

Repetitorium im Arbeits-, Handels- und Gesellschaftsrecht

Skript

(Nachdruck nicht gestattet)

Erster Teil: Handels- und Gesellschaftsrecht

A. Kaufmannseigenschaft und Handelsgeschäfte

I.

Besprechungsfall

Die Beck-Bau GmbH errichtet am 1. Juli durch notariellen Vertrag mit ihren Gesellschaftern, Antonia Beck und Berthold Beck, als Kommanditisten die Beck-Bau GmbH & Co KG; sie bringt als Sacheinlage ihr Baugeschäft ein. Bevor die Firma in das Handelsregister eingetragen wird, gibt der Geschäftsführer der GmbH Berthold Beck dem Kling zur Begleichung einer Kaufpreisschuld einen von ihm für die KG ausgestellten Scheck in Höhe von 8.000 €. Da der Scheck von der Bank nicht eingelöst wird, verlangt Kling von den Gesellschaftern der KG die Zahlung der Schecksumme.

Zur Rechtsfähigkeit einer GbR BGHZ 146, 341 ff. = NJW 2001, 1056 ff. und unten E. I.

Erläuterungsbeispiele

1. Huber betreibt eine Gemüsegroßhandlung unter der Firma „Anton Huber e.K.“. Er erklärt dem Glaser mündlich, dass er für die Verbindlichkeiten des Schulz in Höhe von 10.000 € bürgere.

Huber hat einen Gemüsestand auf dem Neupfarrplatz.

Huber betreibt ein großes Baugeschäft.

2. Huber nimmt Schulz als Gesellschafter in sein Geschäft auf. Die Firma lautet: „Anton Huber & Co oHG“.
3. Huber und Schulz, die das Landgut Adlershorst unter der Firma „Anton Huber & Co oHG“ betreiben, bestellen bei Mayer Sommerroggen. Dieser liefert am 3. März Winterroggen. Obwohl die Verwechslung sofort erkannt wird, rügen Huber und Schulz sie erst am 15. März.

Huber betreibt das Landgut in der Form einer GmbH. Er liefert am 15. Oktober der St. Elisabeth-Krankenhaus AG in Regensburg, einem gemeinnützigen Unternehmen, Äpfel. Das Krankenhaus untersucht die Äpfel erst Anfang November und stellt fest, dass sie überwiegend wurmstichig sind.

Huber und Schulz vermischen die Erzeugnisse ihres Obstanbaus zu Saft, den sie unter der Firma „Anton Huber & Co oHG“ anbieten. Sie liefern der St. Elisabeth-Krankenhaus AG in Regensburg Apfelsaft, dessen Qualitätsmängel erst nach drei Wochen festgestellt werden.

I. Das Problem der Anknüpfung handelsrechtlicher Normen

Den Anknüpfungspunkt handelsrechtlicher und sonstiger Sonderregelungen bildet der *Kaufmannsbegriff*.

1. Der Kaufmann hat eine Firma, § 17 HGB.
2. Ihn trifft die Buchführungspflicht, § 238 HGB.
3. Er oder sein gesetzlicher Vertreter können Prokura erteilen, § 48 HGB.
4. Eine OHG und eine KG liegen vor, wenn es sich um eine Gesellschaft handelt, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, §§ 105, 161 HGB.
Eine Gesellschaft, deren Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 HGB Handelsgewerbe ist oder die nur eigenes Vermögen verwaltet, ist nur dann offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist (§§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB).
5. Ausnahme von dem Grundsatz des Prorogationsverbots (§ 38 Abs. 1 ZPO).

6. Handlungsgehilfe ist, wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist, § 59 HGB; nur für ihn gilt das Arbeitsrecht des HGB. (Beachte: § 73 HGB aufgehoben m. W. vom 1.1.2003)
7. Eine stille Gesellschaft setzt voraus, dass sich jemand als stiller Gesellschafter an einem Handelsgewerbe beteiligt, § 230 HGB.
8. Sonderbestimmungen im Verhältnis zum Schuld- und Sachenrecht gelten, wenn ein Handelsgeschäft vorliegt: §§ 343 – 381 HGB.
9. § 305 Abs. 2 und 3 und §§ 308 und 309 BGB finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einer Person verwendet werden, die bei Abschluss des Vertrages in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt (Unternehmer), § 310 Abs. 1 Satz 1 i. V. mit § 14 Abs. 1 BGB.

II. Gliederung der Kaufmannseigenschaft

1. Anknüpfungspunkt für den Kaufmannsbegriff des Handelsgesetzbuchs ist das Betreiben eines Handelsgewerbes. Durch den neu gefassten § 1 Abs. 2 HGB wird der Begriff des Handelsgewerbes erläutert. Danach ist ein Handelsgewerbe jeder **Gewerbebetrieb** – ohne Rücksicht auf die Branche -, es sei denn, dass das Unternehmen **nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb** nicht erfordert.

Zur Bestimmung des Gewerbebegriffes bleibt es bei dem, was zu § 1 HGB entwickelt wurde: Ein Gewerbe ist eine Tätigkeit, die selbständig, auf Dauer angelegt und planmäßig betrieben wird, auf dem Markt erkennbar nach außen hervortritt und nicht gesetzes- und sittenwidrig ist, wobei nach h.M. auch die Gewinnerzielungsabsicht zu den notwendigen Begriffsmerkmalen eines Gewerbes gehört (seit RGZ 66, 143, 148; zuletzt BGHZ 66, 48, 49; 83, 382, 386). Problematischer wird sich die Bestimmung eines Gewerbebetriebes darstellen, der nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

Seit Änderung der Vorschriften über den Kaufmannsbegriff durch das Handelsrechtsreformgesetz ist die Unterscheidung zwischen „Muss-“ und „Sollkaufmann“ zugunsten eines neuen, einheitlichen Kaufmannstatbestandes aufgegeben. Auch die Rechtsfigur des „Minderkaufmanns“ (§ 4 HGB) ist damit entfallen (vgl. aber §§ 383 Abs. 2, 407 Abs. 3 Satz 2, 453 Abs. 3 Satz 2, 467

Abs. 3 Satz 2 HGB). Ein Kleinbetrieb, vor allem der bisherige „Minderkaufmann“, kann allerdings freiwillig durch Eintragung in das Handelsregister zu einem Kaufmann werden – dann aber mit allen Rechten und Pflichten (§ 2 HGB).

2. Das HGB will alle Unternehmen, die nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern, unter seine Herrschaft stellen. Deshalb verpflichtet es deren Inhaber (**Istkaufmann**), die Eintragung im Handelsregister herbeizuführen. Sind sie bereits nach § 1 HGB Kaufmann, so hat die Eintragung lediglich deklaratorische Bedeutung. Ist dies nicht der Fall, z.B. weil das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert, so erlangen sie die Kaufmannseigenschaft erst durch Eintragung in das Handelsregister (**Kannkaufmann**); hier hat die Eintragung konstitutive Wirkung (§ 2 HGB).

3. Eine Ausnahme besteht für die Land- und Forstwirtschaft; jedoch ist seit dem Inkrafttreten des Gesetzes über die Kaufmannseigenschaft von Land- und Forstwirten und den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters vom 13.5.1976 (BGBl. I S. 1197) der Unternehmer berechtigt, aber nicht verpflichtet, seine Kaufmannseigenschaft durch Eintragung in das Handelsregister herbeizuführen, sofern das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert (§ 3 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 2 HGB). Wenn mit der Landwirtschaft ein Nebengewerbe verbunden ist, gibt das HGB dem Landwirt ebenfalls die Möglichkeit, für den Betrieb des Handelsgewerbes die Kaufmannseigenschaft zu erwerben; auch hier ist Voraussetzung, dass das Nebengewerbe nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert – **Kannkaufleute** (§ 3 Abs. 3 HGB).

4. Eine weitere Ausnahme gilt für die **freien Berufe**. Sie sind nach der definitorischen Bestimmung des Gewerbebegriffes durch die Rechtsprechung aus dem Anwendungsbereich des Handelsrechts ausgeschlossen. Ein Bedürfnis für die Einbeziehung in das Handelsrecht besteht jedenfalls seit dem Inkrafttreten des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes vom 25. Juli 1994 (BGBl. I S. 1744) nicht. Dieses Gesetz gibt den freien Berufen eine neue eigene gesellschaftsrechtliche Organisationsform zur gemeinsamen Berufsausübung zur Option.

5. Für Kaufleute, die ein Handelsgewerbe nach § 1 HGB betreiben, besteht die Möglichkeit, eine Firma zu führen (§ 17 HGB) und damit die Pflicht, sie zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 29 HGB).

Daraus zieht § 5 HGB die Konsequenz: **Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so ist der Inhaber des Unternehmens, für das die Firma geführt wird, stets Kaufmann – Kaufmann kraft Eintragung. Voraussetzung** ist hier lediglich, **dass überhaupt ein Gewerbe betrieben wird.** Wird das Gewerbe aufgegeben, so gilt nicht § 5 HGB, sondern § 15 Abs. 1 HGB (negative Publizität des Handelsregisters).

III. Kaufmannseigenschaft und Gesellschaft

1. Betreiben mehrere Personen ein Handelsgewerbe, so liegt entweder eine OHG oder eine KG vor. Diese Gesellschaften sind **Handelsgesellschaften**, weil sie ein Handelsgewerbe betreiben (§§ 105, 161 HGB). Eine Gesellschaft, deren Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 HGB Handelsgewerbe ist oder die nur eigenes Vermögen verwaltet, ist nur dann offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist.

Liegt lediglich kein Handelsgewerbe vor oder ist die Firma des Unternehmens nicht in das Handelsregister eingetragen, so kann es sich stets nur um eine BGB-Gesellschaft handeln; allerdings ist auch hier zu beachten, dass die Eintragung im Handelsregister zum Kaufmann kraft Eintragung nach § 5 HGB macht, also die BGB-Gesellschaft in diesem Fall entweder OHG oder KG ist.

Es gilt **Rechtsformzwang**; eine Rechtsformverfehlung ist nach Auffassung des BGH ohne rechtliche Bedeutung (vgl. BGHZ 10, 91, 96 f.; 22, 240 ff., 32, 307 ff.; BGH NJW 1967 S. 821).

2. Die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung macht die Rechtsform zur Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht im Betrieb eines Handelsgewerbes besteht: § 3 AktG und § 13 Abs. 3 GmbHG – **Formkaufleute** (auch dann, wenn die Gesellschaft überhaupt kein Gewerbe betreibt; vgl. BGHZ 66, 48, 50).

3. Für Handelsgesellschaften ergibt sich aus § 6 Abs. 1 HGB, dass alle Vorschriften des HGB gelten, die für Kaufleute gegeben sind. Für Formkaufleute wird dies in § 6 Abs. 2 HGB klargestellt.

Beachte: Dass AG und GmbH Handelsgesellschaften sind, ergibt sich nicht aus § 6 Abs. 2 HGB, sondern aus dieser Bestimmung folgt lediglich, dass diese Gesellschaften für das HGB stets Kaufleute sind.

Zur fehlenden Grundbuchfähigkeit der GbR BayObLG NJW 2003, 70 ff.

B. Vertrauenshaftung und Handelsregister

Besprechungsfall

A, B und C sind Inhaber der offenen Handelsgesellschaft A & Co oHG. Am 1. Mai scheidet der recht wohlhabende C aus; A und B haben kein nennenswertes Privatvermögen. Am 8. Mai verspricht X der Gesellschaft ein größeres Darlehen. Er hatte von dem Ausscheiden des C keine Kenntnis. Sobald er davon erfährt, widerruft er sein Versprechen. A und B halten das für unberechtigt.

Erläuterungsbeispiele

1. Huber bestellt am 1. Juni bei der Firma Schulz & Co oHG in Köln Zuckerwaren für 100 €. Als er auch am 10. Juni noch keine Antwort erhält, ruft er telefonisch den ihm bekannten Paulus an, der bis zum 31. Mai als Prokurist bei der Firma Schulz & Co oHG beschäftigt war. Er verlangt sofortige Lieferung, die Paulus ihm zusagt. Die Prokuraentziehung war zu diesem Zeitpunkt zwar schon im Handelsregister eingetragen, aber noch nicht bekanntgemacht. Huber erhält die Lieferung erst im Juli. Er verlangt Ersatz des Verzögerungsschadens.
2. Huber hatte am 20. Juni den Kaufpreis an Paulus bezahlt. Zu diesem Zeitpunkt war das Erlöschen der Prokura bereits im Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht.

Paulus war zum Prokuristen bestellt worden. Kurz darauf hatte aber Meier, der Komplementär der Firma Schulz & Co oHG, die Bestellung widerrufen. Weder die Bestellung noch das Erlöschen der Prokura wurden im Handelsregister eingetragen.

Meier wollte Paulus eine Freude machen und ließ ihn als Prokuristen in das Handelsregister eintragen. Da er sich aber später über Paulus ärgerte, kam es nicht zur Bestellung.

3. Huber verlangt Schadensersatz vom Gesellschafter Schulz, der aber bereits am 31. Dezember aus der Firma ausgeschieden war, ohne dass dies im Handelsregister eingetragen wurde.

Schulz hatte den Gesellschaftsvertrag bereits vor Eintragung im Handelsregister und Aufnahme der Geschäfte wegen Irrtums nach § 119 BGB angefochten.

4. Franz Horst Mann, ein entfernter Verwandter von Thomas und Heinrich Mann, ist als Gesellschafter in die Firma Adler & Co oHG aufgenommen worden. Versehentlich wird er als Gesellschafter der Firma Besenreiter & Co oHG bekanntgemacht. Franz Horst Mann nimmt bei der X-Bank für die Firma Besenreiter & Co oHG ein Darlehen auf, um seine Beitragsverpflichtung bei der Firma Adler & Co oHG zu erfüllen. Die X-Bank verlangt von der Firma Besenreiter & Co oHG die Rückzahlung des Darlehens.

Die Eintragung erfolgt zwar richtig bei der Firma Adler & Co oHG, versehentlich wird aber der Name des Gesellschafters zusammengeschrieben, so dass dieser als Franz Horstmann bekanntgemacht wird. Kann Huber den ebenfalls in der Stadt ansässigen Franz Horstmann in Anspruch nehmen?

I. Begriff

Das Handelsregister ist ein von einem Gericht geführtes Verzeichnis zur Beurkundung bestimmter, für den Handelsverkehr bedeutsamer Tatsachen.

II. Verfahrensrecht

1. Rechtsgrundlagen: §§ 8 – 16 HGB; §§ 125 – 158 FGG.
2. Zuständigkeit: Amtsgerichte, § 8 HGB, § 125 Abs. 1 FGG.
3. Einteilung:
Abteilung A für Einzelkaufleute und Personengesellschaften
Abteilung B für Kapitalgesellschaften.

4. *Eintragungsfähig* sind nur bestimmte Tatsachen, nicht alle handelsrechtlich bedeutsamen Tatsachen, z. B. nicht Handlungsvollmacht, aber Testamentsvollstreckung. Eintragungspflicht besteht nicht in allen Fällen der Eintragungsfähigkeit, z. B. nicht §§ 3 Abs. 2 und 3, 25 Abs. 2 HGB. Besteht Eintragungspflicht, so Erzwingungsverfahren nach § 14 HGB i. V. mit §§ 132 ff. FGG – *Festsetzung von Zwangsgeld*.
5. Eintragungsvoraussetzung ist neben der Eintragungsfähigkeit in der Regel die Anmeldung zur Eintragung, also ein Antrag; Ausnahme: Amtsverfahren, z. B. § 31 Abs. 2 HGB i. V. mit § 141 FGG; § 32 HGB.
6. *Prüfung durch den Registerrichter*. Formelle Voraussetzungen der Eintragung müssen geprüft werden, z. B. Zuständigkeit, Eintragungsfähigkeit, Form. Hinsichtlich der *materiellen Richtigkeit* der einzutragenden Tatsachen ist der Prüfungsumfang streitig, z. B. vollkaufmännischer Umfang des Gewerbes, Aufbringung des Stammkapitals einer GmbH bei Sacheinlagen, Strohmänngründung bei GmbH. Richtig dürfte die folgende Auffassung sein: *Der Richter darf stets prüfen; er muss prüfen, wenn sich Anhaltspunkte für eine Unrichtigkeit ergeben*.

III. Rechtliche Bedeutung des Handelsregisters

- A. *Schutz Dritter gegen Folgen nicht eingetragener und bekanntgemachter Tatsachen: § 15 Abs. 1 HGB*.

(Vgl. hinsichtlich des Schutzes unrichtig eingetragener Tatsachen, sofern sie unrichtig bekanntgemacht sind, unter C; bei lediglich unrichtig eingetragener Tatsache unter D).

1. „Eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache“, d.h. es besteht eine gesetzlich vorgeschriebene Eintragungspflicht.
 - a) § 15 Abs. 1 HGB gilt in erster Linie für deklaratorische Eintragungen, insbesondere: §§ 29, 31, 33, 34, 53 HGB; für die OHG: §§ 106, 107, 143 HGB; für die KG: §§ 162, 175 HGB; sehr häufig auch im Recht der AG und GmbH.

- b) Bei konstitutiven Eintragungen (§§ 2, 3 Abs. 2 und 3 HGB, § 41 AktG, § 11 Abs. 1 GmbHG) kommt vor der Eintragung keine Wirkung zustande; § 15 Abs. 1 HGB gilt hier nur für die Bekanntmachung.
 - c) § 15 Abs. 1 nicht anwendbar bei §§ 25 Abs. 2, 28 Abs. 2 HGB; denn Haftungsbeschränkung tritt hier erst mit Eintragung und Bekanntmachung ein.
2. Wirkung nur zugunsten des Dritten. Dieser hat nach h.M. ein Wahlrecht. Er kann sich auf die Registerrechtslage oder die wahre Rechtslage berufen (vgl. zum Meinungsstand K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 14 II 4 a m.w.N.).
 3. § 15 Abs. 1 HGB gilt nur im Geschäftsverkehr, nicht etwa bei Unfall mit Firmenwagen („Niemand lässt sich im Vertrauen auf das Handelsregister überfahren!“); anwendbar aber auch bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung, die in innerem Zusammenhang mit dem Geschäftsverkehr stehen (z.B. Betrug bei Vertragsschluss; unlauterer Wettbewerb).
 4. Die Kenntnis des Dritten schließt den Rechtsschein aus.
 5. Problematisch ist die Anwendung des § 15 Abs. 1 HGB, wenn die vorangegangene, ebenfalls einzutragende Tatsache nicht eingetragen wurde, so dass das Handelsregister nunmehr wieder mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Nach herrschender Lehre ist auch hier § 15 Abs. 1 HGB anwendbar; dagegen aber A. Hueck, AcP Bd. 118 S. 350 ff.
 6. Strittig ist ferner, ob der Dritte sein Wahlrecht derart ausüben kann, dass er sich innerhalb eines Anspruchs bzgl. einzelner Tatsachen auf das Handelsregister, bzgl. andere Tatsachen dagegen auf die wahre Rechtslage beruft. Zustimmend: BGH (sog. „Rosinentheorie“; Nachweise und Beispiel siehe BGHZ 65, 309); kritisch: K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 14 II Nr. 4 c m.w.N.

B. *Wirkung eingetragener und bekanntgemachter Tatsachen gegen Dritte:*
§ 15 Abs. 2 HGB.

Hierher gehören z. B. §§ 25 Abs. 2, 28 Abs. 2 HGB; Schutz des Dritten aber nur innerhalb der Fünfzehn-Tage-Frist und auch dann nur, wenn der Dritte die Tatsache weder kannte noch kennen musste – probatio diabolica.

C. *Wirkung unrichtig bekanntgemachter Tatsachen: § 15 Abs. 3 HGB.*

1. „Einzutragende Tatsache“ – wie oben unter A 1.; hier spielt aber keine Rolle, ob die Eintragung lediglich deklaratorische oder konstitutive Bedeutung hat.
2. § 15 Abs. 3 HGB ist gesetzestechnisch völlig missglückt. Bestritten ist, ob die Unrichtigkeit der Bekanntmachung sich auf die Abweichung von der Eintragung im Handelsregister bezieht (Beuthien, NJW 1970 S. 2283 ff.) oder ob mit ihr jede von der Wirklichkeit abweichende Bekanntmachung gemeint ist (so die h.L.; vgl. Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 107). Folgt man der ersteren Interpretation, so hat die Bestimmung praktisch keine Bedeutung; folgt man der letzteren Interpretation, so ist der Gesetzestext zu weit gefasst. § 15 Abs. 3 HGB muss in diesem Fall einschränkend ausgelegt werden; denn er ist nach dem Gesetzestext als Anwendungsfall des reinen Rechtsscheinprinzips gestaltet.

Voraussetzung ist, dass der von der unrichtigen Bekanntmachung Betroffene wenigstens den Anstoß zu der Bekanntmachung gegeben hat, also, wie Medicus es formuliert: „Das Bekanntgemachte soll dem entgegengesetzt werden, in dessen Angelegenheiten die Tatsache einzutragen war. Einzutragen sei ... nur in dessen Angelegenheiten etwas, der einen Antrag gestellt hat“. Durch teleologische Reduktion erfolgt also eine *Begrenzung des Rechtsscheinprinzips durch das Veranlassungs- und Verschuldensprinzip*.

3. § 15 Abs. 3 deckt andererseits nicht einmal alle Fälle, in denen gewohnheitsrechtlich ein Vertrauensschutz anerkannt wird: Er behandelt nicht den Fall, dass die Eintragung unrichtig, die Bekanntmachung aber richtig ist, und er regelt auch nicht den Fall, dass es sich um eine Tatsache handelt, die nicht einzutragen war, die also weder eintragungsfähig noch

eintragungspflichtig ist, z. B. die Erteilung einer Handlungsvollmacht (§ 54 HGB). Insoweit bleibt es bei den handelsrechtlichen Gewohnheitsrechtsätzen, die auf dem Veranlassungs- und auf dem Verschuldensprinzip beruhen (vgl. unter D).

D. Gewohnheitsrechtsätze

1. Wer eine öffentliche Erklärung in handelsüblicher Weise abgibt, muss sich gefallen lassen, dass er von einem gutgläubigen Dritten daran festgehalten wird. Die Bindung ergibt sich hier aus dem *Veranlassungsprinzip*; deshalb keine Bindung, wenn Rechtsschein nicht vom Betroffenen veranlasst (Beispiel: Gericht trägt falsch ein; beachte: Bei § 15 Abs. 3 HGB spielt das keine Rolle!) oder wenn der Rechtsschein nicht zurechenbar ist (z. B. bei Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen).
2. Wer im Handelsverkehr eine scheinbar von ihm stammende Erklärung, insbesondere eine Eintragung im Handelsregister schuldhaft nicht beseitigt, ist gegenüber gutgläubigen Dritten an die Erklärung gebunden. Die Bindung beruht hier auf dem *Verschuldensprinzip*.

Der Anwendungsbereich der beiden Gewohnheitsrechtssätze ist durch § 15 Abs. 3 HGB erheblich eingeschränkt, aber noch vorhanden: z. B. wenn nur die Eintragung unrichtig ist oder es sich nicht um eine einzutragende Tatsache handelt. Deshalb kann auch der Unterschied in den Voraussetzungen der Rechtsscheintatbestände rechtserheblich werden.

E. Verhältnis zwischen § 5 und § 15 HGB.

1. § 5 HGB bezieht sich nur auf die Frage, ob das Gewerbe ein Handelsgewerbe ist.
2. Maßgebend ist hier die Eintragung.
3. § 5 HGB wirkt für und gegen alle; auch der Eingetragene kann sich darauf berufen (z. B. § 352 – höhere Zinsen).

Wenn der Kaufmann, der im Handelsregister eingetragen ist, sein Gewerbe aufgibt, kein Fall des § 5 HGB; hier greift vielmehr § 15 Abs. 1 HGB ein.

Wenn jemand als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist, obwohl er kein Gewerbe betreibt und es niemals betrieben hat, dann gilt weder § 5 HGB noch § 15 Abs. 1 HGB, sondern es kann ein Fall des § 15 Abs. 3 HGB oder der beiden Gewohnheitsrechtssätze vorliegen.

C. Übertragung eines Handelsgeschäfts

Besprechungsfälle

I.

A betrieb das Hotel „Zum Goldenen Anker“. Am 6. Mai 1998 übertrug er es mit Aktiven und Passiven auf B. Dieser veräußerte es am 1. April 1999 in gleicher Weise an C. B und C zeichneten jeweils mit Einwilligung ihres Vorgängers wie schon A mit „Friedrich Adler, Goldener Anker“. Eine Anmeldung zum Handelsregister ist weder hinsichtlich des ursprünglichen Geschäfts noch hinsichtlich der Übertragungen erfolgt.

Zwischenzeitlich, nämlich am 3. Oktober 1998, war der Hotelomnibus infolge Verschuldens des Chauffeurs verunglückt. Der Hotelgast X, den der Omnibus von der Bahn abholt hatte, und ein gerade vorbeigehender Passant Y wurden verletzt. Beide verlangen Ersatz der Heilungskosten und des entgangenen Verdienstes sowie ein Schmerzensgeld.

Am 14. Mai 2000 wird über das Vermögen des C das Insolvenzverfahren eröffnet. Als Insolvenzverwalter wird D bestellt. Dieser verkauft im Juni das Hotel an E. Da E sich weigert, den Chauffeur zu übernehmen, wird diesem vom Insolvenzverwalter zum 30. Juni 2000 gekündigt.

II.

G ist Alleininhaber des Bräunungsstudios „Sun + Fun“. Mit B gründet er durch notariellen Vertrag die „Bräunungsstudio Sun + Fun GmbH“. Eine Eintragung der

Gesellschaft in das Handelsregister ist nicht erfolgt. Für das Bräunungsstudio nimmt G als alleiniger Geschäftsführer bei K ein Darlehen in Höhe von 20.000 € auf. Wenig später wird er verhaftet. B führt das Unternehmen zunächst weiter. Er gewinnt X als Partner. Beide führen den Geschäftsbetrieb des Bräunungsstudios als „Palm Beach GbR“ weiter.

K verlangt die Rückzahlung des Darlehens.

Wen kann er in Anspruch nehmen?

Leitentscheidung: BGH NJW 2000, 1193 f. – aber Vorsicht, s. K. Schmidt, NJW 2000, 1521 ff.

I. Haftung für Geschäftsverbindlichkeiten

Die Firma Meier & Co KG ist am 3. März eine Verbindlichkeit in Höhe von 5.000 € eingegangen. Am 16. Mai verlangt der Gläubiger Glaser Zahlung.

I. Nach Ausscheiden von Huber als Kommanditist veräußert der nunmehrige Alleininhaber der Firma Anton Meier & Co KG, Schulz, sein Handelsgeschäft an Müller, der das Unternehmen vom 1. April an unter der Firma „Anton Meier & Co Nachfolger“ fortführt.

1. Müller hat alle Aktiven und Passiven übernommen.

- a) Schulz haftet weiter; Freistellungsanspruch gegen Müller.
- b) Müller, § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB (kumulative Schuldübernahme).

2. Müller hat die Passiven nicht übernommen – Haftung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB; anders nur, wenn die Voraussetzungen nach § 25 Abs. 2 HGB vorliegen. Sonst lediglich Freistellungsanspruch gegen Schulz.

3. Müller war zur Firmenfortführung nicht berechtigt; dennoch wie unter 1 und 2.

II. Müller führt das Handelsgeschäft unter der Firma „Heinrich Müller e.K.“ fort.

- Nicht § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB; vgl. aber § 25 Abs. 3 HGB: Haftung nur, wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von

dem Erwerber bekanntgemacht worden ist; sonst nur bei einem Verpflichtungsgrund nach bürgerlichem Recht.

III.1. Der Inhaber der Firma Anton Meier e.K., Schulz, veräußert sein Handelsgeschäft an Müller und Schmitt, die es entweder als OHG oder als KG fortführen.

- § 25 HGB (wie oben unter I und II).

2. Schulz gründet mit Müller und Schmitt eine OHG; er bringt als Einlage sein Handelsgeschäft in die Gesellschaft ein.

- Hier kommt es auf die Firmenfortführung nicht an: § 28 Abs. 1 Satz 1 HGB. Wenn die Gesellschaft die Passiven nicht übernommen hat, dennoch Haftung nach § 28 Abs. 1 Satz 1 HGB; anders nur, wenn die Voraussetzungen nach § 28 Abs. 2 vorliegen. Sonst lediglich Freistellungsanspruch der OHG gegen Schulz.

- Haftung der Gesellschafter nach § 128 HGB. Beachte: Der bisherige Inhaber ist also aus zwei Gründen haftbar.

3. Schulz, Müller und Schmitt gründen eine KG, in der Schulz die Stellung eines Kommanditisten erhält.

- Wie unter 2. Haftung als Kommanditist nach § 171 HGB.

4. Die Firma Meier & Co oHG, bestehend aus Müller, Schmitt und Schulz, nehmen Krüger

a) als persönlich haftenden Gesellschafter auf.

- § 130 HGB.

b) als Kommanditist auf.

- § 173 HGB.

IV. Der Inhaber der Firma Anton Meier e.K., Schulz, stirbt. Erbe ist sein Neffe Huber.

- § 27 HGB; hier Problem der entsprechenden Anwendung des § 25 Abs. 2 HGB, wenn der Erbe das Unternehmen unter der bisherigen Firma fortführt.

V. Huber verpachtet das Handelsgeschäft an Müller.

- Wie unter I.

II. Übergang der im Betrieb begründeten Forderungen

Die Firma Meier & Co oHG hat gegen Glaser eine Darlehensforderung in Höhe von 5.000 €

I. Ist Alleininhaber Schulz, so muss bei der Firma „& Co oHG“ entfallen; sie kann aber auch lauten „Meier & Co Nachfolger e.K.“. Schulz veräußert sein Handelsgeschäft an Müller, der das Unternehmen vom 1. April an unter der Firma „Meier & Co Nachfolger e.K.“ fortführt. Der Inhaberwechsel wird am 8. April in das Handelsregister eingetragen und am 11. April bekanntgemacht.

- Die Forderung geht in jedem Fall nur nach § 398 BGB auf Müller über. Problem: Kann der Schuldner auch an den Erwerber des Handelsgeschäfts leisten? Kann dieser die Leistung verlangen?

1. Müller war zur Fortführung der Firma berechtigt.

- Unwiderlegliche Vermutung (nicht *cessio legis*) nach § 25 Abs. 1 Satz 2 HGB.

a) Glaser zahlt dennoch am 3. April an Schulz. – § 407 BGB.

b) Glaser zahlt am 14. April an Schulz.

- Nicht § 407 BGB; denn § 15 Abs. 2 HGB (positive Publizität der Eintragung im Handelsregister und der *Bekanntmachung*; würde also nicht eingreifen, wenn Zahlung am 9. April erfolgt wäre).

2. Müller war zur Fortführung der Firma berechtigt, hat aber die Aktiven nicht übernommen – § 25 Abs. 1 Satz 2, also wie unter 1. Anders nur, wenn die Voraussetzungen nach § 25 Abs. 2 HGB vorliegen; sonst lediglich Anspruch des Schulz gegen Müller nach § 816 Abs. 2 BGB.

3. Müller war zur Fortführung der Firma nicht berechtigt.

- Nicht § 25 Abs. 1 Satz 2 HGB.

II. Müller führt das Handelsgeschäft unter der Firma „Heinrich Müller e.K.“ fort.

- Wie unter I. 3.

III. 1. Der Inhaber der Firma Anton Meier e.K., Schulz, veräußert sein Handelsgeschäft an Müller und Schmitt, die es als OHG oder als KG fortführen.

- Wie oben unter I und II.

2. Schulz gründet mit Müller und Schmitt eine OHG; er bringt als Einlage sein Handelsgeschäft in die Gesellschaft ein. Die OHG wird am 8. April in das Handelsregister eingetragen und am 11. April bekanntgemacht.

- Die Forderung geht auch hier nur gemäß § 398 BGB auf die Gesellschaft über; aber unwiderlegliche Vermutung nach § 28 Abs. 1 Satz 2 HGB, auch wenn die OHG die frühere Firma nicht fortführt.

a) Glaser zahlt am 3. April an Schulz.

- § 407 BGB.

b) Glaser zahlt am 14. April an Schulz.

- Nicht § 407 BGB; denn § 15 Abs. 2 HGB.

IV. Der Inhaber der Firma Anton Meier e.K., Schulz, stirbt. Erbe ist sein Neffe Huber.

- § 1922 BGB.

V. Huber verpachtet das Handelsgeschäft an Müller.

- Wie unter I.

III. Besonderheiten beim Arbeitsverhältnis

I. Der Inhaber der Firma Anton Meier e.K., Schulz, veräußert sein Handelsgeschäft an Müller:

§ 613a BGB gilt hier ohne Rücksicht darauf, ob die Firma fortgeführt wird oder nicht. Abgestellt wird jedoch nicht auf das Handelsgeschäft (= Unternehmen), sondern auf den Betrieb oder Betriebsteil. Der Betrieb ist lediglich die arbeitstechnische Organisation des Unternehmens, wobei zu beachten ist, dass ein Unternehmen sich in zwei oder mehrere relativ verselbständigte arbeitstechnische Organisationseinheiten gliedern kann, also zwei oder mehrere Betriebe umfasst. Bei einem durch Rechtsgeschäft veranlassten Übergang des Betriebs oder eines Betriebsteils tritt der Erwerber in die beim Übergang bestehenden Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen ein. Das gilt auch bei einer Veräußerung durch den Insolvenzverwalter (BAGE 32, 326 = AP Nr. 18 zu § 613a BGB; aber insoweit nicht anwendbar, als diese Vorschrift die Haftung des Betriebserwerbers für bereits entstandene Ansprüche vorsieht, weil insoweit die Verteilungsgrundsätze des Insolvenzverfahrens Vorrang haben).

Der Betriebserwerber hat kein Ablehnungsrecht, sondern lediglich der Arbeitnehmer ein Widerspruchsrecht (§ 613a VI BGB normiert insoweit die frühere Rechtsprechung BAGE 26, 301 = AP Nr. 1 zu § 613a BGB).

Neben § 613a BGB kommt auch eine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB in Betracht (vgl. BAGE 29, 94 = AP Nr. 6 zu § 613a BGB = NJW 1977 S. 1791), z. B. § 613a BGB für Versorgungsanwartschaften, aber nicht Versorgungsansprüche, für letztere deshalb § 25 HGB.

II. Gründet Schulz mit Müller und Schmitt eine OHG und bringt er als Einlage sein Handelsgeschäft in die Gesellschaft ein, so gilt ebenfalls § 613a BGB.

III. Nimmt die Firma Meier & Co. oHG Krüger als persönlich haftenden Gesellschafter oder als Kommanditisten auf, so gilt § 130 bzw. § 173 HGB.

IV. Der Inhaber der Firma Anton Meier e.K., Schulz, stirbt, Erbe ist sein Neffe Huber.

- § 1967 BGB. Führt er das Unternehmen nicht weiter, so kann der Betriebsrat bei Betriebsstillegung die Aufstellung eines Sozialplans erzwingen (§ 112 BetrVG); bei Veräußerung an einen Dritten gilt § 613a BGB (wie oben unter I).

Führt der Neffe das Unternehmen weiter, so gilt § 27 HGB, der auf § 25 HGB verweist; allerdings wird man hier § 613a BGB entsprechend anwenden.

V. Huber verpachtet das Handelsgeschäft an Müller.

- Wie unter I.

D. Sondervorschriften des Schuld- und Sachenrechts im HGB

Handelsgeschäfte

Besprechungsfälle

1. Schulz, Inhaber der Firma „Anton Huber e.K.“, erklärt dem Glaser mündlich, dass er für die Verbindlichkeiten des Schulz in Höhe von 10.000 € bürgt.
2. Huber und Schulz, die das Landgut Adlershorst unter der Firma „Anton Huber & Co OHG“ betreiben, bestellen bei Mayer Sommerroggen. Dieser liefert am 3. März Winterroggen. Obwohl die Verwechslung sofort erkannt wird, rügen Huber und Schulz sie erst am 15. März.

I. Verhältnis zum BGB

Die Vorschriften des Vierten Buchs des HGB über die Handelsgeschäfte, insbesondere die §§ 343 – 381 HGB, enthalten lediglich Ergänzungen zum BGB. Für Handelsgeschäfte gilt auch das BGB; das HGB enthält nur Sondervorschriften. Voraussetzung für die Geltung der besonderen handelsrechtlichen Vorschriften, die teils ergänzend, teils abändernd neben die allgemeinen Normen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs treten, ist das Vorliegen eines Handelsgeschäfts, wobei teilweise verlangt wird, dass das Rechtsgeschäft für beide Teile ein Handelsgeschäft ist (z.B. §§ 377, 379 HGB).

II. Begriff des Handelsgeschäfts: § 343 HGB

1. In diesem Zusammenhang ist auf folgende **Unterscheidung** zu achten: Bei §§ 18, 21 ff. HGB ist mit Handelsgeschäft das **Unternehmen des Kaufmanns** gemeint.

Im 4. Buch des HGB fallen hierunter aber nur die einzelnen vom Kaufmann getätigten (Rechts-)Geschäfte.

Man unterscheidet *einseitige* und *beiderseitige Handelsgeschäfte*.

Beachte: Ein einseitiges Rechtsgeschäft kann ein beiderseitiges Handelsgeschäft sein und umgekehrt.

2. Zum Betrieb des Handelsgewerbes gehörend

Handelsgeschäfte – in Abgrenzung zum Privatgeschäft – sind die zum Betrieb des Handelsgewerbes des Kaufmanns gehörenden Geschäfte, d.h. alle, die dem Interesse des Handelsgewerbes, der Erhaltung seiner Substanz und Erzielung von Gewinn dienen sollen.

Erfasst werden auch *Hilfs- und Nebengeschäfte*, z.B. betr. Personal, Einrichtung und Ausstattung des Betriebs, Finanzierung und *vorbereitende Geschäfte*, z.B. Bierlieferungsvertrag für zu errichtendes Hotel.

3. § 344 HGB

Ergeben sich bei der Abgrenzung Privatgeschäft / Handelsgeschäft Zweifel, gelangt § 344 HGB zur Anwendung.

Dieser enthält lediglich eine widerlegbare Vermutung i. S. v. § 292 ZPO.

Der Gegenbeweis muss die Zugehörigkeit des Geschäfts zum Gewerbebetrieb des Kaufmanns widerlegen. Nicht entscheidend ist Abschluss unter bürgerlichem Namen statt Firma.

Die Widerlegung zum Nachteil des Geschäftspartners setzt voraus, dass dieser den privaten Charakter des Geschäfts kannte oder kennen musste.

§ 344 HGB ist gegenstandslos für Handelsgesellschaften aller Art; alle ihre Geschäfte sind im Betrieb ihres Handelsgewerbes vorgenommen.

III. Besonderheiten beim Abschluss

1. **Formerleichterungen für den Kaufmann: § 350 HGB.**

2. Der Grundsatz, dass das **Schweigen** nicht als Annahme gilt, erfährt im Handelsrecht Einschränkungen:

a) § 362 HGB

b) **Schweigen auf kaufmännisches Bestätigungsschreiben (KBS):**

aa) *Begriff und Rechtsfolge*

Es ist im Handelsverkehr üblich, mündlich getroffene Abreden schriftlich zu bestätigen, sei es, um einen Vertrag endgültig abzuschließen, sei es, um den

Inhalt eines bereits geschlossenen Vertrags zu Beweiszwecken schriftlich festzuhalten.

Nur bei letzterem handelt es sich um ein echtes KBS.

Will nun eine Partei mit einer solchen schriftlichen Mitteilung die Rechtslage klarstellen, so hat sich im Rahmen des § 346 HGB der Handelsbrauch entwickelt, dass die andere Partei *unverzüglich* – ohne schuldhaftes Zögern, § 121 BGB – *widersprechen* muss, wenn die Mitteilung vom mündlich vereinbarten Inhalt des Vertrages abweicht. Andernfalls kommt der Vertrag mit dem *Inhalt des KBS* zustande.

Eine *Ausnahme* gilt nur dann, wenn der Bestätigende das Verhandlungsergebnis bewusst unrichtig oder entstellt wiedergibt, also arglistig handelt, oder wenn das KBS inhaltlich so weit vom Vorbesprochenen abweicht, dass der Absender vernünftigerweise mit dem Einverständnis des Empfängers nicht rechnen konnte (vgl. BGHZ 7, 187 [190]; 40, 42 [44]; 93, 343; BGH NJW 1987, 1942).

Die Vorschriften über *Willensmängel* sind anzuwenden (str.). Der *Irrtum über die Bedeutung des Schweigens* berechtigt aber nicht zur Anfechtung (allgemeine Meinung; unbeachtlicher Rechtsfolgenirrtum). Ließe man eine Anfechtung zu, würde die Rechtsfolge des Schweigens beseitigt, obwohl sie gerade unabhängig vom Willen des Schweigenden eintritt. Die Anfechtung kann auch nicht darauf gestützt werden, dass *KBS und mündliche Abrede voneinander abweichen*.

bb) *Zweck*

Es soll spätere Streitigkeiten darüber vermeiden, ob überhaupt ein Vertrag geschlossen worden ist und welche Vertragsbedingungen im einzelnen vereinbart worden sind.

Das KBS ist also i.d.R. bloße *Beweisurkunde*.

cc) *Voraussetzungen*

(1) Das Bestätigungsschreiben muss sich auf eine mündlich, fernmündlich, fernschriftlich oder telegraphisch getroffene Vereinbarung beziehen. Zwischen den Parteien müssen *Vertragsverhandlungen* stattgefunden haben. Nicht erforderlich ist, dass sie zu einem wirksamen Vertragsschluss geführt haben. Der Absender muss jedoch der Ansicht sein, man habe sich bereits geeinigt.

(2) *Abgrenzung zur Auftragsbestätigung*

Während das Bestätigungsschreiben den Inhalt eines nach Ansicht des Absenders bereits geschlossenen Vertrages wiedergibt, ist die sog. Auftragsbestätigung die schriftliche Annahme eines Vertragsangebots, und zwar i.d.R. eine Annahme unter Änderungen, § 150 Abs. 2 BGB. Anders als beim KBS bedeutet das Schweigen auf eine Auftragsbestätigung grundsätzlich keine Zustimmung. Die Abgrenzung im Einzelfall ist Auslegungsfrage. Entscheidend ist, ob das Schreiben nach seinem Inhalt den Vertrag erst zustande bringen oder das Ergebnis früherer Vertragsverhandlungen verbindlich festlegen soll.

(3) *Wirksamer Zugang*, § 130 BGB.

(4) *Redlichkeit des Absenders*; nachträgliche Kenntnis von der Unrichtigkeit ist unschädlich. Zurechnung des bösen Glaubens des Vertreters über § 166 Abs. 1 BGB analog.

(5) *Empfänger bzw. Absender* eines KBS ist, wer wie ein Kaufmann in größerem Umfang selbständig am Rechtsverkehr teilnimmt und erwarten kann, dass ihm gegenüber nach kaufmännischer Sitte verfahren wird.

(6) *Schweigen bzw. verspäteter Widerspruch*

Der Widerspruch muss *unverzüglich* (§ 121 BGB) binnen einer angemessenen kurzen Frist erklärt werden, i.d.R. binnen 1 bis 2 Tagen, 3 Tage können noch ausreichen, dagegen ist eine Woche i.d.R. zu lang.

dd) *Einzelprobleme*

(1) *KBS und AGB*

Verweist das Bestätigungsschreiben auf AGB, so werden diese mangels Widerspruchs auch dann Vertragsinhalt, wenn sie nicht Gegenstand der Vertragsverhandlungen oder nicht beigefügt waren.

Auch hier gilt aber der Grundsatz, dass erhebliche Abweichungen vom mündlich Vereinbarten nicht gedeckt sind. In diesem Zusammenhang kann die Branchenüblichkeit von Bedeutung sein.

(2) *Sich kreuzende KBS*

Bei sich kreuzenden, inhaltlich verschiedenen Bestätigungsschreiben tritt die Rechtswirkung nicht ein, Widerspruch ist nicht erforderlich; anders nur, wenn die Abweichung nur eine ohnehin zu erwartende Vertragsergänzung betrifft, z.B. beidseitige Bezugnahme auf widersprechende AGB (BGH NJW 1966, 1070: Haftungsbegrenzung); str.

IV. Besonderheiten für den Inhalt

1. Zinsen: §§ 353, 354 Abs. 2, 352 HGB (vgl. dagegen §§ 288, 291, 256, 246, 247 BGB).
2. Sorgfaltsmaßstab: § 347 HGB.
3. Provision und Lagergeld: § 354 Abs. 1 HGB.
4. Keine Einrede der Vorausklage bei Bürgschaft: § 349 HGB.
5. Keine Herabsetzung der Vertragsstrafe: § 348 HGB.
6. Auslegungsregeln: §§ 346, 358 – 361 HGB.
7. Allgemeine Geschäftsbedingungen: § 310 Abs. 1 BGB.

V. Sachenrechtliche Besonderheiten

1. Erweiterung des Gutgläubensschutzes beim Erwerb von Eigentum und Vertragspfandrecht: § 366 Abs. 1 HGB – im Gegensatz zum BGB genügt guter Glaube an die Verfügungsbefugnis. Veräußerer muss Kaufmann sein. Schutz bei Veräußerung in eigenem Namen; str., ob der Schutz auch bei Veräußerung in fremdem Namen besteht (= guter Glaube an die Vertretungsmacht).

Nicht geschützt: Guter Glaube an die Geschäftsfähigkeit und der gute Glaube bei abhanden gekommenen Sachen.

2. Einschränkung des Gutgläubensschutzes bei Inhaberpapieren: § 367 HGB.
3. Erweiterung des Gutgläubensschutzes beim Erwerb gesetzlicher Pfandrechte: § 366 Abs. 3 HGB (Schuldner braucht nicht Kaufmann zu sein, h.L.).
4. Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht: § 369 HGB.

Unterschiede zu § 273 BGB:

- a) Keine Konnexität,
- b) nicht nur Einrede, sondern Befriedigungsrecht, § 371 HGB,
- c) Absonderungsrecht in der Insolvenz, § 51 Nr. 3 InsO.

VI. Besonderheiten beim Handelskauf

1. Annahmeverzug des Käufers: §§ 373, 374 HGB.

2. Spezifikationskauf: Bestimmung ist Hauptverpflichtung des Käufers; vgl. § 375 HGB.

3. *Fixhandelskauf*: § 376 HGB. Es muss eine Vereinbarung über eine bestimmte Leistungszeit gegeben sein. Diese muss ein so wesentlicher Vertragsbestandteil sein, dass mit ihrer Einhaltung oder Versäumung der ganze Vertrag „steht oder fällt“.

Es muss sich aus der Vereinbarung klar ergeben, dass der Gläubiger an einer späteren Leistung kein Interesse mehr hat.

Beispiele für solche *Fixklauseln* (Indiz für Fixgeschäft): Vertragswortlaut „fix“, „präzis“, „genau“, „Nüsse zu Weihnachten“.

Keine Fixklauseln sind i.d.R.: „sofort“, „spätestens bis Ende des Monats“, „binnen kürzester Frist“.

Rechtsfolgen: Im Unterschied zu den Vorschriften des BGB kann der Gläubiger entweder vom Vertrag zurücktreten oder aber Schadensersatz verlangen. (vgl. § 281 Abs. 2 BGB und § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB sowie § 376 Abs. 1 S. 1 HGB)

4. **Untersuchungs- und Rügeobliegenheit bei beiderseitigem Handelskauf: § 377 HGB.**

a) *Geltungsbereich*

§ 377 HGB gilt bei beiderseitigem Handelskauf (§§ 343, 344 HGB), Werklieferungsvertrag (§ 381 Abs. 2 HGB), Kauf von Wertpapieren (§ 381 Abs. 1 HGB), Tausch (§ 515 BGB).

b) *Wirkung des § 377 Abs. 2 und Abs. 3 HGB*

Erfolgt die Rüge nicht rechtzeitig (unverzüglich i. S. v. § 121 BGB), tritt die *Fiktion der Fehlerfreiheit* ein. Der Käufer verliert die Rechte, die er sonst wegen des Fehlers gehabt hätte:

aa) Dem Käufer stehen *keine Gewährleistungsansprüche* zu; er muss die Ware in jeder Hinsicht als vertragsgemäß geliefert ansehen.

bb) Diese Fehlerfreiheit wird hinsichtlich *aller vertraglichen Ansprüche* fingiert. Damit sind auch Ansprüche auf *Schadensersatz neben der Leistung* gem. § 280 I BGB (früher insbes. wegen Mangelfolgeschäden) ausgeschlossen, sofern sie ihren Grund in der Beschaffenheit der nunmehr genehmigten Ware haben.

cc) Hinsichtlich etwaiger *Ansprüche gem. §§ 823 ff. BGB* („weiterfressender Fehler“, Produzentenhaftung) ist dies umstritten, wird aber vom BGH abgelehnt, der eine unangemessene Schlechterstellung des Käufers im Vergleich zum Dritten in seinem Rechtsgüterschutz zu vermeiden sucht.

5. Lieferantenregress gem. § 478 BGB

E. Haftung für Gesellschaftsschulden

Besprechungsfall

Die Firma Naturholz KG betreibt eine Möbelfabrik. Im Februar schließt der persönlich haftende Gesellschafter A mit dem Inhaber eines im Bau befindlichen Hotels einen Vertrag über die Lieferung der gesamten Möbeleinrichtung des Hotels. Nach dem Vertrag sind die Möbel zum 30. September zu liefern, da das Hotel am 15. Oktober öffnen will. Da A im April erkrankt, wird für ihn am 1. Mai ein Betriebsleiter eingestellt, der sich als unfähig erweist, die Möbel rechtzeitig herzustellen. Die Firma Naturholz KG hatte bisher noch nie die gesamte Möbeleinrichtung eines Hotels hergestellt. Es kann am 30. September nur die Hälfte der Zimmer möbliert werden.

Der Hotelier verlangt deshalb von der Firma Naturholz KG Ersatz des Gewinnausfalls. Er nimmt auch den wohlhabenden B in Anspruch, der der Firma Naturholz KG bis zum 31. März als Kommanditist mit einer voll eingezahlten Einlage in Höhe von 150.000 € angehört hatte. Sein Ausscheiden war noch im April im Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht worden. Vereinbarungsgemäß war die Einlage in ein Darlehen umgewandelt worden, das die Firma Naturholz KG mit 12 Prozent zu verzinsen hatte.

I. Haftung der Gesellschafter in der BGB-Gesellschaft

1. Individualistische Gesamthandsvermögenslehre

Die BGB-Gesellschaft kann nicht unter einem Gesamtnamen Verbindlichkeiten eingehen. Schuldner ist deshalb nach bisher h.M. nicht die BGB-Gesellschaft, sondern es sind die Gesellschafter: Sie werden verpflichtet; es entsteht eine Gesamtschuld (§ 427 BGB).

Die Theorie der Doppelverpflichtung unterscheidet dagegen zwischen der Gesamthandschuld und der Individualverbindlichkeit der Gesellschafter. Es handelt sich dabei aber nicht um eine von der Gesellschaftsschuld inhaltlich verschiedene Verbindlichkeit, sondern nach der Theorie der Doppelverpflichtung basiert die Haftung auf einem namens des Gesellschafters begründeten Schuldbeitritt zu der Gesamthandschuld. Dieser werden durch den

geschäftsführenden Gesellschafter begründet, der demnach nicht nur als organschaftlicher Vertreter der Gesellschaft, sondern zugleich im eigenen Namen und als Bevollmächtigter der Mitgesellschafter aufträte. Die Konsequenz dieser Lehre ist, dass bei Fehlen einer entsprechenden Vollmacht (gemildert durch die Anerkennung einer Rechtsscheinhaftung) eine persönliche Verpflichtung der Gesellschafter nicht entsteht. Dieser Annahme hat der BGH widersprochen (NJW 1999, S. 3483 ff.).

Nur soweit Gläubiger in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken wollen, zeigt sich die Besonderheit, dass neben der Gesamtschuld die Gesamthandsverbindlichkeit besteht. Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich (§ 736 ZPO).

Eine Begrenzung der Haftung wird bei der BGB-Gesellschaft dadurch erreicht, dass die Vertretungsmacht entsprechend begrenzt werden kann (§ 714 BGB; vgl. aber BGH NJW 1999, S. 3483). Das scheidet bei den Personenhandelsgesellschaften, OHG und KG, aus; die Vertretungsmacht ist hier unbeschränkt und unbeschränkbar (§ 126 HGB). Daher kommt nur in Betracht, dass die Gesellschafter unbeschränkt persönlich haften (§ 128 HGB) oder eine beschränkte persönliche Haftung eintritt (§ 171 Abs. 1 HGB).

2. *Theorie der kollektiven Einheit*

Für die Außen-GbR folgt der BGH seit BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 der Theorie der kollektiven Einheit. Entgegen den gesetzlichen Vorgaben (§ 54 BGB, Fehlen einer § 124 HGB entsprechenden Regelung in §§ 705 ff BGB, § 736 ZPO) geht die höchstrichterliche Rechtsprechung von der Rechtsfähigkeit der GbR aus. Dies ergebe sich aus zahlreichen Regelungen des Gesetzgebers unserer Zeit. So weise § 14 II BGB auf die Existenz rechtsfähiger Personengesellschaften hin, § 191 II Nr. 1 UmwG bezeichnet die GbR als „Rechtsträger“ und ermöglicht eine mit der individualistischen Vermögensgesamthandslehre nicht erklärbare identitätswahrende Umwandlung. Gemäß § 11 II Nr. 1 InsO ist die GbR Träger der Insolvenzmasse. Anlaß der Entscheidung waren jedoch Überlegungen zum Gläubigerschutz: Eine Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen setzt nach § 736 ZPO einen Titel gegen alle Gesellschafter voraus. Wegen der fehlenden Registerpublizität ist der Gesellschafterbestand für den Gläubiger nur schwer zu erkennen.

Das letztgenannte Argument zeigt, warum der BGH seine Ausführungen auf die Außengesellschaft beschränkt. Eine Gesellschaft nämlich, die nicht nach außen in Erscheinung tritt, erschöpft sich in einem bloßen Schuldverhältnis zwischen den Gesellschaftern. Sie wird von Dritten i. d. R. auch nicht verklagt.

Für die Gesellschafterhaftung gilt nach Ansicht des BGH die *Akzessorietätstheorie*. § 128 HGB wird analog angewendet. Das Verhältnis zwischen der Verbindlichkeit der GbR und der Haftung des Gesellschafters entspricht im Wesentlichen der Haftung des Gesellschafters bei der OHG.

Nach Ansicht des BGH ist aber trotz Parteifähigkeit der GbR für die *Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen* neben einem Titel gegen die Gesellschaft nach wie vor gem. § 736 ZPO ein Titel gegen alle Gesellschafter ausreichend. § 736 ZPO diene der Privilegierung des Gesellschaftsvermögens. Nicht erforderlich sei analog § 124 II HGB ein Titel gegen die Gesellschaft. (BGH NJW 2004, 3632)

Auch die *Zurechnungsnorm des § 31 BGB* ist – dem oben dargestellten Haftungssystem folgend – nach aktueller Rechtsprechung des BGH auf die GbR *analog* anwendbar. Der Gesellschafter haftet auch für gesetzlich begründete Verbindlichkeiten der GbR. Das Gericht sieht dies als notwendige Folge des geänderten Verständnisses der Rechtssubjektivität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihrer Haftungsverfassung an. Ob Haftungsprivilegierungen des einzelnen Gesellschafters analog § 128 HGB auf die Gesellschaft durchwirken, hat der BGH in seinem Urteil vom 24. 6. 2003 noch offen lassen können, da die Grundsätze der gestörten Gesamtschuld das Ergebnis trugen (BGHZ 154, 88 = NJW 2003, 1445 und BGHZ 155, 205 = NJW 2003, 2984 in Abkehr von BGHZ 45, 311, 312).

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung hat der eintretende Gesellschafter einer GbR grundsätzlich auch für *vor seinem Eintritt begründete Gesellschaftsverbindlichkeiten analog § 130 HGB* persönlich und als Gesamtschuldner mit den Altgesellschaftern einzustehen. Dies entspreche dem Wesen der Personengesellschaft (garantiertes Haftkapital), einer im Verkehrsschutzinteresse zu Ende gedachten Akzessorietät der Haftung und den gesetzlichen Regeln bei anderen Personengesellschaften (z. B. § 8 Abs. 1 PartGG, Art. 26 Abs. 2 EWIV-VO [= EG-VO Nr. 2137/85 über die Europäische

Wirtschaftliche Interessenvertretung]). (BGHZ 154, 370 = NJW 2003, 1803). Selbst bei der Rechtsanwalts-GbR wendet der BGH allerdings nicht § 8 PartGG entsprechend an, der auf § 130 HGB nur mit Einschränkungen verweist (§ 8 Abs. 2 und 3 PartGG).

II. Haftung der Gesellschafter für Schulden einer OHG oder KG

1. Die OHG und die KG können unter ihrer Firma Verbindlichkeiten eingehen (§ 124 Abs. 1 HGB).

2. Die Gesellschafter einer OHG haften für die Gesellschaftsschulden unbeschränkt persönlich, § 128 HGB. Kommanditisten haften zwar auch persönlich, aber nur beschränkt, so dass die Haftung ausgeschlossen ist, soweit die Hafteinlage geleistet ist, § 171 Abs. 1 HGB. Beachtenswert ist hier, dass die *Hafteinlage* gemeint ist, die nicht mit der Pflichteinlage identisch zu sein braucht; vgl. §§ 172, 174 und 176 HGB.

Voraussetzung für die Haftung ist, dass der Betreffende im Zeitpunkt, in dem die Verbindlichkeit der OHG oder KG entstanden ist, schon oder noch Gesellschafter gewesen ist; bei Begründung einer Gesellschaftsverbindlichkeit nach Ausscheiden eines Gesellschafters ist aber § 15 Abs. 1 HGB zu beachten. Tritt ein neuer Gesellschafter in die OHG oder KG ein, so haftet er ebenfalls für die bereits begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten (§§ 130, 173 HGB). Die Gesellschafter haften als Gesamtschuldner (§ 128 Satz 1 HGB).

Der Gesellschafter hat gegen eine Inanspruchnahme die folgenden Verteidigungsmöglichkeiten:

- a) Er kann alle Einwendungen erheben und Einreden geltend machen, die von der Gesellschaft erhoben bzw. geltend gemacht werden können (§ 129 Abs. 1 HGB).
- b) Er kann alle Einwendungen und Einreden geltend machen, die in seiner Person begründet sind (§ 129 Abs. 1 HGB).
- c) Schließlich kann er einer Inanspruchnahme die Einrede entgegenhalten, dass die Gesellschaft berechtigt sei, das Rechtsgeschäft anzufechten, aus dem ihre Verbindlichkeit hervorgegangen ist (§ 129 Abs. 2 HGB), oder dass die

Gesellschaft gegenüber dem Anspruch des Gläubigers aufrechnen könne (§ 129 Abs. 3 HGB).

3. Problematisch ist der Inhalt der Gesellschafterhaftung. Das tritt vor allem in Erscheinung, wenn die Verbindlichkeit der OHG oder KG in einer nicht auf Geld gerichteten Leistungspflicht besteht oder wenn ein Gesellschafter in Anspruch genommen wird, der bereits aus der Gesellschaft ausgeschieden ist.

Nach der *Erfüllungstheorie* ist der Gesellschafter nicht nur zum Ersatz des aus der Nichterfüllung entstehenden Schadens, sondern zur persönlichen Erfüllung der Verbindlichkeit verpflichtet; es besteht eine Verbindlichkeit mit zwei Haftungsobjekten (so vor allem Flechtheim, in: Düringer/Hachenburg, HGB, § 128 Anm. 1, 3).

Nach der *Haftungstheorie* ist dagegen entscheidend, dass die Verpflichtung der OHG aus dem Gewerbebetrieb hervorgegangen ist; der einzelne Gesellschafter schuldet nur das Interesse, das der Gläubiger an der Erfüllung durch die Gesellschaft hat (vgl. R. Fischer, Großkommentar zum HGB, 3. Aufl., § 128 Anm. 9; vgl. auch BGHZ 23, 302 ff.).

Stellungnahme: Wird die Erfüllungspflicht vertraglich nicht auf die OHG oder KG beschränkt, so sind die Gesellschafter grundsätzlich in gleicher Weise wie die Gesellschaft zur Erfüllung verpflichtet. Das gilt uneingeschränkt jedoch nur bei vertretbaren Leistungen (vgl. BGHZ 73, 217, 221).

III. Haftung des eintretenden und des ausscheidenden Gesellschafters einer OHG oder KG

1. Wer in eine OHG oder KG eintritt, durch Rechtsgeschäft oder von Gesetzes wegen (z. B. durch Erbfolge), haftet für die vor seinem Eintritt begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten; eine entgegenstehende Vereinbarung ist unwirksam (vgl. §§ 130, 173 HGB).

2. Wer aus der Gesellschaft ausscheidet, bleibt für die Gesellschaftsschulden verhaftet, die im Zeitpunkt seines Ausscheidens bereits begründet waren. Keineswegs ist notwendig, dass eine Gesellschaftsschuld bereits fällig war, sondern es genügt, dass der maßgebliche Tatbestand gelegt ist, aus dem sich die Forderung gegen die Gesellschaft ergibt.

Zeitliche Begrenzung der Haftung: Gemäß § 160 HGB (§§ 159, 160 HGB neu gefasst durch das Nachhaftungsbegrenzungsgesetz vom 18.3.1994, BGBl. I S. 560; nachgebildet der Rechtsprechung zum Problem der Endloshaftung bei Dauerschuldverhältnissen: BGHZ 87, 286; anderer Ansicht ursprünglich BAG AP Nr. 1 zu § 128 HGB; s. aber BAG AP Nr. 4 zu § 128 HGB) ist die Nachhaftung des Gesellschafters auf 5 Jahre begrenzt. Streitig ist, ob diese Frist mit dem Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft oder erst mit dessen Eintragung in das Handelsregister beginnt (Hofmeister, NJW 2003, 93, 96 f.). Jedenfalls muss die Verbindlichkeit vor Ausscheiden des Gesellschafters begründet worden sein. Auch bei Dauerschuldverhältnissen, wie etwa einem Arbeitsverhältnis, kommt es dabei auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an, denn die Schuldverpflichtungen sind bereits im Vertrag selbst angelegt. Die überkommene Kündigungstheorie hat nunmehr auch das BAG aufgegeben (BAG NJW 2004, 3287).

Problem, wenn Inhalt und Umfang der Gesellschaftsschuld sich nach dem Ausscheiden verändern: BGHZ 36, 224 – Für die Lösung des Problems sind die folgenden Gesichtspunkte maßgebend:

- a) Die Situation des Gesellschafters ist seit seinem Ausscheiden schlechter geworden. Er hat keine Möglichkeit, Einblick in die Tätigkeit der Gesellschaft zu nehmen. Deshalb neigt der BGH (aaO.) dazu, dass der ausgeschiedene Gesellschafter gemahnt werden müsse, um ihn in Verzug zu setzen. Das gleiche mag für Fristsetzungen, Kündigungen und ähnliche Maßnahmen gelten.
- b) Kann aber in Fällen, in denen die Gesellschaft nach dem Ausscheiden des Gesellschafters schuldhaft einen Schaden verursacht, der ausgeschiedene Gesellschafter nicht mehr in Anspruch genommen werden, so wäre der Schutz, den dem Gesellschaftsgläubiger die persönliche Haftung der Gesellschafter verschaffen soll, nicht mehr gewährleistet. Der Gesellschaftsgläubiger muss darauf vertrauen dürfen, dass der Gesellschafter schadensersatzpflichtig ist, wenn die Gesellschaft nach seinem Ausscheiden schuldhaft einen Schaden verursacht.

IV. Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers durch einen Gesellschafter

1. Der Gesellschafter hat, wenn er Gesellschaftsverbindlichkeiten erfüllt, einen Ersatzanspruch nach § 110 HGB gegen die Gesellschaft. Für die Erfüllung dieser Sozialverpflichtung haften nicht die Gesellschafter nach § 128 HGB (vgl. BGHZ 37, 299 ff.).

2. Ein Anspruch ergibt sich weiterhin aus § 426 BGB. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass diese für die Gesamtschuld maßgebliche Regelung durch § 110 HGB eine Modifizierung erfährt. Es ist aber nicht gerechtfertigt, dem Gesellschafter den Rückgriff gegen seine Mitgesellschafter zu versagen, wenn er von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen kann. Es besteht also eine subsidiäre Haftung der Mitgesellschafter: Jeder Mitgesellschafter hat den Teil des verauslagten Betrages zu erstatten, der nach dem Gesellschaftsvertrag auf den einzelnen Gesellschafter entfällt, wenn der Gesellschafter, der die Gesellschaftsverbindlichkeit gezahlt hat, keine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen erlangen kann. Der BGH stellt ausdrücklich fest: „Dem steht auch nicht der Grundsatz des § 707 BGB entgegen, da die persönliche Haftung des Gesellschafters 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“ (vgl. BGHZ 37, 299 ff.).

V. Einzelklagebefugnis eines Gesellschafters und actio pro socio

1. Die actio pro socio ist scharf von der Einzelklagebefugnis eines Gesellschafters bei Gesamthandsansprüchen gegenüber Dritten zu unterscheiden. Alle Gegenstände, die in das Gesellschaftsvermögen fallen, stehen den Gesellschaftern zur gesamten Hand zu; anders als bei einer juristischen Person haben die Gesellschafter also eine dingliche Mitberechtigung. Das ist auch zu beachten, wenn eine Gesellschaft, genauer: die Gesellschafter zur gesamten Hand, eine Forderung gegen einen Dritten haben. Die Einzelklagebefugnis eines Gesellschafters gegen einen Dritten ist keine actio pro socio.

2. Wer für eine Gesellschaft die *Gesamthandsansprüche* geltend macht, beurteilt sich in erster Linie nach der Organisation der Gesellschaft, also nach der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht. Für die BGB-Gesellschaft

gelten die §§ 709, 714 BGB; für die OHG und die KG gelten §§ 114 ff., 125 ff., 164, 170 HGB.

Sofern Einzelgeschäftsführungsbefugnis und Einzelvertretungsmacht bestehen, ergibt sich kein Problem. Wenn dagegen einzelne Gesellschafter von der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht ausgeschlossen sind oder nur alle Gesellschafter die Geschäfte führen können und die Gesellschaft vertreten können, stellt sich die Frage nach einer Einzelklagebefugnis im eigenen Namen gegen einen Dritten auf Leistung an die Gesellschaft. Dass diese Befugnis nicht ausgeschlossen ist, ergibt sich aus §§ 432, 2039 BGB. Problematisch ist aber, ob es sich um eine *Prozessführungsbefugnis* oder um einen *materiellen Anspruch* handelt. Geht man davon aus, dass in diesen Fällen der Gesamthänder eine dingliche Mitberechtigung hat, handelt es sich um ein Problem des materiellen Rechts. Diese Regelung wird überdeckt durch das Gesellschaftsrecht; aber es muss insoweit eine Ausnahme gemacht werden, als der Gesamthänder ein berechtigtes Interesse an der Geltendmachung des Anspruchs hat.

BGHZ 12, 308 (318): „Die Einschränkung der persönlichen Befugnisse des einzelnen Gesellschafters zugunsten der Gesellschaft kann nur soweit gehen, als dies für die Gemeinschaftsbelange in der Gesellschaft erforderlich ist; darüber hinaus kann sie nicht gehen. Das bedeutet, dass ein einzelner Gesellschafter immer dann, wenn aus einem berechtigten Interesse, das mit dem Gemeinschaftsinteresse nicht in Widerspruch steht, sondern ihm womöglich allein entspricht, gegen einen Dritten Gesellschaftsforderungen im eigenen Namen nach Maßgabe des § 432 BGB geltend zu machen befugt ist.“

Bei der BGB-Gesellschaft wird deshalb die Einzelklage zugelassen,

- a) wenn der Gesellschafter an der Einziehung ein berechtigtes Interesse hat,
- b) die Mitgesellschafter die von ihnen nach dem Gesellschaftsvertrag geschuldete Mitwirkung zur Einziehung verweigern und
- c) keine besonderen Interessen des Gesellschaftsschuldners entgegenstehen, also insbesondere wenn er an dem gesellschaftswidrigen Verhalten der anderen Gesellschafter beteiligt ist (BGHZ 39, 14, 15 ff.).

Beispiel: A, B und C sind Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft. A ist alleiniger Geschäftsführer und Vertretungsberechtigter. D, ein Verwandter des A, hat vor längerer Zeit ein Darlehen von der Gesellschaft erhalten. Er zahlt dieses Darlehen

trotz Fälligkeit nicht zurück, weil er seine guten Beziehungen zu A höher einschätzt als dessen Loyalität gegen die Gesellschaft. A unternimmt nichts, auch B will sich heraushalten. Hier stellt sich die Frage, ob C im eigenen Namen das Darlehen einklagen kann.

Was für die BGB-Gesellschaft gilt, soll aber für die OHG und KG nicht gelten; jedoch bestehen gegen die Begründung Bedenken, dass einem Einzelgesellschafter im Verhältnis zum Dritten die Sachbefugnis fehle, weil die OHG nach § 124 HGB weitgehend verselbständigt sei.

3. Der *Anwendungsbereich der actio pro socio* liegt in den Fällen, dass ein Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis zu einer Leistung oder zum Schadensersatz verpflichtet ist. Hier stellt sich die Frage, ob nur die Gesellschaft, vertreten durch die nach der Organisation der Gesellschaft dazu berufenen Gesellschafter, den Anspruch geltend machen kann oder aber ob auch der einzelne Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis berechtigt ist, den Anspruch geltend zu machen.

Die ganz herrschende Lehre nimmt an, dass Ansprüche, die ihre Grundlage im Gesellschaftsverhältnis haben, auch von jedem einzelnen Gesellschafter geltend gemacht werden können; er kann aber nur Leistung an die Gesellschaft verlangen. BGHZ 25, 47 (49): „Da die gesellschaftsvertraglichen Verpflichtungen eines jeden Gesellschafters auf dem Gesellschaftsvertrag beruhen und Partner dieses Vertrages sämtliche Gesellschafter sind, steht jedem von ihnen grundsätzlich ein Anspruch darauf zu, dass der andere die von ihm übernommenen Verpflichtungen erfüllt.“

Zur dogmatischen Begründung kann hier nicht auf §§ 432, 2039 BGB zurückgegriffen werden; diese Bestimmungen sind nur insoweit heranzuziehen, als der Gesellschafter seinen Anspruch auf die Mitberechtigung als Gesamthänder stützt. Bei der *actio pro socio* ist aber causa der Gesellschaftsvertrag. Man muss hier streng zwischen dem *Sozialanspruch*, den die Gesellschafter als Gruppe haben, und dem *Individualanspruch* unterscheiden, den jeder Gesellschafter auf Erfüllung der gesellschaftsvertraglichen Verpflichtungen hat. Sozialanspruch und Individualanspruch sind verschiedene Ansprüche, auch soweit es um die Erbringung derselben Leistung geht.

F. Rechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung

Besprechungsfall

An der Firma A & Co KG ist A als persönlich haftender Gesellschafter beteiligt. Der Gesellschaftsvertrag enthält für den Fall des Todes eines Gesellschafters die Regelung, dass der Anteil auf den Ehegatten oder die Abkömmlinge übergeht. Am 15. März stirbt A. Nach dem Testament sind seine Ehefrau und sein Neffe Erben. Am 30. Juni überträgt B seinen Kommanditanteil auf die Witwe des A.

I. Übertragung und Vererbung der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft

Die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft ist grundsätzlich weder übertragbar noch vererblich. Bei der KG führt der Tod eines Kommanditisten nach dem gesetzlichen Grundmodell nicht zum Ausscheiden (mit der Folge eines bloßen Abfindungsanspruchs der Erben), sondern zur Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben. Der Tod des Komplementärs führt neuerdings grundsätzlich zum Ausscheiden des Gesellschafters (§ 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB). Diese Regelungen sind dispositiv. Es kann auch sonst im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden, dass ein Gesellschafterwechsel durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erfolgt.

Der Gesetzgeber hat sich dadurch im Handelsrechtsreformgesetz für die Umkehrung des bisher geltenden Grundsatzes „Auflösung der Gesellschaft durch Austritt eines Gesellschafters“ in die Regel „Fortführung der Gesellschaft bei Ausscheiden des Gesellschafters“ entschieden, um im dispositiven gesetzlichen Modell die Personenkontinuität hinter die Unternehmenskontinuität zurücktreten zu lassen. Gesetzestechnisch wurden demzufolge in § 131 HGB die in der Person eines Gesellschafters begründeten Auflösungsgründe, nämlich der Tod des Gesellschafters (Nr. 1), die Eröffnung der Insolvenz über das Vermögen eines Gesellschafters (Nr. 2) sowie die Kündigung durch einen Gesellschafter (Nr. 3) oder dessen Gläubiger (Nr. 4) getilgt. Sie wurden nunmehr in einem neuen § 131 Abs. 3 HGB ausdrücklich nur noch als Ausscheidensgründe für den betroffenen Gesellschafter – bei Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern – definiert.

1. *Übertragung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden*

a) Voraussetzung: Zulassung im Gesellschaftsvertrag oder Zustimmung der Mitgesellschafter.

b) Bei Übergang der Gesellschafterstellung nahm die ältere Auffassung an, dass der Gesamthandanteil (§ 719 Abs. 1 BGB) übertragen wird, der Veräußerer aber aus der Gesellschaft ausscheidet und der Erwerber in die Gesellschaft eintritt (These von der Neubegründung der Mitgliedschaft). Nach neuerer Auffassung erfolgt ein derivativer Erwerb der Gesellschafterstellung durch das Rechtsgeschäft zwischen Veräußerer und Erwerber als Verfügungstatbestand; der Anteil am Gesamthandvermögen geht als Folgewirkung des Mitgliederwechsels auf den Erwerber über (grundlegend BGHZ 13, 179; bestätigt in BGHZ 44, 229, 231).

2. *Vererbung*

a) *Zulassung im Gesellschaftsvertrag:*

(1) *Eintrittsklausel:* Recht auf Eintritt in die Gesellschaft (Gesellschaftsvertrag als Vertrag zugunsten Dritter).

(2) *Nachfolgeklausel:* Die Mitgliedschaft wird durch sie vererbungsfähig (vgl. zur Interpretation derartiger Klauseln BGHZ 68, 225, 230 ff.).

b) *Eintritt der Erben in die Gesellschaft*

(1) Eintritt der Erben erfolgt bei einer Eintrittsklausel durch *Rechtsgeschäft unter Lebenden*; dem Erbrecht obliegt lediglich die Auswahl, wenn die Eintrittsklausel zugunsten der Erben besteht. Die Mitgliedschaft bleibt hier in ihrer Identität nicht erhalten.

(2) Bei der Nachfolgeklausel geht die Mitgliedschaft als rechtliche Einheit auf den Erben über; der *Verfügungstatbestand* liegt hier im Erbrecht. Bei einer *Erbenmehrheit* fällt die Gesellschaftsbeteiligung nicht in den Nachlass der Erbengemeinschaft, sondern es gilt das Prinzip der *Einzelrechtsnachfolge*: Bei Vererblichkeit des Gesellschaftsanteils für alle Erben rückt jeder Miterbe mit einer seiner Erbquote entsprechenden Beteiligung in die Gesellschafterstellung ein (grundlegend BGHZ 68, 225, 238).

In Fällen, in denen gesellschaftsrechtlich nur einer von mehreren Miterben die Nachfolge antreten kann (sog. „qualifizierte Nachfolgeklausel“) erwirbt der nachfolgeberechtigte Miterbe, wenn die erbrechtlichen Voraussetzungen gegeben sind, den

Gesellschaftsanteil im Ganzen (vgl. BGHZ 68, 225, 235 ff. unter Aufgabe von BGHZ 22, 186, 195). Die Erbquote bedeutet nämlich keine gegenständliche Begrenzung, sondern sie bestimmt nur zwingend den Anteil am *Wert* des Gesamtnachlasses, der einem Erben im Endergebnis zufließen darf und soll.

II. Die Gesamthand und das Gesellschaftsvermögen

1. Für die Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvermögen reicht nicht aus, dass bestimmte Gegenstände dem Gesellschaftszweck dienen, sondern es ist Voraussetzung, dass sie der Gesellschaft zugeordnet werden. Wenn die Gesellschaft keine juristische Person ist, müssen die Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter sein, d.h. ihnen zur gesamten Hand zustehen (§ 718 BGB).

Für die Lösung des Problems, einen Gegenstand mehreren Personen zuzuordnen, stellt die Rechtsordnung zwei Zuordnungsformen zur Verfügung: die Bruchteilsgemeinschaft und die Gemeinschaft zur gesamten Hand.

Die Bruchteilsgemeinschaft kann stets nur an einem Gegenstand bestehen: Wieviele Rechte einer Personenmehrheit zugeordnet werden, so viele Bruchteilsgemeinschaften entstehen, auch wenn es sich um eine identische Personenmehrheit handelt. Jeder Teilhaber hat an dem Vermögensgegenstand einen bestimmten (ideellen) Anteil, die Mitberechtigung, über die er selbständig verfügen kann (§ 747 Satz 1 BGB). Hier entsteht deshalb kein Sondervermögen. Für die Bruchteilsgemeinschaft spielt keine Rolle, ob zwischen den Teilhabern personenrechtliche Beziehungen bestehen; es ist also insbesondere auch möglich, dass zwischen ihnen ein Gesellschaftsvertrag besteht. Der Gegenstand wird dadurch aber nicht zum Gesellschaftsvermögen.

Schlagwort: Die verbandsrechtliche Seite der Gemeinschaft steht unter dem Vorrang der zuordnungsrechtlichen Seite.

Die Gemeinschaft zur gesamten Hand besteht als Zuordnungsform nur bei drei Verbänden:

- a) der ehelichen Gütergemeinschaft (§§ 1416, 1419 BGB),
- b) der Miterbengemeinschaft (§§ 2032, 2033 BGB),

- c) der Gesellschaft, und zwar auch bei den Handelsgesellschaften OHG und KG (§§ 718, 719 BGB).

Die Gemeinschaft zur gesamten Hand ist die *besondere Zuordnungsform dieser Verbände*. Ihre Identität wird nicht durch die Zuordnung eines bestimmten Rechts an eine Personenmehrheit begründet, sondern durch die Zuordnung von Rechten an einen bestimmten Verband. Deshalb kommt es hier zu einem *Sondervermögen*, soweit mehrere Rechte demselben Verband zugeordnet werden.

Schlagwort: Bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand steht die zuordnungsrechtliche Seite der Personenvereinigung unter der Herrschaft der verbandsrechtlichen Seite.

2. Durch die Gemeinschaft zur gesamten Hand wird gesichert, dass die Gegenstände dem Verbandszweck gewidmet sind. Zwar besteht auch hier ein Anteil an den einzelnen Vermögensgegenständen (bestritten), nämlich die vermögensrechtliche Mitberechtigung im Verhältnis zu Dritten; sie ist aber nicht übertragbar, weil andernfalls nicht gesichert ist, dass der Gegenstand dem Verbandszweck gewidmet bleibt (§§ 719 Abs. 1, 1419 Abs. 1, 2033 Abs. 2 BGB).

Soweit mehrere Gegenstände derselben Personenvereinigung zugeordnet werden, entsteht ein Sondervermögen. Die vermögensrechtliche Zuordnung und die Mitgliedschaft im Verband können nicht voneinander getrennt werden. Jeder Miterbe kann zwar über seinen Anteil am Nachlass verfügen (§ 2033 Abs. 1 BGB), nicht aber der Ehegatte über seinen Anteil am Gesamtgut (§ 1419 Abs. 1 BGB). Soweit § 719 Abs. 1 BGB bestimmt, dass ein Gesellschafter nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazugehörigen Gegenständen verfügen kann, und entsprechend § 738 Satz 1 BGB anordnet, dass beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zuwächst, ist zwar die gesetzliche Regelung von dem Bild beherrscht, dass die einzelnen Bestandteile des Gesellschaftsvermögens den Gesellschaftern anteilmäßig zustehen; aus der Rechtsfolgenbestimmung ergibt sich aber eindeutig, dass stets alle und nur Gesellschafter Zuordnungsträger sind, die Vermögensbeteiligung also eine *Folge der Gesellschafterstellung* darstellt, die mit ihr *untrennbar* verbunden ist. Der Anteil am Gesellschaftsvermögen kann deshalb nicht selbständig übertragen werden.

Der Eintritt in eine Gesamthandsgesellschaft führt zum Erwerb der vermögensrechtlichen Beteiligung, das Ausscheiden aus ihr zu deren Verlust.

3. Die mit der Gesellschafterstellung verbundene Zuordnungsstellung im Rahmen der Gemeinschaft zur gesamten Hand hat lediglich Bedeutung für die *Außenwirkungen der Mitgliedschaft*: Der Gesellschafter ist Mitträger der Gegenstände, die der Gesellschaft zugeordnet werden.

Von dieser vermögensrechtlichen Außenwirkung der Mitgliedschaft muss die wertmäßige Beteiligung des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen unterschieden werden, die die Stellung des Gesellschafters *innerhalb des Verbandes* bestimmt. Sie repräsentiert den inneren Vermögenswert einer Gesellschaftsbeteiligung für den einzelnen Gesellschafter (*Kapitalanteil*). Dieser Kapitalanteil hat keinerlei sachenrechtliche Bedeutung. Er ist eine *Rechnungsgröße*, die für die Gewinnbeteiligung, den Anspruch auf Liquidationsquote bzw. auf Abfindung und für erbrechtliche Auseinandersetzungen von Bedeutung ist.

4. Die dingliche Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen ist untrennbarer Bestandteil der Mitgliedschaft in der Gesamthandsgesellschaft. Das ist vor allem von Bedeutung auch für die Interpretation des § 859 ZPO. Gepfändet wird nach dem Gesetzestext der „Anteil eines Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen“. Der Gesetzestext ist fehlerhaft formuliert. Dem Pfändungsgläubiger eines Gesellschafters geht es nicht um die dingliche Mitberechtigung, die der Vollstreckungsschuldner als Mitglied einer Gesamthand an den ihr zugeordneten Gegenständen hat, sondern es geht ihm um die *Gesellschafterstellung in ihrem Vermögenswert*. Die Pfändung nach § 859 ZPO ist deshalb „in Wirklichkeit eine Vollstreckung in die Mitgliedschaft“; sie ergreift „nur sie und nicht einen Anteil am Gesellschaftsvermögen“ (Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerliches Rechts, Bd. I/1 S. 73).

5. Die Gesamthand ist nicht nur ein *Vermögenszuordnungsprinzip*, sondern sie ist zugleich auch eine *Handlungs- und Wirkungseinheit*. Darin liegt der wesentliche Unterschied zur Bruchteilsgemeinschaft. Der Unterschied zur juristischen Person besteht darin, dass die Gesamthand nicht gegenüber ihren Mitgliedern in ihrer Selbständigkeit verabsolutiert ist. Besteht nicht mehr die Personengemeinschaft, so existiert auch nicht mehr die Gesamthand. Bei ihr ist

zwar konstitutiv, dass eine Personenmehrheit als *Organisationseinheit* am Rechtsleben teilnimmt, also eine Gruppe darstellt, die in ihrer personalen Verbundenheit Träger der Rechte und Pflichten ist. Diese Gruppe ist aber auch als Rechtssubjekt nichts anderes als die Mitglieder der Gruppe in ihrer Verbundenheit.

G. Grundzüge des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

I. Besprechungsfall

E. H. und J. H. gründen am 1.10.2002 die „FMTV-GmbH“. Gemäß dem notariell geschlossenen Vertrag wird E. H. zum alleinigen Geschäftsführer bestellt. Die Eintragung in das Handelsregister ist noch nicht erfolgt. Am 9.10.2002 erwirbt E. H. im Namen der „FMTV-GmbH“ Büromöbel von I. K. im Wert von 25.000 €. Eine Zahlung seitens der GmbH unterbleibt.

Wen kann I. K. auf Zahlung von 25.000 € in Anspruch nehmen?

II. Beschaffenheitsmerkmale der GmbH

1. Bei der GmbH handelt es sich gem. § 13 Abs. 1 GmbHG („...als solche...“) um eine juristische Person, demnach ist sie selbst Vertragspartner, kann verklagt werden und klagen. Im Gegensatz zur oHG ist die GmbH „Rechtsträger“ d.h. sie kann Zurechnungsendpunkt eines Rechts sein.

2. Nach § 13 Abs. 2 GmbHG haftet für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen. Das Vermögen der Gesellschafter ist davon getrennt. (Im Gegensatz zur oHG: dort persönliche Haftung der Gesellschafter gem. § 128 HGB).

3. Die Gesellschaft ist stets Formkaufmann gem. § 13 Abs. 3 GmbHG. Dies gilt unabhängig vom Unternehmensgegenstand.

4. Zur Gründung der GmbH ist ein Stammkapital erforderlich, § 3 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG. Demzufolge handelt es sich um eine Kapitalgesellschaft (zur Def. siehe § 264 HGB).

III. Bedeutung der GmbH für die Praxis

Die Rechtsform der GmbH ist in der Praxis außerordentlich beliebt. Die Anzahl der vorhandenen Gesellschaften wird auf 800.000 bis 900.000 geschätzt. Die Ursachen hierfür sind zum einen in der Haftungsbeschränkung zu finden, aber auch in den Vorteilen gegenüber der Aktiengesellschaft (AG). Im Gegensatz zur AG verfügt die GmbH über eine größere Gestaltungsfreiheit im Bezug auf den

Gesellschaftsvertrag, d.h. wesentliche Vorschriften des Innenverhältnisses sind dispositiv (vgl. § 45 Abs. 2 GmbHG und § 23 Abs. 5 AktG).

IV. Gründungsprozess der GmbH

Der Gründungsprozess durchläuft i.d.R. drei Phasen: „Vorgründungsgesellschaft“ – „Vor-GmbH“ – „Fertige“ GmbH

1. Vorgründungsgesellschaft

Zunächst kommt es i.d.R. zur Gründung einer sog. „Vorgründungsgesellschaft“. Diese entsteht auf Grund einer verbindlichen Abrede zur Gründung einer GmbH. Hierbei handelt es sich zumeist um eine GbR, deren Zweck der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages ist. Hervorzuheben ist, dass die Gründung einer GbR grundsätzlich formlos möglich ist. Im vorliegenden Fall ist der Vorvertrag jedoch auf den Abschluss eines formbedürftigen Hauptvertrages gerichtet, so dass bereits das Formerfordernis des § 2 GmbHG eingehalten werden muss.

Gemäß § 726 BGB löst sich die Vorgründungsgesellschaft mit Abschluss des notariellen Vertrages auf Grund Zweckerreichung auf. Beachtet werden muss hierbei, dass zwischen der Vorgründungsgesellschaft und der Vor-GmbH keine Identität besteht, die bestehenden Rechte und Pflichten gehen nicht automatisch über.

2. Vor-GmbH

Mit Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrages und vor Eintragung der Gesellschaft spricht man von der sog. „Vor-GmbH“.

a) Rechtsnatur der „Vor-GmbH“

Nach wie vor umstritten ist die Rechtsnatur der Vor-GmbH.

Nach einer Ansicht handelt es sich um eine Rechtsform *sui generis*, auf welche die Vorschriften des GmbHG anzuwenden sind, sofern die Eintragung nicht zwingend vorausgesetzt wird. Danach ist die Vor-GmbH als vollwertiger Rechtsträger anzusehen, der aktiv und passiv parteifähig ist (vgl. Scholz-Schmidt, GmbHG, § 11 Rn. 27 und Rn. 34 m.w.N.).

Die Gegenauffassung lehnt die „Vor-GmbH“ als Rechtsform eigener Art mit dem eindeutigen Wortlaut des § 11 Abs. 1 GmbHG ab. Demnach

handelt es sich, je nachdem, ob ein Handelsgewerbe vorliegt, um eine GbR oder eine oHG.

b) Handlungsfähigkeit der „Vor-GmbH“

aa) Nach der älteren Konzeption bestand für die Vor-GmbH ein „Vorbelastungsverbot“, d.h. die Gesellschaft durfte vor Eintragung nicht tätig werden. Das „Vorbelastungsverbot“ sollte der Gefahr entgegentreten, dass das Vermögen der Gesellschaft bereits vor der Eintragung verwirtschaftet wurde.

bb) Die neue Konzeption hat hiervon Abstand genommen. Aufgrund dessen, dass auch ein ganzes Unternehmen als Sacheinlage gem. § 7 Abs. 3 GmbHG in die Gesellschaft eingebracht werden kann, muss die Handlungsfähigkeit gewährleistet bleiben. Die Gefahr der Vermögenslosigkeit der einzutragenden Gesellschaft wird mit Hilfe der „Unterbilanzhaftung“ vermieden. Danach muss am Tage der Eintragung eine Bilanz der Gesellschaft vorgelegt werden. Sollte das Vermögen unter die notwendigen Kapitaleinlagen gesunken sein, so ergibt sich eine Nachschusspflicht der Gründergesellschafter (BGHZ 80, 129). Diese Haftung ist als Innenhaftung ausgestaltet.

c) Haftungsverfassung der Vor-GmbH

cc) Gründerhaftung

Umstritten ist die Haftung der Gründergesellschafter.

Nach einer Ansicht, welche an die Haftung des Kommanditisten angelehnt ist, haften die Gesellschafter der Vor-GmbH in Höhe ihrer Einlageverpflichtung unbegrenzt und persönlich. Nach dieser Ansicht wird durch das Auftreten des Geschäftsführers für eine GmbH deutlich, dass die Haftung auf die Höhe der Einlage beschränkt ist (BGHZ 65, 378 [382]; 72, 45 [49 f.]; 80, 129 [135] vgl. auch BGHZ 134, 333 [335]).

Nach neuerer Rechtsprechung haften die Gesellschafter der Vor-GmbH unbegrenzt und persönlich für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft, welche in der Gründungsphase anlaufen, sog. „Verlustdeckungshaftung“ (BGHZ 134, 333 [338]). Diese Ansicht geht davon aus, dass eine Haftungsbegrenzung nach der Systematik der Gesellschaftsformen nur möglich ist, wenn ein Grundkapital als Sicherheit zur Verfügung steht (GmbH, AG) bzw. wenn zumindest ein

persönlich haftender Gesellschafter vorhanden ist (KG) und entsprechende Publikationsvorschriften beachtet wurden. Dies ist beides bei der Vor-GmbH nicht gewährleistet. Eine Haftungsbegrenzung auf die Einlagepflicht wird daher abgelehnt.

Die Haftung ist als Innenhaftung vorgesehen, d.h. die Gläubiger können sich lediglich die Ansprüche der GmbH nach §§ 829, 835 ZPO überweisen lassen. Gegenüber den Gläubigern der Vor-GmbH haften die Gründer nicht (BGHZ 134, 333 [338 f.]) Grund: Gleichlauf mit der von der Rechtsprechung entwickelten „Unterbilanzhaftung“.

dd) Handelndenhaftung

Gem. § 11 Abs. 2 GmbHG haften die Handelnden vor Eintragung der GmbH persönlich. Handelnder ist nach heute h.M. nur der Geschäftsführer der Gesellschaft. Die Handelndenhaftung erlischt mit Eintragung der Gesellschaft.

d) Sonderfall „unechte Vor-GmbH“

Als Sonderfall gilt der Fall, dass die Gesellschafter den Eintragungswillen endgültig aufgegeben haben. Nach wohl überwiegender Ansicht entsteht auf Grund des Rechtsformzwanges eine GbR oder oHG mit der jeweils entsprechenden Haftung.

3. „Fertige“ GmbH

Mit Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister ist die GmbH wirksam entstanden. Beachtet werden muss, dass die GmbH die Rechtsnachfolge der Vor-GmbH antritt. Danach gehen die bereits von der Vor-GmbH begründeten Rechte und Pflichten auf die GmbH über. D.h. zwischen der Vorgründungsgesellschaft und der Vor-GmbH besteht Diskontinuität, zwischen der Vor-GmbH und der GmbH dagegen Kontinuität.