe von 100.000 Euro, welche er zunächst erbringt. Ferner schließt er mit der GmbH einen **Kaufvertrag über seinen Oldtimer, Kaufpreis 100.000 Euro**, der entsprechend vollzogen wird.

Wirtschaftlich betrachtet hat G eine Sacheinlage geleistet. Wirksam konnte er dies aber nur unter Beachtung der einschlägigen Vorschriften §§ 5 IV, 9c, 19 V GmbHG tun. Die Erfüllungswirkung auf die Einlagepflicht steht gemäß § 19 IV 1 GmbHG noch aus. Nach § 19 IV 2 GmbHG sind aber weder der Kaufvertrag noch die Übereignung unwirksam (anders § 27 III 1 AktG → keine Analogie im Rahmen der GmbH). Demnach ist der Kaufvertrag wirksam, sodass dem Gesellschafter ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung zusteht, eine darauf bezogene Zahlung hat dementsprechend auch Erfüllungswirkung. Die Gesellschaft ist wirksam Eigentümerin des Autos geworden.

Nach der Eintragung wird der Wert des Autos gemäß § 19 IV 3, 4 GmbHG auf die bestehende Einlageverpflichtung angerechnet (sog. Anrechnungslösung), sodass der Gesellschafter von seiner Einlagepflicht befreit wird. Die Befreiung tritt jedoch nur in der Höhe ein, den das Auto zum Zeitpunkt der Anmeldung oder zum Zeitpunkt einer späteren Überlassung tatsächlich erreicht. Ist dieser Wert geringer als die noch bestehende Einlagepflicht, so bleibt der Anspruch weiterhin in Höhe der Differenz als Geldeinlagepflicht bestehen. Für die Werthaltigkeit des Gegenstandes trägt der Gesellschafter die Beweislast, § 19 IV 5 GmbHG. Letztendlich kann man nicht mehr sagen, dass diese „Sanktion“ zur Sicherung der Werthaltigkeitskontrolle durch das Registergericht dient. Vielmehr legalisiert der Gesetzgeber

die bis zur Gesetzesänderung im Jahre 2009 verbotene verdeckte Sacheinlage und verortet die Werthaltigkeitskontrolle auf einer anderen, späteren Ebene im Rahmen der Differenzhaftung.

Folglich besteht die Einlageverpflichtung vor Eintragung weiter und der Gesellschafter hat einen Anspruch auf Rückgewähr der 1. Einlage. Dieser Anspruch kann gemäß § 19 II 2 GmbHG nicht mit der Einlageverpflichtung aufgerechnet werden. Nach Eintragung der GmbH wird der Wert des Oldtimers auf die Verpflichtung angerechnet; § 19 IV 3 GmbHG.

Literatur:

Zur Problematik vgl. auch *Wiedemann/Frey*, Prüfe dein Wissen - Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Fall 269.

VERKNÜPFUNGEN

 Folie

 Testen Sie Ihr Wissen

 Gliederung

 Literatur

Frage 1

1. Hier könnte der Tatbestand des § 30 I GmbHG erfüllt sein. An den Gesellschafter müsste dazu das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen ausgezahlt worden sein. Das Stammkapital beträgt in einer GmbH nach § 5 I GmbHG mindestens 25.000 €. Mit einem Eigenkapital von 10.000 € bestand hier bereits eine sog. Unterbilanz (EK < StK), die durch die Auszahlung noch vertieft wurde. Damit liegt ein Verstoß gegen § 30 I GmbHG vor.

Nun zu den Rechtsfolgen, die an diesen Verstoß geknüpft sind. Dazu ist zwischen Können und Dürfen zu unterscheiden:

a) Die GmbH kann den Betrag verschenken, soweit die Auszahlung rechtsgeschäftlich wirksam ist. Nach h.M. sind weder die Schenkung nach § 516 BGB noch die Übereignung nach § 929 S. 1 BGB (zur Überweisung Folie H14a) von vornherein nach § 134 BGB nichtig. Denn § 30 I GmbHG will nicht die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts verhindern, sondern für den Erhalt des Eigenkapitals in Höhe der Ausschüttungssperre sorgen. Dies wird bereits mit einer Einrede der Gesellschaft vor Auszahlung und dem Rückforderungsrecht gemäß § 31 I GmbHG nach Auszahlung erreicht. Der Einwand, wer nur 10.000 € habe, könne maximal 10.000 € übereignen, ginge fehl: 10.000 € Eigenkapital können sich aus 1.010.000 € Vermögen und 1 Mio. € Schulden ergeben haben.

b) Nach dem Wortlaut des § 30 I GmbHG darf die GmbH den Betrag allerdings nicht auszahlen (sie darf also das Verpflichtungsgeschäft, nicht aber das Verfügungsgeschäft vornehmen). Das bedeutet, dass die rechtsgeschäftlich wirksame Auszahlung im Innenverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter unzulässig ist. Der Gesellschaft steht nach § 31 I GmbHG ein Rückforderungsrecht gegen den Gesellschafter zu, daneben haftet der Geschäftsführer der Gesellschaft nach § 43 III GmbHG auf den der Gesellschaft durch die Auszahlung entstandenen Schaden.

Frage 2

a) beim Notar

Beim Notar schließen die Gesellschafter der künftigen GmbH den Gesellschaftsvertrag nach § 2 I GmbHG. Es entsteht eine sog. Vor-GmbH. Diese Vor-GmbH ist der GmbH bereits soweit angenähert, dass die Vorschriften zur GmbH Anwendung finden, soweit sie nicht die Eintragung voraussetzen. Den Gesellschaftsgläubigern gegenüber haften die Gesellschafter der Vorgründungs-GbR oder -OHG nach § 128 HGB mittelbar, als Gesellschafter der Vor-GmbH haften sie nur mittelbar und anteilig.

b) bei Anmeldung

Bei Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister müssen die Sacheinlagen den Wert der dafür übernommenen Stammeinlage erreichen, anderenfalls ist der Sacheinleger zur Nachzahlung verpflichtet, § 9 GmbHG. Wertminderungen an Sacheinlagen, die erst nach Anmeldung entstehen, tragen die Gesellschafter im Rahmen der Verlustdeckungs- bzw. Vorbelastungshaftung anteilig.

c) bei Eintragung

Mit Eintragung entsteht die GmbH, § 11 I GmbHG. Die Handelndenhaftung nach § 11 II GmbHG erlischt. Ist bei Eintragung das Eigenkapital nicht in Höhe der Stammkapitalziffer vorhanden, müssen diese Gesellschafter den fehlenden Betrag anteilig im Rahmen der Vorbelastungshaftung gegenüber der Gesellschaft ausgleichen. Für spätere Eigenkapitalminderungen haften die Gesellschafter grundsätzlich nicht, es sei denn, die Gesellschaft zahlt nach §§ 30, 31 GmbHG das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen an sie aus.

Dazu ausführlich Folien und Kommentare 8, 10, 13, 13b.

Frage 3

Der Gesellschafter A hat zunächst eine Geldeinlage i.H.v. 10.000 € erbracht und wenig später, wie schon geplant, der Gesellschaft im Rahmen eines Kaufvertrages einen VW im Wert von 11.000 € übereignet, wofür die Gesellschaft 9.000 € bezahlt hat.

Fraglich ist, ob die GmbH Ansprüche gegen A hat. Die Gesellschaft könnte die Rückzahlung der 9.000 € nach § 812 I S. 1, 1. Alt. BGB verlangen und die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Geldeinlage erneut fordern, wenn es sich bei dem VW um eine verdeckte Sacheinlage handelt. Hier erhält die Gesellschaft im wirtschaftlichen Ergebnis eine Sacheinlage, ohne dass nach §§ 5 IV, 9c, 19 V GmbHG eine Werthaltigkeitsprüfung durch das Registergericht erfolgt (Überblick bei Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Ebbing*, GmbHG 3. Auflage 2017, § 19, Rn. 130 ff.). Die – insoweit nur in Deutschland übliche – wirtschaftliche Betrachtungsweise zieht mehrere dogmatisch eigentlich unabhängige Aspekte zusammen. Das wird durch die einheitliche Planung von Einlageleistung, Erwerbsgeschäft und Tilgung gerechtfertigt (MüKoGmbHG/*Schwandtner* 3. Auflage 2018, § 19, Rn. 184 ff.). Wäre die Planung nicht nachweisbar, würde sie durch einen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang der einzelnen Vorgänge indiziert. Die Gesellschafter hätten den VW im Gesellschaftsvertrag als Sacheinlage vorsehen müssen, dann es war bei Errichtung geplant, dass A letztlich den VW leisten sollte. Es geht nicht um einen Vorsatz, Gläubiger zu benachteiligen. Nach ganz hM kommt es auch nicht darauf an, dass die GmbH aufgrund des Kaufvertrags nunmehr ein Vermögen von 12.000 € erhalten hat (11.000 € VW + 1.000 € verbleibende Einlage), obwohl ihr nur 10.000 € als Einlage versprochen waren. Die Nichtigkeitsfolgen, die die ganz h.M. an die verdeckte Sacheinlage knüpft, dienen vorrangig der Abschreckung und weniger dem Interessenausgleich zwischen Gesellschaftern und Gläubigern. Die Rechtsfolgen der §§ 30, 31 GmbHG würden zu einer umgekehrten Gewichtung führen und eine Rechtsvereinheitlichung in Europa vorantreiben.

Die Gesellschaft kann also von A die 9.000 € Kaufpreis nach § 812 I, 1, 1. Alt. BGB zurückfordern und die Einlage erneut verlangen. Da A aber seinerseits § 985 BGB den VW sowie nach § 812 I S. 1, 1. Alt. BGB die 10.000 € Einlage zurückfordern kann, kann er mit seiner Geldforderung gemäß §§ 387 ff. BGB aufrechnen und letztlich 1.000 € von der Gesellschaft verlangen. Gegen die Einlageforderung darf er nach § 19 II S. 2 GmbHG nicht aufrechnen.¹

Frage 4

A ist einziger Gesellschafter einer überschuldeten Vor-GmbH. Der angestellte Geschäftsführer lässt sich für 1.000 € von B beraten. Wie ist die Rechtslage?

¹ Zu den Einzelheiten der Rückabwicklung vgl. Kommentar zu Folie 16.

Hier ist zu erörtern, von wem B die 1.000 € verlangen kann. Dabei ist die Rechtslage vor und nach Eintragung der Vor-GmbH zu unterscheiden:

a) Vor Eintragung:

B könnte zunächst einen Anspruch auf Zahlung von 1.000 € aus § 611 I BGB gegen die Vor-GmbH haben. Dazu müsste die Vor-GmbH wirksam verpflichtet worden sein. Von der wirksamen Zustimmung des einzigen Gesellschafters A zur Aufnahme der Geschäfte über die Gründungsgeschäfte hinaus ist auszugehen. Da der Geschäftsführer sich offensichtlich als Geschäftsführer der Vor-GmbH beraten lassen wollte, ist nach dem objektiven Empfängerhorizont in Verbindung mit den Grundsätzen eines unternehmensbezogenen Geschäfts ein Anspruch gegen die Vor-GmbH gegeben. Allerdings wird B, solange die Überschuldung fortbesteht, seinen Anspruch gegen die GmbH nicht realisieren können.

B könnte auch den Geschäftsführer selbst nach § 11 II GmbHG in Anspruch nehmen. Dazu müsste der Geschäftsführer rechtsgeschäftlich im Namen der Gesellschaft aufgetreten sein. Die Rspr. verlangt ein Handeln im Namen der künftigen GmbH, da nur in diesem Fall der Gläubiger (noch) keinen Schuldner habe und die Handelndenhaftung nach § 11 II GmbHG erforderlich sei. Die herrschende Literatur lässt dagegen auch ein Handeln im Namen der Vor-GmbH ausreichen (zum Ganzen vgl. Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Blath*, GmbHG, 3. Auflage 2017, § 11 Rn. 98 m.w.N). Eine Einschränkung ergebe sich nicht aus dem Gesetz, ein zusätzlicher Schuldner sei mangels Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen gerechtfertigt.

Nach der herrschenden Literatur besteht damit auch ein Anspruch gegen den Geschäftsführer. Ein Anspruch gegen Gesellschafter A besteht nicht, da dieser in der der GmbH angenäherten Vor-GmbH nicht persönlich haftet.

b) Nach Eintragung:

Der Anspruch gegen die Vor-GmbH geht auf die GmbH über. Allerdings ist er wirtschaftlich wertlos, sofern die GmbH nicht die Mittel hat zu zahlen.

Der Anspruch gegen den Geschäftsführer aus § 11 II GmbHG ist mit Eintragung erloschen.

Ein unmittelbarer Anspruch des B gegen den Gesellschafter A besteht nicht, da eine Außenhaftung in der GmbH nach § 13 II GmbHG nicht vorgesehen ist.

B bleibt Schuldnerin also nur die Gesellschaft. Allerdings hat die Gesellschaft ihrerseits aufgrund der von der Rspr. entwickelten Vorbelastungshaftung die Möglichkeit, ihre

Gesellschafter anteilig für die zum Zeitpunkt der Eintragung entstandenen Verluste (Unterdeckung des Stammkapitals) in Anspruch zu nehmen. Diesen Anspruch der Gesellschaft kann B zur Befriedigung seines Vergütungsanspruchs aus § 611 I BGB kraft eines obsiegenden Urteils gem. §§ 829, 835 ZPO pfänden und an sich überweisen lassen.

Dazu ausführlich Folie und Kommentar Nr. 14, zur Vorbelastungshaftung Folie und Kommentar Nr. 10.

GESCHÄFTSFÜHRER

VERKNÜPFUNGEN

 [Folie](#)

 Testen Sie Ihr Wissen

 Gliederung

 Literatur

Diese Anmerkungen helfen Folie 18 zu verstehen, auf der die Bestellung und Abberufung von GmbH-Geschäftsführern und deren rechtliche Einordnung verdeutlicht ist. Diese erste Seite kann von demjenigen getrost übersprungen werden, der folgende Frage beantworten kann: *Was ist ein Geschäftsführer?*

Da eine juristische Person – eine solche ist die GmbH ja – nur eine Fiktion ist, kann sie zwar Rechte und Pflichten erwerben, tatsächlich handeln aber nicht. Daher muss die GmbH durch ein Organ als Träger des tatsächlichen Handelns vertreten werden. Die Organe haben die Handlungsfähigkeit, die der juristischen Person fehlt. Der oder die Geschäftsführer sind eines der beiden notwendigen Organe der GmbH. (Das andere Organ sind die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit [Gesellschafterversammlung], §§ 45 ff.¹). In § 35 ist bestimmt, dass die Gesellschaft durch die Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten wird. Die Vertretungsmacht ist nach außen unbeschränkt (§ 37 Abs. 2).

Den Geschäftsführern obliegt auch die Geschäftsführung. Das bedeutet, sie entscheiden darüber, auf welche Art und Weise der Gesellschaftszweck verfolgt wird. Die Gesellschafter können diese Aufgabe aber auch an sich ziehen oder sie durch die Satzung einem anderen Organ übertragen. Wichtig ist, Geschäftsführung und Vertretung zu unterscheiden. Während die Vertretungsmacht maßgebend für die Wirksamkeit von Willenserklärungen gegenüber Dritten ist (*das rechtliche Können im Außenverhältnis*), besagt die Geschäftsführungsbefugnis, in welchem Umfang Geschäftsführungshandlungen zulässig sind (*das rechtliche Dürfen im Innenverhältnis, Folie 28*).

Auch nicht rechtsgeschäftliche Handlungen (Realakte) der Gesellschaft werden grundsätzlich durch die Geschäftsführer im Außenverhältnis wahrgenommen. Als Beispiel ist die Besitzergreifung für die GmbH zu nennen (Organbesitz). Insoweit ist Handeln des Geschäftsführers als organschaftliches Handeln unmittelbar der GmbH zuzurechnen (Organwirkung außerhalb der Vertretungswirkung).

Die Geschäftsführer müssen bereits im Gründungsstadium der Gesellschaft bestellt werden (BGHZ 80, 212, 214 f. = NJW 1981, 2125), zur Empfangnahme der Einlageleistungen vorhanden sein (§ 7) und bei der Anmeldung in Erscheinung treten (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 bis 5 GmbHG).

A. Linke Spalte: Die Organstellung

I. Wie wird ein Geschäftsführer bestellt?

³ **Zu I.1.** Was bedeutet „Bestellung?“ Der Geschäftsführer wird durch die sogenannte Bestellung berufen. Die Bestellung ist ein **körperschaftlicher Akt**. Wichtig ist es, die Bestellung dogmatisch von dem ihr zugrunde liegenden Anstellungs- oder Gesellschaftsverhältnis zu unterscheiden. Mit der Bestellung werden die organschaftlichen Befugnisse und Pflichten

¹ Die Paragraphenangaben ohne Gesetzesnennung beziehen sich auf das GmbHG

übertragen. Die Anstellung regelt hingegen die schuldrechtliche Beziehung zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft (z.B. Vergütung). Be- und Anstellung sind rechtlich voneinander unabhängig.

1 Wer bestellt wann den Geschäftsführer? Bestellt wird der Geschäftsführer im Normalfall durch die GmbH, diese handelt durch Beschluss² der Gesellschafterversammlung; vgl. §§ 6 Abs. 3 S. 2, 46 Nr. 5. Eine (grundsätzlich einfache; § 47 Abs. 1) Mehrheit der Gesellschafter kommt überein, dass beispielsweise Frau X oder Herr Y Geschäftsführer sein sollen. Das gilt auch schon im Stadium der Vor-GmbH. Praktisch wird die Bestellung der Geschäftsführer im Gründungsstadium häufig mit der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages zusammen vollzogen. Die Gesellschafter erscheinen vor dem Notar, um die Satzung beurkunden zu lassen. Sodann erklären die Gründungsgesellschafter unter Verzicht auf alle gesetzlichen und vertraglichen Formen und Fristen der Einberufung, eine außerordentliche Gesellschafterversammlung abzuhalten, und beschließen die Bestellung der Geschäftsführer.

5 **Zu I. 2.: Annahme erforderlich**

Die Bestellung ist dem Geschäftsführer gegenüber rechtsgeschäftlich zu erklären. Da den Geschäftsführer aus der Bestellung Pflichten und Risiken erwachsen (vgl. z.B. § 43 GmbHG), liegt ein zweiseitiges Rechtsgeschäft vor.

Das Zustandekommen der Organstellung setzt daher neben dem Beschluss als körperschaftlichem Bestellungsakt auch die Annahme (= Zustimmung) durch den Bestellten voraus (Verbot eines Vertrages zu Lasten Dritter). Die Zustimmung kann antizipiert, also im Voraus, gleichzeitig oder nachfolgend und auch konkludent erklärt werden. Hat der Geschäftsführer in der Gesellschafterversammlung für sich selbst gestimmt, bedarf es einer gesonderter Annahme nicht.

War der Bestellte abwesend, muss ihm der Beschluss bekannt gegeben werden. Die zufällige Kenntniserlangung des Bestellten reicht nicht aus. Das Bestellungsorgan kann sich zur Übermittlung beliebiger Personen als Boten bedienen (z.B. des Versammlungsleiters).

Vertiefung:

a) Bestellung durch Gesellschaftsvertrag

Die Bestellung kann aber auch in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden, § 6 Abs. 3 S. 2, 1. Alt. GmbHG. Praktisch bedeutsam ist das gelegentlich bei der erstmaligen Bestellung im Zusammenhang mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags, möglich aber auch bei einer späteren Satzungsänderung. Ist der Geschäftsführer als Gesellschafter Vertragspartner beim Abschluss des Gesellschaftsvertrags, so ist damit gleichzeitig auch die Erklärung der Bestellung und deren Annahme vollzogen. In den übrigen Fällen gilt das oben unter a) über die Annahme Ausgeführte. Aus der Aufnahme der Bestellung in den Gesellschaftsvertrag folgt indes noch nicht, dass auch spätere Änderungen, also die Abberufung oder auch spätere Bestellungen, nur durch eine Satzungsänderung durchgeführt werden können, obgleich eine solche Bestimmung aber möglich ist. Ob dies im Einzelfall gewollt ist,

² Näher 3. Absatz zu I.2.

kann durch Auslegung der Satzung ermittelt werden. Die h. M. geht dabei von der Auslegungsregel aus, dass im Zweifel die Notwendigkeit einer Satzungsänderung nicht gewollt sei (BGHZ 18, 205, 207 f.).

b) Einmann GmbH

Auch bei der Einmann-GmbH ist die Bestellung des Alleingeschafters zum Geschäftsführer auf beiden Wegen möglich. § 181 BGB (und § 35 Abs. 3 GmbHG) stehen dem nach hM nicht entgegen (Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, 22. Auflage 2019, § 6 Rn. 37 m.w.N.). Konsequenz wäre es, wenn die Bestellung als Rechtsgeschäft betrachtet wird, dieses den Regeln des § 35 Abs. 3 zu unterwerfen. § 48 Abs. 3 GmbHG ist auf jeden Fall zu beachten (BGHZ 33, 189, 194; MüKoGmbHG/W. Goette, 3. Auflage 2018, § 6 Rn. 75). Zu dem abweichenden Streitstand hinsichtlich des Anstellungsverhältnisses siehe weiter unten II 2a.

c) Notgeschäftsführer

In seltenen Fällen kommt neben den vorgenannten Möglichkeiten zu Bestellung eines Geschäftsführers auch die Bestellung eines Notgeschäftsführers durch das Gericht in analoger Anwendung des § 29 BGB in Betracht. (Einzelheiten dazu Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, 22. Auflage 2019, § 6 Rn. 38 ff. m.w.N.).

d) Fehlerhafte Bestellung

Vorstellbar ist auch, dass die Bestellung als solche unwirksam ist. Gründe dafür können z.B. nichtige oder angefochtene Beschlüsse der Gesellschafterversammlung über die Bestellung sein. Übt der Geschäftsführer seine Stellung dennoch aus, ist das Organhandeln einschließlich der Vertretung der Gesellschaft für die Zeit bis zur Geltendmachung des Mangels in der Regel gleichwohl wirksam. Maßgeblich sind hierbei die Grundsätze, die für fehlerhafte Personengesellschaften und fehlerhafte Arbeitsverhältnisse maßgebend sind; Folie 27. Es wird ferner angenommen, dass den „fehlerhaft bestellten Geschäftsführer“ die gesamten Rechte und Pflichten eines wirksam bestellten Geschäftsführers treffen.

7 Zu I.3. Eintragung in das Handelsregister

Ist die Bestellung des Geschäftsführers vollzogen, so muss sie in das Handelsregister eingetragen werden (vgl. §§ 7, 8, 10, 39 GmbHG). Der Rechtsverkehr soll sicher sein, wer die GmbH aktuell vertreten kann; diese Sicherheit wird durch § 15 Abs. 1 HGB verstärkt, vgl. Folie 39 zum Handelsrecht.

Vertiefung: Die Anmeldung erfolgt schlüssig im Namen der GmbH bedarf der Unterschrift der anmeldenden Geschäftsführer (§ 78) in öffentlich beglaubigter Form (§ 12 Abs. 1 HGB) und ist bei dem Registergericht des Sitzes der Gesellschaft einzureichen. Die Eintragung in das Handelsregister ist für die Bestellung der Geschäftsführer nur deklaratorisch (vgl. OLG Köln GmbHR 1993, 155).

9 Zu II.: Beendigung der Organstellung

Die Beendigung der organschaftlichen Geschäftsführerstellung kann entweder durch Amtsniederlegung seitens des Geschäftsführers (**II. 4a**) oder durch Abberufung seitens der Gesellschaft erfolgen (**II. 4b**). Die **Amtsniederlegung** bedarf keiner Gründe und ist nur bei Missbrauch unwirksam.

Vertiefung: Im Grundsatz können Geschäftsführer jederzeit frei, d.h. ohne Vorliegen von Gründen, abberufen werden (§ 38 Abs. 1 GmbHG). Daher ist es nicht möglich, die Abberufbarkeit in der schuldrechtlichen Vereinbarungen zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer, also im Anstellungsvertrag, einzuschränken. Dieser Grundsatz ist aber in den Grenzen von § 38 Abs. 2 GmbHG dispositiv, kann also in der Satzung

eingeschränkt werden. Die Abberufung aus wichtigem Grund kann indes nicht ausgeschlossen werden. Bedeutung hat die Einschränkung der Abberufbarkeit in der Satzung vor allem für den Minderheitsgesellschafter, der wegen seiner Kapitalbeteiligung die Geschicke der Gesellschaft als Geschäftsführer beeinflussen möchte. Der Minderheitsgesellschafter könnte aufgrund seiner unzureichenden Stimmrechtsanteile sonst seine Abberufung nicht verhindern. Sein Einfluss auf die Gesellschaft könnte ihm dann von den anderen Gesellschaftern schnell entzogen werden. Soweit MitbestG oder Montangesetze Anwendung finden, regelt sich die Abberufung zwingend nach § 84 AktG und ist danach nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässig (vgl. § 31 MitbestG, § 12 MontanMitbestG, § 13 MitbestErgG).

- 13 Die **Abberufung** der Geschäftsführer obliegt im Normalfall der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Die Satzung kann aber etwas Abweichendes bestimmen. Im Grunde gelten für die Abberufung und das Verfahren die selben Grundsätze wie bei der Bestellung (s.o. I).

Die Abberufung des Geschäftsführers ist ebenso ein körperschaftsrechtlicher Akt wie die Berufung. Zur Wirksamkeit bedarf es neben der Willensbildung des zuständigen Organs (im Normalfall also der Gesellschafterversammlung) auch der Kundgabe der Abberufungsentscheidung an den betroffenen Geschäftsführer (nicht aber dessen Annahme). Zu beachten ist wieder die Trennung zwischen Organakt und Anstellungsverhältnis. Für die Abberufung gilt § 626 Abs. 2 BGB nicht (vgl. schon § 38 Abs. 1 GmbHG).

B. Zur rechten Spalte: **Anstellungsverhältnis**

- Zu I.:** Mit seiner Bestellung ist der Geschäftsführer zwar mit all seinen organschaftlichen Rechten und Pflichten (vgl. dazu Folien 19 und 20) in sein Amt berufen, wichtige Punkte sind damit aber noch nicht geregelt. In der Regel wird ein Geschäftsführer die Organstellung nämlich nicht unentgeltlich übernehmen. Offene Punkte wie etwa das Gehalt, Tantiemen, 4, 6 zeitlicher Umfang und Urlaub betreffen das Anstellungsverhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer und werden zumeist in einem Anstellungsvertrag geregelt. Der Anstellungsvertrag zur entgeltlichen Geschäftsführung ist ein auf Dienstleistungen, nämlich die Führung des Geschäftsführeramts, gerichteter **Geschäftsbesorgungsvertrag** (§§ 675, 611 BGB).

Vertiefung zur Rechtsnatur des Anstellungsvertrags: Falls der Geschäftsführer unentgeltlich, z.B. ehrenamtlich, tätig werden soll, ist der Anstellungsvertrag als Auftrag (§§ 662 ff. BGB) zu qualifizieren. Der Anstellungsvertrag ist kein Arbeitsvertrag. Der Geschäftsführer übt für die Gesellschaft eine Arbeitgeberfunktionen aus und hat deshalb die funktionale Arbeitgeberstellung inne. Maßgeblich für die Qualifizierung als „bloßer Dienstvertrag“ sind die gesetzlichen Mindestpflichten jedes Geschäftsführers (§§ 41, 43 Abs. 3, 64). Von deren verantwortlicher Erfüllung kann der Geschäftsführer weder durch den Gesellschaftsvertrag, noch durch die Gesellschafter befreit werden. Gegen einen Arbeitsvertrag spricht auch die typische Unternehmerfreiheit des Geschäftsführers. Dahinter tritt die Bindung, die der Geschäftsführer für seine Arbeitskraft eingeht, in ihrer qualifizierenden Bedeutung zurück. Für Rechtsstreitigkeiten aus dem Anstellungsvertrag ist daher auch die ordentliche Zivilgerichtsbarkeit, nicht die Arbeitsgerichtsbarkeit, zuständig (§ 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG).

Wird ein Arbeitnehmer der GmbH zum Geschäftsführer bestellt, nahm schon die frühere Rspr. des BAG im Zweifel eine konkludente Aufhebung des bestehenden Arbeitsverhältnisses an, selbst bei Anstellung des Geschäftsführers in einer neu gegründeten Tochter-GmbH (BAG BB 2000, 2154 m.w.N.). Der Arbeitnehmer könne aufgrund des Wechsels auf die Arbeitgeberseite, die regelmäßig mit einer höheren Entlohnung honoriert werde, nicht mit dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses rechnen, wenn später das Anstellungsverhältnis ende. Im Zweifel bestand das Arbeitsverhältnis also nicht ruhend neben dem Anstellungsvertrag fort; der Aufstieg zum Geschäftsführer führte deshalb oft unbemerkt zum Verlust seines Schutzes gegen sozial ungerechtfertigte Kündigungen; § 14 Abs. 1 KSchG.

Dieser Rechtsprechung könnte mit dem seit dem 1.5.2003 geltenden § 623 BGB, wonach die Beendigung und Aufhebung eines Arbeitsvertrages schriftlich erfolgen muss, der Boden entzogen sein. Das BAG (BAGE 123, 294 = ZIP 2007, 1917) entschied, dass mit Abschluss des neuen Geschäftsführer-Dienstvertrages das Schriftformerfordernis einer Kündigung (§ 623 BGB) bezüglich der Aufhebung des ursprünglichen Anstellungsvertrages gewahrt ist. Im Ergebnis fällt sowohl die Bestellung des Arbeitnehmers zum Geschäftsführer, als auch der Abschluss seines Aufhebungsvertrages als Annexkompetenz in den Zuständigkeitsbereich der Gesellschafterversammlung (vgl. auch Altmeyen/Altmeyen GmbHG, 10. Auflage 2021, § 6 Rn. 85).

Wie eingangs erwähnt, kommt der Anstellungsvertrag nicht schon automatisch durch den Bestellsakt und die erklärte Zustimmung seitens des Geschäftsführers zustande. Zwar kann der Vertrag auch konkludent abgeschlossen werden, die Vorstellungen und der Wille der Beteiligten werden aber jedenfalls bei erstmaliger Bestellung in aller Regel dahin gehen, einen ausdrücklichen Vertrag zu schließen. Auch die Verpflichtung zu unentgeltlicher Tätigkeit muss besonders vereinbart werden, weil die Geschäftsführung typischerweise nur gegen Vergütung geleistet wird (vgl. § 612 BGB).

Die Zuständigkeit für den Abschluss des Anstellungsvertrags liegt für die GmbH im Zweifel beim Bestellungsorgan, normalerweise also bei der **Gesellschafterversammlung (I.1.)**, die ihr Angebot an Abwesende durch Boten oder Vertreter abgeben kann. Die Satzung kann wie bei der Bestellung auch für die Anstellung abweichende Zuständigkeiten regeln. Bei mitbestimmten Gesellschaften ist der Aufsichtsrat zuständig. Ob der Geschäftsführer angestellt ist und zu welchen Bedingungen, geht den Rechtsverkehr nichts an, das **Handelsregister** schweigt hierzu (**I. 3.**).

Vertiefung: Einmangengesellschaft:

Bei der Einmangengesellschaft ist strittig, ob der Einmangengeschafter den Anstellungsvertrag selbst schließen kann, wenn im Gesellschaftsvertrag keine Befreiung von §181 BGB erteilt ist. Die herrschende Meinung verneint dies (vgl. MüKoGmbHG/W. Goette, 3. Auflage 2018, § 6 Rn. 75 m.w.N.; a.A. Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, 22. Auflage 2019, § 6 Rn. 63 m.w.N.). Ist die Bestellung danach fehlerhaft, wäre entweder eine Gestattung durch die Satzung oder die Bestellung eines Notorgans erforderlich.

10 Zu II.: Beendigung der Anstellung

Endet der Anstellungsvertrag nicht vertragsgemäß durch Fristablauf, kann er außerordentlich

aus wichtigem Grund oder ordentlich gekündigt werden. Im letzteren Fall erhält auch ein abberufener Geschäftsführer während der Kündigungsfrist weiter sein Gehalt. Die Kündigung des Anstellungsvertrags kann in dem Widerruf der Bestellung enthalten sein, was durch Auslegung zu ermitteln ist. Häufig wird dies z.B. bei einem Widerruf aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) gegeben sein.

- 12 **Zu II. 4a):** Für den Geschäftsführer ist ein wichtiger Grund beispielsweise die Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis im Kernbereich (OLG Frankfurt NJW-RR 1993, 1259).
- 14 **Zu II. 4b):** Ein wichtiger Grund für die Gesellschaft ist es z.B., wenn der Geschäftsführer eigenmächtig die Auszahlung einer Tantieme veranlasst (BGH DStR 1995, 1120) oder die Auskunft gegenüber den Gesellschaftern verweigert (vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 1994, 498; OLG München DB 1994, 828) oder einen Kfz-Brief gegen den Willen des Mitgeschäftsführers an einen Speditionsunternehmer herausgibt (OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 2001, 466).

GESCHÄFTSFÜHRERHAFTUNG

VERKNÜPFUNGEN

 [Folie](#)

 [Testen Sie Ihr Wissen](#)

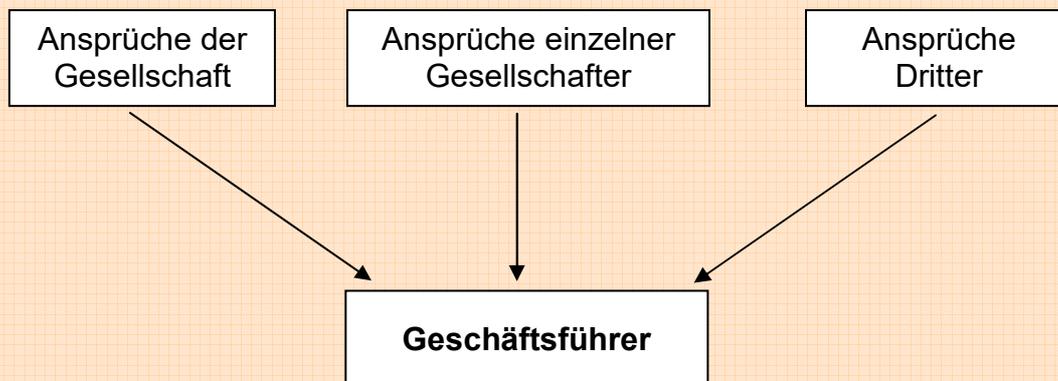
 [Gliederung](#)

 [Literatur](#)

Diese Anmerkungen erläutern Folie 19. Dort ist die Haftung der Geschäftsführer gegenüber der GmbH dargestellt. Im folgenden werden die einzelnen Haftungstatbestände erläutert.

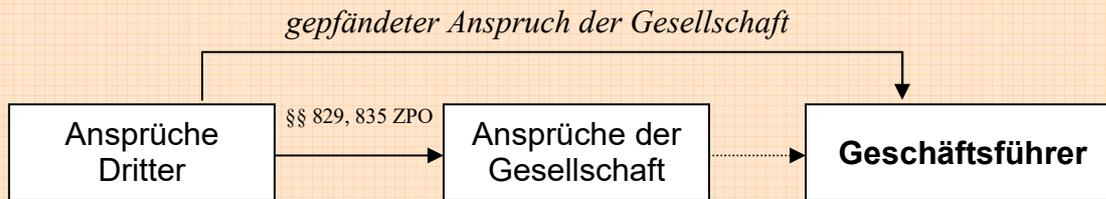
Haftung des Geschäftsführers

Ganz allgemein unterscheidet man bei der Haftung des Geschäftsführers zwischen dem Innenverhältnis, dem Außenverhältnis, also der Haftung gegenüber Dritten, und der Haftung gegenüber einzelnen Gesellschaftern.



Gegenstand der Folie ist die Haftung im Innenverhältnis, d.h. gegenüber der GmbH. Unter bestimmten Voraussetzungen können die Ansprüche auch mittelbar im Außenverhältnis wirken. So kann etwa ein Gläubiger, der einen Anspruch gegen die GmbH hat, im Wege der Vollstreckung auch Ansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer pfänden. Rechtstechnisch erfolgt dies durch einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss gem. §§ 829, 835 ZPO. Wenn die Gesellschaft nicht über genügend Liquidität verfügt, wohl aber deren Geschäftsführer, so bietet sich solch ein Vorgehen an.

In Betracht kommt das mitunter, wenn ein Insolvenzverfahren mangels Masse abgelehnt wurde. Dort und in der Insolvenz bedarf es nämlich nicht einmal des Beschlusses der Gesellschafterversammlung gem. § 46 Nr. 8 GmbH, vgl. BGH BB 2004, 2033. Schon wegen dieser Möglichkeit ist es wichtig, Kenntnis über mögliche Ansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer zu haben, auch wenn man nicht selbst Gesellschafter ist.



Über die Ansprüche von Dritten gegen den GmbH-Geschäftsführer bietet Folie 20 einen Überblick.

A. Mögliche Anspruchsgrundlagen:

Ansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer kommen aus folgenden Anspruchsgrundlagen in Betracht:

Ansprüche der GmbH gegen den/die Geschäftsführer

Anspruchsnorm	Anspruchsgrund
§ 43 II GmbHG	schuldhaftes Verletzung von Geschäftsführerplichten
§ 43 III GmbHG	besondere Haftungstatbestände für Pflichtverletzung
§ 280 BGB i.V.m. Anstellungsvertrag	strittiger Haftungstatbestand wegen Pflichtverletzung
§ 9a I GmbHG	Gründungshaftung wegen falscher Angaben
§§ 57 IV, 9a I GmbHG	Haftung wegen falscher Angaben bei Kapitalerhöhung

Im Folgenden werden die einzelnen Anspruchsgrundlagen näher dargestellt:

B.Anspruchsgrundlagen im Einzelnen:

I. § 43 Abs. 2

Zentrale Norm für die Haftung des Geschäftsführers ist § 43 Abs. 2 GmbHG. Der Geschäftsführer haftet der Gesellschaft für Schäden, die er ihr durch die schuldhafte Verletzung seiner Pflichten zugefügt hat. Begehen mehrere Geschäftsführer die Pflichtverletzung, so haften sie als Gesamtschuldner (§ 421 BGB). Der Sorgfaltsmaßstab für die Pflichten ist in § 43 Abs. 1 als „die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ festgelegt. Zu beachten ist dabei, dass gem. § 37 Abs. 1 GmbHG die Gesellschafter im Innenverhältnis Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis vornehmen können. Diese muss der Geschäftsführer beachten. Die

Prüfungsschema des § 43 Abs. 2 GmbHG

1. Geschäftsführer
2. Pflichtverletzung: nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes
3. Rechtswidrigkeit und Verschulden
4. Schaden
5. Kausalität
6. Keine Einwendungen o. Entlastung
7. Keine Einreden (z.B. § 43 Abs. 4 GmbHG; Verjährung)

RF: Schadensersatz

Verjährung des Anspruchs richtet sich nach § 43 Abs. 4 GmbHG und beträgt fünf Jahre. Zur Geltendmachung des Anspruch ist in der Regel ein Beschluss erforderlich (§ 46 Nr. 8 GmbHG). Dies gilt ausnahmsweise nicht, bei einer Klage des Insolvenzverwalters einer Klage des Gläubigers, der den Anspruch gepfändet hat und bei der *actio pro socio*. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale werden wie folgt verstanden:

1. Geschäftsführer:

Die Haftung beginnt bereits mit der wirksamen Bestellung des Geschäftsführers (dazu Erläuterung zu Folie 18) und zwar bereits in der Vor-GmbH. Die Eintragung im Handelsregister ist also nicht erforderlich (BGH GmbHR 95, 128), zumal der Geschäftsführer sonst durch die Verzögerung der Eintragung auch seine Haftung hinausschieben könnte. Die Haftung endet mit der Geschäftsführerstellung, z.B. durch die wirksame Abberufung (vgl. Folie 18).

Auch bei der fehlerhaften Organstellung, z.B. wenn die Bestellung nichtig ist, die Organtätigkeit aber aufgenommen wurde, greift § 43 Abs. 2 GmbHG ein. Ebenso wird der Strohmanngeschäftsführer von der Haftung erfasst. Nach der Rechtsprechung und h.M. genügt ganz allgemein für die Haftung, dass jemand „wie ein Geschäftsführer“ Geschäfte der GmbH führt (z.B. BGH NZG 2005, 1550; BGH NZG 2005, 755; Baumbach/Hueck/Beurskens, 22. Auflage 2019, GmbHG § 43 Rn. 5).

2. Pflichtverletzung

Die Bestimmung einer Pflichtverletzung ist mitunter nicht einfach. Es bietet sich an, erst die Pflicht herauszuarbeiten und dann anhand der Pflicht den konkreten Sorgfaltsmaßstab abzuleiten. Ohne die Anknüpfung an bestimmte Pflichten ist die Feststellung eines Verschuldensmaßstabs nicht sinnvoll möglich; letztlich bedingen sich beide gegenseitig. Ganz allgemein kann man die Pflichten des Geschäftsführers folgendermaßen definieren: *Die Pflicht des Geschäftsführers ist die Wahrung des wirtschaftlichen Vorteils der Gesellschaft bei gleichzeitiger Beachtung der in der Rechtsordnung und anderen maßgeblichen Verhaltensordnungen gesetzten Grenzen* (vgl. Altmeyden/Altmeyden, 10. Auflage 2021, GmbHG § 43 Rn. 6).

Ein Geschäftsführer verletzt nicht seine Pflichten, wenn er Bestechungen, Erpressungen etc. zum Vorteil des Unternehmens nicht durchführt. Umgekehrt rechtfertigen solchen Verhaltensweisen nicht dadurch, dass sie zum Wohle der Gesellschaften erfolgten (Altmeyden/Altmeyden, 10. Auflage 2021, GmbHG § 43 Rn. 6).

Die Pflichten der Geschäftsführer können sich aus dem Gesetz, der Satzung oder aus Weisungen der Gesellschafterversammlung ergeben. Exemplarisch sind hier die Pflicht zur Geschäftsführung, Treupflichten, Wettbewerbsverbote, die Pflicht zur Rechnungslegung und Handelsregisterpflichten zu nennen. Typische Haftungsfälle sind z.B. der Verzicht auf realisierbare Forderungen, das Verjährenlassen von Forderungen und die Vornahme von nicht vom Gesellschaftszweck gedeckten Geschäften.

a) Gesetzliche Pflichten sind z.B. das *Verbot von Rückzahlungen* an die Gesellschafter, die das Stammkapital angreifen (§ 30, § 43 Abs. 3 GmbHG), die *Pflicht zur Anmeldung* aller eintragungspflichtigen Tatsachen (z.B. §§ 7, 10, 39, 54, 57 f., 65 GmbHG) und *Einreichung von Unterlagen* (z.B. Jahresabschluss § 325 HGB, Gesellschafterliste § 40 GmbHG), Einhaltung der *Angabe auf den Geschäftsbriefen* (§ 35a GmbHG) und die Pflicht zur *ordnungsgemäßen Buchführung*. Einige Kardinalspflichten sind durch Zwangsgeld- und Strafvorschriften sanktioniert. Diese finden sich am Ende des GmbHG. So kann man sich schnell einen Überblick über wichtige Pflichten des Geschäftsführers in den §§ 78 ff. GmbHG verschaffen. Die vorstehenden Pflichten sind natürlich nur ein kleiner Ausschnitt. Letztlich sind es alle Normen des GmbH-Rechts, des Bürgerlichen Rechts, des Arbeitsrechts, des

Wettbewerbsrechts, des Strafrechts, des Steuerrechts u.s.w., die unmittelbar das Verhalten des Geschäftsführers regeln. Die Beachtung dieser Verhaltensnormen ist in aller Regel auch Pflicht des Geschäftsführers gegenüber seiner Gesellschaft. Werden sie verletzt, ist das im Rahmen des § 43 GmbHG relevant. Aber auch Pflichten, die sich primär an die GmbH als Rechtssubjekt wenden, sind zugleich auch pflichtenbestimmend für den Geschäftsführer, der der GmbH, zur Einhaltung und Erfüllung verantwortlich ist.

b) Weisungen der Gesellschafterversammlung hat der Geschäftsführer zwar nicht in gleichem Umfang wie gesetzliche Pflichten zu befolgen. Grundsätzlich trifft ihn aber bei Zuwiderhandlung auch hier die Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG. Im Unterschied zur AG haben nämlich die Gesellschafter der GmbH eine übergeordnete Geschäftsführungskompetenz. Sie können die Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis beschränken (§ 37 Abs. 1 GmbHG) und den Geschäftsführer anweisen, bestimmte Geschäfte vorzunehmen (vgl. BGHZ 142, 92). Erforderlich ist dafür zumindest ein wirksamer Beschluss (§ 37 Abs.1 GmbHG). Bei ungewöhnlichen Geschäften muss der Geschäftsführer sogar dann die Zustimmung der Gesellschafter einholen, wenn dies nicht ausdrücklich angeordnet ist, aber der Geschäftsführer von einem entsprechenden Gesellschafterwillen ausgehen musste (vgl. BGH NJW 1991, 1681, 1682).

Ein Geschäftsführer ist aber nicht verpflichtet, alle Weisungen der Gesellschafterversammlung „blind“ zu befolgen. Die Grenze bildet die Bindung an Gesetze und die guten Sitten. Wird ein Geschäftsführer z.B. angewiesen, keinen Insolvenzantrag zu stellen, obwohl die GmbH zahlungsunfähig ist, so muss er dieser Weisung nicht befolgen.

Vertiefung

Ob dem Geschäftsführer darüber hinaus auch ein „Spielraum“ für eigene Geschäftsführungsentscheidungen gelassen werden muss, ist umstritten. Die h.M. verneint dies mit Hinweis auf die Organisationsverfassung der GmbH. Es sei nicht die Aufgabe der Geschäftsführer, die GmbH gegen deren Willen vor ihren Gesellschaftern zu schützen. (vgl. zum Streitstand mit jeweils weiteren Nachweisen: gegen den Spielraum: Altmeyden/*Altmeyden*, 10. Auflage 2021, GmbHG § 37 Rn. 5; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Baukelmann*, 6. Auflage 2017, GmbHG § 37 Rn. 23 f.; MüKoGmbHG/*Stephan/Tiebes*, 3. Auflage 2019, GmbHG § 37 Rn. 68; andere Ansicht Lutter/Hommelhoff/*Kleindieck*, 20. Auflage 2020, GmbHG § 37 Rn. 18a; Baumbach/Hueck/*Beurskens*, 22. Auflage 2019, GmbHG § 37 Rn. 32).

c) Pflichten aus der Satzung:

Pflichten der Geschäftsführer können auch in der Satzung verankert sein. Hier gilt im Grunde nichts anderes als bei den Gesellschafterbeschlüssen. Die Satzung kann allerdings den

Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs.1 GmbHG modifizieren, jedoch nicht beliebig davon abweichen. Der Sorgfaltsmaßstab lässt sich in einem bestimmten Umfang zwar herabsetzen, nicht aber die Haftung für grobe Fahrlässigkeit ausschließen. Der Grund dafür ist, dass das Vermögen der GmbH gebundenes Sondervermögen ist, welches als Haftungsgrundlage für Dritte zu dienen hat.

d) Vertiefung: Sonderfall „Unternehmerische Entscheidung“

Die Geschäftsführung ist Pflicht des Geschäftsführers. Damit sind auch die zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks erforderlichen Entscheidungen, also auch die Festlegung, wie die Unternehmensressourcen verwendet werden, erfasst. Gerade diese unternehmerischen Entscheidungen bergen die Gefahr von wirtschaftlichen Verlusten.

In diesem Bereich wird dem Geschäftsführer deshalb ein gerichtlich nicht nachprüfbarer Ermessensspielraum zugestanden (vgl. zur Ermessensüberprüfung im Verwaltungsrecht § 114 VwGO). Solange der Geschäftsführer die Grundsätze der ordnungsgemäßen Unternehmensführung einhält und das erlaubte Risiko nicht überschreitet, trifft ihn keine Haftung. Feststellen lässt sich dies nach der sog. **business judgement rule**. Von dem Geschäftsführer wird verlangt, dass er alle Entscheidungsalternativen mit ihren Auswirkungen in die Überlegungen einbezieht. Dabei ist der Pflicht zur Ausschöpfung aller zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten dynamisch. Je höher der mögliche Schaden und je wahrscheinlicher der Schadenseintritt ist, umso gründlicher muss die Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten erfolgen. Ähnliche Abwägungsmodelle sind z.B. im Bereich des Entschließungsermessens und der Gefahrenprognose im Polizei- und Ordnungsrecht bekannt (zu dem Vergleich mit der Überprüfung von Bebauungsplänen *Bungert* in AG 94, 297, 305). Was „erlaubtes Risiko“ ist, bemisst sich nicht allein nach der Wahrscheinlichkeit des Gelingens oder Misslingens, sondern lässt sich nur aus der Relation dieser Wahrscheinlichkeit zur Art und Höhe des möglichen Schadens bestimmen. Je höher ein möglicher Schaden in Relation zu den Ressourcen der Gesellschaft steht, umso niedriger muss die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts sein.

Zur Prüfung der Überschreitung des Ermessensspielraums bietet sich an, folgende Fragen zu stellen:

1. Hat sich der Geschäftsführer ausreichend informiert?
2. Wägt er die Chancen und Risiken ab?
3. Ist die Entscheidung zugunsten der GmbH?

Ist die vernünftige Risikobereitschaft überspannt?

3. Verschulden

Maßstab für das Verschulden ist § 43 Abs.1 und die Satzung. Den Geschäftsführer treffen dabei auch eventuelle Sonderkenntnisse.

Von praktischer Bedeutung ist, wer für das Verschulden die Darlegungs- und Beweislast trägt. Nach allgemeinen Grundsätzen trägt die Beweislast derjenige, der sich auf eine für ihn günstige Tatsache beruft. Davon gibt es aber zahlreiche Ausnahmen. So hat gem. § 280 Abs.1 Satz 2 BGB der Schuldner die Beweislast für fehlendes Verschulden zu tragen (... *“Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat“*). Für die AG findet sich eine ausdrückliche Regel in [§ 93 Abs. 2 Satz 2 AktG](#). Der Vorstand (dem Geschäftsführer vergleichbar) trägt nach dieser Norm die Beweislast für das fehlende Verschulden, hat also den Entlastungsbeweis zu führen. Da bei der GmbH eine entsprechende gesetzliche Regelung fehlt, die Wertung aber vergleichbar ist, ist auch bei der GmbH entsprechend § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG das Verschulden zu vermuten (ganz h.M. vgl. statt aller MüKoGmbHG/*Fleischer*, 3. Auflage 2019, § 43 Rn. 270 m.w.N.).

Umstritten ist indes, wer die (objektive) Pflichtwidrigkeit zu beweisen hat. Die Beweislast wird nicht nur nach der Günstigkeit verteilt, sondern auch nach Gefahrenkreisen und Beweisnähe. In Anwendung dieser Grundsätze hat der Geschäftsführer nach der h.M. auch zu beweisen, dass ihn die objektive Verletzung einer Pflicht nicht trifft. Die GmbH muss nur ein möglicherweise pflichtwidriges Verhalten nachweisen, während im Übrigen auch hier der Geschäftsführer den Entlastungsbeweis zu führen hat (MüKoGmbHG/*Fleischer*, 3. Auflage 2019, § 43 Rn. 271; Altmeyden/*Altmeyden*, 10. Auflage 2021, GmbHG § 43 Rn. 112). Beruft sich die GmbH aber auf besondere Pflichten, z.B. aus einem Gesellschaftsbeschluss, muss sie diese beweisen.

4. Schaden

Zu ersetzen hat der Geschäftsführer den entstandenen Schaden. Schaden in diesem Sinn ist *jede gesellschaftszweckwidrige Minderung des geldwerten Gesellschaftsvermögens*.

Bei einer auf Gewinn gerichteten GmbH ist grundsätzlich (fast) jede Vermögensminderung zweckwidrig. Als Beispiel kann hier der Ausfall eines Darlehens bei mangelnder Sicherheit oder der Zinsausfall bei der Tilgung einer Verbindlichkeit vor Fälligkeit genannt werden. Selbst ideelle Beeinträchtigungen, also z.B. die Schädigung des „guten Rufs“ (*goodwill*) stellen einen Schaden dar. Bei einer gemeinnützigen GmbH (*non-profit*) kann ein Schaden indes zu verneinen sein, wenn die Vermögensminderung mit dem Gesellschaftszweck übereinstimmt.

5. Kausalität

Für die Kausalität gelten die allgemeinen Grundsätze. Über den Wortlaut des analog angewendeten § 93 II 2 AktG hinaus (s.o.) trifft den Geschäftsführer dabei auch eine Kausalitätsvermutung, wenn die Art des Schadens einen deutlichen Hinweis darauf ergibt, dass er seine Ursache in einem Handeln oder Unterlassen des Geschäftsführers hat oder wenn eine unzureichende Buchführung, die der Geschäftsführer zu vertreten hat, die Kontrolle darüber vereitelt (BGH NJW 1986, 54, 55).

6. Entlastung

Den Geschäftsführer trifft die Haftung nur, soweit er nicht von der Gesellschaft zulässig von seiner Ersatzpflicht befreit wurde (s. auch 2 c). Unter der Entlastung versteht man die Billigung der Geschäftsführung für die Vergangenheit und eine Bekundung des Vertrauens für die Zukunft (BGHZ 94, 324). Die Rechtswirkungen regelt das GmbHG nicht näher. Für das GmbH-Recht ist aber anerkannt, dass die Entlastung - anders als § 120 Abs. 2 S. 2 AktG - eine Präklusion der GmbH mit Ansprüchen gegen den Geschäftsführer bewirkt. Voraussetzung ist, dass alle Anspruchsgrundlagen (des Ersatzanspruchs) allen Gesellschaftern bekannt oder bei sorgfältiger Prüfung erkennbar waren und die Geschäftsführer ihnen die hierfür erforderlichen Unterlagen und Informationen verfügbar gemacht hatten. Erklärt wird die Entlastung durch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Die Entlastung ist aber kein Vertrag, sondern ein einseitiger gesellschaftsrechtlicher Akt. Dessen wesentliches Element ist der Gesellschafterbeschluss. Ob darüber hinaus noch die Erklärung des Entlasteten Geschäftsführers hinzutreten muss und diese wiederum empfangsbedürftig ist, ist strittig (ausführlich dazu *K. Schmidt ZGR 1978, 429*). Nach der Rechtsprechung des BGH ist dies jedenfalls nicht erforderlich (BGHZ 94, 326 f.). In der Rechtsfolge entspricht die Entlastung einem Verzicht (Erlassvertrag § 397 BGB). Ebenso kann der Geschäftsführer durch die Gesellschaft mit einem Vergleich (§ 779 BGB) von Verbindlichkeiten befreit werden. Für Verzicht und Vergleich ist die Gesellschafterversammlung zuständig (§ 46 Nr. 8 GmbHG).

All diesen Möglichkeiten der Haftungsbefreiung sind aber Grenzen gesetzt. Da alle vorgenannten Maßnahmen dieselbe Rechtsfolge haben, sind sie bei den Ersatzansprüchen nach § 43 Abs. 3 Satz 1 oder nach § 9a unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern benötigt wird (§§ 43 Abs. 3 Satz 2, 9b GmbHG). Zu der Möglichkeit

einer sog. „Generalbereinigung“ s. MüKoGmbHG/*Liebscher*, 3. Auflage 2019, § 46 Rn. 167 ff.

7. Verjährung

Die Ansprüche nach § 43 Abs. 2 und 3 GmbHG verjähren nach fünf Jahren (Abs. 4). Die Verjährung beginnt mit Anspruchsentstehung, also frühestens mit dem Schadenseintritt. Für die Hemmung, den Ablauf und Neubeginn gelten die allgemeinen Grundsätze der §§ 203 ff BGB.

II. Anspruch aus § 43 Abs. 3 GmbHG

Einige spezielle Geschäftsführerpflichten finden sich in § 43 Abs. 3, die zu einer Haftung führen. Namentlich haftet der Geschäftsführer bei der Verletzung des Kapitalerhaltungsgebotes (dazu Folien 10 ff.) gesamtschuldnerisch mit den Empfängern und in voller Höhe der durch die Pflichtverletzung entstandenen Unterdeckung auf Schadensersatz (BGH NJW 1992, 1166). Unerheblich ist dabei, dass der Gesellschaft hier auch Ansprüche gegen die Gesellschafter zustehen. Im Übrigen gilt das bereits unter I. ausgeführte.

III. Anspruch aus § 280 BGB i.V.m. dem Anstellungsvertrag

Es ist umstritten, ob neben der Haftung nach § 43 GmbHG auch eine Haftung wegen Pflichtverletzung aus dem Anstellungsvertrag möglich ist (§ 280 BGB). Abgelehnt wird dies von der Rechtsprechung und Teilen der Literatur damit, dass § 43 die Haftung aus der Organstellung positiviert. Die Haftung nach § 43 GmbHG soll keine „gesetzliche“ Haftung sein, sondern ähnlich der Vertragshaftung auf der privatautonomen Grundlage der Organstellung beruhen. Sie soll deshalb nicht konkurrierend neben eine Haftung aus Verletzung eines eventuellen schuldrechtlichen Begleitverhältnisses (Auftrag oder Dienstvertrag) treten, sondern eine Spezialregelung bilden. In ihr gehen daher die Pflichten aus dem Anstellungsvertrag auf (so die Rechtsprechung und hL: BGH NZG 2008, 104; BGH NJW 1997, 741; BGH NJW-RR 1989, 1255; MüKoGmbHG/*Fleischer*, 3. Auflage 2019, § 43 Rn. 8; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek*, 20. Auflage 2020, GmbHG § 43 Rn. 6; BeckOK GmbHG/*Ziemons/Pöschke*, 48. Ed. 1.5.2021, § 43 Rn. 10, aA Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Ziemons*, 3. Auflage 2017, GmbHG § 43 Rn. 13 f.; *Fleck* ZIP 1991, 1269 (1270)).

Die Gegenansicht nimmt hier Anspruchskonkurrenz an und verneint den vorstehenden Ansatz (vgl. *K. Schmidt* GesR 3. Aufl. S. 1078). Im Ergebnis ist die Auslegung der

Tatbestandsmerkmale aber derart angeglichen, dass es zu keinen Unterschieden in der Haftung kommt.

IV Weitere Ansprüche

1. § 826 Vorsätzlich sittenwidrige Schädigung und § 823 BGB

Die Prüfung sollte aus dem Zivilrecht bekannt sein. Wichtig zu erinnern ist, dass bei § 826 bedingter Vorsatz genügt. Die praktische Bedeutung ist nicht besonders hoch. Die Verjährung richtet sich nicht nach § 43 Abs. 4 GmbHG.

Häufig verletzte Schutzgesetze bei der Haftung aus § 823 II BGB sind §§ 266, 263 StGB (vgl. z. B. OLG Saarbrücken NZG 2002, 378 (Heft 8)).

2. § 15b I InsO

Zur Haftung nach § 15b I InsO wird auf die Kommentierung zu Folie 20 verwiesen. Zweck der Norm ist es, die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger im Vorfeld der Insolvenz zu sichern. Voraussetzung für die Haftung nach § 15b I InsO sind:

- a). Zahlungen, die nach Eintritt der
 - aa) Zahlungsunfähigkeit (§ 17 II InsO) oder
 - bb) Überschuldung (§ 19 II InsO) geleistet werden,
 - cc) *nicht aber bei drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO).*

b) Zahlungen: Das sind nur solche Vorgänge, mit denen der Normzweck unterlaufen wird. Unerheblich ist, ob sie aus einem Barbestand oder Kontoguthaben geleistet werden oder ob es sich um solche Vermögensabflüsse handelt, die nicht als Geldleistung zu qualifizieren sind, weil sie nur zur Erhöhung eines Debetsaldos führen (zu dem Begriff vgl. BeckOKInsO/Wolfer, 23. Ed. 15.4.2021, § 15b Rn. 11.).

AG-STRUKTUR

VERKNÜPFUNGEN



[Folie](#)



[Testen Sie Ihr Wissen](#)



[Gliederung](#)



[Literatur](#)

Das Innenrecht der AG ist gekennzeichnet durch das Zusammenwirken der drei Organe der AG. Die Übersicht veranschaulicht Zusammensetzung, Aktivität und Interaktion von Hauptversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand.

- 1 Die [Hauptversammlung](#) wird als das wichtigste Organ der AG bezeichnet, da in ihr die Strukturentscheidungen der Gesellschaft getroffen werden.

- 2 3 Die Aufgaben der Hauptversammlung ergeben sich aus § 119 AktG. Die Hauptversammlung bestellt die Mitglieder des [Aufsichtsrates](#). Die übrigen Aufsichtsratsmitglieder werden von Arbeitnehmern und Gewerkschaften bestimmt. Da die Hauptversammlung in der Regel nur einmal im Jahr einberufen wird, ist ihre Bedeutung für die Einflussnahme auf kurzfristige Entwicklungen in der AG begrenzt.

Die Hauptversammlung besteht aus den Aktionären. Dabei handelt es sich meist um Kleinanleger, institutionelle Anleger und Nachkommen der Gründer.

- 4 Die Aktionäre können sich bei der Stimmrechtsausübung durch eine Person ihres Vertrauens [vertreten](#) lassen. Besonderheiten gelten für Stimmrechtsvertreter, die von der Verwaltung der AG benannt werden (oft *proxy voting* genannt).

- 5 [Vorstand](#) und Aufsichtsrat sollen ebenfalls an der Hauptversammlung teilnehmen, § 118 II AktG, um Aktionärsfragen beantworten zu können.

OHG ODER GbR ?

VERKNÜPFUNGEN

 [Folie](#)

 [Testen Sie Ihr Wissen](#)

 [Gliederung](#)

 [Literatur](#)

Die Folie erläutert die Abgrenzung der Rechtsformen der OHG und GbR. Die Abgrenzung erfolgt gemäss § 105 I HGB nach dem Gesellschaftszweck. Der Gesellschaftszweck der OHG ist gegenüber dem der GbR qualifiziert, nämlich auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet.

In der Klausur erfolgt die Prüfung in 3 Schritten:

I. Betrieb eines Handelsgewerbes

1. Gewerbebetrieb
2. Qualifikation zum Handelsgewerbe durch
 - a) kaufmännischen Zuschnitt gemäß § 1 II HGB oder
 - b) Voraussetzungen der §§ 2, 3 HGB
3. Sonderfall: Verwaltung eigenen Vermögens § 107 I 1 2. Alt HGB

II. gemeinschaftliche Firma

zu I.

1. Gewerbebetrieb-

Zunächst muss der tatsächliche Unternehmensgegenstand die Ausübung eines Gewerbes betreffen. (Zum Gewerbebegriff vergleiche die Folien im Handelsrecht sowie Folie Nr. 26 im Gesellschaftsrecht.) Anderenfalls kommt als Rechtsform nur eine GbR in Betracht.

Ausnahmen gelten lediglich für Vermögensverwaltungsgesellschaften gemäß § 107 I 1 2. Alt. HGB, siehe unten 3.

2. Handelsgewerbe

Weitere Voraussetzung des § 105 I HGB ist die Qualifizierung des Gewerbebetriebes als *Handelsgewerbe*. Zur Definition des Handelsgewerbes vergleiche die Folien zum Handelsrecht sowie Folie 26 zum Gesellschaftsrecht.

a) Großgewerbe

Das Handelsgewerbe ist in § 1 II HGB legaldefiniert als Großgewerbe, zu dessen Betrieb ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb erforderlich ist. In der Anfangsphase der Gesellschaft sind keine überhöhten Anforderungen an die kaufmännische Einrichtung des Gewerbebetriebes zu stellen. Es wird als ausreichend erachtet, dass das Gewerbe von Anfang an auf einen kaufmännischen Betrieb angelegt ist und die alsbaldige Entfaltung zum Großbetrieb erwarten lässt.

Betreibt die Gesellschaft ein solches Großgewerbe, ist sie gemäss § 105 I, 1 II HGB ohne weitere Voraussetzungen OHG. Eine Eintragung ist dann nur noch deklaratorisch.

b) Kleingewerbe mit HR-Eintragung

Wird lediglich ein Kleingewerbe betrieben, erfolgt dies zunächst in der Rechtsform der GbR. Die Gesellschafter können jedoch durch die (konstitutive) Eintragung in das Handelsregister eine Personenhandelsgesellschaft schaffen.

3. Sonderfall: Vermögensverwaltungsgesellschaften mit Handelsregistereintragung.

§ 107 I 1 2. Alt. HGB birgt eine Sonderregelung für Gesellschaften, die lediglich eigenes Vermögen verwalten. Bei solchen Vermögensverwaltungsgesellschaften handelt es sich zum Beispiel um Immobilienverwaltungs-, Objekt- oder Besitzgesellschaften. Deren Gesellschaftszweck stellt grundsätzlich kein Gewerbe dar (BGHZ 74, 273). Da dennoch ein Interesse an der Gründung einer Personenhandelsgesellschaft bestehen kann (z.B. Beteiligung von Kommanditisten), ermöglicht § 107 I 1 2. Alt. HGB, dass auch diese Gesellschaften durch Eintragung ins Handelsregister OHG werden können.

FEHLERHAFTGE GESELLSCHAFT

VERKNÜPFUNGEN



[Folie](#)



[Testen Sie Ihr Wissen](#)



[Gliederung](#)



[Literatur](#)

Die Folie erläutert die von der Rechtsprechung entwickelte Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft (fG). Danach ist eine Gesellschaft auf fehlerhafter Vertragsgrundlage für die Vergangenheit als wirksam zu betrachten, aber für die Zukunft vernichtbar.

1. Prüfungsstandort

1 Die Lehre von der fG ist im Anspruchsaufbau bei der Anspruchsentstehung, z.B. durch Abschluss eines **Vertrages** mit der Gesellschaft, zu prüfen. Anlässlich der Frage, ob eine solche Gesellschaft existiert, ist zunächst die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages festzustellen und sofort anzuschließen, dass sich etwas anderes aus der Lehre von der fG ergeben könnte, die dann als Obersatz wiederzugeben ist.

2. Herleitung

Die Lehre von der fG stellt eine Abweichung von den Grundsätzen des allgemeinen Teils des BGB dar, die den Besonderheiten des Wirtschaftsrechts Rechnung trägt. Grundsätzlich gilt für den Abschluss des Gesellschaftsvertrages – wie für jedes Rechtsgeschäft – der allgemeine Teil des BGB. Danach wirken sich Nichtigkeitsgründe dahin gehend aus, dass der Gesellschaftsvertrag seit dem Zeitpunkt der Gründung nichtig ist, §§ 105, 125, 134, 138, 142, 155 BGB. Damit wäre die Gesellschaft als von Anfang an nicht existent zu betrachten.

2 Hat die Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb aufgenommen, erweist sich die **Rückabwicklung** als problematisch. Die getätigten Rechtsgeschäfte müssen nach den Vorschriften der Gemeinschaft §§ 741 ff BGB, des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses §§ 987 ff BGB oder des Bereicherungsrechts §§ 812 ff BGB rückabgewickelt werden. Insbesondere § 818 III BGB führt zu unangemessenen Ergebnissen. Das Vertrauen der Vertragspartner in den Bestand der Gesellschaft wird nicht geschützt. Die Verteilung erwirtschafteter Gewinne oder Verluste unter den vermeintlichen Gesellschaftern bereitet mangels gesetzlicher Regelung Schwierigkeiten.

Dogmatische Begründung der Lehre von der fG:

- a) Verkehrsschutz im Außenverhältnis
- b) Bestandsschutz im Innenverhältnis

3. Tatbestand

- a. fehlerhafter Gesellschaftsvertrag
- b. Invollzugsetzung
- (c. Fehlen vorrangiger Schutzinteressen)

a) Fehlerhafter Gesellschaftsvertrag oder fehlerhafte Vertragsänderung

3

Der Abschluss oder die Änderung des Gesellschaftsvertrages sind von Anfang an nichtig.

- Formnichtigkeit § 125 BGB, z.B. wegen § 311 b BGB
- Dissens §§ 154, 155 BGB
- Sittenwidrigkeit durch Übervorteilung eines Gründers § 138 I BGB
- Anfechtung wegen Willensmängeln eines Gründers, §§ 142 I, 119, 123 BGB

b) Invollzugsetzung der Gesellschaft / der Vertragsänderung

Schaffung von Rechtstatsachen, an denen die Rechtsordnung nicht vorbeigehen kann. Die Rechtsprechung lässt hier – wohl zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten – schon Kleinigkeiten genügen:

4

- Aufnahme von Rechtsbeziehungen zu Dritten
- Bildung eines Gesellschaftsvermögens im Innenverhältnis, jedenfalls wenn eine Rückgewähr der Einlage nicht ohne weiteres möglich ist.

c) Fehlen vorrangiger Schutzinteressen

Die Anwendung der Lehre von der fG ist einzuschränken, sobald gewichtige Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen entgegenstehen.

5

- Schutz von Geschäftsunfähigen, § 105 I BGB, und beschränkt Geschäftsfähigen, § 108 BGB

Beispiel: Minderjährige

- Gesellschaftszweck verstößt gegen gesetzliches Verbot, § 134 BGB

Beispiel: Schwarzarbeit

- Sittenwidrigkeit des Gesellschaftszwecks, § 138 I BGB

Beispiel: Waffenhandel

Dabei ist die Anwendbarkeit der Lehre von der fG individuell – schutzzweckabhängig - zu prüfen. Grundsätzlich bedarf die Gründung oder der Beitritt zu einer Gesellschaft, die auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäftes gerichtet ist, bei Beteiligung eines Minderjährigen der familiengerichtlichen Genehmigung, §§ 1643, 1822 Nr. 3 BGB. Fehlt diese Genehmigung, ist der Beitritt des Minderjährigen gemäß § 1829 BGB nichtig. Dem minderjährigen Gesellschafter drohen intern Verlust- und extern Haftungsfolgen aus der Mitgliedschaft. Daher gehen Vertreter eines strengen Minderjährigenschutzes von einer Bereichsausnahme der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft aus. Die Gesellschaft wird lediglich unabhängig von der Beteiligung des Minderjährigen als wirksam behandelt. Anstelle einer Zweipersonen-OHG tritt dann ein Einzelkaufmann. Dieses Ergebnis halten einige zur Wahrung des Minderjährigenschutzes für nicht erforderlich. Nicht in jedem Fall ist die Anwendung der fG für schutzwürdige Minderjährige ungünstig. Minderjährige, die von der Verlustausgleichspflicht unberührt bleiben, könnten an erwirtschafteten *Gewinnen* beteiligt werden. Der Minderjährige kann eine Art „Meistbegünstigung“ erlangen, wenn er von Einlagepflicht und Haftung freigestellt würde, aber ein Gewinnbezugsrecht und ein besonderes Austrittsrecht erhält. Das Gleichgewicht von Chancen und Risiken wird so zu Lasten der Mitgesellschafter verschoben. Wenn die Anwendung der fG schutzwürdige Interessen verletzt, ist die Rückabwicklung dennoch nach den Lehren der fG, jedoch schutzzweckkonform vorzunehmen. Dazu wird die fehlerhafte Mitgliedschaft mit schuldrechtlicher Rückwirkung, also ohne Gewinn- und Verlustbeteiligung des Minderjährigen rückabgewickelt (zur Vertiefung: *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, S. 154).

d) Gut- / Bösgläubigkeit irrelevant !

Da die Lehre von der fG dogmatisch weder eine Scheingesellschaft noch Rechtsscheinhaftung begründet, kommt es auf die evtl. Gut- oder Bösgläubigkeit der Gesellschafter und Vertragspartner nicht an. Anders liegt es aber, wenn man mit der Rspr. das 3. Tatbestandsmerkmal fordert und dies im Einzelfall nicht erfüllt ist. Wird aus diesem Grund die Anwendbarkeit der Lehre von der fG abgelehnt, muss nach der

Rechtsprechung der Vertragspartner über die Rechtsfigur der Scheingesellschaft geschützt werden, wobei es auf Gutgläubigkeit des Vertragspartners ankommt. RGZ 145, 155: Erweist sich bei der Gründung einer OHG einer von zwei Gesellschaftern als geschäftsunfähig, scheidet die Anwendbarkeit der Lehre von der fG auf den Geschäftsunfähigen an dessen Schutzwürdigkeit und die Anwendbarkeit auf die Rest-OHG daran, dass der verbleibende geschäftsfähige Gesellschafter allein keine OHG gründen kann. Dann sei der Vertragspartner jedoch dadurch zu schützen, dass der geschäftsfähige Gesellschafter nach Rechtscheinsgrundsätzen als Gesellschafter einer Schein-OHG haftet. Dieses Ergebnis wird nach einer Mindermeinung einfacher erreicht, indem man die fG auf Geschäftsunfähige anwendet, die Gesellschafterhaftung des Geschäftsfähigen ohne Umwege zulässt und den Schutz des Geschäftsunfähigen dadurch gewährleistet, dass bei nachteiliger Unternehmensentwicklung die Rückabwicklung seiner Beteiligung ohne Haftung und Verlustbeteiligung erfolgt.

4. Rechtsfolge

- Gesellschaft ist für die Vergangenheit nach innen und außen wirksam
- bei vorrangigen Interessen schutzzweckkonforme Rückabwicklung
- Gesellschaft kann für die Zukunft vernichtet werden

a) Wirksamkeit nach innen und außen

Die Gesellschaft ist vorläufig voll wirksam. Rechte und Pflichten der Gesellschafter richten sich grundsätzlich nach dem fehlerhaften Gesellschaftsvertrag. Vertretungsmacht und Haftung im Außenverhältnis gelten wie vereinbart. Lediglich die unmittelbar fehlerbehaftete (sittenwidrige, formnichtige) Vertragsklausel wird durch eine angemessene Regelung ersetzt, z.B. durch ergänzende Vertragsauslegung oder eine dispositiven gesetzliche Regelung.

b) Geltendmachung des Fehlers für die Zukunft (*ex nunc*)

Der Fehler des Gesellschaftsvertrages kann für die Zukunft berücksichtigt werden. Der Fehler ist ein wichtiger Grund für die Auflösung bzw. Kündigung der Gesellschaft und ist in der dafür vorgeschriebenen Form geltend zu machen.

- GbR: Kündigungserklärung, §§ 729 I Nr. 3, 731 BGB
- OHG: Auflösungsklage §§ 138 I Nr. 3, 139 HGB

Bei Verschulden einzelner Gesellschafter kann stattdessen auch deren Ausschluss begehrt werden. Schadensersatzansprüche aus § 122 BGB, § 280 BGB, §§ 823 II, 826 BGB bleiben unberührt.

GESCHÄFTSFÜHRUNG

Diese Folie erläutert die rechtsformübergreifend bedeutsame Unterscheidung von Vertretungsmacht und Geschäftsführung im Gesellschaftsrecht. In beiden Fällen wird eine natürliche Person für die an sich nicht handlungsfähige Gesellschaft tätig. Die wesentliche Unterscheidung lautet:

Vertretungsmacht	=	Außenverhältnis
Geschäftsführungsbefugnis	=	Innenverhältnis

I. Vertretungsmacht im Außenverhältnis

1 Die Vertretungsmacht ermöglicht die Abgabe von Willenserklärungen mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft im Außenverhältnis. Sie ist die Voraussetzung wirksamer vertraglicher Verpflichtungen und dinglicher Verfügungen zu Lasten und zu Gunsten des Gesellschaftsvermögens.

Das BGB regelt die Vertretungsmacht der GbR-Gesellschafter in § 720 BGB entsprechend der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis. Sie kann jedoch gemäß § 720 IV BGB durch Beschluss der anderen Gesellschafter ganz oder teilweise entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund dies rechtfertigt.

2 Die Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter ergibt sich aus § 124 HGB. Dort ist der Grundsatz der Einzelvertretungsmacht in der OHG normiert. Dies stellt eine Abweichung vom Gesamtvertretungsgrundsatz in der GbR dar, die durch das größere Bedürfnis nach Flexibilität in der kaufmännischen OHG gerechtfertigt ist. Die Gesellschafter können jedoch auch die in § 124 II - IV HGB festgelegten Abweichungen der Vertretungsmacht vereinbaren, also einzelne Gesellschafter ausschließen, eine echte oder unechte Gesamtvertretungsmacht begründen. Dabei muss jedoch der Grundsatz der Selbstorganschaft im Personengesellschaftsrecht beachtet werden, der eine Vertretungsregelung ausschließt, nach der die OHG auf das Handeln gesellschaftsfremder Organe angewiesen wäre.

Der Umfang der Vertretungsmacht ist unbeschränkt und unbeschränkbar und umfasst die in § 124 IV HGB genannten Rechtshandlungen, nicht jedoch Änderungen des Gesellschaftsvertrages und andere Grundlagengeschäfte.

II. Geschäftsführungsbefugnis im **Innenverhältnis**

- 3 Die Geschäftsführung betrifft hingegen die zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks erforderliche Tätigkeit der Gesellschafter im Innenverhältnis.

Die Geschäftsführungsbefugnis in der GbR wird in § 715 BGB normiert.

- 4 Die Geschäftsführungsbefugnis der OHG-Gesellschafter ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrag, mangels individueller Vereinbarung aus § 116 HGB.

Nach der gesetzlichen Regelung sind alle OHG-Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt. Dabei besteht der Grundsatz der Einzelgeschäftsführung sowie ein Widerspruchsrecht der anderen geschäftsführenden Gesellschafter, § 116 III S. 1, 3 HGB. Abweichende Geschäftsführungsregelungen können getroffen werden. So kann Gesamtgeschäftsführung oder eine inhaltliche Kompetenzverteilung nach Geschäftsbereichen vereinbart werden. Im Gesellschaftsvertrag kann auch geregelt werden, dass einzelne Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind. Damit verlieren sie jedoch nicht ihre Kontrollrechte, insbesondere nicht das Recht auf Einsichtnahme in die Bücher der OHG, § 105 II HGB, § 717 BGB.

Die Geschäftsführer der GmbH sind nach § 37 I GmbHG bei ihrer Geschäftsführung an die Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden und somit zur Geschäftsführung befugt. Wie die Geschäftsführung bei mehreren Geschäftsführern zu erfolgen hat regelt das Gesetz nicht, man wird jedoch auf eine Gesamtgeschäftsführungsbefugnis schließen können (MüKoGmbHG/Stephan/Tieves, 3. Aufl. 2019, GmbHG § 37 Rn. 78. – wohl allg. Meinung).

III. Unterschiede

Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis können deckungsgleich sein, notwendig ist dies nicht.

1. Vertretungsmacht > Geschäftsführungsbefugnis

Zum einen kann die Vertretungsmacht des Geschäftsführers seine Geschäftsführungsbefugnis übersteigen. Diese Situation entsteht typischerweise, wenn Geschäftsführer im Außenverhältnis gesetzlich unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht besitzen, die Gesellschafter sich

jedoch intern darauf geeinigt haben, dass der Geschäftsführer Rechtsgeschäfte einer bestimmten Größenordnung (Investitionen ab 100.000 €) nur nach Absprache mit der Gesellschafterversammlung vornehmen soll.

Schließt der Geschäftsführer ein Rechtsgeschäft im Rahmen seiner Vertretungsmacht für die GmbH ab, obwohl er keine entsprechende Geschäftsführungsbefugnis besitzt, stellt sich die Frage der Rechtsfolgen. Das Rechtsgeschäft ist wirksam für und gegen die GmbH zustande gekommen, denn eine wirksame Vertretungsmacht bestand. Somit kann der Vertragspartner von der Gesellschaft Erfüllung verlangen. Der Geschäftsführer verletzt jedoch seine Verpflichtung aus dem Gesellschaftsvertrag, innerhalb der Gesellschaft vereinbarte Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis zu beachten. Daraus ergeben sich Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer aus § 280 I BGB wegen Vermögensschäden aus nachteiligen Verträgen der Gesellschaft. Die Gesellschaft verfügt über [weitere](#) Sanktionsmöglichkeiten, insbesondere einen Antrag auf gerichtliche Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis (§ 116 V HGB) und der Vertretungsmacht (§ 124 V HGB) sowie Klage auf Auflösung der Gesellschaft (§§ 138 I Nr. 3, 139 HGB) oder Ausschluss des Gesellschafters (§§ 130 I Nr. 5, 134 HGB).

2. Vertretungsmacht < Geschäftsführungsbefugnis

Die Vertretungsmacht bleibt nur insofern hinter der Geschäftsführungsbefugnis des Geschäftsführers zurück, als diese auch rein tatsächliche Maßnahmen umfasst. So darf ein Geschäftsführer in der Regel Entscheidungen über neue [Werbestrategien](#) treffen, Einzelheiten in der [Produktionsorganisation](#) regeln oder eine Produktionsanlage ein- oder ausschalten.

3. Weder Geschäftsführungsbefugnis noch Vertretungsmacht

Schließlich sind Konstellationen denkbar, in denen der Handelnde weder Geschäftsführungsbefugnis noch Vertretungsmacht besitzt. Diese seltenen Fälle betreffen unzulässige Realakte, etwa deliktische Handlungen des Geschäftsführers zum Nachteil des Gesellschaftsvermögens (auf der Folie unten rechts) sowie Rechtsgeschäfte, für die keine (Einzel-) Vertretungsmacht besteht (auf der Folie unten links, z.B. unnötige Geschäfte für die Vor-GmbH, Verpflichtung zur Satzungsänderung jeweils ohne Gesellschafterbeschluss). Der Geschäftsführer haftet dem Vertragspartner aus § 179 BGB oder aus § 43 II GmbHG der Gesellschaft, wenn diese genehmigen musste, um etwaige Rufschädigungsfolgen zu vermeiden.

IV. Sanktionen bei Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis durch den Geschäftsführer in der OHG

Überschreitet ein geschäftsführender Gesellschafter seine Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis (Dürfen) und ist das Rechtsgeschäft dennoch aufgrund seiner Vertretungsmacht für die Gesellschaft im Außenverhältnis wirksam (Können), entsteht ein Bedürfnis nach Neuregelung der Gesellschafterbeziehungen und Ausgleich der entstandenen Nachteile.

1. Die Gesellschafter können bei Gericht ein Verfahren zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis einleiten, § 116 V HGB. Der erforderliche wichtige Grund liegt insbesondere in einer groben Pflichtverletzung.
2. Zugleich kann dem Gesellschafter die Vertretungsmacht durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, § 124 V HGB .
3. Schließlich kann die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund, hier wegen der vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Verletzung wesentlicher Gesellschafterpflichten, beantragt werden, §§ 138 I Nr. 3, 139 HGB.
4. Anstelle der Auflösung der Gesellschaft kann das Gericht auch die Ausschließung des vertragsverletzenden Gesellschafters aussprechen, §§ 130 I Nr. 5, 134 HGB.

Bei verschuldeter Verletzung der Geschäftsführerplichten haftet der Geschäftsführer der Gesellschaft auf Schadensersatz. Als Anspruchsgrundlage kommen der verletzte Gesellschaftsvertrag i.V.m. § 280 BGB in Betracht.

Geschäftsführung in der OHG, § 116 HGB

Die Folie erläutert den gesetzlichen Umfang der Geschäftsführungsbefugnis in der OHG.

A. Vorüberlegung: Anwendbarkeit der dispositiven gesetzlichen Regelung

Diese gesetzliche Regelung der Geschäftsführungsbefugnis hat dispositiven Charakter und kann – wie die meisten Regeln für das Innenverhältnis der OHG – von den Gesellschaftern beliebig geändert werden.

Achtung Verwechslungsgefahr:

Geschäftsführungsbefugnis dispositiv – Vertretungsmacht zwingend

Die Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter ist in § 1254 HGB zwingend geregelt und kann ausschließlich in den engen Grenzen der in § 124 II-IV HGB vorgegebenen Varianten geändert werden. Die Vertretungsmacht und Änderungen der Vertretungsmacht sind beim Handelsregister zur Eintragung anzumelden, § 106 II Nr. 3, VI HGB. Der Umfang der Vertretungsmacht ist zwingend und Beschränkungen sind Dritten gegenüber stets unwirksam, § 124 IV S. 2 HGB.

Problemübergreifend und systematisch lernen:

Welche Regelungen sind dispositiv, welche zwingend?

Die Geschäftsführungsbefugnis stellt nur einen Aspekt des Innenverhältnisses der OHG dar. Ist in der OHG-Klausur fraglich, ob eine HGB-Norm zwingend ist oder abweichende Vereinbarungen der Gesellschafter wirksam sind:

1. Zuordnung des Problems zum Innen- oder Außenverhältnis der OHG

Nicht auswendig lernen, sondern Titelüberschriften im Gesetz lesen:

- **Innenverhältnis**, §§ 108 – 122 HGB
vor § 108 HGB: „Zweiter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander“
- **Außenverhältnis**, §§ 123 – 129 HGB
vor § 123 HGB: „Dritter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu

Dritten“

2. Ausgehend vom Schutzzweck der Normen gilt folgende Faustregel:

Regeln für das **Innenverhältnis**, z.B. Beitragspflicht, Treuepflicht, Geschäftsführung, Stimmrecht, Gewinnverteilung sind wegen der Vertragsfreiheit der Gesellschafter **dispositiv**. Regelungen für das **Außenverhältnis**, insbesondere Vertretung und Haftung, sind zum Schutz außenstehender Dritter grundsätzlich **zwingend**.

In einer Klausur sollte zunächst geprüft werden, ob im Gesellschaftsvertrag individuelle Geschäftsführungsbefugnisse definiert wurden. Nur wenn dies nicht der Fall ist, wird die gesetzliche Regelung der Geschäftsführungsbefugnis in § 116 I HGB angewendet.

B. Gesetzliche Ausgestaltung der Geschäftsführungsbefugnis

Die Geschäftsführungsbefugnis in § 116 HGB differenziert nach der Art des Geschäftes.

I. **Gewöhnliche Geschäfte**

1 Grundsätzlich ist jeder Gesellschafter zur Einzelgeschäftsführung berechtigt, § 116 I, III HGB. Den anderen geschäftsführungsberechtigten Gesellschaftern steht jedoch ein Widerspruchsrecht gegen Maßnahmen eines Gesellschafters zu. Im Falle eines rechtzeitigen Widerspruchs hat die Maßnahme zu unterbleiben, wenn nicht die Ausübung des Widerspruchs eine pflichtwidrige Verletzung von Gesellschaftsinteressen darstellt.

2 Dies gilt jedoch nur für Geschäfte, die zum gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der konkreten Gesellschaft gehören. Diese Einordnung erfolgt nach den Verhältnissen in der konkreten OHG.

Achtung Verwechslungsgefahr:

Bei der OHG-Geschäftsführung kommt es (ähnlich der Handlungsvollmacht nach § 54 I HGB, aber anders als bei der Prokura § 49 I HGB) auf das konkrete Handelsgewerbe der Gesellschaft an.

§ 116 II HGB (lesen!) „Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt“

§ 49 I HGB „der Betrieb eines Handelsgewerbes“

§ 54 I HGB „der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes“

II. Ungewöhnliche Geschäfte

3 Bei ungewöhnlichen Geschäften ist hingegen ein Beschluss sämtlicher, also auch der nicht geschäftsführungsbefugten Gesellschafter erforderlich, § 116 II Hs. 2 HGB.

4 Die Ungewöhnlichkeit des Geschäfts ergibt sich daraus, dass sein Inhalt gegenüber dem laufenden Betrieb des Handelsgewerbes ein besonderes Risiko birgt, außergewöhnliche Zwecke verfolgt oder ungewöhnliche Inhalte betroffen sind. Ungewöhnlich können z.B. sein

- Übertragung des Gesellschaftsvermögens auf Dritte
- Errichtung neuer Niederlassungen
- umfangreicher Bau neuer Geschäftsräume
- Veräußerung des Betriebsgrundstücks
- Aufnahme besonders großer Kredite

Für diese Geschäfte ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich. Dieses Erfordernis kann jedoch im Gesellschaftsvertrag durch ein bloßes Mehrheitserfordernis ersetzt werden.

Sonderfall Prokura

Die Bestellung eines Prokuristen ist ausdrücklich als ungewöhnliches Geschäft genannt und bedarf dennoch der Zustimmung aller geschäftsführungsbefugten Gesellschafter, § 116 II S. 2 HGB. Dieses folgt aus der Tragweite der Entscheidung einem Nichtgesellschafter so weitreichende Vertretungsbefugnisse einzuräumen.

III. Erhaltungsnotwendige Geschäfte

Geschäfte, die zur Erhaltung der Gesellschaft oder ihres Vermögens notwendig sind, kann jeder Gesellschafter auch gegen den Widerspruch der anderen Gesellschafter vornehmen. Dies folgt aus § 105 II HGB, § 715a BGB. Die h.M. wendete § 105 II HGB, § 715a BGB auf alle erhaltungsnotwendigen Geschäfte an, unabhängig davon, ob Gefahr im Verzug vorliegt oder nicht. M.E. sollte das Notgeschäftsführungsrecht der Gesellschafter nach § 105 II HGB, § 715a BGB nur bei Gefahr im Verzug eingreifen, weil § 116 II S. 2 HGB und § 116 IV S. 2 HGB die Mitgesellschafter nur bei Gefahr im Verzug von einer Entscheidung ausschließen. Diese Wertung findet sich auch in § 21 II WEG.

IV. Grundlagengeschäfte

5 Sie beinhalten nicht die Führung der Geschäfte der Gesellschaft, sondern ändern den Gesellschaftsvertrag selbst. Z.B.

- Aufnahme neuer Gesellschafter
- Änderung der Vertretungs- oder Geschäftsführungsbefugnis
 Beachte: Die Entziehung der Vertretungsmacht nach § 124 V HGB oder der Geschäftsführungsbefugnis nach § 116 V HGB erfolgen nur durch gerichtliche Anordnung.
- Änderung der Beitragspflicht

6

Da alle Gesellschafter von diesen Änderungen in ihrer Gesellschafterposition betroffen sind, ist ein Beschluss aller Gesellschafter herbeizuführen. Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch abweichende Regelungen, insbesondere Mehrheitsentscheidungen, treffen. Dennoch ist nicht jede Änderung des Gesellschaftsvertrages durch Mehrheitsentscheidung möglich. Es gibt nämlich absolut unverzichtbare und (relativ) unentziehbare Individualrechte.

Auch die Rechtsfolgen fehlender Zustimmung aller Gesellschafter sind bei außergewöhnlichen Geschäften (II.) und Grundlagengeschäften (III.) unterschiedlich. Will ein Gesellschafter einem außergewöhnlichen Geschäft die Zustimmung versagen, kann er dennoch im Interesse der Gesellschaft zur Zustimmung verpflichtet sein. Ein außergewöhnliches Geschäft kann im Fall der Notgeschäftsführung gem. § 105 II HGB, § 715a BGB vorgenommen werden. Ein Grundlagengeschäft kann hingegen nicht ohne Beschluss aller Gesellschafter vorgenommen werden.

Sozialverbindlichkeiten

I. Tatbestand

Sozialverbindlichkeiten sind Verbindlichkeiten

- **der OHG**
- **gegenüber einem Gesellschafter**
- **aus dem Gesellschaftsvertrag (im weiten Sinne)**

1. Schuldner einer Sozialverbindlichkeit ist stets die OHG.
2. Gläubiger einer Sozialverbindlichkeit ist stets ein Gesellschafter.
3. Anspruchsgrundlage einer Sozialverbindlichkeit ist grundsätzlich der Gesellschaftsvertrag.

Achtung Verwechslungsgefahr:

Nicht jede Forderung eines Gesellschafters gegen die OHG begründet eine Sozialverbindlichkeit. Der Gesellschafter kann mit der OHG auch Verkehrsgeschäfte wie ein außenstehender Dritter tätigen, z.B. Veräußerung eines PKW oder Vermietung von Geschäftsräumen an die OHG, wenn dies gerade nicht als Beitragsleistung im Gesellschaftsvertrag vereinbart war. Diese Kaufpreis- oder Mietzinsforderungen des Gesellschafters gegen seine OHG sind keine Sozialverbindlichkeiten. Neben den Parteien der Sozialverbindlichkeit ist stets auch deren Anspruchsgrundlage genau zu prüfen.

a) Typische Sozialverbindlichkeiten sind Ansprüche auf

- **Aufwendungsersatz**, § 105 II HGB, § 716 I BGB
- **Gewinn**, § 120 HGB
- **Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens**, § 135 HGB

b) Sonderfall: Vergütung des geschäftsführenden Gesellschafters, § 611 BGB

Neben diesen Sozialverbindlichkeiten wird auch der Vergütungsanspruch des geschäftsführenden Gesellschafters als Sozialverbindlichkeit eingeordnet. Zwar ergibt sich die Anspruchsgrundlage der Geschäftsführervergütung nicht aus dem Gesellschaftsvertrag, sondern dem zwischen dem Gesellschafter und der OHG geschlossenen Dienstvertrag gemäß § 611 BGB. Im Gesellschaftsrecht sind organschaftliche Bestellung und dienstvertragliche Anstellung des Geschäftsführers zu trennen. Damit ist es dogmatisch nicht exakt, den Vergütungsanspruch als Sozialverbindlichkeit zu bewerten.

Andererseits besteht eine gesellschaftsrechtliche Voraussetzung für den Abschluss des Dienstvertrages. In der OHG können ausschließlich Gesellschafter als Geschäftsführer tätig werden. Aufgrund dieser Verbindung der gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaft des Gesellschafters und dem Abschluss des Geschäftsführerdienstvertrages ergibt sich die Nähe des Vergütungsanspruchs zu einer Sozialverbindlichkeit. Diese Einordnung führt zu billigen Ergebnissen. Die Rechtsfolge der Nichtanwendbarkeit des § 126 HGB überzeugt, denn sie vermeidet eine persönliche Haftung der Gesellschafter für Geschäftsführervergütungen. Hat sich der Geschäftsführer eine außerordentlich hohe Vergütung versprechen lassen und gerät die Gesellschaft in finanzielle Schwierigkeiten, so ist nicht einzusehen, warum die anderen Gesellschafter für diese Vergütung mit ihrem Privatvermögen haften sollen. Schließlich sind alle Beteiligten Gesellschafter und der Geschäftsführer hat den Dienstvertrag gerade nicht „wie ein Dritter“ mit der Gesellschaft geschlossen, sondern konnte dies nur aufgrund seiner Gesellschafterstellung.

II. Rechtsfolge

§ 126 HGB ist nicht anzuwenden.

Der Gesellschafter kann während des Bestehens der OHG seine Forderung nur gegen die OHG geltend machen, § 105 II HGB, § 705 II Alt. 1 BGB. Er kann jedoch seine Mitgesellschafter wegen seiner Forderung gegen die OHG nicht gemäß § 126 HGB in Anspruch nehmen. Das gilt auch dann, wenn der Gesellschafter keine Befriedigung aus dem

Gesellschaftsvermögen zu erlangen vermag. Erst bei der **Liquidation** wird die Sozialverbindlichkeit berücksichtigt.

III. Begründung

§ 126 HGB ist nach dem Wortlaut der Abschnittsüberschrift vor § 123 HGB nur im „Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten“ und nicht auf Sozialansprüche anwendbar.

Wie wäre die Rechtslage, wenn es das Rechtsinstitut der Sozialverbindlichkeit nicht entwickelt worden wäre? Dann würden die Gesellschafter auch für Sozialverbindlichkeiten persönlich haften, § 126 HGB. Nach **§ 105 II HGB, § 710 BGB** sind die Gesellschafter jedoch während des Bestands der OHG im Innenverhältnis nicht zur Leistung von Nachschüssen verpflichtet. Durch die Inanspruchnahme durch den Mitgesellschafter würde der haftende Gesellschafter gegen seinen Willen gezwungen, über seine versprochene Einlage hinaus Beiträge für die Gesellschaft zu leisten. Damit würde § 710 BGB im weiten Umfang gegenstandslos. Vergleiche aber **IV. b)**: Das Prinzip der Gleichbehandlung der Gesellschafter geht dem Nachschussverbot vor.

IV. Ausnahme in Regressfällen – Klausur

A ist Gesellschafter einer OHG, die von X eine Maschine gekauft hat. A wurde von X auf Zahlung des Kaufpreises gemäß § 126 HGB in Anspruch genommen. A hat gezahlt und damit die Kaufpreisverbindlichkeit der OHG getilgt. Welche Ausgleichsansprüche hat A?

a) Ansprüche des A gegen die OHG

A könnte einen Anspruch gegen die OHG auf Aufwendungsersatz aus **§ 105 II HGB, § 716 I BGB** haben. A hat die Zahlung in Gesellschaftsangelegenheiten vorgenommen. Er durfte sie für erforderlich halten und hat auch einen Verlust erlitten. Fraglich ist, ob er freiwillig erfolgte (Aufwendung). Im Verhältnis zu X hat A „unfreiwillig“ gezahlt. Im maßgeblichen Verhältnis zur Gesellschaft war es jedoch diese, die leisten musste, und nicht A. A hat einen Anspruch auf Erstattung der Zahlung aus **§ 105 II HGB, § 716 I BGB** und auf Zinsen, **§ 105 II HGB, § 716 IV BGB**.

Ein Anspruch des A gegen die OHG aus § 426 I BGB und § 426 II BGB i.V.m. dem Kaufvertrag besteht jedoch nicht, da es an einer Gesamtschuld zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterverbindlichkeit fehlt (Gegenschluss aus § 126 S.1 HGB).

Teile der Literatur vertreten¹, dass stattdessen der Anspruch des Gläubigers auf den Gesellschafter gem. § 774 BGB analog übergeht. Demnach hätte A einen Anspruch gegen die OHG aus § 774 I BGB analog i.V.m. dem Kaufvertrag (Schwerpunktbereichsstoff). § 774 BGB sei als Norm aus dem Bürgschaftsrecht zugleich Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens zum Rückgriff bei akzessorischer Haftung. Die h.M. lehnt die Analogie ab, da es an einer Regelungslücke fehle². Der Anspruch sollte daher in der Klausur allenfalls gekürzt dargestellt werden.

b) Ansprüche des A gegen die Mitgesellschafter

A könnte einen Anspruch aus §§ 126, 105 II HGB, § 716 I BGB gegen die Mitgesellschafter haben. Sein Aufwendungsersatzanspruch aus § 105 II HGB, § 716 I BGB stellt jedoch eine Sozialverbindlichkeit dar. Dies schließt nach den obigen Grundsätzen einen Rückgriff auf die Mitgesellschafter gemäß § 126 HGB aus.

Stattdessen steht A ein Anspruch aus § 426 I BGB und § 426 II BGB i.V.m. dem Kaufvertrag zu, denn die Gesellschafter haften für Gesellschaftsverbindlichkeiten untereinander gesamtschuldnerisch. Der Grundsatz der Gleichbehandlung gebietet es, Verluste aus der Tilgung von Gesellschaftsverbindlichkeiten auf alle Gesellschafter zu verteilen. Eine anderweitige Bestimmung i.S.d. § 426 BGB treffen weder § 710 BGB noch § 105 II HGB, § 716 I BGB. Die Gesellschafter haften subsidiär und *pro rata*, also erst nach erfolgloser Inanspruchnahme der OHG und nur anteilig entsprechend der Höhe ihrer Verlustbeteiligung.

Aus dem BGH-Urteil vom 02.07.1962 (II ZR 204/60), BGHZ 37, 299:

„...wenn ein Gesellschafter von einem Gesellschaftsgläubiger gemäß § 128 HGB [Anm. vom Verfasser: entspricht ab 2024 dem § 126 HGB] in Anspruch genommen worden ist und daraufhin eine Gesellschaftsverbindlichkeit getilgt hat (...), wäre es nicht gerechtfertigt, dem betreffenden Gesellschafter den Rückgriff gegen seine Mitgesellschafter zu versagen, wenn er

¹ MüKoHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 128 Rn. 31 m.w.N.

² BGH NZG 11, 1023, 1028.

von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen kann. Denn jeder seiner Mitgesellschafter hätte wie er von dem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen werden können und hätte dann wie dieser den Gesellschaftsgläubiger befriedigen müssen. Der Zufall, welcher der Gesellschafter - dieser oder jener - auf Verlangen des Gesellschaftsgläubigers zahlen muß, rechtfertigt es nicht, daß der in Anspruch genommene nunmehr zunächst eine Erstattung von seinen Mitgesellschaftern nicht verlangen kann. Vielmehr erfordert es die Gerechtigkeit, daß jeder seiner Mitgesellschafter den Teil des verauslagten Betrages zu erstatten hat, der nach dem Gesellschaftsvertrag auf den einzelnen Gesellschafter entfällt. Dem steht auch nicht der Grundsatz des § 707 BGB [Anm. vom Verfasser: entspricht ab 2024 dem § 710 BGB] entgegen, da die persönliche Haftung des Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten neben der gesellschaftsvertraglich festgelegten Beitragspflicht steht und die Erstattungspflicht im Verhältnis unter den Gesellschaftern die mittelbare Folge dieser persönlichen Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern darstellt.

Die Mitgesellschafter sind dem Gesellschafter, der eine Gesellschaftsverbindlichkeit gezahlt hat, allerdings nur erstattungspflichtig, sofern dieser keine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen erlangen kann. Denn nur wenn eine solche Befriedigung nicht möglich ist, ist ein solcher Erstattungsanspruch gerechtfertigt. Im Verhältnis unter den Gesellschaftern ist es in erster Linie von Bedeutung, daß die Gesellschaftsverbindlichkeiten grundsätzlich aus der Gesellschaftskasse zu begleichen sind und daß sich deshalb der einzelne Gesellschafter wegen seines Erstattungsanspruchs zunächst auch an die Gesellschaftskasse halten muß. Die Haftung der Mitgesellschafter ist somit eine subsidiäre.“

Nach Teilen der Literatur hätte A ferner einen Anspruch aus § 774 I, II BGB analog, siehe oben.

Tod in OHG

VERKNÜPFUNGEN

 Folie

 Testen Sie Ihr Wissen

 Gliederung

 Literatur

Im Fall des Todes eines OHG-Gesellschafters stellt sich die Frage, welches Schicksal die OHG ereilt sowie ob und wie seine Erben nun Gesellschafter der OHG werden.

I. Überblick

Zunächst ist zu unterscheiden, ob die Gesellschafter eine vertragliche Nachfolgeregelung getroffen haben oder die gesetzliche Regelung für den Tod eines Gesellschafters gilt. Ferner kommt es darauf an, ob Rechtsnachfolger des Gesellschafters ein einzelner Erbe ist oder mehrere Erben in Erbengemeinschaft vorhanden sind.

II. gesetzlicher Regelfall, § 130 I Nr. 1 HGB

Haben die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag keine abweichende Vereinbarung getroffen, [scheidet der Gesellschafter im Todesfall aus der OHG aus, § 130 I 1 Nr. 1 HGB.](#)

Vergleich zum GbR-Recht

Der Tod eines GbR-Gesellschafters führt ebenso zu seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft, sofern der Gesellschaftsvertrag für diese Fälle nicht die Auflösung der Gesellschaft vorsieht, § 723 I Nr. 1 BGB.

Die OHG wird unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt. Die Erben des ausgeschiedenen Gesellschafters können nicht ohne weiteres in die Gesellschafterstellung nachfolgen. Dazu

bedarf es einer ausdrücklichen Aufnahme durch Eintrittsvertrag. Dies stellt eine Änderung des Gesellschaftsvertrages dar.

Zunächst entsteht nur ein **Abfindungsanspruch** gemäß § 135 HGB. Die Anspruchshöhe entspricht der jedes zu Lebzeiten aus der OHG ausgeschiedenen Gesellschafters. Dieser Abfindungsanspruch gehört zum Nachlass und steht den Erben zu, § 1922 BGB. Die Erben des ausgeschiedenen Gesellschafters haften für die Verbindlichkeiten des Erblassers (§§ 1922, 1967 BGB) und damit für dessen Gesellschaftsverbindlichkeiten, § 126 BGB. Dabei gelten die allgemeinen Verjährungs- und Enthafungsregeln der §§ 151, 137 HGB. Zu den Einzelheiten der Gesellschaftererbenhaftung vergleiche die Folie Nr. 32.

III. Gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen

Daneben existieren verschiedene Möglichkeiten, die Nachfolge abweichend von § 130 I Nr. 1 HGB vertraglich zu gestalten.

1. Ausschluss des Abfindungsanspruchs

Zunächst kann die gesetzliche Regelung des § 130 I Nr. 1 HGB dahingehend modifiziert werden, dass der Abfindungsanspruch ausgeschlossen wird. Dadurch wird der unerwünschte Abfluss von Gesellschaftsvermögen verhindert.

Formulierungsbeispiel eines Abfindungsausschlusses

Abfindungsansprüche beim Tod eines Gesellschafters sind ausgeschlossen.

2. Nachfolgeklausel

Der Gesellschaftsvertrag kann die Gesellschafterstellung vererblich stellen. Durch eine solche Klausel geht die Mitgliedschaft automatisch und kraft Erbrechts auf die Erben über. Die Klausel kann sogar namentlich bestimmen, wer - wenn er (Mit)erbe wird - den Gesellschaftsanteil des verstorbenen Gesellschafters erwerben können soll.

a) einfache erbrechtliche Nachfolgeklausel, § 131 HGB

Zunächst kann der Gesellschaftsvertrag vorsehen, dass der Gesellschaftsanteil schlicht auf alle Erben des Gesellschafters übergeht.

Formulierungsbeispiel einer einfachen erbrechtlichen Nachfolgeklausel

Im Falle des Todes eines Gesellschafters wird die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt.

Existiert nur ein Alleinerbe, tritt dieser automatisch in alle Rechte und Pflichten des Gesellschafters ein, §§ 1922 I, 1967 BGB. Der Erbe kann die Erbschaft ausschlagen oder den Austritt aus der OHG erklären, § 131 II HGB (vgl. Folie Nr. 32).

Hinterlässt der Gesellschafter mehrere Erben, bilden sie eine Erbengemeinschaft gemäß § 2032 I BGB. Der Nachlass steht allen Miterben zur gesamten Hand zu. Diese Erbengemeinschaft kann jedoch nicht Gesellschafter einerwerbenden Personenhandelsgesellschaft sein. Die Erbengemeinschaft ist nicht auf Dauer, sondern auf Liquidation angelegt. Außerdem widerspricht die Haftungsbeschränkung der Erbengemeinschaft auf den Nachlass (§ 2059 BGB) der unbeschränkten Haftung des OHG-Gesellschafters (§ 126 HGB). Aus dem Wortlaut des § 131 HGB „jeder Erbe“ ist vielmehr zu schließen, dass eine Sondererbfolge jedes Miterben in eine eigene, anteilige Gesellschafterposition in Betracht kommt. Der erbrechtliche Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge § 1922 BGB muss zurückstehen (vgl. Fall 161 in *Wiedemann/Frey*, PdW Gesellschaftsrecht⁸).

Der eintretende Erbe haftet für Altschulden der OHG gemäß § 127 HGB. Er kann jedoch binnen 3 Monaten die Einräumung einer Kommanditistenstellung verlangen, § 131 I, III, IV HGB, vgl. [Folie Nr. 32](#).

b) qualifizierte Nachfolgeklausel

Stattdessen kann der Gesellschaftsvertrag auch regeln, dass nur eine bestimmte Person, falls sie Erbe wird, in die ganze Gesellschaftserstellung nachfolgt. Wer nicht zugelassen ist oder nicht Erbe wird, wird nicht Gesellschafter (vgl. Fall 166 in *Wiedemann/Frey*, PdW Gesellschaftsrecht⁸).

Formulierungsbeispiel einer qualifizierten erbrechtlichen Nachfolgeklausel

Jeder Gesellschafter ist berechtigt, ein leibliches Kind oder seine Ehefrau durch letztwillige

Verfügung zu seinem Nachfolger in der Gesellschaft zu berufen.

Die Gesellschaft soll beim Tod des Gesellschafters G mit dessen älterem Sohn S fortgesetzt werden.

Die qualifizierte Nachfolgeklausel birgt den Vorteil, dass eine starke Aufspaltung der Gesellschaftsanteile vermieden wird. Nur geeignete Personen werden für die Nachfolge in die Gesellschaftstellung zugelassen. Aufgrund dieser Vereinbarung erwirbt ein Miterbe den vollen Gesellschaftsanteil unabhängig von seiner Erbquote. Gesellschaftsrechtliche Abfindungsansprüche aus § 135 HGB entstehen nicht. Den ausgeschlossenen Miterben stehen jedoch erbrechtliche Ausgleichsansprüche zu, §§ 2050 ff. BGB analog, § 242 BGB. Der erworbene Gesellschaftsanteil wird auf die Erbquote des Miterben angerechnet. Übersteigt der Wert des Gesellschaftsanteils die Erbquote des nachfolgenden Gesellschafters, ist er seinen Miterben zum Ausgleich verpflichtet.

Dabei muss der Begünstigte der Nachfolgeklausel auch tatsächlich Erbe werden. Die erbrechtliche Nachfolgeklausel bleibt wirkungslos, wenn der Begünstigte nicht Erbe, sondern z.B. nur Vermächtnisnehmer wird.

Klausurtyp

In einem solchen Fall kann in der Klausur geprüft werden, ob die Klausel als Eintrittsklausel auszulegen war oder umzudeuten ist (siehe unten 3.). Durch eine Eintrittsklausel können auch andere Personen als die Erben Gesellschafter werden. Dabei vollzieht sich der Übergang jedoch nicht automatisch kraft Erbrechts, sondern erst kraft Rechtsgeschäfts (siehe unten 3.).

3. Eintrittsklausel

Ferner kann der Gesellschaftsvertrag vorsehen, dass eine bestimmte Person in die Gesellschaft eintreten darf.

Formulierungsbeispiel einer Eintrittsklausel

Jeder Gesellschafter soll durch eingeschriebenen Brief den anderen Gesellschaftern einen Nachfolger für den Fall des Todes benennen. Dieser hat das Recht, binnen drei Monaten nach dem Tod des betreffenden Gesellschafters in die OHG einzutreten und erhält dort die Stellung

wie der Verstorbene, insbesondere dessen Kapitalanteil.

Dabei handelt es sich um **einen Vertrag zu Gunsten Dritter gemäß §§ 328 I, 331 I BGB**. Die benannte Person wird nicht automatisch Gesellschafter. Sie hat lediglich **einen Anspruch** gegen die übrigen Gesellschafter auf Aufnahme in die OHG. Der Eintritt erfolgt durch Abschluss eines Eintrittsvertrages zwischen den verbliebenen Gesellschaftern und dem neuen Gesellschafter. Einlage des neuen Gesellschafter kann insbesondere sein Abfindungsanspruch sein (dazu oben II.).

Fazit:

<u>Rechtsübergang bei:</u>	<u>Nachfolgeklausel</u>	<u>Eintrittsklausel</u>
wann ?	automatisch bei Erbfall	Abschluss Aufnahmevertrag
wie ?	kraft Erbrechts	kraft Rechtsgeschäfts
an wen?	nur Erben	jedermann
	→ ggf. ergänzende Vertragsauslegung	

HAFTUNG DER GESELLSCHAFTERERBEN

Die Folie erläutert in Ergänzung zu Folie 31 die Einzelheiten der Haftung eines aufgrund einer Nachfolgeklausel nachrückenden Erben eines OHG-Gesellschafters.

Die Folie gilt entsprechend beim Tod eines Komplementärs oder Partners einer Partnerschaftsgesellschaft. Auf einen Kommanditisten, stillen Gesellschafter und den Gesellschafter einer GbR kann § 131 HGB nicht übertragen werden (a.A. für unternehmenstragende GbR, MüKoHGB/K. *Schmidt*, 4. Auflage 2016, § 139 Rn. 60 mwN).

I. Überblick

Die Folie ist chronologisch gegliedert. Die Spalten unterscheiden (von links nach rechts) drei Arten von Gesellschaftsverbindlichkeiten nach ihrem Entstehungszeitpunkt, d. h. vor dem Erbfall, während eines Schwebezeitraums und danach. Sonstige Nachlassverbindlichkeiten sind ausgeblendet.

- 1 • **Altschulden** der OHG sind solche Gesellschaftsverbindlichkeiten, die bereits vor dem Tod des Gesellschafters entstanden sind; für sie haftete der Erblasser gem. § 126 HGB (Spalte 1).
- 2 • **Zwischenneuschulden** (auch: Zwischenschulden) sind nach dem Tod und vor dem Ende der in § 131 III HGB beschriebenen Entscheidungsfrist entstanden. Die Frist endet, wenn der Erbe Kommanditist wird oder ausscheidet, sonst in der Regel drei Monate nach Kenntnis vom Anfall der Erbschaft (Spalte 2).
- 3 • **Neuschulden** werden erst später begründet, insbesondere nachdem der Gesellschaftererbe ausschied oder Kommanditist wurde (Spalte 3).

Außerdem muss für jede Gesellschaftsverbindlichkeit getrennt geprüft werden, ob eine Haftung als

- Erbe, da Nachlassverbindlichkeit i. S. § 1967 BGB, (Zeile 1) und/oder
- Gesellschafter (Zeile 2)

in Betracht kommt.

II. Haftung aufgrund seiner Erbenstellung

Im Todeszeitpunkt haftete der Erblasser für Altschulden der OHG als deren Gesellschafter nach § 126 HGB. Diese Haftung gehört zu den Nachlassverbindlichkeiten, für die der Erbe als Gesamtrechtsnachfolger seinerseits

gem. §§ 1922, 1967 BGB haftet. Es kommt hier also nicht darauf an, ob der Erbe Gesellschafter wird oder nicht.

Der Erbe haftet unbeschränkt, aber beschränkbar. Um sein Eigenvermögen zu schützen, muss er also aktiv werden; vgl. §§ 1975 ff. BGB.

Ob auch die Zwischenschulden, also Verbindlichkeiten, die nach dem Anfall der Erbschaft und vor Ablauf der Überlegungsfrist nach § 131 I, III HGB entstehen, unter § 1967 BGB fallen, ist noch nicht geklärt. M.E. sind es keine Nachlassverbindlichkeiten. Die Frage wirkt sich für den nachrückenden Erben nicht aus, wohl aber für die weichenden Miterben.

Exkurs: Haftung bei Miterben

a) Grundwissen über qualifizierte Nachfolgeklauseln

Regelungen zur Haftung unter Miterben, bei denen aufgrund einer qualifizierten Nachfolgeklausel nur einer als Gesellschaftererbe in die Gesellschaft (entsprechend den o. g. Möglichkeiten) nachrückt, existieren im HGB nicht.

Der Gesellschaftsanteil geht nicht auf die Erbengemeinschaft über, da diese nicht Gesellschafter sein kann. In der Regel findet bei Personengesellschaften eine Sonderrechtsnachfolge zugunsten des/der einzelnen Miterben statt. Der Gesellschaftsanteil gehört bei einer erbrechtlichen Nachfolgeklausel grundsätzlich zum Nachlass (so u. a. BGH in NJW 1996, 1484) und haftet den Nachlassgläubigern gem. §§ 2058, 2059 I BGB, auch wenn sie nicht Gesellschaftsgläubiger sind. Allerdings sind Grundlage und Reichweite der Nachlasszugehörigkeit des Gesellschaftsanteils umstritten.¹

§ 2059 II BGB ermöglicht es den Nachlassgläubigern nicht, in den Gesellschaftsanteil zu vollstrecken, da sie aufgrund eines Gesamthandstitels nur in das Gesamthandsvermögen des Nachlasses und nicht in den bereits dem Gesellschaftererben gehörenden Gesellschaftsanteil vollstrecken können.

Den nicht zu Nachfolgern berufenen Miterben können jedoch Wertausgleichansprüche gegen den Gesellschaftererben, nicht gegen die Gesellschaft, zustehen. Diese ergeben sich, wenn man die Sondererbfolge in den Erbteil durch die Nachfolgeklausel als Art der Auseinandersetzung ansieht und der Wert des Gesellschaftsanteils höher ist als der Wert der Miterbenquote. Zweckmäßigerweise wird der Ausgleich in der letztwilligen Verfügung geregelt (z.B. durch Vorausvermächtnis², Teilungsanordnung, Erbrecht Folie 20). Fehlt eine solche Regelung, ist die Herleitung des Ausgleichsanspruches allerdings umstritten. Der BGH verweist auf § 242 BGB analog.³ Die Literatur wendet §§ 2050 ff. BGB analog an.⁴

Dagegen scheint es nicht angebracht, den Miterben einen Anspruch auf das künftige Auseinandersetzungsguthaben (§ 711a S. 2 BGB) zufallen zu lassen, da sie sonst an

¹ Vgl. Darstellung des Streits in: Soergel/*M. Wolf*^{A3}, BGB, § 2032 Rz. 21.

² Vgl. *Karsten Schmidt*: Gesellschaftsrecht⁴: § 45 V 5. c); BayObLG: DB 1980, 2028, 2029.

³ BGHZ 22, 186, 197.

⁴ Vgl. Soergel/*M. Wolf*^{A3}, BGB, § 2032, Fn 198.

den späteren, auf der persönlichen Leistung des Gesellschaftererben beruhenden Erfolgen teilnehmen würden.⁵

b) Vertiefung: Keine Haftung der weichenden Miterben für Zwischenschulden

Die Miterben, die von der Nachfolgeklausel nicht betroffen sind, haften nur für die Altschulden des Erblassers und zwar nach den erbrechtlichen Grundsätzen. Eine Haftung der Miterben nach Gesellschaftsrecht für die Altschulden kann nicht hergeleitet werden, da sie nicht in die Gesellschaft eintreten (vgl. § 127 HGB).

Da die Miterben nicht davon profitieren, wenn der Wert des Gesellschaftsanteils nach dem Tode des Erblassers z. B. aufgrund von Handlungen des Gesellschaftererben steigt, erscheint es nicht gerecht, sie für Zwischenneuschulden und Neuschulden haften zu lassen, die mit der Verwaltung der Gesellschaft zusammenhängen. Denn sie haben in der Regel keinen Einfluss darauf, wie die OHG ihre Geschäfte führt.

Die *neuen* Gesellschaftsgläubiger haben zwar, auch wenn sie vom Tod des Gesellschafters nichts wissen konnten, den Nachteil, dass ihnen das Erblasservermögen nur insoweit haftet, als es dem nachrückenden Gesellschaftererben zugeteilt wird. Diesen Nachteil haben sie aber auch, wenn der Erblasser gem. § 130 I Nr. 1 HGB oder der Gesellschaftererbe nach § 131 IV HGB ausgeschieden sind und sie jetzt Gläubiger der verkleinerten OHG werden, für die das Privatvermögen nur der verbliebenen Gesellschafter haftet. Aus diesem Grunde ist in der mittleren Spalte der Folie das Kästchen unter der gestrichelten Linie weiß geblieben.

Wenn man die Neugläubiger dennoch für schutzwürdig hielte und ihnen das Vermögen des Erblassers als Haftungsmasse zur Verfügung stellen wollte, müsste man diese Mithaftung mit dem Ausscheiden des Erben aus der OHG enden lassen. Bis dahin müssten die weichenden Miterben die Risiken neuer Gesellschaftsschulden mittragen und dann auch an den Chancen beteiligt werden. Man müsste also den Stichtag für die Bemessung der Ausgleichszahlungen analog § 2050 BGB oder nach § 242 BGB zwischen den Miterben auf den Tag des Ausscheidens verschieben, gerade so, als wäre der Erblasser erst in diesem Zeitpunkt verstorben. Eine solche Stichtagsverlegung ist im BGB nicht vorgesehen und würde zu zusätzlichen Bewertungskosten führen: Das Erbschaftsteuerrecht bewertet auf den Todestag.

III. Haftung als Gesellschaftererbe

- 5 Der Erbe eines Gesellschafters kann abweichend von § 130 I Nr. 1 HGB kraft einer Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag „automatisch“ in die OHG eintreten. Dabei wird die Gesellschafterstellung selbst vererbt.

Diese Vertragsgestaltung bietet beiden Seiten Vorteile. Die Gesellschaft vermeidet den mit der Erfüllung von Abfindungsansprüchen gem. § 135 HGB verbundenen Kapitalabfluss. Der Erbe erlangt Gewinnchancen aufgrund einer Gesellschafterstellung. Er übernimmt jedoch zugleich die Verlust- und Haftungsrisiken eines OHG-Gesellschafters.

⁵ So: Soergel/M. Wolf¹³, BGB, § 2032, Rz. 22.

Zur Begrenzung dieser Risiken könnte der Erbe erwägen, die Erbschaft auszuschlagen, um die Risiken der Gesellschafterstellung zu beseitigen. Doch kann man nur die *gesamte* Erbschaft ausschlagen. Dies dem ängstlichen Erben zuzumuten erscheint zu rigoros. Der Erbe hat deshalb neben der Ausschlagung und unbeschränkter Gesellschafterhaftung eine dritte Möglichkeit: Er kann die Erbschaft antreten und innerhalb einer Frist von 3 Monaten (§ 131 III HGB) die in § 131 I, II HGB vorgesehenen Entscheidungen über seinen Verbleib in der Gesellschaft treffen. Die Frist beginnt mit der Kenntnis vom Anfall der Erbschaft und läuft drei Monate, maximal bis zum Ende der Ausschlagungsfrist.

1. Innerhalb von 3 Monaten

Der Erbe kann innerhalb von 3 Monaten sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, dass ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird.

Der weitere Verlauf hängt von der Reaktion der übrigen Gesellschafter ab.

6 a) Ausscheiden aus der Gesellschaft

Nehmen die übrigen Gesellschafter den Antrag nicht an und verweigern dem Erben die Einräumung einer Kommanditistenstellung, kann er gem. § 131 II HGB aus der OHG ausscheiden. Dabei besteht keine Kündigungsfrist, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht; § 131 V HGB. Der Erbe erhält anstelle seines Gesellschaftsanteils einen Anspruch auf Auszahlung seines Abfindungsguthabens; § 135 HGB.

Der Erbe haftet für Altschulden, nicht nur, weil der Erblasser haftete, sondern auch, weil der Erbe Gesellschafter wurde, gem. § 126 HGB. Diese gesellschaftsrechtliche Haftung schließt nach § 130 HGB die Haftung für Altschulden mit ein. „Eintritt“ i.S.d. § 127 HGB setzt keine Zustimmung des Einrückenden voraus. Der Erbe kann diese Haftung allerdings gem. § 131 IV HGB, §§ 1975 ff. BGB auf den Nachlass beschränken, also sein Eigenvermögen schützen.

Auch die Haftung für Zwischenneuschulden gem. § 126 HGB kann der Gesellschaftererbe auf den Nachlass gem. § 131 IV HGB, §§ 1975 ff. BGB beschränken. Damit erhalten die Zwischenneugläubiger der OHG Zugriff nicht auf das Eigenvermögen des Gesellschafters, sondern auf den Nachlass. Bei Überschuldung müssen sich also nicht die Eigengläubiger des Erben, sondern die Nachlassgläubiger

eine Minderung ihrer Quote gefallen lassen. Die gesellschaftsrechtliche Haftung wird als Nachlassverbindlichkeit behandelt, selbst wenn es der Erbe selbst war, der die OHG bei riskanten Geschäften vertreten hat. Gekennzeichnet ist das auf der Folie durch den Pfeil von der Bildmitte nach links oben.

Man kann sich auch einen Pfeil nach oben vorstellen. Wichtig ist nur zu wissen, dass der Gesellschaftererbe seine Haftung nach § 131 IV HGB auf den ihm zugeteilten Nachlass beschränken kann und dass weichende Miterben nicht haften (siehe die Folienüberschrift und den Vertiefungshinweis vor III.).

Für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die nach seinem Ausscheiden entstehen, also für Neuschulden, haftet der Erbe nicht.

7 **b) Einräumung der Kommanditistenstellung**

Nehmen die übrigen Gesellschafter den Antrag des Erben an, wird ihm durch Änderung des Gesellschaftsvertrages unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt. Die OHG wird dadurch zur KG. In der Regel wird der auf den Erben entfallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt. War das Kapitalkonto des Erblassers negativ, kann die Haftsumme auf 1 Euro festgelegt und dieser eingezahlt werden. Regelmäßig ist damit die Haftsumme gedeckt und eine Haftung als Kommanditist ausgeschlossen; § 171 I Halbs. 2 HGB, zur Kommanditistenhaftung Folien Nr. 38 und 39. Der Höhe der Haftsumme kommt Bedeutung zu, wenn sie zurückgezahlt (§ 172 IV HGB) wird. Der Kommanditist haftet nach § 173 HGB auch für alle früher entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft, und zwar, soweit er haftet, auch mit seinem Eigenvermögen.

Da die Haftsumme des Erben durch die Einlage des Erblassers gedeckt ist (§ 131 I HGB), haftet der Erbe nur, wenn er Geld aus der KG entnimmt; § 172 IV HGB.

Bevor der Erbe Kommanditist wurde, war er Gesellschafter der OHG. Für die bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Verbindlichkeiten der OHG haftet er also nicht nur rückwirkend als Kommanditist (§ 173 HGB), sondern auch als OHG-Gesellschafter und damit ohne höhenmäßige Beschränkung auf die Haftsumme. Nach § 131 IV HGB kann diese fortbestehende gesellschaftsrechtliche Haftung aber anders beschränkt werden, nämlich erbrechtlich über §§ 1975 ff. BGB auf den Nachlass. Diese Haftungsbeschränkung für Alt- und Zwischenschulden endet wird natürlich insoweit wieder aufgehoben, also der Erbe Kommanditist wird: Während der Nachlass

weiterhin der Höhe nach unbeschränkt haftet, als wäre der Erblasser erst später gestorben (§§ 126, 131 IV HGB, §§ 1967 ff., insbes. §§ 1975 ff. BGB), haftet jetzt zusätzlich das Eigenvermögen des Kommanditisten. Mit seinem Eigenvermögen haftet er, soweit die KG die (ererbte) Einlage an ihn zurückzahlt, höchstens aber in Höhe der Haftsumme (§§ 126, 161 II, 173, 171, 172 HGB). Diese Haftungsbegrenzung braucht ein Gläubiger der KG freilich erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn der Rechtspfleger die Umwandlung in einen Kommanditanteil in das Handelsregister eingetragen hat. Fehlt es daran, haftet der Kommanditist nach § 15 I HGB (vertretbar auch: § 176 II HGB) wie ein Komplementär, also jetzt auch mit seinem Eigenvermögen unbeschränkt, und kann u.U. gemäß § 839 BGB, Art. 34 GG beim Land Regress nehmen.

c) Verbleib als persönlich haftender Gesellschafter

Der Erbe kann auch die Ablehnung der Kommanditistenstellung durch die Mitgesellschafter akzeptieren und als persönlich haftender Gesellschafter in der OHG verbleiben. Dann haftet er wie jeder Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten, und zwar für die Altschulden gem. § 127 HGB sowie für Zwischenneuschulden und Neuschulden nach § 126 HGB. Eine erbrechtliche Beschränkung der Gesellschafterhaftung über § 131 IV HGB i.V.m. §§ 1975 ff. BGB für Alt- und Zwischenschulden ist dann nicht möglich.

2. Nach Ablauf der Dreimonatsfrist

gelten die allgemeinen Regeln für die Kündigung eines OHG-Gesellschafters.

§ 126 HGB gilt dann ohne die Haftungsbegrenzung des § 131 IV HGB.

8 a) Ausscheiden

Der Gesellschaftererbe kann den Gesellschaftsvertrag kündigen und scheidet dann gem. § 130 I Nr. 3 HGB aus der OHG aus. Er haftet dann für Altschulden gem. § 127 HGB und für Zwischenneuschulden gem. § 126 HGB. Dabei gelten die Regelungen der Nachhaftung gem. § 137 HGB, insbesondere die fünfjährige Ausschlussfrist (§ 137 I HGB). Eine Haftung für Neuschulden gibt es grundsätzlich nicht; vgl. aber §§ 126, 15 I, 106 VI HGB.

9 **b) Verleib als Kommanditist**

Die Gesellschafter können jederzeit den Gesellschaftsvertrag ändern und einem bislang unbeschränkt haftenden Gesellschafter, auch dem Gesellschaftererben, die Stellung eines Kommanditisten einräumen.

Der Gesellschaftererbe haftet für die bis zum Umwandlung begründeten Altschulden gem. §§ 126, 127 HGB und Zwischenneuschulden gem. § 126 HGB. Dabei gilt die fünfjährige Nachhaftungsfrist gem. § 137 I HGB.

Für dieselben Schulden haftet der Erbe auch als Kommanditist, nämlich nach §§ 126, 161 II, 173, 171 f. HGB während der gesamten Dauer der Kommanditistenstellung.

Für die nach der Beteiligungsumwandlung entstandenen Neuschulden haftet er als Kommanditist nach Eintragung nur noch beschränkt bis zur Höhe der Einlage gem. §§ 126, 171 I HGB. Vergleiche dazu die Folien Nr. 38 und 39.

LÖSUNGEN UND KOMMENTAR

VERKNÜPFUNGEN

 Folie Testen Sie Ihr Wissen Gliederung Literatur**Lösung: Fall 139_1**

- a) Haftung des E **als Erbe** gem. § 1922 BGB, § 126 HGB, § 433^{II} BGB.
 §§ 1922^I, 1967 BGB: E ist Erbe des A.
 Haftete A gem. § 126 HGB § 433^{II} BGB?
 A war in einer OHG Gesellschafter.
 Schuldete die OHG gem. § 433^{II} BGB?(+)
 E kann seine Haftung auf den Nachlass
 beschränken nach Maßgabe der §§ 1975 ff. BGB.
- b) Haftung des E **als Gesellschafter** gem. §§ 127, 126 HGB § 433^{II} BGB.
 E wurde Gesellschafter, § 1922 BGB,
 § 130 I Nr. 1 HGB (-) wegen Nachfolgerklausel.
 Ist E *eingetreten*? (+): inkl. § 1922 BGB
 Schuldete die OHG gem. § 433^{II} BGB?(+)

Lösung: Fall 139_3

- a) Haftung des E als Erbe gem. § 1922 BGB, § 126 HGB, § 433^{II} BGB.
§§ 1922^I, 1967 BGB: E ist Erbe des A.
Haftete A gem. § 126 HGB § 433^{II} BGB?
A war in einer OHG Gesellschafter.
Schuldete die OHG gem. § 433^{II} BGB?
E kann seine Haftung auf den Nachlass beschränken nach Maßgabe der §§ 1975 ff. BGB
- b) Haftung des E als Gesellschafter gem. §§ 126, 28 HGB § 433^{II} BGB.
E ist in einer OHG Gesellschafter.
Haftet die neue OHG für Schulden des B gem. § 28 HGB § 433^{II} BGB?
E hat mit B eine OHG gegründet (= "tritt ein").
Verbindlichkeit ... des B?
Kraft Gesamtrechtsnachfolge "des letzten OHG-Gesellschafters".
Für Schulden der alten OHG schuldete die alte OHG gem. § 433^{II} BGB?

Lösung: Fall 139_2

- a) Haftung des E als Erbe gem. § 1922 BGB, § 126 HGB, § 433^{II} BGB.
§§ 1922^I, 1967 BGB: E ist Erbe des A.
- aa) Haftete A gem. § 126 HGB § 433^{II} BGB?
Maßgeblicher Zeitpunkt: Tod des A
A war in einer OHG Gesellschafter.
Schuldete die OHG gem. § 433^{II} BGB? (-)
- bb) Haftet E für *Nachlassverbindlichkeiten*, § 1967^I BGB?
ordnungsgemäße Nachlassverwaltung ? (-): auch durch A/B
möglich, also OHG-, nicht Anteilsverwaltung.
- b) Haftung des E als Gesellschafter gem. § 126 HGB § 433^{II} BGB.
Haftung entstanden?
Maßgeblicher Zeitpunkt: Ende der Gesellschafterstellung des E
E war in einer OHG Gesellschafter.
Schuldete die OHG gem. § 433^{II} BGB? (+)
- Kann E seine Haftung gem. § 131^{IV} HGB nach Maßgabe
der §§ 1975 ff. BGB auf den Nachlass beschränken? (+)
Ausscheiden in Frist des § 131^{III} HGB (+)

Lösung zu Skriptseite G 35

(aus dem Tests von 1997, aktualisiert 2021)

1. Wie unterscheiden sich GbR und OHG in ihren Entstehensvoraussetzungen?

Eine OHG betreibt ein Handelsgewerbe. (Nur zur Erläuterung:

kraft Tätigkeit, §§ 105 I, 1 II HGB oder

[auch bei Vermögensverwaltung] kraft Eintragung, § 107 I S. 1 Alt. 2 HGB.)

9. Eine OHG hat 2 vertretungsberechtigte Gesellschafter, eine GmbH 2 Gesellschafter, die zugleich Geschäftsführer sind. Wie unterscheidet sich die Vertretungsmacht?

**Bei der Abgabe von Willenserklärungen
in der OHG Einzel-, in der GmbH Gesamtvertretungsmacht.**

18. Was besagt die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft?

Gründe für die Unwirksamkeit einer auf Abschluss eines Gesellschaftsvertrages gerichteten Willenserklärung werden zu dem Recht, die Gesellschaft aus wichtigem Grunde ex nunc aufzulösen, wenn der Vertrag geschlossen und in Vollzug gesetzt wurde und keine vorrangigen Schutzzwecke entgegenstehen. (Nur zur Erläuterung: Skript Seite 34.)

19. Unter welchen Voraussetzungen wird die Tochter eines verstorbenen Gesellschafters einer OHG automatisch neue Gesellschafterin?

Sie ist Erbin und durch eine (§ 130 I Nr. 1 HGB abbedingende)

Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag zugelassen.

20. Nach dem Tod des OHG-Gesellschafters T im Jahre 2010 trat an seine Stelle sein Erbe E. Haftet E für Schulden der OHG aus dem Jahre 2009?

Nennen Sie auch einige §§!

Ja.

Als Erbe nach §§ 1922, 1967, 1975 ff. BGB, weil T nach § 126 HGB haftete.

Als Gesellschafter nach §§ 126, 127 HGB.

(Nur zur Erläuterung: ausgeteilte Lösung zu G33.)

21. Gesellschafter der OHG sind Maurer M und Bankier B. Die OHG soll ein Haus errichten. Von wem kann die Errichtung des Hauses verlangt werden?

(Ohne Begründung.) **Von der OHG, M und B.**

22. Gesellschafter M ist bei der OHG angestellt. Kann er von Mitgesellschafter B

a) 1.000 € Restgehalt und

b) 50 € verlangen, die er bei einer Dienstreise mit seinem privaten

Pkw für Benzin ausgegeben hat? Nennen Sie auch §§!

Kein Anspruch aus § 126 HGB iVm. §§ 675, 611 bzw. § 105 II HGB, § 716 I BGB, da es sich um eine Sozialverbindlichkeit handelt. (Nur zur Erläuterung: G30)

Aus dem Wiederholungstest März 1997 (aktualisiert 2010)

5. Ihr Mandant M will sich mit einer Einlage in Höhe von 1 Euro als demnächst einziger vertretungsberechtigter Gesellschafter an einer bestehenden OHG beteiligen, um deren Vermögen alsbald zu „versilbern“. Riskante Geschäfte will er nicht abschließen. Sehen Sie dennoch Haftungsrisiken?

§ 127 HGB (also die Haftung für möglicherweise unerkennbare Altschulden).

7. Ihr Mandant will eine OHG gründen. Er hat einen Vertragsentwurf bekommen, in dem es heißt: „§ 7. Mit 2/3-Mehrheit kann ein Gesellschafter ausgeschlossen werden.“ Wonach werden Sie sich erkundigen?

Abfindungsregelung (2P). Hat der Mandant mehr als 1/3 Stimmrecht? (1P).

11. Kann ein Vertreter mit Gesamtvertretungsmacht allein wirksam einen Mietvertrag kündigen und eine Kündigung entgegennehmen?

Kündigen: nein (1P); es sei denn, er ist von den übrigen Gesamtvertretern zur Kündigung ermächtigt (2P).

Kündigung entgegennehmen (passive Vertretungsmacht): ja.

(2P. Vgl. § 124 VI HGB; § 78 II AktG; § 35 II GmbHG.)

15. Worin liegt der Unterschied zwischen einer Eintritts- und einer Nachfolgeklausel? In welchen Gesellschaftsformen sind solche Klauseln üblich?

a) Der in einer Nachfolgeklausel gesellschaftsvertraglich Zugelassene wird, wenn er Erbe wird, automatisch und sofort Mitgesellschafter. (D.h.: § 130 I Nr. 1 HGB ist abbedungen; der Gesellschaftsanteil wird vererblich gestellt.)

Bei der Eintrittsklausel hat der Begünstigte – er muss nicht Erbe sein – einen Anspruch auf Eintritt (§§ 328, 331 BGB, erfüllbar durch Aufnahmevertrag).

b) In Personengesellschaften.

16. Der Gesetzgeber erwägt folgendes Gesetz: „Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis haben immer den gleichen Umfang. Die entgegenstehenden Vorschriften [...] werden aufgehoben.“ Was spricht gegen diesen Gesetzesentwurf?

a) Standardisierte Vertretungsmacht bedeutet Verkehrsschutz.

(Nur zur Erläuterung: Ein standardisierter Umfang der Vertretungsmacht, insbesondere eine unbeschränkbare organschaftliche Vertretungsmacht, mindert den Aufwand von Vertragspartnern, die Vertretungsmacht für ein bestimmtes Rechtsgeschäft festzustellen.)

b) Frei gestaltbare Geschäftsführungsbefugnis ermöglicht „maßgeschneiderte“, an Person und Aufgaben angepasste Regelungen als Leitlinie und Grundlage für Schadenersatzansprüche und Kündigung bei Verstößen.

c) Würde man die Vertretungsmacht an die Geschäftsführungsbefugnis anpassen, litte der Verkehrsschutz.

d) Würde man Geschäftsführungsbefugnis an die Vertretungsmacht anpassen, erreicht der Geschäftsführer eine im Verhältnis zur Gesellschafterversammlung u.U. unerwünschte Unabhängigkeit. (Nur zur Erläuterung: vgl. demgegenüber etwa § 37 I a.E. GmbHG; § 116 III S. 3 HGB; §§ 76 I, 111 IV AktG.)

Kommanditistenhaftung - Buchführung

Sachverhalt		anteilige Verluste + Gewinne + Um- buchungen		Außenverhältnis zwingend, obj. Werte				Innenverhältnis dispositiv, vereinbarte Werte							
Vorgang	Wert			Haft- summen- deckung		Haft- sum- me	Au- ßen- haf- tung	§§ HGB	Einlage- pflicht- deckung		verein- barte Ein- lagehöhe	Rest- Ein- lage- pflicht	§§ BGB		
	obj V	neu	Kto	neu	Kto			neu	Kto						
GesellschaftsV						8	8/∞	171 I Hs1 176 I 1			10	10	GsV		
Eintragung						8	8	172 I			10	10			
Einlage Trabi	3 6			3	3	8	5	171 I Hs 2	6	6	10	4	364 I, 362		
anteiliger Verlust	- 7			-7	-7	3	8	5		6	10	4			
Zahlung gem. § 128 HGB	1				-7	1	4	8	4	171 I Hs 2	1**	6	10	4	105 II HGB, 716 I BGB
Umbuchung						str.	4	8	4		1	7	10	3	389
anteil. Gewinn	8			+8	+1		4	8	4		7	10	3		
Umbuchung				-1	0	1	5	8	3	171 I Hs 2	1	8	10	2	389
Entnahme als „Gewinn“	- 1				0	-1	4	8	4	172 IV 2	-1	7	10	3	Auslegung
Entnahme	- 5				0	-5	0*	8	8	172 IV 1	-5	2	10	8	
Erlass	0 6					0	8	8	8	172 III		2	4	2	397 I
Herabsetzung der Haftsumme	- 5					0	3 (8)	3 (8)	174		2	4	2		
Einlage	3					3	3	3 (8)	0 (5)	171 I Hs 2	3	4+ 1**	4	0	362 I 488

* -1 trägt der Komplementär

** Privatkonto

KOMMANDITISTENHAFTUNG

Folie 38 stellt die Haftung der Kommanditisten im Innenverhältnis (gegenüber der KG) und im Außenverhältnis (gegenüber Dritten) dar.

I. Was ist eine Kommanditgesellschaft?

Die Kommanditgesellschaft (KG) ist eine Handelsgesellschaft. Dementsprechend sind Regelungen über sie im 2. Abschnitt im 2. Buch des HGB (Handelsgesellschaften), also in den §§ 161 bis 177a¹ HGB zu finden. Ebenso wie die offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (GbR) ist die KG eine Personengesellschaft und beruht auf dem Zusammenschluss mehrerer Personen in gesamthänderischer Bindung, die sich durch Gesellschaftsvertrag verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zu fördern (§§ 161 II, 105 II, § 705 BGB). Von der OHG unterscheidet sich die Kommanditgesellschaft durch die Haftungsverteilung. § 161 HGB definiert die KG als eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, wenn bei einem oder bei einigen von den Gesellschaftern die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist (*Kommanditisten*), während bei dem anderen Teile der Gesellschafter eine Beschränkung der Haftung nicht stattfindet (*persönlich haftende Gesellschafter = Komplementär*). Grob vereinfacht ist die KG eine OHG, bei der bestimmte Gesellschafter nur mit ihrer Einlage haften (OHG + beschränkt haftende Gesellschafter). Daher finden gem. § 161 II auch die Vorschriften über die OHG, damit auch gem. § 105 II die Vorschriften über die GbR (§§ 705 ff. BGB) entsprechend Anwendung, soweit sich aus den Regelungen über die KG nichts Abweichendes ergibt. Jede Kommanditgesellschaft muss wenigstens einen persönlich haftenden Gesellschafter und einen Kommanditisten haben.

Die Kommanditgesellschaft entsteht entweder, wenn die Gesellschaft als Kommanditgesellschaft unter ihrer Firma in das Handelsregister eingetragen wird (§§ 161 II, 107 I, 123 I) oder wenn sie ihren Gewerbebetrieb, der ein Handelsgewerbe

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des HGB

i.S.v. § 1 II ist, aufnimmt und der Gesellschaftsvertrag auf eine KG gerichtet ist, sie also mindestens einen Kommanditisten hat.

Unter ihrer Firma kann die KG Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

Die KG wird nach außen von ihren Komplementären vertreten. Kommanditisten sind von Gesetzes wegen (§ 170) zwingend von der organschaftlichen Vertretung ausgeschlossen. Gem. § 164 S. 1 sind die Kommanditisten auch von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Allerdings ist § 164 zum Teil dispositiv. In Hinsicht auf die Organisation ihres Innenlebens ist die Gesellschaft nach § 163 frei, die Gesellschafter sind deshalb berechtigt, den gesetzlichen Ausschluss der Kommanditisten von der Mitwirkung an der Geschäftsführung zu beseitigen, d.h. den Kommanditisten kann durch Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführungsbefugnis (nicht aber die organschaftliche Vertretungsmacht) eingeräumt werden (BGHZ 51, 198, 200).

II. Haftungsorganisation der Kommanditgesellschaft

Die Haftung der KG-Gesellschafter ist unterschiedlich. Unterschieden werden muss zwischen den verschiedenen Gesellschaftern und der Haftungsrichtung (Innen- oder Außenverhältnis).

1. Komplementäre (persönlich haftende Gesellschafter)

Komplementäre haften nach außen gem. §§ 161 II, 126 wie OHG-Gesellschafter, nämlich persönlich und unbeschränkt neben der Gesellschaft für deren Verbindlichkeiten (in gleicher Weise und in gleicher Höhe).

Im Innenverhältnis haften sie nach dem Gesellschaftsvertrag.

2. Kommanditisten

Die Haftung von Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ist auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt (§ 161 I). Allgemein ist daher zwischen der *Haftsumme* und der *Pflichteinlage* zu unterscheiden.

- 1 Mit der **Haftsumme** (auch Hafteinlage) wird der Betrag bezeichnet, mit dem der
- 2 Kommanditist **den Gläubigern** der Gesellschaft maximal haftet, wenn er den Betrag

nicht zuvor bereits an die Gesellschaft geleistet hat oder den geleisteten Betrag wieder zurückerhalten hat, die Haftung also wieder aufgelebt ist. Der Kommanditist haftet den Gesellschaftsgläubigern grundsätzlich nur in Geld. Ansprüche auf Sach-, Werk oder Dienstleistungen - wie etwa aus einem Kauf- oder Geschäftsbesorgungsvertrag - betreffen nicht die Kommanditistenhaftung, sondern wandeln sich in einen Schadensersatzanspruch um.

3 **Die Pflichteinlage** ist die Geld- oder Sacheinlage, die der Kommanditist der
4 Gesellschaft **im Innenverhältnis** schuldet. Im Gegensatz zur Haftsumme unterliegt die
5 Einlageforderung der freien Verfügung der Gesellschafter. Durch **Vereinbarung** der
Gesellschafter kann die Einlageforderung gestundet, herabgesetzt, erlassen oder
inhaltlich verändert werden (MüKoHGB/K. *Schmidt*, 4. Auflage 2019, §§ 171, 172
Rn. 11). Mangels besonderer Vereinbarung entspricht zwar die Haftsumme der
Pflichteinlage. Wie sich aus § 172 Abs. 3 ergibt, kann die Pflichteinlage jedoch von
der Haftsumme abweichen.

Die Bewertung der Leistung zur Deckung der Haftsumme erfolgt grundsätzlich
6 **objektiv** (Prinzip der objektiven Vermögensdeckung). Die Beweislast für die
Werthaltigkeit der von ihnen erbrachten Sacheinlagen tragen die Kommanditisten
(OLG Hamm NZG 2000, 366).

Präzisiert wird die Haftung der Kommanditisten in den §§ 171 ff. folgendermaßen:

a) Solange ein Kommanditist mit einer ihm zugeordneten Einlage überhaupt nicht in
das Handelsregister eingetragen ist, haftet er den Gläubigern gegenüber unbeschränkt,
wenn er der Aufnahme des Geschäftsbetriebs zugestimmt hat (§ 176 I). Dies gilt nicht,
wenn die Beteiligung als Kommanditist dem Gläubiger bekannt war.

Zweck des § 176 I ist der Vertrauensschutz der Gläubiger. Im Rechtsverkehr setzt eine
Haftungsbeschränkung stets Publizität voraus, damit der Vertragspartner beurteilen
kann, worauf er sich einlässt. Daran fehlt es, wenn die Haftungsbeschränkung weder
eingetragen, noch dem Gläubiger bekannt ist. Eine praktisch häufig verwendete
Möglichkeit der Haftung nach § 176 I zu entgehen, liegt darin, den Beitritt unter die
aufschiebende Bedingung der Handelsregistereintragung zu stellen (vgl. BGH NJW
83, 2259). Die Haftung aus § 176 entfällt nicht mit der späteren Eintragung des
Kommanditisten.

b) Gegenüber den Gesellschaftsgläubigern haftet der Kommanditist nach der
Eintragung gem. § 172 I unmittelbar bis zum Betrag der in das Handelsregister
eingetragenen Einlage (Haftsumme). Wenn also der Kommanditist K eine Einlage
i.H.v. 5.000,- Euro übernimmt und dies in das Handelsregister eingetragen ist, haftet
7 er nur bis zu diesem Betrag. Hat der Kommanditist K die übernommene **Einlage**

geleistet, sind also die 5.000,- Euro bereits geleistet, haftet K den Gesellschaftsgläubigern grundsätzlich nicht (vgl. § 171).

c) Übersteigt die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Einlage den in das Handelsregister eingetragenen Betrag (Haftsumme), dann ergibt sich daraus nur dann eine unmittelbare Haftung im Außenverhältnis, wenn die höhere Einlage in handelsüblicher Weise kundgemacht wurde oder allen oder einzelnen Gläubigern von der Gesellschaft mitgeteilt worden ist (§ 172 II).

- 8 d) Erhält der Kommanditist seine geleistete Einlage zurück, so lebt insoweit nach § 172 IV HGB seine unmittelbare Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern bis zur Höhe der Haftsumme wieder auf. Das Gesetz spricht zwar nur von der Rückzahlung der „Einlage“, gemeint ist aber jede Gewährung von Vermögenswerten aus dem Vermögen der Gesellschaft, soweit dadurch das Kapitalkonto des Kommanditisten unter den Betrag der Haftsumme sinkt (OLG Hamm NJW-RR 1995, 489, 490).

Befriedigt ein Kommanditist einen Gesellschaftsgläubiger gem. §§ 161 II, 126, 171 I HS. 1, hat er gem. §§ 161 II, 105 II HGB, § 716 I BGB (bei ausgeschiedenem Kommanditisten ausnahmsweise gem. §§ 670, 426 I; 426 II BGB) einen Erstattungsanspruch gegen die Gesellschaft. Ist im Gesellschaftsvertrag vorgesehen oder wird nachträglich bestimmt, dass die Einlage durch die Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers erbracht werden kann, dann liegt eine Ersetzungsbefugnis (§ 315 BGB) oder eine Leistung an Erfüllungs Statt (§ 364 I BGB) vor. Ein Erstattungsanspruch besteht dann nicht mehr.

Bei einer Geldeinlage besteht für den Kommanditisten dann aber die Möglichkeit, mit seinem Rückgriffsanspruch aufzurechnen (§ 398 BGB). Dies gilt nach BGHZ 95, 188, 195 f. unabhängig von der Werthaltigkeit der befriedigten Forderung des Gesellschaftsgläubigers.

Sollte die Einlagepflicht mit einer Sacheinlage erbracht werden, ist eine Aufrechnung mangels Gleichartigkeit der Ansprüche ausgeschlossen (vgl. § 398 BGB). Dem Kommanditisten steht dann aber gem. § 273 BGB zumindest ein Zurückbehaltungsrecht zu.

3. Beispielfall

Zur Verdeutlichung der unterschiedlichen Kommanditistenhaftung folgendes Beispiel.

Kommanditist K tritt in die X-KG am 1. 1. 2010 ein. Er übernimmt eine Einlageverpflichtung in Höhe von 10.000,- Euro. Im Handelsregister wird er mit einer Haftsumme von 5.000,- Euro eingetragen. Im Jahre 2011 erlangt Gläubiger G einen Anspruch i.H.v. 8.000,- Euro gegen die X-KG. Am 1. 1. 2012 tritt K aus der X-KG aus, ohne jemals eine Einlage erbracht zu haben. Die X-KG erlässt K die Einlagepflicht wirksam. G erstreitet einen Titel gegen die X-KG, die inzwischen (nach dem Austritt des K) vermögenslos ist. Kann G von K persönlich die 8.000,- Euro verlangen?

1. Zunächst kommt eine Haftung gem. §§ 126, 161 II, 171 I HGB in Betracht. Von seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger wird der ausgeschiedene Kommanditist lediglich durch Leistung seiner Einlage in Höhe der Haftsumme an die Gesellschaft frei (§ 171 I 2. HS). Da K im Zeitpunkt seines Ausscheidens aus der Gesellschaft seine Einlage noch nicht erbracht hatte, haftet er den Gesellschaftsgläubigern 5 Jahre nach seinem Ausscheiden (§§ 160, 161 II HGB) unmittelbar persönlich und mit seinem gesamten Vermögen. Die Höhe der Haftung ist betragsmäßig durch die Höhe der eingetragenen Haftsumme - also hier 5.000,- Euro – begrenzt (§ 171 I 1.HS). G kann von K also nur 5.000,- Euro seiner Forderung (i. H. v. 8.000,- Euro) gem. §§ 126, 161 II, 171 I HGB verlangen.

2. G könnte einen darüber hinausgehenden Anspruch aus dem Gesellschaftsvertrag haben. Da die Ansprüche auf Leistung der Pflichteinlage lediglich im Innenverhältnis zwischen Kommanditist und Gesellschaft bestehen, kann G als Gesellschaftsgläubiger diesen Anspruch aber nicht unmittelbar gegen den Kommanditisten geltend machen. G kann aber aus seinem Titel gegen die X-KG deren Ansprüche gegen K auf Leistung der Pflichteinlage pfänden (§§ 829, 835 ZPO) oder sich unmittelbar seitens der Gesellschaft diese Ansprüche an Erfüllungsstatt oder erfüllungshalber (§ 363 BGB) abtreten lassen (§§ 398 ff. BGB).

Voraussetzung dafür wäre freilich, dass der Anspruch der X-KG auf Leistung der Pflichteinlage noch besteht. Mit dem Ausscheiden des K ist der Anspruch auf Leistung der Pflichteinlage indes durch den Erlassvertrag erloschen (§ 397 BGB). Dem steht auch nicht § 172 III entgegen, da dort entgegen dem Wortlaut nur die Haftsumme,

nicht aber die Einlageforderung gemeint ist (vgl. MüKoHGB/K. *Schmidt*, 4. Auflage 2019, §§ 171, 172 Rn. 39). Folglich kann G auch nicht aus abgetretenem Recht gegen K vorgehen. Dessen Haftung ist auf die Haftsumme begrenzt.

KOMMANDITISTENWECHSEL (F39, F40)

VERKNÜPFUNGEN

 [Folie 39 / 40](#)

 [Testen Sie Ihr Wissen](#)

 [Gliederung](#)

 [Literatur](#)

Die Folien 39 und 40 stellen den Wechsel von Kommanditisten dar. Die Haftung der austretenden Gesellschafter ist je nach Konstruktion unterschiedlich.

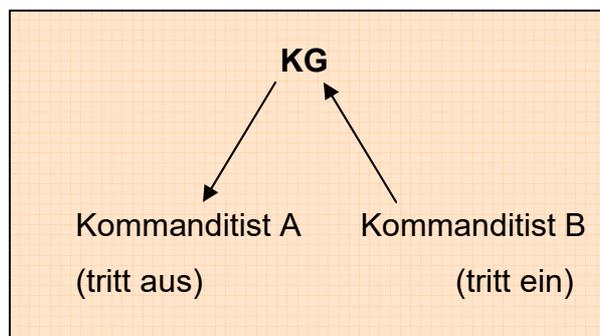
I. Wechsel der Kommanditisten

Für das Ausscheiden und den Eintritt von Gesellschaftern gilt bei der KG im Wesentlichen das gleiche wie bei der OHG (s. Folie 31 f.). Anders als bei der OHG wird aber, soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, beim Tode eines Kommanditisten die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt (§ 177¹ HGB).

Spricht man von Kommanditistenwechsel, so ist regelmäßig der Wechsel unter lebenden Gesellschaftern gemeint. Aus Haftungsgründen, wie unten im Einzelnen dargestellt wird, vollzieht sich heute der Wechsel praktisch zumeist über die Abtretung mit Rechtsnachfolgervermerk.

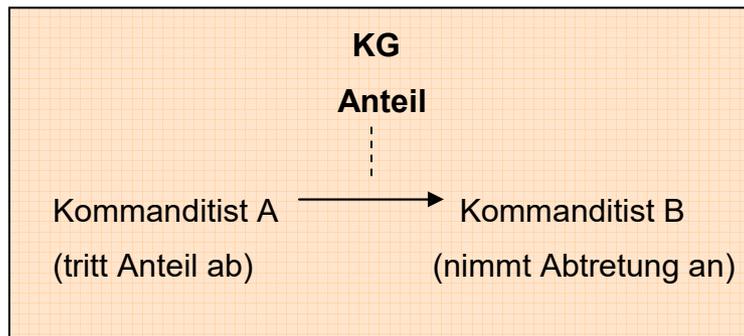
In der Tabelle von Folie 39 ist zu erkennen, dass verschiedene Varianten des Wechsels der Kommanditisten denkbar sind.

1. Zum einen kann der Wechsel erfolgen, indem ein Kommanditist A aus der KG austritt und ein anderer, zukünftiger Kommanditist B, in die KG eintritt. Ob und in welchem Umfang in diesen Fällen eine Haftung besteht, richtet sich danach, ob eine Abfindung gezahlt wurde oder nicht (Im Detail unter II).



¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des HGB.
GK39u40-KommWe-D 210825.doc
02.09.21

2. Es kann aber auch eine direkte Abtretung des Kommanditanteils von A zu B erfolgen. Hierfür müssen indes Bestimmungen im der Gesellschaftsvertrag getroffen sein oder die Mitgesellschafter zustimmen. Die Übertragung ist entsprechend §§ 106 VI, 141 , 161 Abs. 2, 162 in das Handelsregister einzutragen². Die Wirksamkeit der Abtretung hängt aber nicht von deren Eintragung ab.



II. Wechsel der Kommanditisten durch Eintritt und Austritt

1) Eintretender Kommanditist:

Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft als Kommanditist eintritt, haftet nach Maßgabe der §§ 171 und 172 für die vor seinem Eintritte begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ohne Unterschied, ob die Firma eine
1 Änderung erleidet oder nicht (§ 173 HGB).

Nach der Regelung des § 176 Abs. 2 HGB haftet der als Kommanditist in eine bereits bestehende Handelsgesellschaft Eintretende zudem unmittelbar und unbeschränkt für Verbindlichkeiten, die in der Zeit zwischen seinem Eintritt und der Eintragung des Eintritts in das Handelsregister entstanden sind. Nach dem Wortlaut des Verweises in § 176 Abs. 2 auf dessen Abs. 1 stellt sich die Frage, ob die unbeschränkte Haftung des eintretenden Kommanditisten von dessen Zustimmung zur Weiterführung der Geschäfte abhängt. Nach dem Sinn und Zweck des § 176 Abs. 2 ergibt sich indes, dass derjenige ohne Rücksicht auf interne Erklärungen haftet, wer mitverantwortlich in den Kreis der Gesellschafter eingetreten ist und auf wessen Rechnung das

Gesellschaftsunternehmen fortan betrieben wird. Da von dem Einverständnis oder dem Widerspruch eines hinzutretenden Gesellschafters in aller Regel die Weiterführung der im Gang befindlichen Geschäfte einer lebenden Gesellschaft zudem nicht abhängen kann, kann auch nicht angenommen werden, das Gesetz habe einer solchen - praktisch wirkungslosen - Erklärung eine rechtliche Bedeutung zumessen wollen³.

Damit der beitretende Kommanditist der unbeschränkten Haftung bis zu seiner Eintragung im Handelsregister entgeht, muss das Wirksamwerden seines Beitritts unter die aufschiebende Bedingung seiner Eintragung im Handelsregister stellen.

2) Ausgetretener Kommanditist:

Gemäß § 160 HGB haften die aus der KG ausscheidenden Gesellschafter für die bis dahin begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Der Umfang der Haftung bestimmt sich auch nach dem Ausscheiden der Kommanditisten nach den §§ 171, 172 HGB. Daraus ergibt sich, dass der austretende Altkommanditist, der sich von der KG abfinden lässt, haftet. Die Abfindung stellt nämlich eine Rückzahlung nach § 172 Abs. 4 dar und lässt somit die Haftung des Altkommanditisten wieder aufleben.

Tritt der Altkommanditist aus der Gesellschaft aus ohne eine Abfindung zu erhalten, bleibt seine Einlage also stehen, dann haftet er grundsätzlich nicht, wenn er zuvor seine Einlage voll geleistet hat (§ 171 I 2. HS).

III. Wechsel der Kommanditisten durch Abtretung des KG-Anteils

1) Neuer Kommanditist (Erwerber):

Wer einen Kommanditanteil durch Abtretung erworben hat, haftet, sofern der Rechtsvorgänger die Haftsumme eingezahlt hat, den Gesellschaftsgläubigern nicht. Dies gilt unabhängig von dem Umstand, dass im Handelsregister auf die Rechtsnachfolge hinweisender Vermerk eingetragen ist oder nicht. In letzterem Fall haftet der Rechtsvorgänger⁴.

³ BGH NJW 1982, 883, 884.

⁴ BGH NJW 1981, 2747.

- 4 Der Erwerber, tritt nämlich ohne weiteres **in die Rechtsstellung** ein, die bis dahin der Veräußerer innehatte. Das bedeutet, dass mit der Abtretung eines Kommanditanteils der neue Kommanditist auch hinsichtlich der Einlageschuld gegenüber der Gesellschaft sowie hinsichtlich der Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern diejenige Rechtsposition übernimmt, die bis zur Abtretung der frühere Kommanditist innegehabt hatte. Hatte dieser seine Einlage ganz oder teilweise noch nicht erbracht und haftete er deshalb den Gläubigern wegen des offenstehenden Betrages bis zur Höhe der eingetragenen Haftsumme, so haftet nun der neue Kommanditist den Gläubigern mit seinem Privatvermögen in gleicher Weise. Hatte der frühere Kommanditist dagegen seine Einlage voll erbracht ist damit jede weitere Haftung ausgeschlossen (§ 171 I HS. 2 HGB). Der Kapitalanteil des ausscheidenden Kommanditisten wird gleichsam auf den eintretenden umgebucht.

Wie schon unter II. gezeigt wurde, haftet in der Zeit zwischen Wirksamwerden der Übertragung und Handelsregistereintragung der Erwerber nach § 176 Abs. 2 unbeschränkt. Daher empfiehlt es sich auch bei der Übertragung, die Abtretung unter die aufschiebende Bedingung der Eintragung zu stellen.

2. Alter Kommanditist (Veräußerer):

Die Haftung des Altkommanditisten hängt von der Frage ab, ob ein Rechtsnachfolgevermerk eingetragen wurde oder nicht. Mit einem solchen Vermerk soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die Abtretung eines Kommanditanteils erfolgt ist, was sonst nicht aus dem Handelsregister ersichtlich wird.

Beispiel für einen Rechtsnachfolgevermerk: „Der Kommanditanteil des Kommanditisten A ist im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf den Kommanditisten B übergegangen.“

a) Haftung des Altkommanditisten ohne Rechtsnachfolgevermerk:

- 5 Ohne einen solchen oder ähnlichen Rechtsnachfolgevermerk im Handelsregister, wird der Anschein erweckt, es sei ein neuer Gesellschafter mit einer neuen Einlage in die Gesellschaft eingetreten, und zwar ohne

rechtlichen Zusammenhang mit dem Ausscheiden eines anderen⁵. Damit entsteht der Rechtsschein einer Haftungsmehrung. Nach § 15 Abs. 1 HGB kann eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache, die nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden. Einzutragen war hier – rechtfortbildend – die Rechtsnachfolge. Die *Bekanntmachung* der Eintragung enthält nach § 162 II HGB allerdings keine Angaben über Kommanditisten. Deshalb genügt auch nur die *Eintragung* eines Rechtsnachfolgevermerks, um den Rechtsschein zweier Haftsummen zu zerstören, § 162 II Halbs. 2 HGB⁶.

Ein Gläubiger braucht sich also nicht entgegenhalten zu lassen, dass es sich um denselben Anteil handelt, also auch nur eine Haftsumme existiert. Es haften grundsätzlich beide Gesellschafter nach den §§ 171 ff. Der neue Gesellschafter haftet – wie unter 1 gesehen - gemäß § 173 HGB neben dem alten. Er kann sich aber im Gegensatz zu dem Altkommanditisten auf die erbrachte Einlageleistung berufen, da diese durch Sonderrechtsnachfolge auf ihn übergegangen ist. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zur Haftung des Veräußerers eines Kommanditanteils fehlt. Der Grund dafür ist in dem Umstand zu finden, dass die Übertragung des Kommanditanteils im Wege der Sonderrechtsnachfolge, als das Gesetz entstand, noch nicht anerkannt war⁷.

Die sich so ergebende Lücke im Gesetz schließen BGH und die h.M. in entsprechender Anwendung des § 172 Abs. 4. Nach dessen Sinn und Zweck, haftet der Kommanditist, wenn er sich seiner vermögenswerten Rechte in der Gesellschaft durch Abtretung begeben hat, so dass für ihn seine Einlage auch in diesem Fall - wie das Gesetz es formuliert - „den Gläubigern als nicht (mehr) geleistet gilt“⁸.

b) Haftung des Altkommanditisten mit Rechtsnachfolgevermerk:

- 6 Erfolgt der Eintrag eines Nachfolgevermerks in das Handelsregister, so fehlt es an dem unter a) beschriebenen Rechtsschein. Die sich aus dem

⁵ Vgl. BGHZ 81, 82, 86.

⁶ Zur Vertiefung *Paul*, MDR 2004, 849.

⁷ BGHZ 81, 82, 84 = NJW 1981, 2747.

⁸ Vgl. BGH a.a.O.

Handelsregister ergebene Haftsumme ist tatsächlich von den Einlagen gedeckt. Die Haftung des Altkommanditisten entfällt folglich.

Bestand vor der Anteilsübertragung allerdings eine persönliche Haftung des Veräußerers, weil er die Einlage nicht geleistet wurde, so bleibt es dabei auch nach der Anteilsübertragung. Der Kommanditist kann sich einer bestehenden persönlichen Haftung nicht durch eine Anteilsübertragung entziehen. Allerdings befreit eine Einlageleistung des Neukommanditisten auch den Altkommanditisten⁹.

Problematisch ist der Fall, wenn ein Rechtsnachfolgevermerk eingetragen ist und der Neukommanditist die geleisteten Einlagen zurückerhält. Es stellt sich dann die Frage, ob der durch Anteilsübertragung ausgeschiedene Altkommanditist auch dann, bzw. erneut, gem. § 172 Abs. 4 HGB in die Haftung genommen werden soll.

Das Reichsgericht hat dies bejaht, da nach einem allgemeinen Grundsatz kein Gläubiger ohne seine Zustimmung einen Schuldnerwechsel hinzunehmen habe¹⁰. Diese Auffassung ist aber nicht unumstritten¹¹. Aus dem Gesetz ergibt sich dies jedenfalls nicht zwingend.

Haften Alt- und Neukommanditist, so ist die Haftung eine gesamtschuldnerische (§ 426 BGB). Bei Abtretung eines Kommanditanteils auf einen der Gesellschaft schon angehörenden Kommanditisten gilt nichts anderes als bei der dargestellten Haftung.

⁹ MüKoHGB/K. *Schmidt*, 4. Auflage 2019, § 173 Rn. 26.

¹⁰ RG WM 1964, 1130 ff. [Wiederabdruck].

¹¹ Vgl. Nachweise und Arg. bei MüKoHGB/K. *Schmidt*, 4. Auflage 2019, § 173 Rn. 33.

GBR- DEFINITION

VERKNÜPFUNGEN



Folie



Testen Sie Ihr Wissen



Gliederung



Literatur

Drei der vier Definitionsmerkmale einer GbR stehen in § 705 BGB. Lediglich das letzte Merkmal „keine andere Gesellschaftsform“ muss man sich merken.

Vertrag

1 Durch **Gesellschaftsvertrag** entsteht die GbR. Der Vertrag begründet in der Regel – aber nicht notwendig – auch ein Dauerschuldverhältnis und eine Organisation, also eine Zuständigkeitsverteilung unter den Gesellschaftern. Dieser zweite Charakter der GbR erlaubt, „fehlerhafte Gesellschaften“ trotz gesetzlicher Unwirksamkeitsgründe (z.B. §§ 142 I, 123 BGB) als existent zu behandeln, wenn der Gesellschaftsvertrag geschlossen und z.B. durch Drittgeschäfte vollzogen ist (vgl. Folie 27).

Jeder Vertrag erfordert mindestens zwei Beteiligte, hier: Gesellschafter.

2 Lediglich eine GmbH oder AG kann jedermann als **1-Mann-Gesellschaft** (s. Folie) gründen und fortführen.

Scheidet der vorletzte Gesellschafter aus einer GbR aus, so erlischt diese ohne Liquidation in aller Regel und ihr Vermögen geht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den letzten Gesellschafter über (§ 712a BGB).

3 Ein **tatsächliches Miteinander** ohne Bindungswillen genügt nicht. So kann es etwa bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder Mitfahrergemeinschaft zwischen Fahrer und Beifahrer liegen.

Haben die Parteien keinen Vertrag geschlossen, so kann ihre Verbindung z.B. auf gemeinsamem Vermögen beruhen, das sie kraft Gesetzes als

4 **Erbengemeinschaft** oder ehemalige Eigentümer jetzt verbundener oder

5 **vermischter Sachen** erworben haben; §§ 947 f. BGB ◀. Da eine solche Gemeinschaft nicht durch einen Vertrag zusammengehalten wird, kann jeder Teilhaber seinen Anteil jederzeit veräußern (§§ 2033 I 1, 747 Satz 1 BGB) oder die Auflösung der Gemeinschaft verlangen (§§ 2042, 749 I BGB). Natürlich können die Teilhaber vereinbaren, zusätzlich eine GbR zu gründen, insbesondere auch ihr Eigentum in die GbR einzubringen.

Gemeinsamer Zweck

- 6 Mit jedem Vertrag verfolgen die Parteien Zwecke. Ihre Zwecke können aber entgegengesetzt oder zu schwach ausgeprägt sein. Als Zweck ausreichend ist es schon, wenn zwei Studenten gemeinsam ein Auto kaufen und es gemeinsam unterhalten (vgl. *Wiedemann/Frey* Prüfe dein Wissen – Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Fall 57).

Entgegengesetzt sind die Zwecke bei den übrigen Schuldverträgen des BGB, etwa beim Kaufvertrag. Nebenpflichten gebieten zwar auch hier, auf die Ziele des anderen Rücksicht zu nehmen, zu auch eigenen und damit gemeinsamen Zielen werden sie dadurch jedoch nicht. Indiziert wird die Gemeinsamkeit im Zweck insbesondere durch beiderseitige Geschäftsführungs- und Kontrollbefugnisse.

Förderpflicht

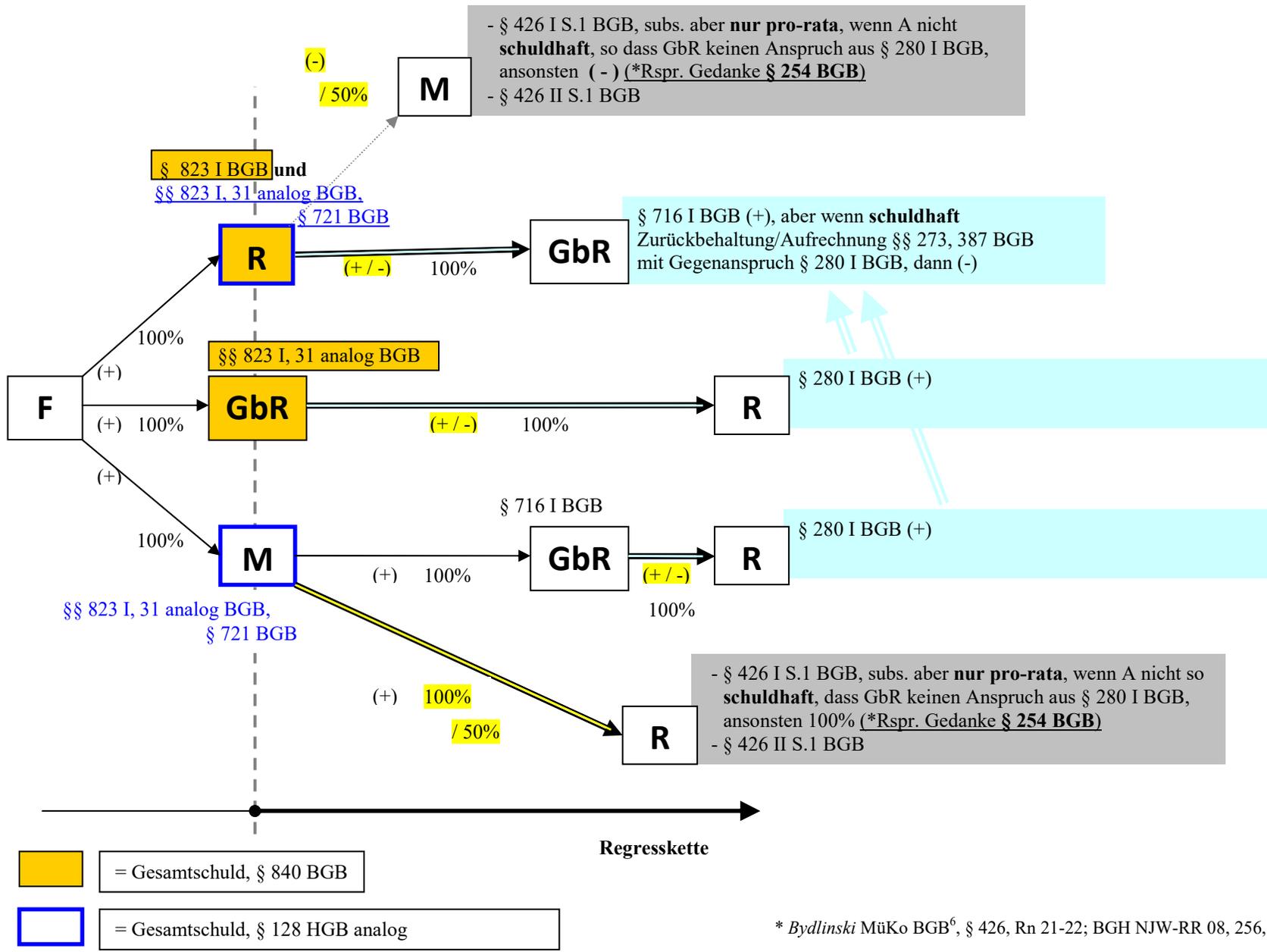
- 7 Ein rein passives Interesse an den gemeinsamen Zielen genügt nicht. Freilich soll es schon genügen, als Gesellschafter Gesprächspartner zu sein (Humankapital) oder zu haften und damit den Kredit der Gesellschaft zu erhöhen (beitragslose Beteiligung). Das Merkmal ist damit fast bedeutungslos.

Keine andere Gesellschaftsform

- 8 Soweit statt der GbR eine **OHG oder KG** vorliegt (vgl. Kommentare zu den Folien 25, 39), sind die §§ 705-740 BGB nur subsidiär anwendbar, soweit nämlich das HGB keine spezielle Regelung enthält; §§ 161 II, 105 II HGB. Zu den abweichenden Rechtsfolgen für Gesellschafter einer OHG oder KG gehört etwa die Einzelvertretungsmacht und die Auflösung durch gerichtliche Entscheidung; vgl. §§ 124, 138 I Nr. 3, 139 HGB mit §§ 720, 729 BGB.
- 9 Anders als die GbR ist der **Verein auf Mitgliederwechsel angelegt**. Auch die Gesellschafter einer GbR können wechseln, in der Regel müssen dem Beitritt eines neuen Gesellschafters jedoch alle bisherigen zustimmen. Zu den abweichenden Rechtsfolgen bei Annahme eines Vereins gehört etwa, dass die Kündigungsfrist auf maximal 2 Jahre beschränkt ist; § 39 II Halbs. 2 BGB. Eine längere Bindung wäre angesichts des unvorhersehbaren Mitgliederwechsels im Verein nicht zumutbar.

- 10 **Andere** Gesellschaftsformen sind AG, KGaA, SE, GmbH, Genossenschaft, VVaG, EWiV, Partnerschaftsgesellschaft, stille Gesellschaft, Reederei und ausländische Vorbilder.

Schema: Fall R & M Kanzlei



* Bydlinski MüKo BGB⁶, § 426, Rn 21-22; BGH NJW-RR 08, 256, 258.

Fall 13 – GbR-Delikt: Rechtsanwalt R der „Anwaltskanzlei R & M“ radelt auf dem Weg zum Gericht schon zum 3. Mal eine Fußgängerin um, hier die F. Welche Ansprüche haben F und die Kanzlei?

A. F → R als handelnder Schädiger

§ 823 I BGB (+); ebenso § 823 II, § 229 StGB, § 1 II StVO

B. F → Anwaltskanzlei R&M (rechtsfähig nach § 705 II BGB)

I. §§ 823 I, 278 BGB (abwegig). Kanzlei war nie Fs Schuldner.

II. § 831 Verrichtungsgehilfe (-). R ≠ weisungsgebunden

III. § 823 I/II iVm § 31 BGB analog

◆ Verein? (-), aber analog für Gesellschaft

◆ R = Repräsentant

◆ R in Ausführung ihm zustehender Verrichtungen

◆ R zum Schadensersatz (inkl. § 253^{II} BGB) verpflichtet (+)

C. F → M

I. § 831 BGB (-): R kein Verrichtungsgehilfe für M

II. § 126 HGB iVm (s.o.): §§ 31 analog, 823 I/II BGB. OHG?

§§ 105, 1 HGB – Gewerbe? [§ 1 PartGG] (-)

[§ 107² HGB: Ließe BerufsR Eintragung als OHG zu? zz.(-)]

III. §§ 721, 31 analog, 823 I/II BGB (+)

D. F → R als Gesellschafter

wie C. III.: §§ 721, 31 analog, 823 I/II BGB (+)

E. GbR → R auf Freistellung (hat die GbR nach B.III. an F schon gezahlt: auf Regress) aus § 280 I BGB

◆ Pflicht: GesellschaftsV ⇒ GbR-Vermögen schonen!

◆ verletzt (+), GbR haftet aus § 31 BGB.

◆ zu vertreten: § 276 (+)

[bis 2023: § 708 BGB ⇒ (-), da eigenüblich;

aber BGH: § 708 BGB gilt nicht im Straßenverkehr ⇒ (+)]

◆ kausaler Schaden: (+)

Eine ausformulierte Lösung einer Examensklausur mit ähnlichem Inhalt finden

Sie jetzt in JuS 2016, 723 (Buck-Heeb/Dieckmann).

Exkurse:

F. M → GbR auf Freistellung (bzw. auf Regress, wenn M an F gezahlt hat)

I. §§ 716 i.V.m. § 257 BGB (+)

II. § 426 I 1 BGB (-) keine Gesamtschuld M-GbR

G. R → GbR auf Freistellung (bzw. auf Regress, wenn R an F gezahlt hat)

wie F., aber zu

I. erloschen nach Aufrechnung (§ 389 BGB), bis dahin Einrede aus § 273 BGB wegen Gegenanspruchs der GbR aus § 280 I BGB [E.]

H. M → R auf Freistellung (bzw. auf Regress, wenn M an F gezahlt hat)

Etwaige Ansprüche gegen R sind subsidiär: M soll kraft Treue erst gegen die GbR vorgehen [F.I.].

I. § 426 I 1 BGB

◆ Gesamtschuld der Gesellschafter untereinander?

§ 721 BGB (+) [C.III; D.] für Schuld der GbR [B.III.] analog §§ 31, 823 BGB

◆ zu gleichen Anteilen? (-) Aus Gedanke des § 254 BGB folgt: 100% wegen alleinigen Vertretenmüssens des R [s.o. E.]; vgl. BGH NJW-RR 2008, 256, 258 Rz. 25.

II. § 426^{II} 1 BGB i.V.m. auf M übergehender Forderung [F → Gesamtschuldner R/M] aus

1. [s.o. A.] § 823 BGB (-) „die“ übergehende Forderung ist die gegen beide Gesamtschuldner:

2. [s.o. C.III./D.] § 721 BGB (+), soweit Ausgleichsanspruch, also zu 100% [H.I.]

III. § 721 BGB (Haftung des R für F.I.)? (-), da Sozialverbindlichkeit; vgl. die Überschrift vor § 719 BGB: M ist als Mitgesellschafter nicht „Dritter“. Ihn schützt § 721 BGB nicht.

J. R → M auf Freistellung (bzw. auf Regress, wenn R an F gezahlt hat)

wie H, aber zu

I. (§ 426^I) aus Gedanke des § 254 BGB folgt: 0% wegen alleinigen Vertretenmüssens des R [s.o. E.].

und zu

II.2. (§§ 426^{II}, 721, 31, 823^I BGB), soweit Ausgleichsanspruch des R, also zu 0% [J.I.].