

## **Großkommentare der Praxis**



Heymann

# Handelsgesetzbuch

---

Großkommentar

3., neu bearbeitete und erweiterte Auflage

herausgegeben von

Norbert Horn, Peter Balzer, Georg Borges, Harald Herrmann

## **Zweiter Band**

§§ 105 bis 237

Bearbeiter:

Volker Emmerich: §§ 105–108

Jochen Hoffmann/David Bartlitz: §§ 109–130b

Robert Freitag: §§ 131–144; 159; 160

Matthias Peetz: §§ 145–158

Georg Borges: §§ 161–177a

Ulrich Wackerbarth: §§ 230–237; Anh PartGG

Redaktor: Georg Borges

Sachregister: Christian Klie

**DE GRUYTER**

Professor Dr. *Peter Balzer*, Rechtsanwalt in Düsseldorf, Honorarprofessor an der Universität Siegen  
Akademischer Rat a.Z. Dr. *David Bartlitz*, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg  
Professor Dr. *Georg Borges*, Universität des Saarlandes  
Professor Dr. *Volker Emmerich*, Universität Bayreuth, Richter am OLG Nürnberg a.D.  
Rechtsanwalt Dr. habil. *Christian Förster*; Frankfurt a.M.  
Professor Dr. *Robert Freitag*, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg  
Wiss. Mitarb. Dr. *Oliver Froitzheim*, LL.M., Universität zu Köln  
Professor Dr. *Martin Henssler*, Universität zu Köln  
Professor Dr. *Harald Herrmann*, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg  
Rechtsanwalt *Danny Hinkelthein*, LL.M. oec., Nürnberg  
Professor Dr. *Jochen Hoffmann*, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg  
Professor Dr. *Norbert Horn*, Universität zu Köln  
Oberregierungsrat Dr. *Christian Körber*, Bayrische Staatskanzlei, Nürnberg  
Professor Dr. *Stefan Kröll* LL.M., Bucerius Law School, Rechtsanwalt in Köln  
Professor Dr. *Jan Lieder*, LL.M., Universität Freiburg i.Br., Richter am OLG Schleswig  
Professor Dr. *Marco Mansdörfer*, Universität des Saarlandes  
Akademischer Rat a.Z. Dr. *David Markworth*, Universität zu Köln  
Akademischer Rat a.Z. Dr. *Dirk Michel*, Universität zu Köln  
PD Dr. *Michael F. Müller*, LL.M., Akademischer Oberrat a.Z., Universität Bayreuth  
Steuerberater Dr. *Werner Nägel*, Bamberg  
Rechtsanwalt Dr. *Matthias Peetz*, Bamberg  
Rechtsanwalt Dr. *Stefan Roth*, Nürnberg  
Professor Dr. *Andreas Schlüter*, Generalsekretär des Stifterverbands für die Deutsche Wissenschaft, Essen  
Akademischer Rat a.Z. Dr. *Bernd Scholl*, Dipl.-Kfm., Universität zu Köln  
Professor Dr. *Michael Stöber*, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel  
Professor Dr. *Christoph Teichmann*, Julius-Maximilians-Universität Würzburg  
Prof. Dr. *Ulrich Wackerbarth*, Fernuniversität in Hagen

Zitiervorschlag: z.B. Heymann/*Borges* HGB, § 161 Rdn. 298

ISBN 978-3-11-043814-7

e-ISBN (PDF) 978-3-11-043424-8

e-ISBN (EPUB) 978-3-11-043399-9

**Library of Congress Control Number: 2018967605**

#### **Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston

Satz/Datenkonvertierung: jürgen ullrich typesatz, Nördlingen

Druck und Bindung: Hubert & Co. GmbH und Co. KG, Göttingen

[www.degruyter.com](http://www.degruyter.com)

## **Vorwort**

Die 3. Auflage bringt den bewährten Kommentar auf den neuesten Stand. Die umfangreiche Fortentwicklung des Handelsrechts seit Erscheinen der Voraufgabe machte intensive Neubearbeitungen in vielen Bereichen erforderlich, beginnend mit der Einleitung (Band 1) und sich fortsetzend in allen Bänden, z.B. im Bankvertragsrecht (Band 4). Neue Akzente setzt die dritte Auflage u.a. durch Aufnahme einer Kommentierung des Partnerschaftsrechts (Band 2) und des UN-Kaufrechts (Band 4), ferner durch die vom Steuerrecht weitgehend losgelösten Schwerpunkte im Rechnungslegungsrecht und in der Bilanzpublizität (Band 3). Der Herausgeberkreis wurde erweitert um Peter Balzer, Georg Borges und Harald Herrmann. Jeder Mitherausgeber hat die Redaktion eines der vier Bände übernommen, unbeschadet der gemeinsamen Verantwortung für das Gesamtwerk. Auch der Kreis der Autoren wurde erweitert und verjüngt. Der Bearbeitungsstand für Band 2 ist der 1. Juli 2019.

Köln, Düsseldorf, Saarbrücken, Nürnberg

Mai 2019

Norbert Horn, Peter Balzer, Georg Borges, Harald Herrmann



## Inhaltsverzeichnis

Vorwort — **V**  
Abkürzungsverzeichnis — **XIX**  
Bibliographie — **XXXI**

## Handelsgesetz

ZWEITES BUCH  
Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft

ERSTER ABSCHNITT  
Offene Handelsgesellschaft

ERSTER TITEL

Errichtung der Gesellschaft

- § 105 Offene Handelsgesellschaft — **1**
  - A. Bedeutung — **2**
  - B. Merkmale der OHG — **2**
    - I. Gesellschaftsvertrag — **2**
    - II. Umwandlung, Verschmelzung, Spaltung — **8**
    - III. Inhalt des Gesellschaftsvertrages — **8**
  - C. Gesellschafter — **12**
    - I. Einheitlichkeit der Mitgliedschaft — **12**
    - II. Minderjährige — **13**
    - III. Ehegatten — **15**
    - IV. Gesellschaften — **16**
    - V. Treuhand — **17**
    - VI. Unterbeteiligung — **20**
    - VII. Nießbrauch — **21**
  - D. Fehlerhafte Gesellschaftsverträge — **23**
    - I. Überblick — **23**
    - II. Voraussetzungen — **24**
    - III. Ausnahmen — **26**
    - IV. Rechtsfolgen — **29**
    - V. Gesellschafterwechsel, Vertragsänderungen — **30**
  - E. Anhang – Die OHG als abhängiges Unternehmen — **35**
    - I. Einleitung — **35**
    - II. Einfache Abhängigkeit — **36**
    - III. Faktische Konzerne — **38**
    - IV. Vertragskonzerne — **39**
    - V. Sonstige Unternehmensverträge — **40**
- § 106 Anmeldung im Handelsregister — **41**
  - I. Überblick — **41**
  - II. Anmeldepflicht — **42**
  - III. Zuständiges Gericht — **43**
  - IV. Inhalt — **43**
  - V. Verfahren — **47**

- § 107 Anmeldung von Änderungen — **48**
  - I. Überblick — **48**
  - II. Die einzelnen Fälle des § 107 — **49**
- § 108 Anmeldung durch alle Gesellschafter — **51**
  - I. Überblick — **51**
  - II. Anmeldepflichtige Personen — **52**
  - III. Bevollmächtigung Dritter — **53**
  - IV. Zeichnung im Rechtsverkehr — **54**

## ZWEITER TITEL

### Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander

- § 109 Gesellschaftsvertrag — **55**
  - I. Vertragsfreiheit im Innenverhältnis — **57**
  - II. Treuepflicht — **60**
  - III. Gleichbehandlungsgrundsatz — **64**
  - IV. Actio pro socio — **67**
  - V. Ein- und Austritt von Gesellschaftern — **71**
  - VI. Verfügungen über die Mitgliedschaft — **73**
- § 110 Ersatz von Aufwendungen und Verlusten — **77**
  - I. Zweck — **78**
  - II. Verhältnis zum Auftragsrecht — **78**
  - III. Persönlicher Anwendungsbereich — **79**
  - IV. Aufwendungsersatz — **80**
  - V. Ersatz von Verlusten — **83**
  - VI. Verpflichteter — **86**
  - VII. Inhalt des Anspruchs — **89**
  - VIII. Geschäftsführervergütung — **90**
- § 111 Zinspflicht — **92**
  - I. Zweck — **92**
  - II. Die einzelnen Fälle — **92**
  - III. Dauer und Höhe der Verzinsung — **94**
  - IV. Weitergehende Ansprüche (Abs. 2) — **94**
- § 112 Wettbewerbsverbot — **95**
  - I. Überblick — **96**
  - II. Zweck — **96**
  - III. Verhältnis zum Kartellverbot — **97**
  - IV. Verpflichteter — **98**
  - V. Dauer — **100**
  - VI. Umfang des Verbotes — **101**
  - VII. Ausnahmen — **104**
  - VIII. Geschäftschancenlehre — **105**
- § 113 Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot — **107**
  - I. Überblick und ergänzende Anspruchsgrundlagen — **108**
  - II. Schadensersatzanspruch — **109**
  - III. Eintrittsrecht — **110**
  - IV. Unterlassungsanspruch — **116**
  - V. Geltendmachung (Abs. 2) — **116**
  - VI. Verjährung — **117**

- § 114 Geschäftsführung — **119**
  - I. Überblick — **120**
  - II. Begriff — **120**
  - III. Befugnis und Verpflichtung zur Geschäftsführung — **122**
  - IV. Rechtsstellung der Geschäftsführer — **122**
  - V. Leistungsstörungen und Haftung — **125**
  - VI. Abweichende Regelungen — **129**
- § 115 Geschäftsführung durch mehrere Gesellschafter — **134**
  - I. Überblick — **135**
  - II. Einzelgeschäftsführung — **135**
  - III. Widerspruchsrecht — **135**
  - IV. Gesamtgeschäftsführung — **142**
- § 116 Umfang der Geschäftsführungsbefugnis — **144**
  - I. Überblick — **145**
  - II. Gewöhnliche und ungewöhnliche Handlungen — **145**
  - III. Zustimmungsbeschluss — **148**
  - IV. Prokura — **149**
- § 117 Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis — **151**
  - I. Überblick — **151**
  - II. Anwendungsbereich — **152**
  - III. Wichtiger Grund — **153**
  - IV. Verfahren — **154**
  - V. Neuordnung der Geschäftsführung — **157**
  - VI. Abweichende Vereinbarungen — **158**
- § 118 Informationsrechte der Gesellschafter — **159**
  - I. Überblick — **160**
  - II. Beteiligte — **160**
  - III. Dauer — **161**
  - IV. Informationsrechte der Gesellschafter: Einsicht und Auskunft — **161**
  - V. Ausübung der Rechte aus § 118 — **162**
  - VI. Umfang — **164**
  - VII. Abweichende Vereinbarungen — **166**
- § 119 Gesellschafterbeschluss — **167**
  - I. Überblick — **169**
  - II. Gesellschafterbeschluss — **170**
  - III. Stimmrecht — **177**
  - IV. Mehrheitsbeschlüsse — **180**
- § 120 Gewinn und Verlust — **185**
  - I. Überblick — **185**
  - II. Normgeschichte — **186**
  - III. Regelungsgegenstand — **186**
  - IV. Jahresabschluss (Abs. 1) — **187**
  - V. Aufstellung des Jahresabschlusses (Abs. 1) — **187**
  - VI. Inhaltliche Anforderungen an die Aufstellung (Abs. 1) — **188**
  - VII. Feststellung des Jahresabschlusses (Abs. 1) — **191**
  - VIII. Kapitalisierung der Ergebnisanteile (Abs. 2) — **193**
- § 121 Verteilung von Gewinn und Verlust — **196**
  - I. Überblick — **196**
  - II. Normgeschichte — **197**
  - III. Vordividende — **197**

- IV. Der restliche Jahresgewinn — **198**
- V. Gewinnanspruch — **199**
- VI. Verlustbeteiligung — **199**
- § 122 Entnahmen — **200**
  - I. Überblick — **200**
  - II. Normgeschichte — **201**
  - III. Anwendungsbereich — **201**
  - IV. Das Entnahmerecht im Allgemeinen — **201**
  - V. Unzulässige Entnahmen — **202**
  - VI. Das Entnahmerecht in Höhe von 4% des letzten Kapitalanteils (Abs. 1 Hs. 1) — **203**
  - VII. Das Gewinnentnahmerecht (Abs. 1 Hs. 2) — **204**
  - VIII. Keine Verminderung des Kapitalanteils (Abs. 2) — **205**
  - IX. Abweichende Vereinbarungen — **205**

### DRITTER TITEL

#### Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten

- § 123 Wirksamkeit im Außenverhältnis — **207**
  - I. Überblick — **207**
  - II. Normgeschichte — **208**
  - III. Anwendungsbereich — **209**
  - IV. Entstehung der Gesellschaft — **209**
  - V. Eintragung im Handelsregister — **210**
  - VI. Geschäftsbeginn — **211**
  - VII. Abweichende Vereinbarungen — **212**
- § 124 Rechtliche Selbständigkeit; Zwangsvollstreckung — **212**
  - I. Überblick — **213**
  - II. Normgeschichte — **213**
  - III. Rechtsstatus der OHG — **214**
  - IV. Rechtsstellung — **215**
  - V. Pflichten — **217**
  - VI. Stellung im Zivilprozess — **217**
  - VII. Zwangsvollstreckung — **220**
- § 125 Vertretung — **220**
  - I. Überblick — **221**
  - II. Normgeschichte — **222**
  - III. Rechtsnatur — **222**
  - IV. Selbstorganschaft — **222**
  - V. Ausübung der Vertretungsmacht — **224**
  - VI. Einzelvertretungsmacht — **225**
  - VII. Gesamtvertretungsmacht — **227**
  - VIII. Ermächtigung einzelner Gesamtvertreter — **229**
  - IX. Handeln ohne Vertretungsmacht — **230**
  - X. Passivvertretung — **231**
  - XI. Unechte Gesamtvertretung — **231**
  - XII. Wissenszurechnung — **232**
  - XIII. Eintragung im Handelsregister — **233**
- § 125a Geschäftsbriefe — **233**
  - I. Überblick — **234**
  - II. Normgeschichte — **234**

- III. Anwendungsbereich — **234**
- IV. Begriffe — **235**
- V. Erforderliche Angaben — **236**
- § 126 Umfang der Vertretungsmacht — **236**
  - I. Überblick — **237**
  - II. Normgeschichte — **238**
  - III. Der regelmäßige Umfang der Vertretungsmacht — **238**
  - IV. Grundlagengeschäfte — **240**
  - V. Beschränkungen der Vertretungsmacht — **241**
- § 127 Entziehung der Vertretungsmacht — **244**
  - I. Überblick — **244**
  - II. Normgeschichte — **245**
  - III. Anwendungsbereich — **245**
  - IV. Verbindung der Entziehungsklagen — **246**
  - V. Verfahren — **247**
  - VI. Eintragung im Handelsregister — **247**
  - VII. Abweichende Vereinbarungen — **247**
  - VIII. Niederlegung der Vertretungsmacht — **247**
- § 128 Persönliche Haftung — **248**
  - I. Überblick — **249**
  - II. Normgeschichte — **250**
  - III. Anwendungsbereich — **250**
  - IV. Haftungsmodell — **251**
  - V. Haftungsumfang — **253**
  - VI. Inhalt der Haftung — **255**
  - VII. Die Gesellschafter als Gesamtschuldner — **259**
  - VIII. Die Gesellschafterhaftung im Insolvenzverfahren — **259**
  - IX. Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters — **261**
  - X. Abweichende Vereinbarungen — **267**
- § 129 Einwendungen des Gesellschafters — **267**
  - I. Überblick — **268**
  - II. Normgeschichte — **268**
  - III. Anwendungsbereich — **269**
  - IV. Einwendungen der Gesellschaft — **269**
  - V. Rechtskrafterstreckung — **270**
  - VI. Verjährung — **270**
  - VII. Ausgeschiedene Gesellschafter — **271**
  - VIII. Persönliche Einwendungen — **271**
  - IX. Gestaltungsrechte — **272**
  - X. Zwangsvollstreckung — **273**
- § 130 Haftung des eintretenden Gesellschafters — **274**
  - I. Überblick — **274**
  - II. Normgeschichte — **274**
  - III. Anwendungsbereich — **274**
  - IV. Rechtsfolgen — **275**
  - V. Prozessuales — **276**
  - VI. Abweichende Vereinbarung — **276**
- § 130a Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung der Gesellschaft — **277**
  - I. Überblick: Entwicklung und Anwendungsbereich — **278**
  - II. Mittelbare organschaftliche Vertreter als Normadressaten — **281**

- III. Zahlungsverbot bei Insolvenzzreife (Abs. 1) — **282**
- IV. (Schadens-) Ersatzpflichten (Abs. 2) — **286**

#### VIERTER TITEL

##### Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern

- § 131 Auflösungsgründe — **289**
  - I. Grundlagen — **291**
  - II. Auflösung der Gesellschaft (Abs. 1, Abs. 2) — **292**
  - III. Ausscheiden eines Gesellschafters (Abs. 3) — **297**
  - IV. Erlöschen der Gesellschaft — **315**
- § 132 Kündigung eines Gesellschafters — **320**
  - I. Allgemeines — **320**
  - II. Sachlicher Anwendungsbereich — **320**
  - III. Unbefristeter Gesellschaftsvertrag — **320**
  - IV. Kündigungserklärung — **321**
  - V. Rechtsfolge — **321**
  - VI. Abweichende Abreden — **321**
- § 133 Auflösung durch Gerichtsentscheidung — **322**
  - I. Grundlagen — **323**
  - II. Auflösungsklage aus wichtigem Grund und außerordentliches Recht zur Austrittskündigung — **324**
  - III. Sachlicher Anwendungsbereich — **325**
  - IV. Einzelheiten der Auflösungsklage gem. § 133 — **325**
  - V. Außerordentliche Austrittskündigung — **328**
- § 134 Gesellschaft auf Lebenszeit und fortgesetzte Gesellschaft — **329**
  - I. Allgemeines — **329**
  - II. Gesellschaftsvertrag auf Lebenszeit — **329**
  - III. Konkludente Fortsetzung der Gesellschaft — **330**
- § 135 Kündigung durch Privatgläubiger — **330**
  - I. Allgemeines — **330**
  - II. Voraussetzungen des Kündigungsrechts — **332**
  - III. Kündigungsrecht, Kündigung, Kündigungsfolgen — **333**
  - IV. Abweichende Abreden — **333**
- §§ 136–138 (*weggefallen*) — **334**
- § 139 Fortsetzung mit den Erben — **334**
  - I. Normzweck und -genese — **336**
  - II. Grundlagen der Rechtsnachfolge von Todes wegen in den Gesellschaftsanteil — **337**
  - III. Einzelerläuterungen zu § 139 — **349**
  - IV. Sonstige gesellschaftsvertragliche Gestaltungen für den Todesfall — **363**
- § 140 Ausschluss eines Gesellschafters — **366**
  - I. Allgemeines — **366**
  - II. Anwendungsbereich — **367**
  - III. Materielle Anforderungen an die Ausschließung — **368**
  - IV. Gerichtliches Ausschließungsverfahren gem. § 140 — **368**
  - V. Abweichende Abreden — **370**
  - VI. Ausschließung im Rahmen von Sanierung und Insolvenz — **372**
- §§ 141–142 (*weggefallen*) — **373**

- § 143 Anmeldung von Auflösung und Ausscheiden — **373**
  - I. Einführung — **374**
  - II. Anwendungsbereich — **374**
  - III. Eintragungspflicht — **374**
  - IV. Antragstellung und Eintragung — **375**
  - V. Folgen fehlender und fehlerhafter Eintragung — **376**
- § 144 Fortsetzung der Gesellschaft nach Insolvenz — **376**
  - I. Allgemeines — **377**
  - II. Anwendungsbereich und Tatbestandsvoraussetzungen — **377**
  - III. Beschluss über die Fortsetzung — **377**
  - IV. Anmeldung und Eintragung — **378**
  - V. Rechtsfolgen — **378**

## FÜNFTER TITEL

### Liquidation der Gesellschaft

- Vorbemerkungen zu §§ 145–158 — **379**
  - I. Allgemeines — **379**
  - II. Geschichtliche Entwicklung — **379**
  - III. Insolvenz — **380**
- § 145 Notwendigkeit der Liquidation — **380**
  - I. Allgemeines — **380**
  - II. Liquidation — **381**
  - III. Andere Art der Auseinandersetzung — **384**
- § 146 Bestellung der Liquidatoren — **385**
  - I. Geborene Liquidatoren — **386**
  - II. Gekorene Liquidatoren — **387**
  - III. Vergütung der Liquidatoren — **390**
- § 147 Abberufung von Liquidatoren — **390**
  - I. Abberufung — **391**
  - II. Abberufung durch Beschluss — **391**
  - III. Abberufung durch das Gericht — **392**
  - IV. Rechtsfolgen der Abberufung — **393**
  - V. Beendigung aus anderen Gründen — **393**
- § 148 Anmeldung der Liquidatoren — **394**
  - I. Allgemeines — **394**
  - II. Anmeldung durch die Gesellschafter — **394**
  - III. Eintragung von Amts wegen — **395**
- § 149 Aufgaben der Liquidatoren — **395**
  - I. Allgemeines — **396**
  - II. Aufgaben der Liquidatoren — **396**
  - III. Vertretung der Gesellschaft — **400**
- § 150 Mehrere Liquidatoren — **401**
  - I. Allgemeines — **402**
  - II. Gesamtgeschäftsführung und Gesamtvertretung — **402**
  - III. Abweichende Bestimmung — **403**
  - IV. Erteilung von Sonderbefugnissen — **403**
  - V. Passivvertretung — **404**
- § 151 Vertretungsmacht der Liquidatoren — **404**
  - I. Beschränkung des Umfangs der Befugnisse — **404**
  - II. Erweiterung der Befugnisse — **404**

- § 152 Weisungsgebundenheit — **405**
  - I. Allgemeines — **405**
  - II. Weisungsrecht — **405**
  - III. Abweichende Bestimmungen — **406**
- § 153 Unterschrift — **406**
  - I. Allgemeines — **406**
  - II. Liquidationsfirma — **407**
  - III. Namensunterschrift — **407**
  - IV. Rechtsnatur — **407**
- § 154 Bilanzen — **407**
  - I. Allgemeines — **407**
  - II. Eröffnungsbilanz der Liquidation — **408**
  - III. Schlussrechnungslegung der Liquidation — **408**
  - IV. Zwischenbilanzen der Liquidation — **409**
- § 155 Verteilung des Gesellschaftsvermögens — **409**
  - I. Allgemeines — **409**
  - II. Verteilung des Gesellschaftsvermögens — **410**
  - III. Aussetzung der Verteilung — **412**
  - IV. Ausgleich unter den Gesellschaftern — **412**
- § 156 Innenverhältnis der Gesellschafter — **413**
  - I. Allgemeines — **413**
  - II. Regelung — **413**
- § 157 Anmeldung des Erlöschens der Gesellschaft; Geschäftsunterlagen — **414**
  - I. Allgemeines — **414**
  - II. Anmeldung des Erlöschens der Firma — **414**
  - III. Verwahrung der Bücher und Papiere — **416**
  - IV. Recht auf Einsicht und Benutzung der Bücher und Papiere — **416**
- § 158 Andere Art der Auseinandersetzung — **416**
  - I. Allgemeines — **417**
  - II. Regelung — **417**

## SECHSTER TITEL

### Verjährung. Zeitliche Begrenzung der Haftung

- § 159 Verjährung der Ansprüche gegen einen Gesellschafter — **419**
  - I. Grundlagen — **419**
  - II. Anwendungsbereich — **422**
  - III. Einzelheiten der Sonderverjährung — **424**
  - IV. Vertragsfreiheit — **426**
- § 160 Haftung nach Ausscheiden — **426**
  - I. Grundlagen — **427**
  - II. Anwendungsbereich — **427**
  - III. Fristbeginn und -lauf — **429**
  - IV. Rechtsfolge — **429**

## ZWEITER ABSCHNITT

### Kommanditgesellschaft

- § 161 Kommanditgesellschaft — **431**
  - I. Allgemeine Merkmale der KG — **435**
  - II. Entstehung der KG — **443**

- III. Der Gesellschaftsvertrag — **447**
- IV. Die Gesellschafter der KG — **459**
- V. Besondere Beteiligungsformen — **482**
- VI. Beirat, Aufsichtsrat — **485**
- VII. Auflösung und Beendigung der KG — **491**
- VIII. Kapitalgesellschaft & Co. KG — **493**
- IX. Die Publikums-KG — **519**
- X. Investmentkommanditgesellschaft — **556**
- § 162 Anmeldung im Handelsregister — **573**
  - I. Anmeldung der KG (Abs. 1) — **574**
  - II. Eintragung und Bekanntmachung (Abs. 2) — **579**
  - III. Eintragung und Bekanntmachung von Veränderungen (Abs. 3) — **581**
- § 163 Innenverhältnis der Gesellschafter — **585**
  - I. Dispositives Recht der Innenbeziehungen — **585**
  - II. Grenzen der Vertragsfreiheit — **586**
  - III. Gesellschafterbeschlüsse — **588**
- § 164 Geschäftsführung — **594**
  - I. Die gesetzlichen Geschäftsführungsrechte — **595**
  - II. Vertragliche Geschäftsführungsrechte — **603**
  - III. Stimmrechtsregelungen — **605**
- § 165 Wettbewerbsverbot — **610**
  - I. Das gesetzliche Wettbewerbsverbot — **611**
  - II. Vertragliches Wettbewerbsverbot — **615**
- § 166 Informationsrechte der Gesellschafter — **616**
  - I. Die gesetzlichen Informationsrechte des Kommanditisten — **617**
  - II. Das ordentliche Informationsrecht (Abs. 1) — **621**
  - III. Das außerordentliche Informationsrecht (Abs. 3) — **626**
  - IV. Weitere Auskunftsrechte — **630**
  - V. Kontrollrechte in besonderen Konstellationen — **632**
  - VI. Vertragliche Regelung der Kontrollrechte — **636**
- § 167 Gewinn und Verlust — **638**
  - I. Zweck und Systematik — **639**
  - II. Der maßgebliche Jahresabschluss — **640**
  - III. Gewinngutschrift (Abs. 2) — **644**
  - IV. Verlustbeteiligung (Abs. 3) — **646**
  - V. Abweichende Vereinbarungen — **647**
- § 168 Gewinn- und Verlustverteilung — **651**
  - I. Gesetzlicher Verteilungsschlüssel — **651**
  - II. Vereinbarter Verteilungsschlüssel — **656**
- § 169 Gewinnauszahlung — **660**
  - I. Systematik — **661**
  - II. Entnahmerecht (Abs. 1 S. 1) — **661**
  - III. Keine Gewinnrückzahlung (Abs. 2) — **672**
- § 170 Vertretung der Gesellschaft — **674**
  - I. Organschaftliche Vertretung der KG — **674**
  - II. Sonstige Vertretungsmacht des Kommanditisten — **675**
  - III. Haftung der KG für den Kommanditisten — **676**
- § 171 Haftung des Kommanditisten — **676**
  - I. Systematische Einordnung und Normzweck — **678**
  - II. Die Haftung des Kommanditisten — **678**

- III. Haftungsbefreiung durch Leistung der Einlage (Abs. 1 Hs. 2) — **689**
- IV. Haftung des Kommanditisten in der Gesellschaftsinsolvenz — **700**
- V. Treuhandverhältnisse — **707**
- VI. Besonderheiten bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG — **708**
- § 172 Haftungsumfang — **709**
  - I. Die Haftsumme (Abs. 1–3) — **710**
  - II. Rückgewähr der Einlage (Abs. 4) — **715**
  - III. Zulässige Gewinnentnahme und Scheingewinne (Abs. 5) — **723**
  - IV. Kapitalaufbringung bei der GmbH & Co. KG (Abs. 6) — **726**
- § 173 Haftung bei Eintritt als Kommanditist — **727**
  - I. Die Haftung bei Eintritt — **728**
  - II. Einzelne Eintrittstatbestände — **730**
  - III. Sonstige Beteiligungsveränderungen — **734**
- § 174 Herabsetzung der Einlage — **735**
  - I. Herabsetzung der Einlage — **735**
  - II. Die Haftung des Kommanditisten — **736**
- § 175 Anmeldung der Änderung der Einlage — **736**
  - I. Systematische Einordnung — **737**
  - II. Anmeldung und Eintragung von Änderungen der Haftsumme — **737**
  - III. Kein Registerzwang (S. 3) — **738**
- § 176 Haftung vor Eintragung — **738**
  - I. Normzweck und Anwendungsbereich — **739**
  - II. Die unbeschränkte Haftung vor Eintragung (Abs. 1 S. 1) — **740**
  - III. Gesellschaften ohne Handelsgewerbe (Abs. 1 S. 2) — **744**
  - IV. Haftung bei Eintritt (Abs. 2) — **747**
  - V. Die GmbH & Co KG — **750**
- § 177 Tod des Kommanditisten — **751**
  - I. Überblick: Rechtsfolgen des Todes eines Gesellschafters — **752**
  - II. Abweichende Vereinbarungen — **753**
  - III. Die Vererbung des Gesellschaftsanteils — **754**
- § 177a Geschäftsbriefe; Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung — **761**
  - I. Allgemeines — **761**
  - II. Angaben auf Geschäftsbriefen (§ 125a) — **762**
  - III. Pflichten in der Insolvenz (§ 130a) — **762**
- §§ 178–229 (*weggefallen*) — **763**

### DRITTER ABSCHNITT

#### Stille Gesellschaft

- § 230 Stille Gesellschaft — **765**
  - I. Allgemeine Kennzeichnung der stillen Gesellschaft — **767**
  - II. Die wesentlichen Elemente der stillen Gesellschaft (Abs. 1) — **770**
  - III. Abgrenzung von ähnlichen Verträgen — **774**
  - IV. Der Gesellschaftsvertrag — **775**
  - V. Rechte und Pflichten des Geschäftsinhabers — **780**
  - VI. Rechte und Pflichten des Stillen — **782**

- VII. Die atypische stille Gesellschaft — **785**
- VIII. Die stille Beteiligung mit Eigenkapitalcharakter — **787**
- IX. Die mehrgliedrige stille Gesellschaft; Publikumsgesellschaften — **790**
- X. Unterbeteiligung — **794**
- § 231 Gewinn und Verlust — **799**
  - I. Der Beteiligungsmaßstab für Gewinn und Verlust (Abs. 1) — **799**
  - II. Ausschluss der Verlustbeteiligung — **800**
  - III. Ausschluss der Gewinnbeteiligung — **801**
- § 232 Gewinn- und Verlustrechnung — **801**
  - I. Berechnung von Gewinn und Verlust (Abs. 1) — **802**
  - II. Auszahlung des Gewinnanteils (Abs. 1 Hs. 2 und Abs. 3) — **803**
  - III. Begrenzung der Verlustbeteiligung (Abs. 2) — **804**
- § 233 Informationsrechte des stillen Gesellschafters — **804**
  - I. Das gesetzliche Kontrollrecht des Stillen — **805**
  - II. Vertragliche Regelungen — **808**
- § 234 Auflösung und Tod des stillen Gesellschafters — **809**
  - I. Auflösung und Beendigung der stillen Gesellschaft — **810**
  - II. Kündigung (Abs. 1 S. 1) — **811**
  - III. Tod des Stillen (Abs. 2) — **814**
  - IV. Weitere Auflösungsgründe — **815**
  - V. Veräußerung, Verschmelzung, Formwechsel und Spaltung — **817**
  - VI. Auflösung von Unterbeteiligungen — **818**
- § 235 Auseinandersetzung — **819**
  - I. Der Auseinandersetzungsanspruch des Stillen (Abs. 1) — **820**
  - II. Die Durchführung der Auseinandersetzung — **821**
  - III. Die schwebenden Geschäfte (Abs. 2, 3) — **824**
  - IV. Atypische stille Gesellschaft — **825**
  - V. Unterbeteiligungsverhältnis — **826**
- § 236 Insolvenz des Inhabers — **826**
  - I. Der Stille als Gläubiger in der Insolvenz des Inhabers (Abs. 1) — **827**
  - II. Der Stille als Schuldner im Insolvenz des Inhabers (Abs. 2) — **830**
  - III. Stille Beteiligung mit Eigenkapitalcharakter — **831**
  - IV. Insolvenz des Stillen — **833**
  - V. Anfechtung nach § 136 InsO — **833**
  - VI. Unterbeteiligung — **835**
- § 237 (*aufgehoben*) — **835**

## Anhang: PartGG

- § 1 Voraussetzungen der Partnerschaft — **837**
  - I. Allgemeine Kennzeichnung der Partnerschaftsgesellschaft — **838**
  - II. Die wesentlichen Elemente der Partnerschaftsgesellschaft — **840**
  - III. Beschränkungen der Berufsausübung (Abs. 3) — **844**
- § 2 Name der Partnerschaft — **845**
  - I. Allgemeines — **845**
  - II. Name mindestens eines Partners — **846**
  - III. Rechtsformzusatz — **846**
  - IV. Berufsbezeichnung — **846**
  - V. Sonstige Namenszusätze — **847**
  - VI. Namensfortführung — **847**
- § 3 Partnerschaftsvertrag — **848**

- § 4 Anmeldung der Partnerschaft — **849**
- § 5 Inhalt der Eintragung, anzuwendende Vorschriften — **850**
  - I. Das Partnerschaftsregister (§ 5 Abs. 2, PRV, FamFG) — **850**
  - II. Die Anmeldung (§ 4) — **850**
  - III. Prüfung durch das Registergericht (§ 4 Abs. 2 S. 2) — **852**
  - IV. Eintragung und Publizität (§ 5 Abs. 1, Abs. 2) — **852**
- § 6 Rechtsverhältnis der Partner untereinander — **853**
  - I. Geltung des Berufsrechts (Abs. 1) — **853**
  - II. Innenverhältnis — **853**
- § 7 Wirksamkeit im Verhältnis zu Dritten, rechtliche Selbständigkeit, Vertretung — **854**
  - I. Wirksamwerden der Partnerschaft (§ 7 Abs. 1) — **855**
  - II. Partei- und Rechtsfähigkeit (§ 7 Abs. 2) — **855**
  - III. Vertretung (§ 7 Abs. 3) — **856**
  - IV. Prozess- und Postulationsfähigkeit (§ 7 Abs. 4) — **856**
  - V. Angaben auf Geschäftsbriefen (§ 7 Abs. 5) — **857**
- § 8 Haftung für Verbindlichkeiten der Partnerschaft — **857**
  - I. Haftung der Partnerschaft und der Partner — **859**
  - II. Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartG mbB, § 8 Abs. 4) — **864**
- § 9 Ausscheiden eines Partners, Auflösung der Partnerschaft — **870**
  - I. Übersicht — **871**
  - II. Auflösung der Partnerschaftsgesellschaft — **871**
  - III. Ausscheiden eines Partners — **871**
  - IV. Anteilsübertragung — **873**
  - V. Die Fortsetzung der Partnerschaft mit den Erben der Partner (Abs. 4) — **873**
  - VI. Eintragungspflichtige Vorgänge — **873**
- § 10 Liquidation der Partnerschaft, Nachhaftung — **874**
  - I. Allgemeines — **874**
  - II. Besonderheiten bei der Partnerschaft — **875**
  - III. Nachhaftungsbegrenzung (Abs. 2) — **875**
- § 11 Übergangsvorschriften — **876**
  - I. Der PartG vorbehaltene Namenszusätze (Abs. 1 S. 1) — **877**
  - II. Weitere Übergangsvorschriften (Abs. 2, Abs. 3) — **878**

Sachregister — **879**

## Abkürzungsverzeichnis

a.F.	alte Fassung
a.M.	andere(r) Meinung
aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
abl.; ablehn.	ablehnend
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
abw.	abweichend
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch v. 1861
aE	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht; Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AIF	Alternativer Investmentfonds
AIFM	Alternative Investment Fund Manager
AIFMD	Alternative Investment Fund Managers Directive, Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein
allgM	allgemeine Meinung
amtl.	amtlich(e)
amtl. Begr.	Amtliche Begründung
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anh.	Anhang
Anl.	Anleitung
Anm.	Anmerkung(en)
AnzV	Anzeigenverordnung: Verordnung über die Anzeigen und die Vorlage von Unterlagen nach dem Kreditwesengesetz
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ApothekenBetrO	Apothekenbetriebsordnung
ApothekenG	Apothekengesetz
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArbR	Arbeitsrecht
ArbstättVO	Arbeitsstättenverordnung
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungs- gesetz
AV	Ausführungsverordnung
AWD	Allgemeiner Wirtschaftsdienst
Az.	Aktenzeichen
AZR	Gesetz über das Ausländerzentral- register

## Abkürzungsverzeichnis

BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAnz	Bundesanzeiger
Basel I	Ausschuss für Bankenbestimmungen und -überwachung: Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen (1988)
Basel II	Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht: Internationale Konvergenz der Kapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen, überarbeitete Rahmenvereinbarung (2004)
Basel III	Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht: Basel III: Ein globaler Regulierungsrahmen für widerstandsfähige Banken und Bankensysteme (2010)
BauspG	Gesetz über Bausparkassen
BayERVV	Bayerische Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr und elektronische Verfahren (E-Rechtsverkehrsverordnung – ERVV)
BaWüNotZ	Baden-Württembergische Notarzeitung
BayOBLG	Bayerisches Oberlandesgericht
BayZ	Bayerische Zeitung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAO	Bundesabgabenordnung
BÄO	Bundesärzteordnung
BB	Der Betriebs-Berater
BBankG	Gesetz über die deutsche Bundesbank
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BC	Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling
Bd.	Band
BdB	Bundesverband deutscher Banken e. V.
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Bek. v.	Bekanntmachung vom
Begr.	Begründung
Beschl.	Beschluss
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (Betriebsrentengesetz)
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BfA	Bundesversicherungsanstalt für Angestellte
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofes
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BIZ	Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, Basel
BKartA	Bundeskartellamt
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
Bl.	Blatt
BMJV	Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz
BNotO	Bundesnotarordnung
BörsG	Börsengesetz
BörsO	Börsenordnung
BörsZulV	Verordnung über die Zulassung von Wertpapieren zur amtlichen Notierung an einer Wertpapierbörse
BPatG	Bundespatentgericht
BPatGE	Entscheidungen des Bundespatentgerichts
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BRAGO	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte
BRAK-Mitt	Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer
BRRD	Bank Recovery and Resolution Directive

BRRD-Richtlinie	Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapieren; ABl. EU L 173 v. 12.6.2014
BSpKG	Gesetz über Bausparkassen
BStBl	Bundessteuerblatt
BT	Bundestag
BT-Drucks.; BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BuB	Bankrecht und Bankpraxis
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVK	Bayerische Versicherungskammer
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CaR	Credit at Risk
CD	Certificate of Deposit
CDS	Credit Default Swap(s)
cic	culpa in contrahendo
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, UN-Kaufrecht
CRD IV	Capital Requirements Directive IV; Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl. EU L 176 v. 27.6.2013
CRDIVAnpV	Verordnung zur Anpassung von aufsichtsrechtlichen Verordnungen an das CRD IV-Umsetzungsgesetz
CRR	Capital Requirements Regulation; Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) 6486/2012; ABl. EU L 321 v. 30.11.2013
DAR	Deutsches Autorecht
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DepG	Depotgesetz
ders.	derselbe
DB	Der Betrieb
DGS	Depot Guarantee Scheme (Einlagensicherungssystem)
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
Dipl.	Diplom
Diss	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notarzeitung
DSGV	Deutscher Sparkassen- und Giroverband
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EABG	Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz
EBA	European Banking Authority (Europäische Bankenaufsichtsbehörde)

## Abkürzungsverzeichnis

EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
EFSF	European Financial Stability Facility (Europäische Finanzstabilisierungsfazilität)
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGHGB	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
EGVP	Elektronisches Gerichts- und Verwaltungspostfach
EGVVG	Einführungsgesetz zum Versicherungsvertragsgesetz
ehem.	ehemalige
EHUG	Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister
einh.	Einheitlich
Einl.	Einleitung
EOIPA	European Insurance and Occupational Pensions Authority (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersvorsorge)
e.K.	Eingetragener Kaufmann/Eingetragene Kauffrau
Entsch.	Entscheidung
ErbStG	Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz
ERJuKoG	Gesetz über elektronische Register und Justizkosten für Telekommunikation
Erl.	Erläuterung
ESA	European Supervisory Authorities
ESFS	European System of Financial Supervision (Europäisches Finanzaufsichtssystem)
ESG	Environmental Social Governance
ESM	European Stability Mechanism (Europäischer Stabilitätsmechanismus)
ESMA	European Securities and Markets Authority
ESRB	European Systemic Risk Board (Europäischer Ausschuss für Systemrisiken)
ESTG	Einkommenssteuergesetz
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
et al.	Et alii (und andere)
etc.	Et cetera
EU	Europäische Union
EUFAAnpG	Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2010/78/EU vom 24. November 2010 im Hinblick auf die Einrichtung des Europäischen Finanzaufsichtssystems
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
EuG	Europäisches Gericht Erster Instanz
EuGVVO	Verfahrensverordnung des Europäischen Gerichts Erster Instanz vom 1.3.2002
EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, vom 27.9.1968, seit dem 1.3.2002 weitgehend durch die EuGVVO ersetzt
EuInsVO	Europäische Insolvenzverordnung
EuLF	European Law Forum
EuZVO	Europäische Zustellungsverordnung
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Währungssystem; Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EV	Einführungsverordnung
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
EZB	Europäische Zentralbank

f	[der/die] folgende
FamFG	Familienverfahrensgesetz
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FeiertagslohnzahlungsG	Feiertagslohnzahlungsgesetz
ff	folgende
FG	Finanzgericht
FGG	Gesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit
FGPrax	Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FMFG	Finanzmarktförderungsgesetz; Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland
FMSA	Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung
FMStFG	Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz
Fn	Fußnote
FRUG	Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und der Durchführungsrichtlinie der Kommission (Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz) v. 16.7.2007
FS	Festschrift
FSB	Financial Stability Board (Rat für Finanzstabilität)
GBO	Grundbuchordnung
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GesRZ	Der Gesellschafter
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK	Großkommentar
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
GOZ	Gebührenordnung für Zahnärzte
GREStG	Grunderwerbsteuergesetz
GroMiKV	Großkredit- und Millionenkreditverordnung; Verordnung über die Erfassung, Bemessung, Gewichtung und Anzeige von Krediten im Bereich der Großkredit- und Millionenkreditvorschriften des Kreditwesengesetzes
Großkreditrichtlinie	Richtlinie 92/121/EWG des Rates vom 21. Dezember 1992 über die Überwachung und Kontrolle der Großkredite von Kreditinstituten, ABl. EU L 29 v. 5.2.1993
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht/Rechtsprechungsreport
GSG	Gerätesicherheitsgesetz
GV	Gebührenverzeichnis
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVO	Gerichtsvollzieherordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
hA	herrschende Ansicht
HAG	Heimarbeitsgesetz
Halbbd.	Halbband
HandelsR	Handelsrecht
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch

## Abkürzungsverzeichnis

HK	Handelskammer
HKO	Haager Landkriegsordnung
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HOAI	Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (Honorarordnung für Architekten und Ingenieure - HOAI) in der Fassung vom 10.7.2013
HRefG	Handelsrechtsreformgesetz vom 22.6.1998
HRegGebV	Verordnung über Gebühren in Handels, Partnerschafts- und Genossenschaftsregister-sachen Handelsregistergebührenverordnung)
HRegGebNeuOG	Handelsregistergebühren-Neuordnungsgesetz
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
HRV	Verordnung über die Einrichtung und Führung des Handelsregisters
Hs.; Halbs.	Halbsatz
HGB	Handelsgesetzbuch
HV	Handelsvertreter
HVuHM	Der Handelsvertreter und Handelsmarker
HWK	Handwerkskammer
IAS	IASC Framework for the Preparation and Presentation of Financial Statements, International Accounting Standards Board
IASB	International Accounting Standards Board
ICC	International Chamber of Commerce
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
ie	id est
iE	im Einzelnen
i.E.	im Ergebnis
ieS	in engerem Sinne
IFRC	International Financial Reportings Committee
IFRS	International Financial Reporting Standards
IFSt	Institut Finanzen und Steuern
iHv	in Höhe von
insbes.; insb.	insbesondere
IHK	Industrie- und Handelskammer
InsO	Insolvenzordnung
InsoBekV	Verordnung zu öffentlichen Bekanntmachungen in Insolvenzverfahren im Internet
InvG	Investmentgesetz
InvStG	Investmentsteuergesetz
IOSCO	International Organization of Securities Commissions
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRsp.	Die Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts
iRd	im Rahmen des
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des/der
ISDA	International Swaps and Derivatives Association, Inc.
iSv	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbFSt	Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht

jew.	Jeweils
JMBL.	Justizministerialblatt
JR	Juristische Rundschau
JRPV	Juristische Rundschau für Privatversicherung
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JVKostO	Justizverwaltungskostengesetz
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KAG	Kapitalanlagegesellschaft
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
Kapitaladäquanz- richtlinie	Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG Text von Bedeutung für den EWR, ABl. EU L 176/338 v. 27.6.2013
Kart	Kartell
Kfm.	Kaufmann
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
KG	Kammergericht; Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KGJ J	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Kosten-, Stempel- und Strafsachen
KMU	Kleines oder mittelständisches Unternehmen
KO	Kassenordnung; Konkursordnung
KÖSDI	Kölner Steuerdialog
KostG	Kostengesetz
KostO	Kostenordnung
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz in der Bekanntmachung vom 25.8.1969
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
KWG	Kreditwesengesetz; Gesetz über das Kreditwesen
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	litera
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
LS	Leitsatz
Ltd.	Private Company Limited by Shares
LVA	Landesversicherungsanstalt
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m.	mit
M.	Meinung
MaRisk	Mindestanforderungen an das Risikomanagement, Rundschreiben der BaFin 10/2012 (BA) v. 14.12.2012
MarkenG	Markengesetz
MaSan	Mindestanforderung an die Ausgestaltung von Sanierungsplänen, Rundschreiben der BaFin 3/2014 (BA) v. 25.4.2014
m. Bespr.	mit Besprechung
m.E.	meines Erachtens
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive; Richtlinie 2004/39/EG v. 21.4.2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG

## Abkürzungsverzeichnis

	des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. EG L 145/1 v. 30.4.2004
MiFID II	Richtlinie 2014/65/EU v. 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (Neufassung), ABl. EU L 173/349 v. 12.6.2014
MiFIR	Markets in Financial Instruments Regulation; Verordnung (EU) Nr. 600/2014 v. 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, ABl. EU L 173/84 v. 12.6.2014
Mio.	Millionen
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MittRhNotK	Mitteilungen Rheinische Notar-Kammer
MittBayNot	Mitteilungen der Bayerischen Notarkammer
mN	mit Nachweisen
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
Mrd.	Milliarde
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen; mit weiteren Nennungen
m.W.v.	mit Wirkung vom
Nachw.	Nachweise
NaStraG	Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
n.F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift - Rechtssprechungsreport
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
n.v.	nicht veröffentlicht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWB	NWB Steuer- und Wirtschaftsrecht (bis 2008: Neue Wirtschafts-Briefe für Steuer- und Wirtschaftsrecht)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht - Rechtssprechungsreport
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
o.	oben
o.ä.	oder ähnliches
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OFD	Oberfinanzdirektion
OGA	Organismus für Gemeinsame Anlagen
OGAW	Organismus für Gemeinsame Anlagen in Wertpapieren
(ö)OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Zivilsachen
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report: Zivilrechtsprechung der Oberlandesgerichte
österr.	Österreichisches
OTC	Over The Counter
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten

PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
PatG	Patentgesetz
PfandBG	Pfandbriefgesetz
PflegeVG	Pflege-Versicherungsgesetz
PiR	NWB Internationale Rechnungslegung
ppa.	per procura (in Vollmacht)
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
PublG	Publizitätsgesetz; Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen
PucheltsZ	Zeitschrift für französisches Zivilrecht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAG ARS	Reichsarbeitsgericht, Arbeitsrechts-Sammlung (Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und des Reichsehrengerichts, der Landesarbeitsgerichte, Arbeitsgerichte und Ehrengerichte, 1928 ff)
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RdA	Recht der Arbeit
RDG	Rechtsdienstleistungsgesetz, Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen
Rdn.	Randnummer
Rdsch.	Rundschau
RdW	Das Recht der Wirtschaft
RefE	Referentenentwurf
RegBegr.	Regierungsbegründung
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht; Reichsgesetz
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RJA	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt
RKS	Rechtsprechung kaufmännischer Schiedsgerichte
RL	Richtlinie
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
RPfIG	Rechtspflegergesetz
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RVO	Rechtsverordnung
Rz.	Randziffer
s.	siehe
S.	Seite
s.a.	siehe auch
SAE	Sammlung arbeitsgerichtlicher Entscheidungen
Sächs.	Sächsisch
ScheckG	Scheckgesetz
SE	Societas Europaea – Europäische Gesellschaft
SEAG	Gesetz zur Ausführung der Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
SG	Sozialgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
SigG	Signaturgesetz
Slg.	Sammlung

## Abkürzungsverzeichnis

sog.	Sogenannt
SolvV	Solvabilitätsverordnung, Verordnung über die angemessene Eigenmittelausstattung von Instituten, Institutsgruppen und Finanzholding Gruppen
SpruchG	Gesetz über das gesellschaftsrechtliche Spruchverfahren – Spruchverfahrensgesetz
SRM	Single Resolution Mechanism, Einheitlicher Abwicklungsmechanismus
SRM-Verordnung	Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus. ABl. EU 2014 L 225/1
SSM	Single Supervisory Mechanism, Einheitlicher Aufsichtsmechanismus
SSM-Verordnung	Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15.10.2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, ABl. EU L 287/63 v. 29.10.2013
st.	ständige
StBp	Die steuerliche Betriebsprüfung
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
str.	streitig
StuB	Zeitschrift für das Steuerrecht und die Rechnungslegung der Unternehmen
StuW	Steuer und Wirtschaft
s.u.	siehe unten
TDG	Gesetz über die Nutzung von Telediensten – Teledienstegesetz
teilw.	Teilweise
TMG	Telemediengesetz
TransPuG	Transparenz- und Publizitätsgesetz; Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität
TranspR	Transportrecht
TUG	Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
Tz.	Teilziffer
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
Tz.	Textziffer
u.a.	unter anderem; und andere
u.ä.	und ähnliches
Ubg	Die Unternehmensbesteuerung
UG	Unternehmergeellschaft
umf.	umfassend
UmwG	Umwandlungsgesetz
unstr.	unstrittig
Unterabs.	Unterabsatz
UrhG	Urheberrechtsgesetz
Urt.	Urteil
URV	Verordnung über das Unternehmensregister
usf.	und so fort
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
u.U.	unter Umständen
v.	von; vom
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VerBAV	Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen
Verf.	Verfasser
VerkprospG	Verkaufsprospektgesetz

VersVerm	Versicherungsvermittlung
Vertikal-GVO	Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen
VertriebsR	Vertriebsrecht
VGA	Bundesverband der Geschäftsstellenleiter und Assekuranz
Vgl.	Vergleiche
v.H.	von Hundert
VO	Verordnung
Vol.	Volume
Voraufl.	Vorauslage
Vorb.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
VvaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
VW	Versicherungswirtschaft
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WechselG	Wechselgesetz
weit.	weitere(n)
WG	Wechselgesetz
Wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen;
wN	weitere Nachweise
WpAIIV	Wertpapierhandelsanzeige- und Insiderverzeichnisverordnung
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WPO	Wirtschaftsprüferordnung, Gesetz über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuM	Wohnwirtschaft und Mietrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW-	E Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungen zum Kartellrecht
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZErB	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrechts- und Vermögensnachfolge
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfBF	Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZfgK	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen; Zeitschrift für Verwaltung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Zivilrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZS	Zivilsenat
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht; Zeitschrift für Sozialrecht

## Abkürzungsverzeichnis

z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend
ZustErgG	Zuständigkeitsergänzungsgesetz
zutr.	zutreffend
ZVersWiss	Zeitschrift für Versicherungswissenschaft
ZVglRWi(ss)	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

## Bibliographie

- ADS Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, Online Kommentar, 6. Aufl., (sieben Teilbände, Register- und Ergänzungsband seit 1995); Adler/Düring/Schmaltz (Hrsg.)
- Baetge/Kirsch/Thiele Konzernbilanzen, 12. Aufl. 2017
- Baetge/Kirsch/Thiele/  
*Bearbeiter* Bilanzrecht, 82. Akt. 2018; Baetge/Kirsch/Thiele (Hrsg.)
- Baetge/Kirsch/Thiele Bilanzen, 15. Aufl. 2019
- Bamberger/Roth/*Bearbeiter* Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2019; Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.)
- BankRHdb/*Bearbeiter* Bankrechtshandbuch hrsg. Schimansky/Bunte/Lwowski, 2 Bde, 5. Aufl. 2017
- Bankrecht und Bankpraxis 141. EL, 6/2019 hrsg. A. Weber (Loseblatt)
- Baumbach/Hefermehl/  
*Casper/Bearbeiter* Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht der kartengestützten Zahlung 23. Aufl. 2008; Baumbach/Hefermehl/Casper (Hrsg.)
- Baumbach/Hueck/*Bearbeiter* GmbHG, 21. Aufl. 2017; Baumbach/Hueck (Hrsg.)
- Baumbach/Hopt/*Bearbeiter* HGB, 38. Aufl. 2018; Baumbach (Begr.)/Hopt
- Baumbach/Lauterbach/  
*Bearbeiter* ZPO, 77. Aufl. 2019; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (Hrsg.)
- Bülow/Artz Zahlungskontengesetz 2017
- Beck BilKomm/*Bearbeiter* Beck'scher Bilanzkommentar Handels- und Steuerbilanz, 11. Aufl. 2018; Grottel/Schmidt/Schubert/Winkeljohann (Hrsg.)
- Beck-Hdb-GmbHG/*Bearbeiter* Beck'sches Handbuch der GmbH, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, 5. Aufl. 2014; Prinz/Winkeljohann (Hrsg.)
- Beck-Hdb-RL/*Bearbeiter* Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, 58. Aufl. 2019; Böcking/Castan/Heymann/Pfitzer/Scheffler (Hrsg.) (Loseblatt)
- Beck-Hdb-StB/*Bearbeiter* Beck'sches Steuerberater Handbuch 2019/2020, 17. Aufl. 2019
- BeckOGK/*Bearbeiter* beck-online.Grosskommentar, 2019; Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann/Henssler (Hrsg.)
- BeckOK-ArbR Beck'scher Online-Kommentar ArbR 52. Ed. 2019; Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg.)
- BeckOK-GmbHG/*Bearbeiter* Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, 39. Ed. 2019; Ziemons/Jäger (Hrsg.)
- BeckOK-HGB/*Bearbeiter* Beck'scher Online-Kommentar HGB, 25. Ed. 2019; Häublein/Hoffmann-Theinert (Hrsg.)
- BeckOK-InsO/*Bearbeiter* Beck'scher Online-Kommentar InsO, 14. Ed. 2019; Fridgen/Geiwitz/Göpfert (Hrsg.)
- Blümich/*Bearbeiter* EStG, KStG, GewStG, Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuer-gesetz, 147. Aufl. 2019 (Loseblatt)
- Driesch/Riese/Schlüter/  
*Senger/Bearbeiter* Beck'sches IFRS-Handbuch, 5. Aufl. 2016; Driesch/Riese/Schlüter/Senger (Hrsg.)
- Braun/*Bearbeiter* Insolvenzordnung, 7. Aufl. 2017; Braun (Hrsg.)
- Brox/Rüthers/Henssler/  
*Bearbeiter* Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2016
- Busse von Colbe Konzernabschlüsse, 11. Aufl. 2010; Busse von Colbe/Ordelheide (Hrsg.)
- Bürgers/Körper/*Bearbeiter* Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2017; Bürgers/Körper (Hrsg.)
- Canaris HandelsR Handelsrecht, 24. Aufl. 2006
- Canaris Bankvertragsrecht 3. Aufl. 1988
- (s. auch Staub)
- Coenenberg/Haller/Schulze Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, 25. Aufl. 2018
- DerlederBankR/*Bearbeiter* Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht; Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg.), 2 Bde, 3. Aufl. 2017
- Ebenroth/Boujong/Joost/  
*Strohn/Bearbeiter* HGB, 3. Aufl. 2014; Ebenroth/Boujong/Joost (Begr.)
- Ellenberger/Findeisen/Nobbe Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht 2010
- Emmerich/Habersack/  
*Bearbeiter* Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019; Emmerich/Habersack (Hrsg.)

## Bibliographie

- Ensthaler/*Bearbeiter* Gemeinschaftskommentar zum HGB, 8. Aufl. 2015; Ensthaler (Hrsg.)  
ErfK/*Bearbeiter* Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2019; Müller-Glöge/Preis/I. Schmidt (Hrsg.)
- Erman/*Bearbeiter* BGB, 15. Aufl. 2017; Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.)  
Esser/Rübenstahl/Saliger/*Tsambikakis/Bearbeiter* Wirtschaftsstrafrecht, 2017; Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis/ (Hrsg.)
- FK-InsO/*Bearbeiter* Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 9. Aufl. 2018; Wimmer (Hrsg.)  
Frotscher/Geurts/*Bearbeiter* Kommentar zum Einkommenssteuergesetz (EStG), 212 Akt. 2019  
Gottwald/*Bearbeiter* Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2015; Gottwald (Hrsg.)  
Großfeld/Luttermann Bilanzrecht, 4. Aufl. 2005  
Großkomm/*Bearbeiter* Handelsgesetzbuch, Großkommentar, begr. von Staub, 3. Auflage von Brüggemann, Canaris, Fischer, Helm, Koller, Ratz, Schilling, Ulmer, Würdinger/Röhrich, Berlin 1967 ff.; 5. Auflage s. Staub/*Bearbeiter*
- Haag/Löffler/*Bearbeiter* HGB-Kommentar, 2. Aufl. 2014; Haag/Löffler (Hrsg.)  
Hachenburg/*Bearbeiter* Hachenburg GmbHG Kommentar, 2. Aufl. 1994/1997; Ulmer (Hrsg.)  
Hachmeister/Kahle/Mock/*Schüppen/Bearbeiter* Bilanzrecht, 1. Aufl. 2018; Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen (Hrsg.)
- Haufe HGB BilKomm/*Bearbeiter* Haufe HGB Bilanz-Kommentar, 2019; Bertram/Brinkmann/Kessler/Müller (Hrsg.)
- HdCG/*Bearbeiter* Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl. 2010; Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.)
- HdJ/*Bearbeiter* Handbuch des Jahresabschlusses (HdJ), 72. EL. 2019; Schulze-Osterloh/Henrichs/Wüstemann (Hrsg.) (Loseblatt)
- HdR-EA/*Bearbeiter* Handbuch der Rechnungslegung – Einzelabschluss, 28. EL. 2019; Küting/Weber (Hrsg.) (Loseblatt)
- HHR/*Bearbeiter* Einkommenssteuer- und Körperschaftssteuergesetz, Kommentar, 292. Akt. 2019  
Herrmann/Heuer/Raupach (Hrsg.) (Loseblatt)
- Heidel/*Bearbeiter* Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2019; Heidel (Hrsg.)  
Heidel/Schall/*Bearbeiter* Handkommentar HGB, 2. Aufl. 2015; Heidel/Schall (Hrsg.)  
Henssler/Strohn/*Bearbeiter* Gesellschaftsrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2019; Henssler/Strohn (Hrsg.)  
Heuser/Theile/*Bearbeiter* IFRS-Handbuch, 6. Aufl. 2019; Heuser/Theile (Hrsg.)  
Heymann/*Bearbeiter* Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 1995 ff.; Horn (Hrsg.)  
HK-HGB/*Bearbeiter* Heidelberger Kommentar zum HGB, 7. Aufl. 2007; Glanegger/Kimberger/Kusterer (Hrsg.)
- Hoffmann/Lüdenbach NWB Kommentar Bilanzierung, 10. Aufl. 2019, Hoffmann/Lüdenbach (Hrsg.)  
Hopt/Merkt/*Bearbeiter* Bilanzrecht, 2010; Hopt/Merkt (Hrsg.)  
Hueck/Nipperdey/*Bearbeiter* Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl. 1963–1970; Hueck/Nipperdey (Hrsg.)  
Hüffer/Koch AktG AktG Kommentar, 13. Aufl. 2018; Hüffer (Begr.)  
HWRev/*Bearbeiter* Handwörterbuch der Revision, 2. Aufl. 1992; Coenenberg/Wysocki (Hrsg.)  
Josten Kreditvertragsrecht 2. Aufl. 2017
- Kallmeyer/*Bearbeiter* Umwandlungsgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2017  
Kirchhof/*Bearbeiter* Einkommenssteuergesetz (EStG), 18. Aufl. 2019; Kirchhof (Hrsg.)  
Knobbe-Keuk Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl. 1993  
Köhler/Bornkamm/*Bearbeiter* Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG – PAngV – UKlaG, 37. Aufl. 2019; Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.)  
Koller/Kindler/Roth/*Drüen/Bearbeiter* HGB Kommentar, 9. Aufl. 2019; Koller/Kindler/Roth/Drüen (Hrsg.)
- KölnKomm-AktG/*Bearbeiter* Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2004, Zöllner/Noack (Hrsg.)  
KölnKomm-InsO/*Bearbeiter* Kölner Kommentar InsO 2017; Hess (Hrsg.)  
KölnKomm-RLR/*Bearbeiter* Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht (§§ 238–342e HGB), 1. Aufl. 2010; Claussen/Scherrer (Hrsg.)
- Küstner/Thume/*Bearbeiter* Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, Bd. 1, 5. Aufl. 2016; Thume/Riemer/Schürr (Hrsg.)
- Langheid/Rixecker/*Bearbeiter* Versicherungsvertragsgesetz mit Einführungsgesetz und VVG-Informationspflichtenverordnung, 6. Aufl. 2019; Langheid/Rixecker (Hrsg.)

- LBSBankRKomm/*Autor*  
Loewenheim/Meessen/  
*Bearbeiter*  
Lüdenbach/Hoffmann/  
*Bearbeiter*  
Lutter/*Bearbeiter*  
Lutter/Hommelhoff/  
*Bearbeiter*  
Martinek/Semler/Flohr/  
*Bearbeiter*  
Meilicke u.a./*Bearbeiter*  
Michalski/*Bearbeiter*  
MüHdb-GesR [Band]/  
*Bearbeiter*  
MünchArbR/*Bearbeiter*  
  
MüKo-AktG/*Bearbeiter*  
  
MüKo-BGB/*Bearbeiter*  
  
  
MüKo-BilR/*Bearbeiter*  
MüKo-GmbHG/*Bearbeiter*  
MüKo-HGB/*Bearbeiter*  
  
  
MüKo-HGB/*Bearbeiter*  
MüKo-InsO/*Bearbeiter*  
  
MüKo-ZPO/*Bearbeiter*  
  
Musielak/Voit/*Bearbeiter*  
  
Oestreicher  
Oetker/*Bearbeiter*  
Palandt/*Bearbeiter*  
Prölss/Martin/*Bearbeiter*  
PWW/*Bearbeiter*  
Raiser/Veil  
Rechnungslegung/*Bearbeiter*  
  
Reithmann/Martiny  
/*Bearbeiter*  
RGRK-BGB/*Bearbeiter*  
  
Röhricht/v. Westphalen/  
Haas/*Bearbeiter*  
  
Roth/Altmepfen/*Bearbeiter*
- Bankrechts-Kommentar hrsg. Langenbucher/Bliesener/Spindler 2. Aufl. 2016  
Kartellrecht Kommentar, 3. Aufl. 2016; Loewenheim/Meessen/  
Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann (Hrsg.)  
Haufe IFRS-Kommentar, 17. Aufl. 2019; Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg (Hrsg.)  
  
Umwandlungsgesetz Kommentar, 5. Aufl. 2014  
GmbH-Gesetz Kommentar, 19. Aufl. 2016  
  
Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. 2016; Martinek/Semler/Flohr (Hrsg.)  
  
Kommentar, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz: PartGG, 3. Aufl. 2015  
GmbHG Kommentar, 3. Aufl. 2017; Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt (Hrsg.)  
Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 5. Aufl. 2019; Gummert/Weipert  
(Hrsg.)  
Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. I., 4. Aufl. 2018 Kiel/Lunk/Oetker  
(Hrsg.)  
Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2017, Goette/Habersack  
(Hrsg.)  
Münchener Kommentar zum BGB, Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.)  
Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1–240, AGG, ProstG, 8. Aufl. 2018; Säcker (Red.)  
Band 6, Schuldrecht – Besonderer Teil IV, §§ 705–853, PartGG, ProHG, 7. Aufl.  
2017; Habersack (Red.)  
Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, 2013 Hennrichs/Kleindiek/Watrin (Hrsg.)  
Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2018; Fleischer/Goette (Hrsg.)  
Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch; Karsten Schmidt (Hrsg.)  
Band 1, §§ 1–104a, 4. Aufl. 2016; Karsten Schmidt (Red.)  
Band 2, §§ 105–160, 4. Aufl. 2016; Karsten Schmidt (Red.)  
Band 3, §§ 161–237, Konzernrecht der Personengesellschaften, 3. Aufl. 2012; Karsten  
Schmidt (Red.)  
Münchener Kommentar zum HGB Bd. 6, 3. Aufl. 2014  
Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. 4, 3. Aufl. 2016; Kirch-  
hof/Eidenmüller/  
Stürner (Hrsg.)  
Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Aufl. 2016; Rauscher/Krüger  
(Hrsg.)  
Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 16. Aufl. 2019;  
Musielak/Voit (Hrsg.)  
Handels- und Steuerbilanzen, 6. Aufl. 2003  
HGB Kommentar, 6. Aufl. 2019; Oetker (Hrsg.)  
BGB, 78. Aufl. 2019, Palandt (Begr.)  
Versicherungsvertragsgesetz, 30. Aufl. 2018; Prölss/Martin (Hrsg.)  
Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2019, Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.)  
Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015; Raiser/Veil (Hrsg.)  
Rechnungslegung. Aufstellung, Prüfung und Offenlegung des Jahresabschlusses.  
Kommentar, 97. Akt. 2019 Hofbauer/Kupsch (Hrsg.)  
Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015; Reithmann/mMartiny (Hrsg.)  
  
Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung  
des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 12. Aufl. 1975–1999; heraus-  
gegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofs  
Handelsgesetzbuch: zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften  
und besonderen Handelsverträgen (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht), 5. Aufl.  
2019; Röhricht/v. Westphalen/Haas (Hrsg.)  
Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG Kommentar,  
9. Aufl. 2019

## Bibliographie

- Rowedder/Schmidt-Leithoff/  
*Bearbeiter* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG Kommentar,  
6. Aufl. 2017; Rowedder (Begr.)/Schmidt-Leithoff (Hrsg.)
- Schaub/*Bearbeiter* Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl. 2017; Schaub (Hrsg.)
- Schlegelberger/*Bearbeiter* Schlegelberger HGB Kommentar  
Band III 1. Halbband §§ 105–160, 5. Aufl. 1992; Schlegelberger (Begr.)/Geßler  
(Mitverf.)  
Band III 2. Halbband, §§ 161–177a, §§ 335–342 (§§ 230–237 n.F.), 5. Aufl. 1986;  
Schlegelberger (Begr.)/Geßler (Mitverf.)
- K. Schmidt GesR Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002
- K. Schmidt HandelsR Handelsrecht – Unternehmensrecht I, 6. Aufl. 2014
- K. Schmidt/Lutter/*Bearbeiter* Aktiengesetz Kommentar, 3. Aufl. 2015; K. Schmidt/Lutter (Hrsg.)
- Schmidt/*Bearbeiter* Einkommensteuergesetz: EStG, 38. Aufl. 2019
- Scholz/*Bearbeiter* Kommentar GmbHG, 12. Aufl. 2018; Scholz (Hrsg.)
- Schubert/Schmiedel/*Krampe* Bd., S. Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, 1898; Schubert/Schmiedel/  
Krampe
- Schwark/Zimmer/*Bearbeiter* Kapitalmarktrechts-Kommentar, Börsengesetz mit Börsenzulassungsverordnung,  
Wertpapierprospektgesetz, Verkaufsprospektgesetz mit Vermögensanlagen-  
Verkaufsprospektverordnung, Wertpapierhandelsgesetz, Wertpapiererwerbs- und  
Übernahmengesetz, 4. Aufl. 2010; Schwark/Zimmer (Hrsg.)
- Schwarz/Pahlke/*Bearbeiter* Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung, Kommentar, Loseblattwerk, 186. Akt.  
2019
- Soergel/*Bearbeiter* Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, 13. Aufl.;  
Soergel (Begr.)  
Band 9/1: Schuldrecht §§ 705–758, 13. Aufl. 2012; Hadding (Hrsg.)
- Spindler/Stilz/*Bearbeiter* AktG Kommentar, 4. Aufl. 2018; Spindler/Stilz (Hrsg.)
- Staub/*Bearbeiter* Großkommentar zum HGB, 5. Aufl, Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.)  
Band 1: Einleitung, §§ 1–47b, 5. Aufl. 2009  
Band 2: §§ 48–104, 5. Aufl. 2008  
Band 3: §§ 105–160, 5. Aufl. 2009  
Band 4: §§ 161–236, 5. Aufl. 2015  
Band 5: §§ 238–289a, 5. Aufl. 2014  
Band 6: §§ 290–315a, Anhang IFRS, 5. Aufl. 2011  
Band 7/1: §§ 316–330, 5. Aufl. 2010  
Band 7/2: §§ 331–342e, 5. Aufl. 2012  
Band 8: §§ 343–372, 5. Aufl. 2018  
Band 9: §§ 373–376, 383–406, 5. Aufl. 2013  
Band 10: Bankvertragsrecht 1: Organisation und Kreditwesen, Bank-Kunden-  
Verhältnis, 5. Aufl. 2015  
Band 11: Bankvertragsrecht 2: Investment Banking, 5. Aufl. 2017  
Band 12: §§ 407–424, 436–442, 5. Aufl. 2014  
Band 13: §§ 451–475h, 5. Aufl. 2020 (im Erscheinen)  
Band 14: CMR, 5. Aufl. 2017
- Staudinger/*Bearbeiter* J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Staudinger (Begr.)
- Staudinger/*Habermeier* Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse §§ 705–740 (Gesellschaftsrecht), Neu-  
bearb. 2003; Reuter (Red.)
- Staudinger/*Horn* Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse §§ 765–778 (Bürgschaft) Neubearb. 2012
- Staudinger/*Omlor* Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse §§ 675c–676c (Zahlungsdiensterecht)  
Neubearb. 2012; Online Bearb. 2017
- SystPraxisKomm/*Heine/  
Zenger* Systematischer Praxiskommentar Bilanzrecht, 3. Aufl. 2016, Petersen/Zwirner/  
Brösel (Hrsg.)
- Thiele/von Keitz/Brücks/  
*Bearbeiter* Internationales Bilanzrecht, 41. Akt. 2019; Thiele/von Keitz/Brücks (Hrsg.)
- Thomas/Putzo/*Bearbeiter* ZPO Kommentar, 40. Aufl. 2019; Thomas/Putzo (Begr.)
- Tipke/Kruse/*Bearbeiter* Abgabenordnung- Finanzgerichtsordnung: AO, FGO, 156. Akt. 2019
- Uhlenbruck/*Bearbeiter* Insolvenzordnung Kommentar, 15. Aufl. 2019; Uhlenbruck/Hirte/Vallender (Hrsg.)

- Ulmer/Brandner/Hensen/  
*Bearbeiter* AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305–310 BGB und zum UKlaG, 12. Aufl. 2016;  
Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.)  
Ulmer/Habersack/Löbbe/  
*Bearbeiter* GmbHG Großkommentar, 2. Aufl. 2013; Ulmer/Habersack/Löbbe (Hrsg.)  
Welter/Lang Handbuch der Informationspflichten im Bankverkehr 2005  
Wöhe Bilanzierung und Bilanzierung und Bilanzpolitik, 9. Aufl. 1997  
Bilanzpolitik  
Zöllner/*Bearbeiter* ZPO, 32. Aufl. 2018; Zöllner (Begr.)



ZWEITES BUCH  
**Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft**

ERSTER ABSCHNITT  
**Offene Handelsgesellschaft**

ERSTER TITEL  
**Errichtung der Gesellschaft**

**§ 105**  
**[Offene Handelsgesellschaft]**

**(1) Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist.**

**(2) Eine Gesellschaft, deren Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 Handelsgewerbe ist oder die nur eigenes Vermögen verwaltet, ist offene Handelsgesellschaft, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist. § 2 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.**

**(3) Auf die offene Handelsgesellschaft finden, soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft Anwendung.**

**Schrifttum**

*K. Brodersen* Die Beteiligung der BGB-Gesellschaft an den Personenhandelsgesellschaften, 1988; *G. Buchda* Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandslehre, 1936; *Buchner* Zur rechtlichen Struktur der Personengesellschaften, AcP 169 (1969), 483; *Canaris* Vertrauenshaftung 1971; *Flume* Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972), 177; *ders.* Gesamthand und juristische Person, FS L. Raiser, 1974, S. 27; *Hamel* Die Rechtsnatur der OHG, 1928; *U. Huber* Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrecht, 1970; *A. Hueck* Mängel des Gesellschaftsvertrages bei der OHG, AcP 149 (1944), 1; *Hüttemann* Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998; *Reuter* Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 1973; *Rödig* Bereicherung ohne Rechtfertigung durch Gesellschaftsvertrag, 1972; *K. Schmidt* Zur Stellung der OHG im System der Handelsgesellschaften, 1972; *J. Schulze-Osterloh* Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, 1972; *ders.* Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften, 1973; *Teichmann* Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970; *H.P. Westermann* Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970; *Wiedemann* Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965; *ders.* Juristische Person und Gesamthand als Sondervermögen, WM 1975. Sonderbeilage 4.

**Übersicht**

- |  |   |
|--|---|
| A. Bedeutung — 1                         | 6. Auslegung — 21                               |
| B. Merkmale der OHG                      | 7. Änderung — 22                                |
| I. Gesellschaftsvertrag                  | II. Umwandlung, Verschmelzung,<br>Spaltung — 25 |
| 1. Rechtsnatur — 2                       | III. Inhalt des Gesellschaftsvertrages          |
| 2. Handelsgeschäft? — 5                  | 1. Überblick — 26                               |
| 3. Anwendbarkeit des<br>Schuldrechts — 6 | 2. Betrieb eines Handels-<br>gewerbes — 28      |
| 4. Abschluss — 10                        | 3. Keine wirksame<br>Haftungsbeschränkung — 35  |
| 5. Form — 16                             | 4. Gemeinschaftliche Firma — 37                 |
| a) § 311b BGB — 17                       |   |
| b) § 518 BGB — 20                        |   |

- C. Gesellschafter
  - I. Einheitlichkeit der Mitgliedschaft — 39
  - II. Minderjährige — 42
  - III. Ehegatten — 48
  - IV. Gesellschaften
    - 1. Juristische Personen — 50
    - 2. Personengesellschaften — 52
  - V. Treuhand — 54
  - VI. Unterbeteiligung — 64
  - VII. Nießbrauch — 69
- D. Fehlerhafte Gesellschaftsverträge
  - I. Überblick — 75
  - II. Voraussetzungen — 78
  - III. Ausnahmen
    - 1. Gesetzesverstoß, Sittenwidrigkeit — 81
    - 2. Minderjährige — 86
    - 3. Arglistige Täuschung, Verbraucherschutz — 87
  - IV. Rechtsfolgen — 90
  - V. Gesellschafterwechsel, Vertragsänderungen
    - 1. Fehlerhafter Beitritt — 95
    - 2. Fehlerhafter Austritt — 98
    - 3. Fehlerhafte Anteilsübertragung — 100
    - 4. Fehlerhafte Auflösung — 101
    - 5. Sonstige fehlerhafte Vertragsänderungen — 102
    - 6. Scheingellschaften — 104

## A. Bedeutung

- 1 In § 105 definiert das Gesetz den Begriff der OHG und ordnet zugleich an, dass auf diese grundsätzlich die §§ 705 bis 740 BGB anzuwenden sind, soweit nicht das HGB in den §§ 105 bis 160 Sondervorschriften enthält. Die OHG erweist sich damit als handelsrechtliche Sonderform der BGB-Gesellschaft.<sup>1</sup> Eine praktisch besonders bedeutsame Sonderform der OHG ist die KG (§ 161 Abs. 2). Die geltende Fassung des § 105 beruht auf dem Handelsrechtsreformgesetz von 1998, durch das ein neuer Abs. 2 in die Vorschrift eingefügt wurde, wodurch die OHG und damit insbesondere auch die KG (§ 161 Abs. 2) für kleingewerbliche und vermögensverwaltende Gesellschaften geöffnet wurden. An praktischer Bedeutung hat die KG einschließlich der GmbH & Co. KG mittlerweile die OHG bei weitem überflügelt. Der Relevanz des OHG-Rechts – eben als des Rechts der Grundform der handelsrechtlichen Personengesellschaften – tut dies indessen keinen Abbruch.

## B. Merkmale der OHG

### I. Gesellschaftsvertrag

- 2 **1. Rechtsnatur.** Die Begriffsmerkmale der OHG ergeben sich aus dem Zusammenhang des § 105 und des § 705 BGB. Die OHG ist danach eine Gesellschaft im Sinne des § 705 BGB, deren Zweck in dem Betrieb eines Handelsgewerbes (im Sinne der §§ 1 bis 3) unter gemeinschaftlicher Firma besteht, vorausgesetzt, dass bei keinem der Gesellschafter in wirksamer Form die Haftung gegenüber den Gläubigern beschränkt ist, wodurch die OHG zugleich von der KG (§ 161) abgegrenzt wird. Erstes (und wichtigstes) Merkmal der OHG ist hiernach das Vorliegen eines Gesellschaftsvertrages im Sinne des § 705 BGB. Ohne Gesellschaftsvertrag gibt es keine OHG; eine OHG „auf objektiver Grundlage“ ist mit anderen Worten dem deutschen Recht fremd.<sup>2</sup> Nur eine scheinbare Ausnahme von diesem Grundsatz stellt es dar, dass in bestimmten Fällen eine OHG auch ohne Abschluss eines neuen Gesellschaftsvertrages durch Umwandlung oder Verschmelzung entstehen kann. Treten dagegen mehrere Personen nur nach außen als OHG auf, haben sie jedoch tatsächlich keinen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen, so liegt keine OHG vor (Rdn. 104). Unberührt bleibt davon ihre Rechtsscheinhaftung gegenüber gutgläubigen Dritten nach OHG-Grundsätzen (Rdn. 105).

<sup>1</sup> Ebenso schon betont die Denkschrift S. 86.

<sup>2</sup> BGHZ 11, 190, 191 = NJW 1954, 231; BGH LM Nr. 4 zu § 105 HGB = NJW 1953, 1220.

Der Gesellschaftsvertrag, unabdingbare Voraussetzung jeder OHG (Rdn. 2), ist nach § 705 3 BGB i.V.m. § 105 Abs. 3 ein Vertrag, durch den sich die Gesellschafter gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes, im Falle der OHG und der KG grundsätzlich der Betrieb eines Handelsgewerbes, in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten. Hiernach kann nicht zweifelhaft sein, dass noch die Väter des BGB den Gesellschaftsvertrag, jedenfalls in erster Linie, als (gegenseitigen) Schuldvertrag aufgefasst haben.<sup>3</sup> Dabei ist die Entwicklung jedoch nicht stehen geblieben, da in den letzten Jahren zunehmend die Besonderheiten von Gesellschaftsverhältnissen im Verhältnis zu allgemeinen Vertragsverhältnissen ins Bewusstsein getreten sind. Seitdem wird der Gesellschaftsvertrag verbreitet als **Organisationsvertrag** qualifiziert und dadurch in einen betonten Gegensatz zu den übrigen Schuldverträgen gerückt.<sup>4</sup>

Hierdurch soll vor allem zum Ausdruck gebracht werden, dass der Gesellschaftsvertrag sich 4 nicht darin erschöpft, schuldrechtliche Beziehungen zwischen den Gesellschaftern zu begründen, sondern die weitergehende Bedeutung hat, neben den Gesellschaftern eine neue (zumindest teilrechtsfähige) Organisation zu schaffen, die durch **Organe** tätig wird und die über ein eigenes, von dem der Gesellschafter getrenntes Vermögen verfügt. Diese Eigenart der Gesellschaftsverträge steht außer Frage. Man muss sich gleichwohl davor hüten, aus der bloßen Qualifizierung der Gesellschaftsverträge als Organisationsverträge etwa Folgerungen für die vielen zweifelhaften Einzelfragen zu ziehen.

**2. Handelsgeschäft?** Die Gesellschaft ist, weil sie ein Handelsgewerbe betreibt, **Kaufmann** 5 (§ 6 Abs. 1). Von den **Gesellschaftern** wurde bisher überwiegend dasselbe angenommen, weil sie die eigentlichen Träger des von der Gesellschaft betriebenen Handelsgewerbes seien.<sup>5</sup> Diese Auffassung stößt indessen im neueren Schrifttum zunehmend auf Kritik, weil sie die nötige Trennung zwischen der Gesellschaft (als selbstständigem Rechtsträger) und den Gesellschaftern vermissen lasse.<sup>6</sup> In der Tat kann sich immer nur im Einzelfall die Frage stellen, ob die auf Kaufleute bezüglichen Vorschriften wie z.B. § 109 GVG oder die §§ 29 und 38 ZPO auf die Gesellschafter einer OHG entsprechend angewendet werden können; jedenfalls bei den geschäftsführenden Gesellschaftern dürfte diese Frage grundsätzlich zu bejahen sein. Aus demselben Grund stellt der **Abschluss** des Gesellschaftsvertrages für die Gesellschafter nur dann ausnahmsweise ein Handelsgeschäft im Sinne der §§ 343ff dar, wenn sie bereits unabhängig von ihrer Gesellschafterstellung Kaufleute sind *und* der Abschluss des Gesellschaftsvertrages zu ihrem Handelsgewerbe gehört (str.). Andernfalls ist für die Anwendung der §§ 343ff kein Raum. Für die besonders umstrittene Frage der Zulässigkeit von **Schiedsklauseln** in Gesellschaftsverträgen folgt daraus, dass auf sie grundsätzlich § 1031 ZPO anzuwenden ist.<sup>7</sup> Die im Schrifttum stattdessen neuerdings vielfach favorisierte Anwendung des § 1066 ZPO ist zum Schutze der Gesellschafter weiterhin abzulehnen.<sup>8</sup>

**3. Anwendbarkeit des Schuldrechts.** § 705 BGB qualifiziert den Gesellschaftsvertrag als gegenseitigen Schuldvertrag (o. Rdn. 3). Auf den Gesellschaftsvertrag finden daher die allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften des BGB grundsätzlich Anwendung (str.). Seitdem jedoch der Gesellschaftsvertrag überwiegend (auch) als Organisationsvertrag angesehen wird (o. Rdn. 3 f),

<sup>3</sup> Ebenso z.B. A. Hueck S. 50 ff.

<sup>4</sup> Grdl. Flume § 2; ders. FS Raiser S. 52 ff; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 139; MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 114; ebenso BGHZ 112, 40, 45 = NJW 1990, 2616 „Bentler“.

<sup>5</sup> BGHZ 34, 293, 296 f; BGHZ 45, 282, 284 f = NJW 1966, 1960; BGH NJW 2006, 977, 978 (unter 1a); OGH SZ Bd. 50 (1977) Nr. 124, S. 597, 599.

<sup>6</sup> Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 77 ff; MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 11 ff.

<sup>7</sup> Ebenso für die KG BGHZ 45, 282, 286 = NJW 1966, 1960; BGH LM Nr. 14 zu § 1027 ZPO = NJW 1980, 1049.

<sup>8</sup> Anders Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 45; MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 121 ff.

ist der ganze Fragenkreis umstritten.<sup>9</sup> Im Mittelpunkt des Interesses steht die, gegebenenfalls modifizierte, Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB über Leistungsstörungen auf Gesellschaftsverträge, von der noch das RG für den Regelfall ausgegangen ist,<sup>10</sup> während der BGH in den wenigen einschlägigen Fällen bisher durchweg eine Anwendbarkeit der §§ 320–326 BGB auf Gesellschaftsverträge im Ergebnis abgelehnt hat.<sup>11</sup> Man wird zu unterscheiden haben:

- 7 Gesellschaftsverträge sind zwar gegenseitige Verträge (so § 705 BGB), indessen keine Austauschverträge, wodurch der Anwendbarkeit der §§ 320 ff BGB von vornherein enge Grenzen gezogen werden.<sup>12</sup> Ausnahmen gelten lediglich in beschränktem Umfang für zweigliedrige Gesellschaften; die §§ 273 und 320 BGB sind hier z.B. anwendbar, wenn der eine Gesellschafter von dem anderen Leistung seines Beitrags verlangt, obwohl er selbst seiner Beitragspflicht noch nicht nachgekommen ist. Jenseits solcher Sonderfälle ist dagegen für die Anwendung insbesondere des § 320 BGB kein Raum, wenn die Gesellschaft die Leistung der Beiträge einfordert. Kein Gesellschafter kann die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten gegenüber der Gesellschaft nur deshalb verweigern, weil ein anderer Gesellschafter ebenfalls seine Pflichten nicht erfüllt.<sup>13</sup> Dasselbe gilt grundsätzlich, wenn ein anderer Gesellschafter von ihm mit der *actio pro socio* die Erfüllung seiner Pflichten verlangt, außer wenn gerade ein ebenfalls vertragsuntreuer Gesellschafter gegen einen anderen mit der *actio pro socio* vorgehen will (§§ 242, 320 BGB).<sup>14</sup>
- 8 Bei **Unmöglichkeit** der Beitragsleistung bewendet es bei der Anwendung der §§ 275 und 311a BGB, so dass der Gesellschafter gegebenenfalls zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn er die Unmöglichkeit zu vertreten hat oder bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages bereits kannte oder kennen musste (§§ 283 und 311a Abs. 2 BGB). Für eine Anwendung des § 326 BGB wird dagegen nur selten Raum sein, weil idR die Auslegung des Gesellschaftsvertrages ergeben dürfte, dass ein Gesellschafter bei Unmöglichkeit der von ihm übernommenen Beitragsleistung zur Erbringung einer anderen entsprechenden Leistung, notfalls in Geld verpflichtet ist. Zwingend ist diese Auslegung freilich nicht; vielmehr kommen je nach den Umständen des Falles auch noch andere Lösungen in Betracht, wobei insbesondere an eine Vertragsanpassung, z.B. durch entsprechende Minderung der Gewinnbeteiligung des fraglichen Gesellschafters, an das Ausscheiden dieses Gesellschafters oder im äußersten Fall an die Auflösung der Gesellschaft zu denken ist (§§ 133, 140). Man muss bei alledem immer bedenken, dass Gesellschaftsverträge keine Austauschverträge sind, so dass die Anwendung der Vorschriften über die Leistungsstörungen von vornherein immer nur eine entsprechende sein kann, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich oder konkludent eine abweichende Regelung enthält (§§ 311 Abs. 1, 453 Abs. 1 BGB).
- 9 Bei **Verzug** eines Gesellschafters mit der Leistung seines Beitrags ist grundsätzlich von der Anwendbarkeit der §§ 280 Abs. 2 und 286 BGB auszugehen, so dass die Gesellschaft Schadensersatz verlangen kann. Daneben ist von Fall zu Fall wiederum an die Anwendung des § 140 zu denken, falls den übrigen Gesellschaftern die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem säumigen Gesellschafter nicht mehr zuzumuten ist. Für **Mängel** der Beitragsleistung gelten ebenfalls die §§ 434 und 435 BGB entsprechend. Es ist auch nicht einzusehen, was gegen die Anwendbarkeit des §§ 437 und 439 BGB sprechen sollte. Lediglich für einen Rücktritt der Gesellschaft ist nach Vollzug des Gesellschaftsvertrages kein Raum mehr, so dass im äußersten Fall, wenn Nachbesserung oder Schadensersatz nicht in Betracht kommen oder doch keine Lösung bieten, nur der Ausschluss des betreffenden Gesellschafters oder die Auflösung der Gesellschaft verbleiben,

<sup>9</sup> Dazu insbesondere *Hüttemann* Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 143 ff; MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 183 ff; *Wertenbruch* NZG 2001, 306; *Wertenbruch* Hdb Rdn. I 391 ff.

<sup>10</sup> RGZ 76, 276, 279; RGZ 78, 303, 305 f; RGZ 81, 303, 304 f; RGZ 112, 280, 283; RGZ 147, 340, 342; RGZ 165, 193, 199; RG JW 1936, 1953.

<sup>11</sup> S. mN. *Wertenbruch* NZG 2001, 306.

<sup>12</sup> MüKo-BGB/*Emmerich* § 320 Rdn. 16 mN.

<sup>13</sup> BGH LM Nr. 11 zu § 105 HGB = BB 1956, 92.

<sup>14</sup> BGH LM Nr. 11 zu § 105 HGB = BB 1956, 92; BGH WM 1959, 53; BGH LM Nr. 29 zu § 242 (C) BGB = NJW 2000, 505.

und zwar auch dann, wenn über die Einbringung etwa eines Grundstücks oder eines Unternehmens ein besonderer Vertrag zwischen Gesellschaft und Gesellschafter abgeschlossen wird, dieser aber tatsächlich einen Bestandteil des Gesellschaftsvertrages bildet.<sup>15</sup>

**4. Abschluss.** Für den Abschluss des Gesellschaftsvertrages gelten keine Besonderheiten. **10** Das Gesetz kennt namentlich keinen Formzwang für Personengesellschaftsverträge (u. Rdn. 16 ff), so dass der Gesellschaftsvertrag grundsätzlich **auch konkludent** abgeschlossen werden kann.<sup>16</sup> Es genügt die Einigung der Parteien über den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinsamer Firma sowie über die Beitragsleistungen der Gesellschafter; nicht erforderlich ist eine Einigung über die Rechtsform ihres Zusammenschlusses (sogenannter Rechtsformzwang). Beispiele sind die formlose Vereinbarung mehrerer Miterben, das ererbte Handelsgeschäft unter gemeinsamer Firma fortzuführen, sowie der einverständliche Geschäftsbeginn noch vor Abschluss des endgültigen Gesellschaftsvertrages.<sup>17</sup> In der gemeinsamen Anmeldung des Handelsgewerbes zum Handelsregister (§ 106 Abs. 1) dürfte gleichfalls in aller Regel (spätestens) der konkludente Abschluss eines entsprechenden Gesellschaftsvertrages liegen.<sup>18</sup>

Ein Gesellschaftsvertrag kann unter einer **Bedingung** oder **Befristung** iS der §§ 158 ff BGB abgeschlossen werden.<sup>19</sup> Im Falle einer aufschiebenden Bedingung liegt dann vor Bedingungseintritt noch keine Gesellschaft vor; treten die Gesellschafter gleichwohl jetzt bereits als solche nach außen auf, so wird darin idR eine konkludente Abänderung des Gesellschaftsvertrages liegen.<sup>20</sup> **11**

Wenn die Gesellschafter einverständlich die Geschäfte aufnehmen, bevor sie sich über sämtliche Punkte des Vertrags geeinigt haben, ist für die Anwendung des **§ 154 Abs. 1 BGB** grundsätzlich kein Raum. Die verbleibende Lücke ist vielmehr durch ergänzende Vertragsauslegung, notfalls durch den Rückgriff auf das dispositive Gesetzesrecht zu schließen.<sup>21</sup> **12**

**§ 139 BGB** passt ebenfalls idR nicht für Gesellschaftsverträge. Sind einzelne Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages unwirksam, setzen die Gesellschafter den Vertrag aber gleichwohl in Kraft, so ist daher im Regelfall von der Wirksamkeit des restlichen Vertrages auszugehen.<sup>22</sup> Die entstehende Lücke ist durch ergänzende Vertragsauslegung und notfalls durch den Rückgriff auf das dispositive Gesetzesrecht zu schließen. **13**

Ebenso verhält es sich gewöhnlich, wenn die Beteiligung nur eines einzelnen Gesellschafters, **14** z.B. eines **Minderjährigen**, mangels vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung unwirksam ist. In einem derartigen Fall ist ebenfalls spätestens nach Vollzug des Gesellschaftsvertrages von dem gültigen Bestand der Gesellschaft zwischen den übrigen Gesellschaftern auszugehen. Des Rückgriffs auf die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft bedarf es daher hier grundsätzlich nicht.

Ein Gesellschaftsvertrag kann durch **Vertreter** abgeschlossen werden. In diesem Fall ist **15** § 181 BGB zu beachten, wenn der Vertreter zugleich im eigenen Namen oder für mehrere andere Personen, z.B. für mehrere Minderjährige tätig werden will.<sup>23</sup> Schließlich sind auch **Vorverträge** zu Gesellschaftsverträgen unbedenklich möglich.<sup>24</sup>

**15** OLG München NZG 2000, 1124, 1125; dazu *Wertenbruch* NZG 2001, 306; Staub/*C. Schäfer* § 105 Rdn. 152.

**16** Z.B. RGZ 163, 385, 392 ff; OGH SZ Bd. 59 (1986) Nr. 60, S. 294, 296.

**17** OGH NJW 1949, 382; BGHZ 11, 190, 192 = NJW 1954, 231.

**18** BGH LM Nr. 9 zu § 182 BGB = WM 1976, 448; BGH WM 1972, 1368; BGH WM 1971, 308, 310; BGH WM 1974, 177; BGH WM 1984, 1605, 1606; BGH WM 1985, 1229.

**19** Ebenso für eine aufschiebende Bedingung OGH GesRZ 1989, 99, 100 f m. Anm. *Frotz* S. 96.

**20** OGH GesRZ 1989, 99, 100 f.

**21** OGH NJW 1949, 382 (für § 154 Abs. 2 BGB); BGH LM Nr. 13a zu § 105 HGB = WM 1960, 49; BGH BB 1958, 820 f; OLG Bremen NZG 2002, 273, 274.

**22** RGZ 162, 388, 393 f; RG LZ 1911, 455 Nr. 7; BGH WM 1955, 1054; BGH WM 1962, 462 f; Gegenbeispiel in RGZ 87, 215, 220 f.

**23** RG LZ 1922, 685 f Nr. 7; BGHZ 58, 115, 116 ff; BGH LM Nr. 8 zu § 138 HGB = NJW 1961, 724; *Winkler* ZGR 1973, 177, 212 ff; str.

**24** Beispiele in RGZ 165, 260, 266 ff; RG JW 1917, 291 f.

- 16 **5. Form.** Für Gesellschaftsverträge gelten keine besonderen Formvorschriften.<sup>25</sup> Nur im Einzelfall kann sich daher aus verschiedenen Vorschriften in- und außerhalb des BGB die Notwendigkeit einer schriftlichen oder notariellen Abfassung des Vertrages ergeben. Hervorzuheben sind hier außer § 311b Abs. 1 und Abs. 3 BGB namentlich die §§ 518, 550 und 766 BGB sowie § 15 Abs. 4 GmbHG.
- 17 **a) § 311b BGB.** Nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB ist der Gesellschaftsvertrag formbedürftig, wenn in ihm ein Gesellschafter oder die Gesellschaft ausdrücklich oder konkludent die Verpflichtung zur Übertragung oder zum Erwerb eines Grundstücks oder eines grundstücksgleichen Rechts übernimmt.<sup>26</sup> Anders hingegen, wenn als Gesellschaftszweck nur allgemein der Erwerb, die Verwaltung oder die Weiterveräußerung von Grundstücken beliebiger Art vereinbart werden.<sup>27</sup> Eine abweichende Beurteilung ist nur angebracht im Falle einer bewussten Umgehung des § 311b Abs. 1 BGB durch Einbringung eines Grundstücks in eine zum Zwecke der **Gesetzesumgehung** gegründete Gesellschaft.<sup>28</sup> Der ausdrücklichen Verpflichtung zur Einbringung eines Grundstücks steht es außerdem gleich, wenn in dem Vertrag für den Fall, dass ein bestimmtes Grundstück von einem Gesellschafter nicht in die Gesellschaft eingebracht wird, so hohe Vertragsstrafen oder Ersatzleistungen vorgesehen werden, dass der Gesellschafter gar keine andere Wahl als die Einbringung des Grundstücks hat (so genannte **wirtschaftliche Bindung**).<sup>29</sup>
- 18 Der Vertrag fällt außerdem dann nicht unter § 311b Abs. 1 BGB, wenn sich ein Gesellschafter lediglich verpflichtet, ein Grundstück der Gesellschaft zur **Nutzung** zu überlassen,<sup>30</sup> oder wenn er nur verpflichtet ist, ein im eigenen Namen, aber für Rechnung der Gesellschaft erworbenes Grundstück der Gesellschaft zu übereignen. § 311b Abs. 1 BGB gilt ebenso wenig für solche Rechtsgeschäfte, in deren Folge sich durch **An- oder Abwachsung** die Rechtsverhältnisse an zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstücken ändern. Daraus folgt, dass insbesondere der **Ein- und Austritt** aus Gesellschaften sowie die **Übertragung von Anteilen** an Gesellschaften selbst dann formfrei sind, wenn das Gesellschaftsvermögen im Wesentlichen aus Grundstücken besteht.<sup>31</sup>
- 19 Unter den Voraussetzungen des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB bedarf der **ganze** Gesellschaftsvertrag einschließlich aller Nebenabreden der notariellen **Beurkundung**. Ein Verstoß dagegen führt grundsätzlich zur **Nichtigkeit** des Gesellschaftsvertrages (§ 125 S. 1 BGB), sofern nicht der Formmangel durch Vollzug des Grundstücksgeschäftes nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB geheilt wird (str.).
- 20 **b) § 518 BGB.** Die Formbedürftigkeit eines Gesellschaftsvertrages kann sich außerdem aus § 518 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben, da die Beteiligung an einer Personengesellschaft Gegenstand einer Schenkung sein kann.<sup>32</sup> Das gilt nicht nur (unstreitig) bei unentgeltlicher Übertragung der Anteile an einer schon bestehenden Gesellschaft, sondern ebenso in dem hier interessierenden Fall

25 RGZ 163, 385, 393.

26 Dazu z.B. Petzoldt BB 1975, 905; K. Schmidt NJW 1996, 3325; ders. ZIP 1998, 2; MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 133 ff; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 170 ff.

27 RGZ 68, 260, 262f; RGZ 97, 329, 331f; RGZ 166, 160, 162f; BGH LM Nr. 76 zu § 313 BGB = NJW 1978, 2505; LM Nr. 67 zu § 705 BGB = NJW 1998, 326.

28 BGH LM Nr. 67 zu § 705 BGB = NJW 1998, 326.

29 Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 170.

30 OLG Hamburg NJW-RR 1996, 803.

31 Vgl. z.B. RGZ 68, 260, 262f; RGZ 109, 380, 382f; RGZ 166, 160, 162f; BGHZ 86, 367, 369 ff = NJW 1983, 1110; BGH BB 1955, 203; BGH BB 1967, 731f; BGH LM Nr. 67 zu § 705 BGB = NJW 1998, 326; BGH WM 1996, 537; OLG Düsseldorf NZG 2007, 510.

32 Grdl. BGHZ 112, 40, 44 f = NJW 1990, 2616 „Benteler“; OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 1123, 1124; *Brander/Bergmann* FS Sigle, 2000, S. 327; *Jülicher ZGR* 1996, 82; K. Schmidt BB 1990, 1992; *Wiedemann/Heinemann* DB 1990, 1649; str.

des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages, sofern der Beteiligung eines Gesellschafters an dem Vertragsabschluss eine Schenkungsabrede mit einem anderen zugrunde liegt und die Beteiligung trotz der Belastung des Beschenkten mit der persönlichen Haftung (§ 128) zu einer Vermögensmehrung führt.<sup>33</sup> Ein etwaiger Formverstoß wird jedoch grundsätzlich bereits durch die Gründung der Gesellschaft geheilt, weil dadurch die Schenkung vollzogen ist.<sup>34</sup>

**6. Auslegung.** Für die Auslegung von Gesellschaftsverträgen gelten die allgemeinen Regeln der §§ 133, 157 und 242 BGB.<sup>35</sup> Für eine objektive Auslegung, wie sie nach einer verbreiteten Meinung (zu Unrecht) bei den Satzungen der Kapitalgesellschaften anwendbar ist, ist hier von vornherein kein Raum. Es genügt vollauf, bei der Auslegung die Eigenarten von Personengesellschaften zu berücksichtigen.<sup>36</sup> Deshalb spielt hier z.B. die längere tatsächliche Handhabung einer umstrittenen Klausel als Indiz für ihr gemeinsames Verständnis durch die Beteiligten eine besondere Rolle. Eine **ergänzende Auslegung** des Vertrages ist gleichfalls unbedenklich möglich, wobei etwaige Vertragslücken in erster Linie nach dem hypothetischen Willen der Gesellschafter (und nicht etwa nach dem dispositiven Recht) zu schließen sind.<sup>37</sup>

**7. Änderung.** Das Gesagte (o. Rdn. 8 ff) gilt auch für Änderungen des Gesellschaftsvertrages. Ein Änderungsvertrag kann daher ausdrücklich oder konkludent abgeschlossen werden, und zwar gleichermaßen für den Einzelfall wie generell. Je nach den Umständen des Einzelfalles kann daher eine Änderung namentlich in einer langjährigen, vom schriftlichen Vertrag abweichenden Praxis der Gesellschafter<sup>38</sup> oder in der übereinstimmenden Anmeldung der Vertragsänderung zum Handelsregister zu sehen sein.<sup>39</sup> Jedoch ist bei der Annahme einer stillschweigenden Änderung des Gesellschaftsvertrages durch eine langjährige abweichende Praxis der Gesellschafter Zurückhaltung geboten, sofern diese Praxis im Widerspruch zu einer eindeutigen Regelung des Gesellschaftsvertrages steht.<sup>40</sup>

Betrifft der Änderungsvertrag einen formbedürftigen Punkt (s.o. Rdn. 13 ff), so bedarf er gleichfalls der entsprechenden Form. Häufig enthalten Gesellschaftsverträge zudem eine sog. **Schriftformklausel**, nach der Änderungen des Gesellschaftsvertrages grundsätzlich schriftlich erfolgen müssen. Dadurch sollen konkludente (formlose) Abänderungen des Gesellschaftsvertrages ausgeschlossen werden. Die Gesellschafter können sich jedoch gemeinsam jederzeit formlos über solche vertraglichen Formvorschriften hinwegsetzen.<sup>41</sup> So genannte **doppelte Schriftformklausel**, die Schriftform auch für Änderungen der Schriftformklausel des Vertrages vorschreiben (um konkludente Änderungen auszuschließen), sind – entgegen einer verbreiteten Meinung –, weil rechtlich unmöglich, nicht anzuerkennen.<sup>42</sup>

Verstöße gegen die Schriftformklausel müssten an sich nach § 125 S. 2 BGB grundsätzlich zur Nichtigkeit des Änderungsvertrages oder -beschlusses führen. Die Rechtsprechung geht je-

33 BGHZ 112, 40, 44 f = NJW 1990, 2616 „Benteler“.

34 § 518 Abs. 2 BGB; BGHZ 112, 40, 44 f = NJW 1990, 2616 „Benteler“; OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 1124; statt aller K. Schmidt BB 1990, 1992, 1995.

35 Coing ZGR 1978, 659; Grunewald ZGR 1995, 68; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 192 ff; MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 149 ff; Wiedemann DNotZ 1977 Sonderheft S. 99.

36 Z.B. OGH JBl 1978, 426.

37 BGHZ 123, 281, 285 f = NJW 1993, 3193; BGH LM Nr. 55 zu § 105 = NJW-RR 1986, 256; BGH WM 1979, 327.

38 BGHZ 58, 115, 118 f = NJW 1972, 623; BGHZ 132, 263 = NJW 1996, 1678 = LM Nr. 34 zu § 119 HGB (Bl. 4R f); BGH LM Nr. 22 zu § 105 HGB = NJW 1966, 826; BGH WM 1967, 1099 f.

39 S.o. Rdn. 9; z.B. RGZ 101, 78; BGH LM Nr. 9 zu § 182 BGB = WM 1976, 448; BGH WM 1972, 1368; BGH WM 1974, 177; BGH WM 1985, 1229.

40 BGH NJW-RR 2005, 1195 = WM 2005, 1410; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 187.

41 OGHZ 4, 66, 68; BGHZ 58, 115, 119 = NJW 1972, 623; BGHZ 132, 263 = NJW 1996, 1678 = LM Nr. 34 zu § 119 HGB (Bl. 4); OLG Düsseldorf NJW 1977, 2216; A. Hueck DB 1968, 1207, 1209 f.

42 S. m. Nachw. Staudinger/Emmerich, 2018, § 550 Rdn. 46 f mN.

doch im Regelfall von der Unanwendbarkeit dieser Vorschrift aus, billigt maW Schriftformklauseln in Gesellschaftsverträgen idR nur noch Klarstellungsfunktion zu. Indessen fehlt für eine derartige generelle Aufgabe des § 125 S. 2 BGB bei Gesellschaftsverträgen jeder Grund.

## II. Umwandlung, Verschmelzung, Spaltung

- 25 Im Einzelfall kann eine OHG auch aus anderen Gesellschaften durch formwechselnde oder übertragende Umwandlung hervorgehen. Zu einer **formwechselnden Umwandlung** kann es vor allem im Verhältnis der OHG zu einer BGB-Gesellschaft oder zu einer KG kommen, z.B. durch Aufgabe des Gewerbebetriebs seitens der OHG oder durch Eintritt eines Kommanditisten. Die Änderung der Rechtsform der Gesellschaft (die Umwandlung) tritt in diesen Fällen ohne Rücksicht auf den Willen der Beteiligten kraft Gesetzes ein; ihre **Identität** ändert die Gesellschaft dadurch nicht.<sup>43</sup> Zu einer **Verschmelzung** von Personengesellschaften kommt es dagegen z.B., wenn eine Personengesellschaft einer anderen beitrifft und sodann sämtliche anderen Gesellschafter ausscheiden<sup>44</sup> oder wenn die Gesellschafter der einen Gesellschaft ihre Anteile in die andere einbringen und dafür an dieser Gesellschaft beteiligt werden.<sup>45</sup> Die **Spaltung** einer Personengesellschaft ist schließlich etwa dadurch möglich, dass ein Teil des Gesellschaftsvermögens auf eine oder mehrere neue Gesellschaften übertragen wird.<sup>46</sup>

## III. Inhalt des Gesellschaftsvertrages

- 26 **1. Überblick.** Der notwendige Inhalt des Gesellschaftsvertrages einer OHG ergibt sich aus § 105 Abs. 1 i.V.m. § 705 BGB. Danach ist nicht mehr erforderlich, als dass sich die Beteiligten darauf einigen, den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma in einer bestimmten Weise, insbesondere durch die Leistung von Beiträgen zu fördern. Nicht erforderlich ist, dass alle Gesellschafter auch an Gewinn und Verlust des gemeinsamen Unternehmens beteiligt sind. Insoweit haben die Gesellschafter vielmehr freie Hand, da diese Frage allein ihr Innenverhältnis betrifft.<sup>47</sup> Jedoch kann der Ausschluss eines Gesellschafters von dem Gesellschafterisiko dazu führen, dass er nicht mehr als Mitunternehmer im Sinne des § 15 EStG anzusehen ist.<sup>48</sup> Die Annahme einer OHG setzt ferner nicht voraus, dass sich die Beteiligten über die Rechtsform ihres Zusammenschlusses geeinigt haben; eine OHG liegt vielmehr schon dann vor, wenn die genannten Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, selbst wenn die Beteiligten eine ganz andere Gesellschaftsform angestrebt hatten.
- 27 Zum notwendigen Inhalt des Gesellschaftsvertrages gehört – neben der Festlegung des gemeinsamen Zwecks – die Einigung über die sogenannte **Förderungsspflicht** (§ 705 BGB). Hinsichtlich der Art ihrer **Beiträge** macht das Gesetz den Gesellschaftern jedoch keine Vorschriften (vgl. § 706 Abs. 2 und 3 BGB). Als Beiträge kommen daher neben der Einbringung von Geld, Sachen oder Unternehmen auch beliebige sonstige Leistungen wie z.B. Dienstleistungen in Betracht.<sup>49</sup> Selbst die Vergrößerung der Kreditbasis der Gesellschaft durch die Übernahme der persönlichen Haftung seitens eines besonders kreditwürdigen Gesellschafters reicht als Beitrag aus (§ 128).<sup>50</sup>

43 Z.B. OLG Koblenz NJW-RR 1996, 744.

44 Z.B. BGH LM Nr. 55 zu § 705 BGB = NJW-RR 1990, 798 „Bleyle“; BGH WM 2016, 220 Rdn. 27.

45 OLG Frankfurt/M NZG 2008, 808.

46 Dazu eingehend *Duvinage* Die Spaltung von Personengesellschaften, 1984.

47 § 109; RGZ 90, 14, 16 ff; BGH LM Nr. 10 zu § 714 BGB = NJW 1987, 3124; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 22; str.

48 Oetker/*Weitemeyer* § 105 Rdn. 17.

49 Z.B. RGZ 90, 14, 16.

50 Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 18.

**2. Betrieb eines Handelsgewerbes. Gemeinsamer Zweck** iS des § 705 BGB muss bei der OHG nach § 105 Abs. 1 der Betrieb eines Handelsgewerbes iS der §§ 1 bis 3 unter gemeinschaftlicher Firma sein. § 105 Abs. 2 S. 1 fügt seit 1998 hinzu, dass eine Gesellschaft, deren Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 des Gesetzes Handelsgewerbe ist oder die nur eigenes Vermögen verwaltet, doch OHG ist, wenn die Firma des Unternehmens der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist. Nach S. 2 des § 105 Abs. 2 gelten in diesem Fall außerdem S. 2 und S. 3 des § 2 entsprechend, woraus folgt, dass die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister in den beiden genannten Fällen freiwillig ist und dass die Eintragung auf Antrag auch wieder gelöscht werden kann, sofern nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 vorliegen, das heißt sofern nicht das Unternehmen inzwischen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

Die gesetzliche Regelung (Rdn. 28) besagt im Zusammenhang folgendes: Zweck der Gesellschaft muss der Betrieb eines Handelsgewerbes im Sinne der §§ 1–3 oder die Vermögensverwaltung sein (§ 105 Abs. 1 und Abs. 2). Innerhalb des Handelsgewerbes muss man weiter unterscheiden: Wenn der Gewerbebetrieb einen **in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb** erfordert, besteht mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages im **Innenverhältnis** sofort eine OHG, sofern nur der Betrieb der Gesellschaft von vornherein auf ein vollkaufmännisches Gewerbe angelegt ist und die alsbaldige Entfaltung zu einem vollkaufmännischen Betrieb auch tatsächlich zu erwarten ist (§ 1 Abs. 2).<sup>51</sup> Außerdem beginnt dann die Wirksamkeit der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten ohne Rücksicht auf die etwaige Eintragung ins Handelsregister mit dem Zeitpunkt des Geschäftsbegins (§ 123 Abs. 2). Die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister hat in diesem Fall lediglich deklaratorische Bedeutung. Jedoch ist die Gesellschaft verpflichtet, die Eintragung herbeizuführen (§§ 29 und 106). Nach der Eintragung gilt die Gesellschaft, solange sie nur irgendein Gewerbe betreibt, als OHG (§ 5).

Anders ist die Rechtslage im Falle des **Kleingewerbes**, des früher so genannten minderkaufmännischen Gewerbes, d.h. eines Gewerbebetriebs, der im Sinne des § 1 Abs. 2 nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. In diesem Fall folgt aus dem Zusammenhang von § 2 und § 105 Abs. 1 und Abs. 2, dass die Gesellschafter die **Wahl** haben, ob sie die Firma Ihres Unternehmens in das Handelsregister eintragen lassen wollen oder nicht. Solange die Gesellschaft nicht ins Handelsregister eingetragen ist, ist sie eine **BGB-Gesellschaft**. Sobald die Firma dagegen auf Antrag der Gesellschafter ins Handelsregister eingetragen ist, wird die Gesellschaft zur **OHG** (§ 105 Abs. 1 und Abs. 2). Für die Wirksamkeit der Gesellschaft gegenüber Dritten gilt in diesem Fall § 123 Abs. 1. Solange die Eintragung aufrechterhalten wird, ist die Gesellschaft OHG, sofern sie nur überhaupt irgendein Gewerbe betreibt oder doch ihr eigenes Vermögen verwaltet (§§ 5 und 105 Abs. 2). Gleich stehen unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 (der auf § 2 verweist) **land- und forstwirtschaftliche Unternehmen**, denen folglich heute ebenfalls auf Antrag die OHG durch Eintragung ins Handelsregister offensteht.<sup>52</sup>

Mit der 1998 vollzogenen Öffnung der OHG für kleingewerbliche sowie für land- und forstwirtschaftliche Unternehmen (Rdn. 30) durch § 105 Abs. 2 wurde in erster Linie der **Zweck** verfolgt, den genannten Unternehmen die Wahl der Rechtsform einer KG oder einer GmbH & Co. KG und damit eine Haftungsbeschränkung (§ 161 Abs. 2) zu ermöglichen, die heute bei der sonst in Betracht kommenden BGB-Gesellschaft nur noch in engen Grenzen möglich ist. In mehreren Fallgestaltungen hat dies zu einer Diskussion über die Frage geführt, wo seitdem die Grenzen für die Wahl der KG auf dem Weg über § 105 Abs. 2 verlaufen. Im Mittelpunkt des Interesses stehen dabei neben Arbeitsgemeinschaften von Bauunternehmen (die heute entgegen der früher hM

<sup>51</sup> S. RGZ 112, 280, 281; RG DR 1941, 1943; RG DR 1942, 275; RG DR 1943, 1221; BGHZ 10, 91, 96; BGHZ 32, 307, 311f.

<sup>52</sup> MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 37; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 25.

zunehmend als gewerblich eingestuft werden, vorausgesetzt dass sie gegenüber Dritten tätig werden)<sup>53</sup> insbesondere Zusammenschlüsse von **Freiberuflern**. Ob hier Raum für eine Anwendung des § 105 Abs. 2 und damit für die Wahl der KG und der GmbH & Co. KG ist, hängt vor allem davon ab, wie § 105 Abs. 2 S. 1 Fall 2 zu interpretieren ist.

32 Nach § 105 Abs. 2 S. 1 Fall 2 idF von 1998 ist auch eine Gesellschaft, die „**nur eigenes Vermögen verwaltet**“, eine OHG, sofern die Firma des Unternehmens ins Handelsregister eingetragen ist. Die Eintragung ist fakultativ (§ 105 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 2 S. 2) und hat konstitutive Wirkung, weil die Gesellschaft vor ihrer Eintragung nach § 705 BGB eine BGB-Gesellschaft ist. Solange die Firma ins Handelsregister eingetragen ist, dürfte dann § 5 entsprechend anwendbar sein.

33 Die genaue Reichweite des § 105 Abs. 2 S. 1 Fall 2 ist noch nicht endgültig geklärt.<sup>54</sup> Die Gesetzesverfasser hatten seinerzeit in erster Linie Immobilien-Verwaltungsgesellschaften sowie Objekt-, Holding- und Besitzgesellschaften im Falle der Betriebsaufspaltung im Auge.<sup>55</sup> Weitere **Beispiele** sind Fonds- und Poolgesellschaften, sofern sie nach außen tätig werden und nicht als bloße Innengesellschaften strukturiert sind.<sup>56</sup> Die Anwendung des § 105 Abs. 2 S. 1 Fall 2 in den genannten Fällen ist mit Rücksicht auf den Wortlaut der Vorschrift jedenfalls dann unproblematisch, wenn sich die genannten Gesellschaften im Wesentlichen auf die Verwaltung ihres Vermögens beschränken. Unklar ist die Rechtslage dagegen, wenn sie darüber hinaus in nennenswertem Umfang auch **andere wirtschaftliche Aktivitäten** entfalten. Paradigma ist die nicht nur vermögensverwaltend, sondern auch konzernleitend tätige Holdinggesellschaft. Umstritten ist ferner, ob die Vermögensverwaltungstätigkeit einen gewissen **Mindestumfang** und damit ein Mindestmaß an Professionalität aufweisen muss<sup>57</sup> oder ob jede Vermögensverwaltung genügt, so dass für die Anwendung des § 105 Abs. 2 S. 1 z.B. auch Raum ist, wenn Eheleute lediglich ihren Hausbesitz in eine Gesellschaft einbringen.<sup>58</sup> Wegen dieser Abgrenzungsfragen wird im Schrifttum zum Teil die weitergehende Auffassung vertreten, dass § 105 Abs. 2 S. 1 Fall 2 zu eng formuliert sei und tatsächlich **jedes Unternehmen**, ob gewerblich oder nicht, erfasse, weil jedes Unternehmen zumindest auch sein Vermögen verwalte.<sup>59</sup>

34 Die **Rechtsprechung** hält dagegen bisher an dem Erfordernis fest, dass auch im Rahmen des § 105 Abs. 2 S. 1 Fall 2 die Tätigkeit gewerblichen Charakter tragen muss, so dass weiterhin **freiberufliche, wissenschaftliche und künstlerische Tätigkeiten** grundsätzlich nicht auf dem Weg über die genannte Vorschrift in der Rechtsform einer OHG betrieben werden können.<sup>60</sup> Insbesondere für **Rechtsanwälte** bleiben damit die OHG ebenso wie die KG und vor allem die GmbH & Co. KG verschlossen.<sup>61</sup> Anders hat der BGH freilich neuerdings für **Steuerberater** und **Wirtschaftsprüfer** mit Rücksicht auf berufsrechtliche Sonderregelungen entschieden, aus denen sich ergeben soll, dass bereits eine untergeordnete (zusätzliche) Treuhandtätigkeit für die Anwendung des § 105 Abs. 2 S. 1 genüge (§ 27 WPO; § 49 StGB).<sup>62</sup> Nicht zu übersehen ist jedoch, dass mit der zunehmenden Betonung des gewerblichen Charakters freiberuflicher Tätigkeiten das Fundament des Gewerbesteuerprivilegs der freien Berufe brüchig wird.

53 OLG Dresden NZM 2003, 124; Oetker/*Weitemeyer* § 125 Rdn. 18; offengelassen in OLG Brandenburg NJW 2012, 2124.

54 S. statt aller m. Nachw. Röhrich/v. Westphalen/*Haas* § 105 Rdn. 8b; Oetker/*Weitemeyer* § 125 Rdn. 23; Staub/*Schäfer* § 105 Rdn. 25, 28 ff; MüKo-HGB/*K. Schmidt* § 105 Rdn. 55 ff.

55 Begr. BT-Drs. 13/8444, S. 39 ff.

56 S. MüKo-HGB/*K. Schmidt* § 105 Rdn. 64; Staub/*C. Schäfer* § 105 Rdn. 29.

57 Dafür z.B. Staub/*C. Schäfer* § 105 Rdn. 29.

58 Dagegen zutreffend *K. Schmidt* NJW 1998, 2161, 2165; *Schlitt* NZG 1998, 580, 581.

59 So insbesondere wiederholt *K. Schmidt* NJW 1998, 2161, 2165; MüKo-HGB/*K. Schmidt* § 105 Rdn. § 105 Rdn. 60 ff; *Schlitt* NZG 1998, 580, 581; dagegen die ganz hM, z.B. *Henssler/Markworth* NZG 2015, 1, 4.

60 Ausdrücklich BGH NJW 2011, 3036 Rdn. 11 = NZM 2011, 1063; grundsätzlich wohl auch BGHZ 202, 92, 94 f Rdn. 8 f = NZG 2014, 1179.

61 BGH NJW 2011, 3036 Rdn. 11 = NZM 2011, 1063; dagegen de lege ferenda *Henssler/Markworth* NZG 2015, 1, 6f.

62 BGHZ 202, 92, 94 ff Rdn. 14 ff = NZG 2014, 1179.

**3. Keine wirksame Haftungsbeschränkung.** Wann immer die genannten Voraussetzungen (o. Rdn. 26 ff) erfüllt sind, liegt, da § 105 zwingend ist, ohne Rücksicht auf den möglicherweise abweichenden Willen der Parteien eine OHG vor, solange nicht die Parteien **wirksam die Haftung** eines oder aller Gesellschafter durch die Wahl der Rechtsform einer anderen Handelsgesellschaft (KG, AG oder GmbH) **beschränkt** haben. Daraus folgt zunächst, dass die Beweislast für eine wirksame Haftungsbeschränkung die Gesellschafter trifft; misslingt ihnen der Beweis eine Haftungsbeschränkung, so gelten die §§ 105 und 128.<sup>63</sup>

Bedeutung hat das Gesagte (Rdn. 35) vor allem für die Haftungsverhältnisse bei **Gründung einer GmbH** oder einer AG, sofern die Gesellschaft ihre Geschäfte bereits vor Eintragung ins Handelsregister aufnimmt. Solange hier die Gesellschafter noch ernsthaft die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister betreiben, sind die Besonderheiten der Haftungsverhältnisse bei **Vorgesellschaften** zu beachten.<sup>64</sup> Für die Anwendung dieser besonderen Regeln ist indessen kein Raum mehr, sobald die Gesellschafter nicht mehr ernsthaft die Eintragung ihrer Gesellschaft ins Handelsregister verfolgen; vielmehr finden dann die §§ 105 und 128 Anwendung, selbst wenn keiner der Beteiligten eine unbeschränkte persönliche Haftung übernehmen wollte.<sup>65</sup> Dasselbe gilt, wenn eine GmbH & Co KG den Geschäftsbetrieb aufnimmt, bevor die GmbH und die KG im Handelsregister eingetragen sind, immer vorausgesetzt, dass es sich um ein Grundhandelsgewerbe handelt.<sup>66</sup>

**4. Gemeinschaftliche Firma.** Zum Begriff der OHG gehört nach § 105 außerdem, dass das Handelsgewerbe – als gemeinsamer Zweck der Gesellschafter – unter gemeinschaftlicher Firma betrieben wird. Die Gesellschafter müssen folglich, damit eine OHG angenommen werden kann, unter (irgendeiner) gemeinschaftlichen Firma nach außen gemeinsam auftreten. Keine Rolle spielt, ob die Firma zulässig ist oder nicht;<sup>67</sup> erforderlich ist lediglich, dass die fragliche Bezeichnung **gemeinschaftlich** geführt wird. Die Annahme einer OHG scheidet daher (nur) aus, wenn die Gesellschafter die Geschäfte nach außen unter dem Namen eines ihrer Gesellschafter betreiben.<sup>68</sup>

Bei Lichte besehen handelt es sich somit bei dem Erfordernis des Betriebs eines Handelsgewerbes gerade unter gemeinschaftlicher Firma (§ 105 Abs. 1) nicht eigentlich um ein Tatbestandsmerkmal; vielmehr wird damit nur zum Ausdruck gebracht, dass die Annahme einer OHG das Vorliegen einer Außengesellschaft, d.h. das gemeinsame Auftreten der Gesellschafter gegenüber Dritten gerade als Gesellschaft voraussetzt.<sup>69</sup> Mehr ist nicht erforderlich. Oder anders gewendet: Die OHG ist mit Notwendigkeit immer Außengesellschaft mit eigenem Gesellschaftsvermögen, weil anders der Betrieb eines Handelsgewerbes **auf Dauer** unter gemeinschaftlicher Firma nicht vorstellbar ist.<sup>70</sup> Das wird durch § 124 bestätigt.

<sup>63</sup> Oetker/*Weitemeyer* § 125 Rdn. 21; MüKo-HGB/*K. Schmidt* § 105 Rdn. 47.

<sup>64</sup> S. statt aller Scholz/*K. Schmidt* § 11 Rdn. 79, 85 ff.

<sup>65</sup> BGHZ 152, 290 = NJW 2003, 429; OLG Jena NZG 2002, 571 = NJW-RR 2002, 920; OGH GesRZ 1986, 150; OGH GesRZ 1993, 108.

<sup>66</sup> OGHZ 1, 347, 349 ff; BGHZ 22, 240, 243; BGHZ 32, 307, 310; BGHZ 70, 132, 133 f; BGH WM 1967, 246; BGH WM 1984, 929; BayOblGZ 1985, 386 = BB 1986, 549; OGH GesRZ 1993, 108; *Stimpel* FS Fleck 1988, S. 345, 358 ff; kritisch *Battes* AcP 174, 429 ff.

<sup>67</sup> OGHZ 1, 347, 351; OGH SZ Bd. 51 (1978) Nr. 40 = GesRZ 1978, 77; OGH GesRZ 1976, 58.

<sup>68</sup> RGZ 82, 24, 25; RG JW 1927, 1674 f; BGH LM Nr. 3 zu § 133 HGB = JZ 1958, 406 „Café K“; BGH WM 1958, 216; BGH WM 1958, 1134; BGH WM 1967, 246; KGJ 41, 117, 120; A. Hueck S. 10 ff; Staub/*C. Schäfer* § 105 Rdn. 33 ff; MüKo-HGB/*K. Schmidt* § 105 Rdn. 43 ff.

<sup>69</sup> Röhrich/v. Westphalen/*Haas* § 105 Rdn. 13; Oetker/*Weitemeyer* § 105 Rdn. 20.

<sup>70</sup> BGHZ 10, 44, 48; BGHZ 65, 79, 82; ebenso schon RGZ 165, 260, 265; betont auch OGH GesRZ 1976, 58; OGH GesRZ 1979, 162, 164 ff.

## C. Gesellschafter

### I. Einheitlichkeit der Mitgliedschaft

- 39 Gesellschafter einer OHG können grundsätzlich alle natürlichen und juristischen Personen sowie die Personenhandelsgesellschaften werden. Eine gesetzliche Beschränkung der Zahl der Mitglieder besteht nicht. Nur eine Untergrenze gibt es, da immer mindestens zwei Gesellschafter vorhanden sein müssen. Eine **Einmann-OHG** ist nicht möglich.<sup>71</sup> Ein Gesellschafter kann außerdem nur eine einzige Mitgliedschaft haben. Eine **Doppelmitgliedschaft** mit verschiedenen Anteilen wie bei den juristischen Personen gibt es grundsätzlich nicht (str.).<sup>72</sup>
- 40 Aus der grundsätzlichen Ablehnung einer „Einmann-OHG“ (o. Rdn. 39) können sich in bestimmten Fallgestaltungen Probleme ergeben. Zu denken ist hier in erster Linie an die Fälle der **Vorerbschaft** bei Einsetzung (ausgerechnet) des einzigen Mitgesellschafters zum Vorerben sowie an die Fälle der **Testamentsvollstreckung**, der **Nachlassverwaltung** und der Nachlassinsolvenz, die durchweg schwierige Fragen aufwerfen, wenn der Erblasser von dem einzigen Mitgesellschafter beerbt wird. Vergleichbare Fragen stellen sich, wenn der ererbte Anteil mit einem **Nießbrauch** oder einem Pfandrecht belastet ist oder wenn er treuhänderischer Verwaltung unterliegt. Die Rechtsprechung tendiert heute in derartigen Fällen zu der Annahme eines (**fiktiven**) **Fortbestandes** der OHG, um einen Ansatzpunkt für die Rechte der genannten Personen hinsichtlich des (früheren) belasteten Gesellschaftsanteils zu haben, so für den Fall der Anordnung von Testamentsvollstreckung oder Vorerbschaft<sup>73</sup> oder für die Belastung des vererbten Anteils mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht.<sup>74</sup> Die Rechtsprechung ist aber nicht einheitlich.<sup>75</sup> Auch das Schrifttum ist gespalten. Neben Stimmen, die in den genannten Fällen generell oder doch ausnahmsweise von der Annahme eines selbständigen Fortbestandes des belasteten Anteils ausgehen,<sup>76</sup> sehen andere Autoren nach wie vor keine Grundlage für eine derartige Annahme, so dass nach anderen Lösungen gesucht werden müsse.<sup>77</sup>
- 41 Konstruktive Erwägungen helfen hier offenbar nicht weiter, so dass rechtspraktische Erwägungen den Ausschlag geben sollten. Die Annahme eines (fiktiven) **Fortbestandes** der Gesellschaft kommt dementsprechend jedenfalls dort in Betracht, wo nur auf diese Weise die Rechte Dritter an dem übergegangenen Anteil angemessen gewahrt werden können, also in den Fällen des Nießbrauchs, des Pfandrechts und der Testamentsvollstreckung sowie vielleicht noch bei einer offenen Treuhand, während es in den Fällen der Vor- und Nacherbschaft vollauf ausreicht, den Gesellschafter, in dessen Hand sich die Anteile zunächst vereinigt hatten, bei Eintritt des Nacherbfalles für verpflichtet zu erachten, dem Nacherben einen dem Anteil des Erblassers entsprechenden Anteil durch Abschluss eines neuen Gesellschaftsvertrages zu übertragen (alles str.).

71 BGHZ 65, 79, 82f; BGHZ 71, 296, 300 = NJW 1978, 1525; BGH LM Nr. 55 zu § 705 BGB = NJW-RR 1990, 798; BVerwG NZG 2011, 1223 Rdn. 15.

72 Statt aller BGHZ 24, 106, 108; BGHZ 58, 316, 318; BGHZ 66, 98, 101 = NJW 1976, 848; OLG Hamm NJW 1982, 835; KG AG 1992, 64, 67; OLG Düsseldorf NZG 1999, 26; OLG Jena NZG 2011, 1301; *Fett/Brand* NZG 1999, 45; *Sieveling* FS Schippel 1996, S. 505; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 70 f, 74; MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 24, 75 ff; P. Ulmer JuS 1986, 856, 857 f; – anders z.B. *Lüttge* NJW 1994, 5; *Steinbeck* DB 1995, 761; vermittelnd *Bippus* AcP 195 (1995), 13.

73 BGHZ 98, 48, 50, 57 = NJW 1986, 2431; BGH LM Nr. 23 zu § 2205 BGB (Bl. 3R) = NJW 1996, 1284; OLG Frankfurt JW 1930, 2810; LG Hamburg NZG 2005, 926; offengelassen aber in BGHZ 113, 132, 137 = NJW 1991, 844.

74 OLG Schleswig ZIP 2006, 615, 616 f; LG Hamburg NZG 2005, 926; wohl auch OLG München NZG 2004, 37.

75 Dagegen z.B. OLG Düsseldorf NZG 1999, 26.

76 *Baur/Grunsky* ZHR 133 (1970), 209; *Marotzke* AcP 187 (1987), 241; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 72f; MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 25, 78; *Oetker/Weitemeyer* § 105 Rdn. 33f.

77 *Baumann* FS Otte, 2005, S. 15; *Fett/Brand* NZG 1999, 45; *Flume* I/1 § 7 III 4 (99ff); *Ulmer* JuS 1986, 856, 857 f; *Stimpel* FS Rowedder, 1994, S. 477; – für den Fall der Vorerbschaft ablehnend auch Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 73; *Oetker/Weitemeyer* § 105 Rdn. 34; ausführlich *Timmann* Vor- und Nacherbschaft innerhalb der zweigliedrigen OHG und KG, 2000.

## II. Minderjährige

In der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen, insbesondere also Minderjährige können sich (selbstverständlich) an einer OHG beteiligen. Zu ihrem **Schutz** vor den mit solcher Beteiligungen notwendigerweise verbundenen Gefahren enthält das Gesetz eine Reihe von Sonderregelungen, über die hier vorweg ein kurzer Überblick zu geben ist: Zunächst ist zu beachten, dass die Minderjährigen beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages und in der Gesellschaft von ihrem gesetzlichen Vertreter vertreten werden, Kinder also grundsätzlich von ihren Eltern (§ 1629 BGB), soweit nicht ausnahmsweise § 112 BGB eingreift. Hier wird nun wichtig, dass die **Vertretungsmacht** der Eltern für ihre Kinder aufgrund der §§ 1643 Abs. 1 und 1822 Nr. 3 und Nr. 10 BGB wichtigen **Beschränkungen** unterliegt (s. im Einzelnen u. Rdn. 44). Ist der gesetzliche Vertreter ebenfalls an der OHG beteiligt, so greift zusätzlich § 181 i.V.m. den §§ 1629 Abs. 2 S. 1 und 1795 Abs. 2 BGB ein.<sup>78</sup> Der gesetzliche Vertreter ist daher in diesem Fall grundsätzlich sowohl beim Abschluss als auch bei der Änderung des Gesellschaftsvertrages an der Vertretung des Minderjährigen gehindert, so dass in beiden Fällen die Bestellung eines **Ergänzungspflegers** für jeden Minderjährigen erforderlich ist.<sup>79</sup>

Der mit den genannten Vorschriften bezweckte Schutz der Minderjährigen wurde nach 1996 vom BVerfG wiederholt als nicht ausreichend kritisiert. Deshalb wurde im Jahr 1998 zum Schutz Minderjähriger gegen eine Überschuldung bei Eintritt der Volljährigkeit zusätzlich die Regelung des § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 und S. 4–6 sowie des § 1629a in das BGB eingefügt. Nach § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB hat der Minderjährige seitdem bei Vollendung des 18. Lebensjahres ein unabdingbares **Sonderkündigungsrecht**. Hinzu tritt die **Beschränkung der Haftung** des Minderjährigen auf das bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandene Vermögen unter den Voraussetzungen des § 1629a BGB. Diese komplizierte Regelung findet nach § 105 Abs. 3 auch auf die OHG Anwendung, so dass sich heute aus § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB bei der OHG ebenso wie bei der KG über § 133 hinaus ein zusätzlich zwingendes **Austrittsrecht** minderjähriger Gesellschafter bei Vollendung des 18. Lebensjahres ergibt (s. § 131 Abs. 3 Nr. 3), für dessen Rechtsfolgen § 1629a BGB zu beachten ist.<sup>80</sup>

Eine **Genehmigungsbedürftigkeit** von Rechtsgeschäften der gesetzlichen Vertreter minderjähriger Gesellschafter kann sich im vorliegenden Zusammenhang insbesondere aus § 1822 Nr. 1 und Nr. 10 BGB (i.V.m. § 1643 Abs. 1 BGB) ergeben. Bei Anwendung dieser beiden Genehmigungstatbestände ist zu beachten, dass § 1822 BGB keineswegs alle besonders gefährlichen Geschäfte der gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unterwerfen wollte, sondern aus Gründen der Rechtssicherheit nur einen genau abgegrenzten Kreis von Geschäften, der daher für den Regelfall nicht im Wege der Analogie erweitert werden kann. Die daraus resultierenden zusätzlichen Risiken für Minderjährige stoßen freilich, vor allem bei späteren Änderungen des Gesellschaftsvertrages, (zu Recht) auf wachsende Kritik (Rdn. 46). Bei der **Entscheidung** über die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung hat sich das Familiengericht ausschließlich von dem Wohl des Kindes leiten zu lassen, womit namentlich die Eingehung übermäßiger Risiken oder die weitgehende Beschneidung der Rechte des Minderjährigen unvereinbar ist.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> Dazu eingehend U. Hübner *Interessenkonflikt und Vertretungsmacht*, 1977, S. 265 ff.

<sup>79</sup> RG LZ 1922, 685 f Nr. 7; BGHZ 38, 26, 31; BGHZ 65, 93, 95 f; BGH LM Nr. 21 zu § 181 BGB = NJW 1976, 1538; OLG Hamm BB 1972, 592 ff; LG Aachen NJW-RR 1994, 1319; R. Fischer FS Hauß, 1978, S. 61, 79 f; U. Hübner *Interessenkonflikt und Vertretungsmacht*, S. 278; Winkler ZGR 1973, 177, 212 ff.

<sup>80</sup> Staub/C. Schäfer § 133 Rdn. 31 ff; MüKo-HGB/K. Schmidt § 128 Rdn. 66; Hdb/H.P. Westermann Rdn. I 145a f, alle m. Nachw.

<sup>81</sup> S. BayObLGZ 1976, 281 = BB 1977, 669; OLG Hamm OLGZ 1974, 158, 162 ff; OLG Hamm BB 1983, 791.

- 45 Nach § 1822 Nr. 3 BGB bedürfen der Genehmigung des Familiengerichts ein Vertrag, der auf den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist, sowie ein Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird. Unter diese Regelung fällt naturgemäß insbesondere der **Abschluss des Gesellschaftsvertrages** einer OHG bei Beteiligung eines Minderjährigen.<sup>82</sup> Ebenso zu behandeln sind der Eintritt des Minderjährigen in eine schon bestehende OHG sowie sein Austritt durch Vertrag mit den übrigen Gesellschaftern, weil diese Vorgänge im Sinne des § 1822 Nr. 3 BGB dem Erwerb oder der Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts gleichstehen.<sup>83</sup> Die spätere Umwandlung der (nicht genehmigungsbedürftigen) Beteiligung an einer nicht gewerblich tätigen BGB-Gesellschaft in die an einer OHG, etwa durch Aufnahme eines Handelsgewerbes seitens der Gesellschaft, ist gleichfalls nur mit Genehmigung des Gerichts möglich.<sup>84</sup> Dasselbe gilt für die Unterbeteiligung eines Minderjährigen an einem OHG-Anteil, sofern der Minderjährige an dem etwaigen Verlust des Gesellschafters der OHG beteiligt ist.<sup>85</sup> In allen genannten Fällen spielt es auch keine Rolle, ob die Beteiligung des Minderjährigen entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt.<sup>86</sup> Anwendbar ist ferner von Fall zu Fall die **Nr. 10 des § 1822 BGB**, nach der die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit gleichfalls genehmigungsbedürftig ist. Genehmigungsbefürftig sind danach insbesondere noch die Umwandlung der Beteiligung eines Kommanditisten in die eines persönlich haftenden Gesellschafters sowie die Erhöhung der Haftsumme des Kommanditisten.<sup>87</sup>
- 46 Zusätzliche Fragen wirft die Behandlung späterer **Änderungen des** (vom Familiengericht bereits nach § 1822 Nr. 3 BGB genehmigten) **Gesellschaftsvertrages** auf. Überwiegend wird bisher aus der Systematik der gesetzlichen Regelung (Rdn. 44) der Schluss gezogen, dass „bloße“ Änderungen des Gesellschaftsvertrages (mangels der Anwendbarkeit einer der Nummern des § 1822 BGB) genehmigungsfrei sind, selbst wenn durch sie das Risiko des Minderjährigen erhöht wird.<sup>88</sup> Das soll insbesondere für die Aufnahme und das Ausscheiden **anderer** Gesellschafter,<sup>89</sup> für den Auflösungsbeschluss<sup>90</sup> sowie für den Fortsetzungsbeschluss nach Auflösung der Gesellschaft gelten.<sup>91</sup> Die Frage ist indessen umstritten und in der Tat zweifelhaft. Jedenfalls Änderungen des Gesellschaftsvertrages, durch die die Rechtsstellung des Minderjährigen unmittelbar tangiert wird, sollten unbedingt der **Genehmigungsbedürftigkeit** entsprechend § 1822 Nr. 3 BGB unterworfen werden, um zu verhindern, dass der mit der Regelung des § 1822 Nr. 3 BGB bezweckte Schutz des Minderjährigen von den anderen Gesellschaftern mühelos unterlaufen werden kann.<sup>92</sup> Beispiele für danach genehmigungsbedürftige Änderungen sind eine Reduzierung der Gewinnbeteiligung des Minderjährigen sowie Verschlechterungen seiner Rechtsstellung bei der Geschäftsführung und der Vertretung, bei dem Stimmrecht sowie bei dem Auseinandersetzungsguthaben. Genehmigungsfrei ist dagegen in der Tat die Kündigung der Gesellschaft seitens des Minderjährigen. Die Beteiligung eines Minderjährigen an einer OHG hat auch nicht zur Folge, dass nunmehr die OHG ihrerseits unter „Vormundschaft“ steht; die vertretungsberechtigten Gesellschafter der Gesellschaft bleiben vielmehr zur Vornahme sämtlicher Handlungen be-

82 BGHZ 38, 26 f = NJW 1962, 2344; BayObLGZ 1976, 281, 283 f; BayObLG DB 1979, 2314.

83 Vgl. BGHZ 17, 160, 164 f; BGHZ 38, 26 f; BGH LM Nr. 8 zu § 138 HGB = NJW 1961, 724; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 86 ff; im Ergebnis auch OLG Dresden NZG 2018, 1108.

84 Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 87.

85 OLG Hamm OLGZ 1974, 158, 161 ff.

86 OLG Hamm OLGZ 1974, 158, 161 ff; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 87, str.

87 BGH WM 1991, 1388, 1390; Winkler ZGR 1973, 177, 200.

88 BGHZ 38, 26 = NJW 1962, 2344; BGH LM Nr. 72 zu § 123 BGB (Bl. 2R) = NJW 1992, 300; BGH WM 1972, 1368; BGH WM 1991, 1388, 1390; BayObLGZ 1976, 281, 287; A. Hueck S. 63 ff; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 87; Winkler ZGR 1973, 177, 193 ff; wohl auch Röhrich/v. Westphalen/Haas § 105 Rdn. 31.

89 BGHZ 38, 26, 32; BGH LM Nr. 8 zu § 138 HGB = NJW 1961, 724; WM 1963, 989.

90 BGHZ 52, 316, 319.

91 Anders freilich KGJ 44, 128, 131 f; Winkler ZGR 1973, 177, 179 ff.

92 OLG Dresden NZG 2018, 1108, 1109; Palandt/Götz § 1822 Rdn. 9; Hdb/H.P. Westermann Rdn. I 142.

rechtigt, zu denen der gesetzliche Vertreter des Minderjährige der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfte.<sup>93</sup>

Die Rechte des Minderjährigen in der Gesellschaft werden von seinem **gesetzlichen Vertreter** ausgeübt. Dies ist zwingendes Recht.<sup>94</sup> Der gesetzliche Vertreter hat daher das Recht (i. Zw. jedoch nicht die Pflicht), die dem Minderjährigen zustehende Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis auszuüben. Macht er von diesem Recht Gebrauch, so sind auf ihn folgerichtig auch zum Schutze der anderen Gesellschafter die §§ 117 und 127 entsprechend anzuwenden.<sup>95</sup> Falls der gesetzliche Vertreter ebenfalls an der OHG beteiligt ist, ist **§ 181 BGB** zu beachten (Rdn. 42). Die Vorschrift des § 181 BGB findet jedoch nach hM keine Anwendung auf sog. **Sozialakte**, d.h. auf Gesellschafterbeschlüsse in den laufenden Angelegenheiten der Gesellschaft, solange damit keine Änderung des Gesellschaftsvertrags verbunden ist. (Nur) in derartigen Fällen kann der gesetzliche Vertreter folglich ohne weiteres, d.h. ohne besondere Erlaubnis (§ 181 BGB), zugleich im eigenen Namen und im Namen der von ihm vertretenen Minderjährigen tätig werden.<sup>96</sup> Diese Praxis, durch die verhindert werden soll, dass das Familiengericht letztlich unternehmerische Entscheidungen kontrollieren muss, ist ebenfalls keineswegs unbedenklich.<sup>97</sup>

### III. Ehegatten

Die Beteiligung von Eheleuten an einer OHG wirft keinerlei Probleme auf, sofern sie **Gütertrennung** vereinbart haben. Im gesetzlichen Güterstand der **Zugewinnsgemeinschaft** können sich Probleme aus der Beteiligung eines der Ehegatten an einer OHG gleichfalls lediglich in Ausnahmefällen aus **§ 1365 BGB** ergeben, da darunter nach hM auch der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages fällt, sofern durch ihn die Verpflichtung eines Ehegatten begründet wird, im Wesentlichen sein gesamtes Vermögen in die Gesellschaft einzubringen. Voraussetzung ist freilich, dass den anderen Gesellschaftern dieser Umstand bekannt war. (Nur) unter diesen Voraussetzungen bedarf dann die Beteiligung eines Ehegatten an einer OHG der Genehmigung des anderen Ehegatten.

Leben die Ehegatten im Güterstand der **Gütergemeinschaft** (§§ 1415 ff BGB), so kann die Gütergemeinschaft, obwohl Gesamthandsgemeinschaft, nicht als solche Mitglied einer OHG oder KG sein, weil sie kein selbstständiger Rechtsträger ist, der als solcher handlungsfähig wäre.<sup>98</sup> Treten deshalb beide Ehegatten gesondert einer OHG bei, so gehören die Anteile der Ehegatten an der OHG zum Gesamtgut oder zum Vorbehaltsgut, je nachdem, ob die Anteile nach dem Gesellschaftsvertrag übertragbar sind oder nicht (§§ 1416, 1417 BGB). Durch Gesellschaftsvertrag können die Anteile außerdem zu Vorbehaltsgut erklärt werden (§ 1418 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Hiervon ist auch dann auszugehen, wenn beide Ehegatten zusammen mit einem Dritten eine neue OHG gründen.<sup>99</sup> Schwierigkeiten ergeben sich lediglich, wenn die Ehegatten (**nur**) **untereinander** eine neue OHG gründen wollen. Die Praxis verlangt dann, dass die Anteile zuvor durch Ehevertrag zu Vorbehaltsgut erklärt werden, weil sie sich andernfalls im Gesamtgut sofort wieder vereinigten.<sup>100</sup>

<sup>93</sup> § 124; RGZ 125, 380, 381; BGHZ 38, 26, 30; BGH DB 1971, 189; OLG Schleswig NZG 2002, 418; enger aber OLG Koblenz NJW 2003, 1401, 1402.

<sup>94</sup> BGHZ 44, 98, 100 f; BGHZ 68, 93, 99; OLG Hamm OLGZ 1970, 394, 398; OLG Hamm BB 1972, 592; Priester DB 1974, 273.

<sup>95</sup> A. Hueck S. 306 ff.

<sup>96</sup> Grdl. BGHZ 52, 316, 318 ff; BGHZ 65, 93, 96 ff; BGHZ 112, 339, 341 = NJW 1991, 691; BayObLGZ 1977, 76, 80 f; BayObLGZ 1977, 130, 134 f; Röll NJW 1979, 627, 630; Wiedemann I, S. 180 ff.

<sup>97</sup> Berechtigte Kritik bei U. Hübner Interessenkonflikt und Vertretungsmacht, 1977, S. 274, 283 f; Schilling FS Ballerstedt 1975, S. 257, 273 ff.

<sup>98</sup> BayObLG NZG 2003, 431 = NJW-RR 2003, 899 (für eine KG); MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 105, 143; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 92, 101; Hdb/H.P. Westermann Rdn. I 149c; Oetker/Weitemeyer § 105 Rdn. 37.

<sup>99</sup> BayObLGZ 1980, 414, 418; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 92.

<sup>100</sup> BGHZ 65, 79, 81 ff = NJW 1975, 1774; D. Reuter/Kunath JuS 1977, 376.

#### IV. Gesellschaften

- 50 1. Juristische Personen.** In- und ausländische juristische Personen können Mitglieder einer OHG sein.<sup>101</sup> Das gilt gleichermaßen für juristische Personen des Privatrechts wie des öffentlichen Rechts. Nur bei **ausländischen** juristischen Personen muss noch hinzukommen, dass sie im Inland anerkannt werden und dass sie nach ihrem Personalstatut die Fähigkeit besitzen, sich an einer deutschen Personengesellschaft zu beteiligen.<sup>102</sup> Dagegen setzt bei juristischen Personen des **öffentlichen** Rechts ihre Fähigkeit zur Beteiligung an einer OHG nicht voraus, dass sie dafür die gegebenenfalls nach ihrem Statut erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde besitzen.<sup>103</sup> Das Gesagte gilt auch für rechtsfähige **Vereine und Stiftungen**.<sup>104</sup> Gleich stehen die **Vorgesellschaften** zu juristischen Personen.<sup>105</sup>
- 51** Die juristische Person wird in der OHG durch ihre Organe vertreten. Die Organmitglieder treten dadurch nicht in unmittelbare Rechtsbeziehungen zu der OHG oder deren Mitgliedern.<sup>106</sup> Ausnahmen gelten jedoch für die GmbH & Co KG und entsprechend für die seltene GmbH & Co OHG, jedenfalls, wenn die wesentliche Aufgabe der beteiligten juristischen Person in der Geschäftsführung für die Gesellschaft besteht.<sup>107</sup>
- 52 2. Personengesellschaften.** Gemäß § 124 kann sich eine OHG oder KG an einer anderen Personenhandelsgesellschaft beteiligen. Mitglied der OHG wird dann nur die sich beteiligende Gesellschaft, nicht zugleich deren Gesellschafter.<sup>108</sup> Dagegen wurde der **BGB-Gesellschaft** (ebenso wie dem nichtrechtsfähigen Verein) lange Zeit die Fähigkeit abgesprochen, Mitglied einer OHG zu sein, insbesondere, weil beide Gesellschaften keine zwingende Haftungsordnung kennen.<sup>109</sup> Diese Auffassung ist heute überholt, da mittlerweile feststeht, dass die BGB-Gesellschaft, sofern sie Außengesellschaft ist, jedenfalls als **Kommanditistin** einer KG beitreten kann. Das folgt unmittelbar aus § 162 Abs. 1 S. 2, nach dem in diesem Fall auch die Gesellschafter der BGB-Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden sind.<sup>110</sup>
- 53** Nach wie vor umstritten ist, ob die BGB-Gesellschaft darüber hinaus auch die Rolle eines **persönlich haftenden Gesellschafters** in einer OHG oder KG übernehmen kann. Heute überwiegen jedoch deutlich die befürwortenden Stimmen, seitdem geklärt ist, dass die Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft grundsätzlich ebenfalls analog § 128 unbeschränkt für die Schulden ihrer Gesellschaft haften müssen.<sup>111</sup> Ebenso wie bei Beteiligung der Gesellschaft als Kommanditistin (§ 162 Abs. 1 S. 2) müssen folglich in diesem Fall analog § 106 Abs. 1 Nr. 2 sämtliche Gesellschafter der BGB-Gesellschaft ins Handelsregister eingetragen werden und haften dann den Gläubi-

**101** Grdl. RGZ 105, 1922, 101, 103 ff (für die GmbH & Co. KG); MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 84 ff.

**102** BayObLGZ 1986, 61, 65 ff = NJW 1986, 3029; OLG Saarbrücken NJW 1990, 647.

**103** Anders offenbar BayObLGZ 1989, 387 = NJW-RR 1990, 476.

**104** Eingehend MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 87 f m. Nachw.; Hdb/H.P.Westermann Rdn. I 148.

**105** Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 95; MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 86; Hdb/H.P.Westermann Rdn. I 148a.

**106** OLG Hamm OLGZ 1973, 265.

**107** BGHZ 75, 321; BGHZ 76, 160, 166; BGHZ 76, 326, 337 f; BGH LM Nr. 9 zu § 43 GmbHG = BB 1980, 1344.

**108** RGZ 123, 366, 369; BGHZ 80, 129, 132; BGH WM 1984, 475; BayObLGZ 1973, 46; OLG Neustadt NJW 1964, 1376; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 96 f; MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 93.

**109** RGZ 123, 366, 369; BGHZ 46, 291, 296; BGH WM 1966, 188, 190; BGH WM 1986, 1280; BGH LM Nr. 55 zu § 705 BGB = NJW-RR 1990, 798; OGH JBl. 1961, 425 = HS 580; OLG Zweibrücken OLGZ 1982, 155 ff; anders schon immer mit eingehender Begründung Brodersen Die Beteiligung der BGB-Gesellschaft an Personenhandelsgesellschaften, 1988.

**110** Ebenso zuvor grdl. BGHZ 148, 291 = NJW 2001, 3121 (auf Vorlage des BayObLG NZG 2001, 123); wohl auch schon BGH LM Nr. 67 zu § 705 BGB = NJW 1998, 376.

**111** LG Berlin NZG 2003, 580, 581 f = GmbHR 2003, 719, 720 f; MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 96 ff; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 98 f; Oetker/Weitemeyer § 105 Rdn. 37; wohl auch Röhrich/v. Westphalen/Haas § 105 Rdn. 64; zurückhaltend dagegen nach wie vor Hdb/H.P.Westermann Rdn. I 149b.

gern der OHG persönlich nach § 128.<sup>112</sup> Nicht auszuschließen ist freilich, dass, sofern man die Gesellschafter einer OHG generell als Kaufleute ansieht, die BGB-Gesellschaft durch ihren Beitritt automatisch zur OHG wird. Mit Rücksicht darauf wird man zu verlangen haben, dass der Beitritt einer BGB-Gesellschaft als persönlich haftende Gesellschafterin zu einer OHG oder KG, ohne Rücksicht auf etwaige abweichende Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, in jeden Fall der **Zustimmung aller Gesellschafter** bedarf (§ 138 Abs. 1 BGB).

## V. Treuhand

### Schrifttum

*Armbrüster* Die treuhänderische Beteiligung an Personengesellschaften, 2001; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 1981; *Eden* Treuhandschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen, 1981; *Grundmann* Der Treuhandvertrag, insbesondere die werbende Treuhand, 1997; *John* Die treuhänderische Übertragung von Anteilen, in Hadding/U. Schneider (Hrsg.) Gesellschaftsanteile als Kreditsicherheit, 1979, S. 83; *Krenzel* Treuhand an Kommanditanteilen, 1991; *Maulbetsch* Beirat und Treuhand in der Publikumspersonengesellschaft, 1984; *Siebert* Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, 1933; *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 2000.

Treuhandverhältnisse an Gesellschaftsanteilen kommen in verschiedenen Formen und zu unterschiedlichen Zwecken vor.<sup>113</sup> Hier interessiert allein die sogenannte **Vollrechtstreuhand**, bei der der Gesellschaftsanteil auf den Treuhänder übertragen wird. Je nachdem, ob der Treuhänder den Gesellschaftsanteil vom Treugeber oder von einem Dritten erworben oder erst nachträglich das Treuhandverhältnis mit dem Treugeber vereinbart hat, spricht man hier auch von einer Übertragungs-, Erwerbs- und Vereinbarungstreuhand. Schließlich werden noch nach den verfolgten Zwecken der Beteiligten die Sicherungstreuhand, die Verwaltungstreuhand und die Nutzungstreuhand unterschieden. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die praktisch allein bedeutsame **Verwaltungstreuhand**. Eine weitere Unterscheidung knüpft noch daran an, ob das Treuhandverhältnis den Mitgesellschafter offengelegt ist oder nicht. Je nachdem spricht man auch von **verdeckter und offener Treuhand**.

Innerhalb der **offenen** Treuhand wird gelegentlich noch weiter zwischen einer einfachen und einer **qualifizierten Treuhand** unterschieden je nachdem, ob dem Treugeber neben dem Treuhänder eigene Rechte in der Gesellschaft eingeräumt werden oder nicht. Die offene qualifizierte Treuhand ist heute besonders verbreitet bei **Anlagegesellschaften** in der Rechtsform einer KG, bei denen vielfach die Anleger über einen Treuhänder an der Anlagegesellschaft, der KG beteiligt werden, und zwar unter gleichzeitiger Einräumung der Rechtsstellung von **Gesellschaftern (nur) im Innenverhältnis**, so dass es, wie es der BGH neuerdings häufig ausgedrückt, zu einer „Verzahnung oder Verschränkung von Gesellschafts- und Treuhandverhältnis“ kommt.<sup>114</sup> Rechtliche Bedenken bestehen bei Zustimmung aller Gesellschafter gegen derartige vertragliche Gestaltungen nicht (§ 311 Abs. 1 BGB, § 109), so dass z.B. nichts hindert, den Anlegern und Treugebern im Innenverhältnis das Stimmrecht ebenso wie Auskunftsrechte und Ansprüche auf Gewinnbeteiligung zuzubilligen,<sup>115</sup> während sie im Außenverhältnis keine unmittel-

<sup>112</sup> S.u. § 106 Rdn. 9; BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483; BGHZ 148, 291 = NJW 2001, 3121; OLG Celle NZG 2012, 667; LG Berlin NZG 2003, 580, 581 f = GmbHR 2003, 719, 720 f; MüKo-HGB/K. *Schmidt* § 105 Rdn. 103.

<sup>113</sup> Vgl. zum folgenden statt aller *Armbrüster* GmbHR 2001, 941, 1041; *Beuthien* ZGR 1974, 26; Staub/C. *Schäfer* § 105 Rdn. 102 ff; *Oetker/Weitemeyer* § 105 Rdn. 38 ff.

<sup>114</sup> Z.B. BGHZ 207, 54 Rdn. 12 = NZG 2015, 1353; s. dazu insbesondere MüKo-BGB/*Emmerich* § 311 Rdn. 143–145 m. Nachw.; *Oetker/Weitemeyer* § 105 Rdn. 38 ff.

<sup>115</sup> BGHZ 3, 354, 360; BGHZ 10, 44, 49 ff; BGHZ 178, 271, 276 Rdn. 20; BGH NZG 2003, 915 = NJW-RR 2003, 1392; BGH NZG 2011, 1432 Rdn. 16–18; BGH NZG 2012, 787 Rdn. 12; BGH NZG 2013, 980 Rdn. 30; BGH NZG 2013, 1187, 1191

telbare Haftung gegenüber den Gläubigern nach § 128 oder nach § 171 trifft (Rdn. 61). Die Treugeber werden bei dieser Gestaltung der Rechtsverhältnisse gelegentlich auch als Quasi-Gesellschafter bezeichnet.

- 56 Kennzeichen der **verdeckten Treuhand** ist es demgegenüber, dass sie – im Gegensatz zu der offenen Treuhand – den Mitgesellschaftern nicht offengelegt wird. Die verdeckte Treuhand äußert infolgedessen Rechtswirkungen ausschließlich im Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder, während der Gesellschaft gegenüber allein der Treuhänder als Gesellschafter auftritt. Die **Zulässigkeit** einer derartigen verdeckten Treuhand ist umstritten. Vielfach wird angenommen, dass sich für alle Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrag nach Treu und Glauben grundsätzlich die Pflicht ergebe, ein etwaiges Treuhandverhältnis ebenso wie die Person des Treugebers den Mitgesellschaftern offenzulegen, so dass sich der Gesellschafter schadensersatzpflichtig mache, wenn er die Treuhand verschweige.<sup>116</sup> Richtig daran ist indessen nur, dass sich der Gesellschafter und Treuhänder ersatzpflichtig macht, wenn er im Einzelfall bei einer Kollision seiner Pflichten aus dem Gesellschafts- und dem Treuhandverhältnis dem Letzteren den Vorzug gibt (§ 280 Abs. 1 BGB, Rdn. 58).
- 57 Die **Übertragung des Gesellschaftsanteils** auf den Treuhänder bedarf, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, der Zustimmung der, d.h. aller Mitgesellschafter. Dasselbe gilt dann auch für die **(Rück-)Übertragung** des Gesellschaftsanteils auf den Treugeber nach Beendigung der Treuhand (Rdn. 63). Haben jedoch die Gesellschafter seinerzeit der Übertragung des Anteils auf den Treuhänder zugestimmt, so liegt darin auch ihre (unwiderrufliche) Zustimmung zu der Rückübertragung des Gesellschaftsanteils auf den Treugeber.<sup>117</sup>
- 58 Im **Innenverhältnis** zwischen Treugeber und Treuhänder wird in der Regel ein **Geschäftsbesorgungsvertrag** mit Dienstvertragscharakter vorliegen, wenn der Vertrag entgeltlich (§§ 675, 611 BGB);<sup>118</sup> andernfalls handelt es sich um einen Auftrag (§§ 662ff BGB). In keinem Fall ist für den Vertrag eine besondere Form erforderlich, so dass er auch konkludent zustande kommen kann.<sup>119</sup> Bei Minderjährigkeit des Treugebers muss jedoch § 1822 Nr. 3 BGB beachtet werden.<sup>120</sup> Der Treuhänder hat im Regelfall gegen den Treugeber einen Aufwendungsersatz- und **Freistellungsanspruch**, der sich, wenn er nicht schon vertraglich geregelt ist, jedenfalls aus den §§ 675 Abs. 1, 670 und 257 S. 1 BGB ergibt (Rdn. 61).
- 59 Die Rechtsstellung des Treuhänders wird nach dem Gesagten im Ergebnis durch das **Zusammentreffen zweier Rechtskreise** charakterisiert: Im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern und der Gesellschaft richtet sich seine Rechtsstellung grundsätzlich nach dem Gesellschaftsvertrag, während für seine Rechte und Pflichten gegenüber dem Treugeber das Innenverhältnis zwischen beiden maßgebend ist (o. Rdn. 58). Bei einer **Kollision** der sich hieraus ergebenden Pflichten des Treuhänders haben nach einer verbreiteten Meinung die aus dem Gesellschaftsvertrag den **Vorrang**.<sup>121</sup> Uneingeschränkt gilt dies freilich lediglich für die **verdeckte** Treuhand (Rdn. 56), bei der sich die Rechte und Pflichten des Treuhänders in der Gesellschaft allein nach dem Gesellschaftsvertrag richten, so dass ihn insbesondere auch in vollem Umfang die Treupflicht trifft. Unberührt davon bleiben jedoch die Pflichten des Treuhänders aus dem Innenverhältnis gegenüber dem Treugeber. Kollidieren beide Pflichtenkreise, so haben sich die Beteilig-

Rdn. 29; BGHZ 207, 54 = NZG 2015, 1353 Rdn. 13 f.; BGH NJW 2015, 1169 Rdn. 8 f.; BGH NZG 2018, 1066 Rdn. 19 f.; statt aller *Walch* NZG 2015, 1259 m. Nachw.

116 *Beuthien* ZGR 1974, 46 f.; ebenso wohl für die GmbH OLG Hamburg GmbHR 1993, 507 = NJW-RR 1993, 868; dagegen Staub/C. *Schäfer* § 105 Rdn. 104 f.

117 BGHZ 77, 392, 395 ff.; BGH LM Nr. 8 zu § 15 GmbHG = NJW 1965, 1376; BGH WM 1985, 1143.

118 Z.B. BGH WM 1994, 14, 16.

119 BGH WM 1971, 306, 307.

120 *Blaurock* Unterbeteiligung S. 157 ff.; *Beuthien* ZGR 1974, 37 f.; Staub/C. *Schäfer* § 105 Rdn. 107.

121 BGHZ 3, 354, 360; BGHZ 32, 17, 29; *Blaurock* Unterbeteiligung S. 181; *Beuthien* ZGR 1974, 39 ff.

ten die daraus ergebende Zwangslage selbst zuzuschreiben. Da es sich in beiden Fällen nur um schuldrechtliche Verpflichtungen handelt, kommt keiner der beiden Pflichten der Vorrang zu.<sup>122</sup>

Anders ist die Rechtslage dagegen bei der **offenen** qualifizierten Treuhand. Aus dem Umstand, dass hier alle Beteiligten selbst vertraglich dem oder den Treugebern unmittelbare Rechte in der Gesellschaft eingeräumt haben (Rdn. 55), ist nach Treu und Glauben der Schluss zu ziehen, dass eine Rechtsausübung des Treuhänders zum Nachteil der Treugeber jedenfalls bei deren Widerspruch unbeachtlich ist, zumal auch die Treugeber dann die Treuepflicht trifft (Rdn. 63).

Im **Außenverhältnis** ist dagegen der Treuhänder bei der verdeckten ebenso wie bei der offenen Treuhand der alleinige Gesellschafter, so dass auch nur ihn die **persönliche Haftung** nach § 128 oder § 171 trifft; eine unmittelbare persönliche Haftung des oder der Treugeber gegenüber den Gläubigern scheidet aus.<sup>123</sup> Aus dem Innenverhältnis zum Treugeber folgt in derartigen Fällen indessen in aller Regel ein **Freistellungs- und Aufwendungsersatzanspruch** des Treuhänders gegen den oder die Treugeber, und zwar, wenn nicht vertraglich geregelt, jedenfalls aufgrund der §§ 675 Abs. 1, 670 und 257 S. 1 BGB (Rdn. 58). Dieser Anspruch kann an die Gläubiger abgetreten werden und verwandelt sich dann in einen **Zahlungsanspruch** der Gläubiger; dasselbe gilt bei einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung des Treugebers.<sup>124</sup> Gegen den Freistellungsanspruch des Treuhänders können die Treugeber, insbesondere also die Anleger bei Anlagegesellschaften, nach Meinung des BGH nicht mit Schadensersatzansprüchen gegen den Treuhänder, etwa wegen der üblichen Verletzung von Aufklärungspflichten, **aufrechnen** (§ 399 BGB).<sup>125</sup> Sofern aber die Treugeber freiwillig in der Krise der Gesellschaft über ihre vertraglichen Pflichten hinaus Schulden der Gesellschaft tilgen, erlangen sie – ebenfalls nach Meinung des BGH – einen Aufwendungsersatzanspruch gegen die Gesellschaft (§ 110); außerdem sollen sie dann analog den §§ 426 und 242 BGB anteilig **Ausgleich** von den anderen Treugebern verlangen können, die sich nicht an der Sanierung der Gesellschaft durch Tilgung von Schulden beteiligen.<sup>126</sup> Eine persönliche Haftung der Treugeber kommt außerdem in Betracht, wenn sie in Wirklichkeit aufgrund der Abreden der Beteiligten die volle rechtliche Stellung von Gesellschaftern besitzen, die lediglich die Ausübung einzelner gesellschaftlicher Rechte einem Treuhänder übertragen haben.<sup>127</sup>

Da der Treuhänder nach außen Vollrechtsinhaber ist, kann er über den Anteil **zugunsten Dritter** (und zum Nachteil des Treugebers) **verfügen**, freilich grundsätzlich nur mit Zustimmung der Mitgesellschafter, die bei der qualifizierten Treuhand kaum zu erlangen sein dürfte. Der Treugeber ist gegen nachteilige Verfügungen des Treuhänders in anderen Fällen nur **geschützt**, wenn der dritte Erwerber die Pflichtwidrigkeit der Verfügung kennt (§§ 823 Abs. 2, 826 BGB). Einen darüber hinausgehenden Schutz des Treugebers, etwa entsprechend den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht, lehnt die Rechtsprechung – unter verbreitetem Widerspruch des Schrifttums – unter Hinweis auf § 137 BGB (bisher) ab.<sup>128</sup>

Die **Beendigung** des Treuhandverhältnisses richtet sich nach dem zugrundeliegenden Vertrag zwischen dem Treugeber und dem Treuhänder. Der Treuhänder ist dann aufgrund des Ver-

122 Str.; z.T. anders z.B. *Schiemann* FS Zöllner I, 1998, S. 503.

123 BGHZ 3, 354, 360; BGHZ 10, 44, 49 f; BGHZ 31, 258, 263 f; BGHZ 32, 17, 29; BGHZ 76, 127, 130 f; BGHZ 77, 392, 395; BGHZ 93, 246, 247 f; BGHZ 178, 271, 176 f Rdn. 21 f; BGHZ 189, 45, 48 Rdn. 10; BGHZ 194, 180, 186 Rdn. 21; BGHZ 207, 54 Rdn. 11, 20; BGH NZG 2010, 991 Rdn. 25.

124 BGHZ 76, 127, 130 ff; BGHZ 178, 271, 278 Rdn. 24; BGHZ 185, 310, 314 f Rdn. 11 f; BGHZ 189, 45, 48 f Rdn. 11, 14; BGHZ 194, 180, 186 ff Rdn. 21 ff; BGHZ 207, 54 = NZG 2015, 1353 Rdn. 15 f, 20; statt aller *Schiemann* FS Zöllner I, 1998, S. 503, 507 ff.

125 BGHZ 189, 45, 54 Rdn. 29; BGHZ 194, 180, 189 f Rdn. 33 ff; sehr str. und in der Tat bedenklich.

126 BGHZ 207, 54 = NZG 2015, 1353 Rdn. 21 ff.

127 BGH NZG 2011, 1023 Rdn. 37 f.

128 BGH LM Nr. 30 zu § 164 BGB = NJW 1968, 1471; BGH WM 1977, 525, 527; anders z.B. *Beuthien* ZGR 1974, 59 ff; *Blaurock* Unterbeteiligung, S. 125 ff; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 108.

trages (§ 667 BGB) zur **Rückübertragung** des Anteils auf den Treugeber verpflichtet (Rdn. 57). Solange der Treuhänder dieser Verpflichtung nicht nachkommt, kann sich bei der offenen qualifizierten Treuhand aus dem Zusammenhang der Abreden der Beteiligten nach Treu und Glauben die Pflicht der Mitgesellschafter ergeben, fortan alle Maßnahmen des Treuhänders in der Gesellschaft, durch die die Interessen des Treugebers verletzt werden, unbeachtet zu lassen, weil jetzt der Anteil wieder dem Treugeber zusteht (§§ 157, 242 BGB).<sup>129</sup>

## VI. Unterbeteiligung

- 64** Unter einer Unterbeteiligung versteht man die vertraglich begründete Beteiligung eines Dritten, des Unterbeteiligten, an dem Gesellschaftsanteil eines anderen, des sog Hauptbeteiligten. Je nach der Rechtstellung des Unterbeteiligten unterscheidet man heute vor allem typische und atypische sowie offene und verdeckte Unterbeteiligungen. Von einer **typischen** Unterbeteiligung spricht man, wenn sich die Rechtsstellung des Unterbeteiligten auf eine obligatorische Beteiligung an dem Gewinnanteil des Hauptbeteiligten beschränkt, von einer **atypischen** dagegen, wenn der Unterbeteiligte auch an der Substanz der Hauptbeteiligung teilhat oder wenn ihm Mitverwaltungsrechte in der Innengesellschaft eingeräumt werden. Mit Zustimmung der Mitgesellschafter ist darüber hinaus auch die Einräumung von Mitverwaltungsrechte in der OHG möglich (§ 109). **Verdeckte und offene** Unterbeteiligung unterscheiden sich hingegen danach, ob die Unterbeteiligung den Mitgesellschaftern des Hauptbeteiligten offengelegt wird oder nicht.<sup>130</sup>
- 65** Wegen der Einzelheiten kann auf die Darstellung weiter unten verwiesen werden (§ 230 Rdn. 65–75). Hier genügen folgende Bemerkungen:<sup>131</sup> Die Unterbeteiligung eines Dritten an einem OHG-Anteil wird durch Abschluss eines BGB-Gesellschaftsvertrages begründet (§ 705 BGB), so dass es sich bei der Unterbeteiligung grundsätzlich um eine **Innengesellschaft** nach den §§ 705ff BGB handelt.<sup>132</sup> Wegen der engen Verwandtschaft mit einer stillen Gesellschaft werden in der Regel zugleich die §§ 230 ff entsprechend angewandt, soweit der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung enthält.<sup>133</sup> Selbst wenn der Gesellschaftsvertrag der OHG ein **Verbot** von Unterbeteiligungen enthält, ist der Vertrag wirksam (§ 137 BGB).<sup>134</sup> Ist der Unterbeteiligte zugleich am Verlust beteiligt, so ist im Falle der Beteiligung eines **Minderjährigen** die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach § 1822 Nr. 3 BGB erforderlich.<sup>135</sup>
- 66** **Formvorschriften** bestehen nicht (§ 705 BGB). Ist die Unterbeteiligung Gegenstand einer **Schenkung**, so ist jedoch § 518 BGB zu beachten, wobei die Rechtsprechung – entgegen der hM im Schrifttum – in der bloßen sog. Einbuchung der Unterbeteiligung noch keinen Vollzug der Schenkung iS des § 518 Abs. 2 BGB erblickt.<sup>136</sup> Wichtig ist dies vor allem bei Schenkungen auf den Todesfall (§ 2301 Abs. 2 BGB). Hier lässt es der BGH jedoch neuerdings als Vollzug der Schenkung im Sinne der §§ 2301 Abs. 2 und 518 Abs. 2 BGB genügen, wenn dem Unterbeteiligten bei einer atypischen Unterbeteiligung mitgliedschaftliche Rechte in der Innengesellschaft eingeräumt werden.<sup>137</sup>

**129** S. BGHZ 76, 392, 395 ff; BGH LM Nr. 8 zu § 15 GmbHG = NJW 1965, 1376; BGH WM 1971, 306, 307.

**130** BGHZ 50, 316, 318 f = NJW 1968, 2003; BGHZ 191, 354, 359 f Rdn. 19 = NZG 2012, 222 – S. Unselde-Stiftung; BGH NJW 1994, 2886; BGH NJW-RR 1995, 165 = GmbHR 1995, 57, 58; LG Bremen NJW-RR 1992, 98; *Blaurock* NZG 2012, 521.

**131** S. außerdem z.B. Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 109–113; Staub/Harbarth § 230 Rdn. 269–310; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Mock § 230 Rdn. 150–183.

**132** Vgl. BGHZ 7, 378; BGHZ 50, 316, 320 ff; BGHZ 191, 354, 359 Rdn. 19; BGH WM 1966, 188, 191; BFHE 166, 460, 463 f = NJW 1992, 2847.

**133** BGHZ 191, 354, 359 Rdn. 19 = NZG 2012, 222; BGH NJW-RR 1995, 165.

**134** OLG Frankfurt GmbHR 1992, 668; LG Bremen NJW-RR 1992, 98.

**135** S. OLG Hamm OLGZ 1974, 158.

**136** BGHZ 7, 174; BGHZ 7, 378; BGHZ 191, 354, 360 f Rdn. 22; *Bilsdorfer* NJW 1980, 2785; A. Hueck ZHR 83 (1920), 1, 14 f; dagegen *Blaurock* NZG 2012, 521 m. Nachw.

**137** BGHZ 191, 354, 363 f Rdn. 25 ff = NZG 2012, 222 – S. Unselde-Stiftung; BFHE 220, 513, 515 f = NJW-RR 2008, 986.

Die **Verwaltung** der Beteiligung ist allein Sache des Hauptbeteiligten, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag der Unterbeteiligungsgesellschaft etwas anderes bestimmt (Rdn. 64). Der Hauptbeteiligte muss indessen bei der Verwaltung der Beteiligung, soweit ihm dies im Rahmen des Gesellschaftsvertrags der OHG möglich ist, auf die Interessen des Unterbeteiligten Rücksicht nehmen, widrigenfalls er sich ersatzpflichtig macht (§§ 280, 708 BGB). Die **Auskunfts- und Kontrollrechte** des Unterbeteiligten richten sich nach dem entsprechend anwendbaren § 233 Abs. 1.<sup>138</sup> Jedoch beziehen sich diese Rechte grundsätzlich nur auf die Erträge des Hauptgesellschafters.<sup>139</sup>

Die Unterbeteiligung findet grundsätzlich ihr **Ende**, wenn die Beteiligung, an der die Unterbeteiligung besteht, veräußert wird (§ 726 BGB).<sup>140</sup> Die Unterbeteiligung ist außerdem nach § 723 BGB kündbar, wenn der Unterbeteiligungsvertrag auf unbestimmte Dauer abgeschlossen ist.<sup>141</sup> Nach der Kündigung ist eine **Auseinandersetzung** zwischen den Beteiligten nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen erforderlich, wofür § 235 HGB entsprechend gilt.<sup>142</sup>

## VII. Nießbrauch

### Schrifttum

*Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 1981; *Böckelmann* Nutzungen und Gewinn bei dem Unternehmensnießbrauch, 1971; *Frh. v. Godin* Nutzungsrecht an Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, 1949; *Göbel* Der Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen, 2001; *Hadding* Pfandrecht und Nießbrauch an der Mitgliedschaft in einer OHG oder KG als Kreditsicherheit, in *Hadding/Schneider* (Hrsg.) Gesellschaftsanteile als Kreditsicherheit, 1979, S. 37; *Hepp-Schwab* Die Mitgliedschaft des Personengesellschafters und der Nießbrauch an seinem Gesellschaftsanteil, 1998; *U. Huber* Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften, 1970; *Wiedemann* Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965.

Gegenstand eines Nießbrauchs kann nach § 1068 Abs. 1 BGB auch ein Recht sein, sofern das Recht übertragbar ist (§ 1069 Abs. 2 BGB). Die **Zulässigkeit** eines Nießbrauchs an einem Gesellschaftsanteil ist deshalb heute im Prinzip geklärt,<sup>143</sup> seitdem feststeht, dass Gesellschaftsanteile jedenfalls mit Zustimmung der Mitgesellschafter übertragbar sind.<sup>144</sup> In der Praxis dient der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen offenbar in erster Linie als Mittel der vorweggenommenen Erbfolge, ferner als Mittel zur Versorgung weichender Gesellschafter oder Erben sowie – seit Streichung des Vorbelastungsverbots im EStG – als Mittel der steuerlichen Optimierung der Gesellschaftsverhältnisse.

Gemäß § 1069 Abs. 1 BGB richtet sich die **Bestellung** eines Nießbrauchs an einem Gesellschaftsanteil nach den für die **Übertragung** des Gesellschaftsanteils geltenden Vorschriften. Ein Gesellschaftsanteil ist übertragbar, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht oder wenn die übrigen Gesellschafter zustimmen (s.u. § 109 Rdn. 32ff). Unter denselben Voraussetzungen kann daher der Anteil mit einem Nießbrauch belastet werden, so dass es grundsätzlich genügen dürfte, wenn der Gesellschaftsvertrag nur allgemein die Übertragung des Gesellschaftsanteils zu-

**138** BGHZ 50, 316, 326; BGH NJW 1994, 2886; BGH NJW-RR 1995, 165; LG Bremen NJW-RR 1992, 48.

**139** BGH WM 1966, 188, 191.

**140** OLG Hamm NJW-RR 1994, 999.

**141** BGH NJW 1994, 2886.

**142** OLG Hamm NJW-RR 1994, 999.

**143** Ebenso BGHZ 58, 316, 319 ff = NJW 1972, 1755; BGH LM Nr. 12 zu § 109 HGB = WM 1975, 174; BGH LM Nr. 72 zu § 705 BGB = NJW 1999, 571; BGH LM Nr. 20 zu § 2205 BGB (Bl. 5) = NJW 1989, 3152 (beiläufig); OLG München GmbHR 2016, 1267; BFHE 119, 63 = NJW 1976, 1656; BFHE 175, 231 = NJW 1995, 1918; wegen der umstr. Einzelheiten s. insbesondere *Staudinger/Heinze*, 2017, Anh. zu §§ 1068 f Rdn. 47–93; *Staub/C. Schäfer* § 105 Rdn. 114–130; *Hdb/Wertenbruch* Rdn. I 676–683 f.

**144** Grdl. RG(GS) DNotZ 1944, 195 = WM 1964, 1130, 1132 f.

lässt; anders als vielfach vertreten ist eine besondere Zulassung der Nießbrauchbestellung nicht erforderlich.<sup>145</sup>

- 71 Dem Nießbraucher stehen die „**Nutzungen**“ des Gesellschaftsanteils zu (§§ 1068 Abs. 1, 1030 Abs. 1 BGB). Zu den Nutzungen eines Rechts gehören insbesondere die **Erträge**, die das Recht seiner Bestimmung gemäß gewährt (§§ 100, 99 Abs. 2 BGB). Darunter sind nur diejenigen Gewinnanteile zu verstehen, auf deren **Entnahme** der Gesellschafter nach dem Gesetz, dem Gesellschaftsvertrag, der Jahresbilanz und dem Gewinnverteilungsbeschluss einen Anspruch hat. Dagegen gebühren dem Nießbraucher solche Gewinnanteile nicht, die von der Gewinnverteilung ausgeschlossen sind. Namentlich muss er jede **Rücklagenbildung** – bis zur Grenze des § 138 BGB – hinnehmen.<sup>146</sup>
- 72 Wenn aus den von der Gewinnverteilung ausgeschlossenen Erträgen durch Umbuchung später die **Kapitalanteile** der Gesellschafter erhöht werden, hat der Nießbraucher ebenfalls keinen Anspruch auf diese „zusätzlichen“ Kapitalanteile des belasteten Gesellschafters. Jedoch gebühren ihm grundsätzlich die auf den erhöhten Kapitalanteil entfallenden Gewinnanteile. Anders verhält es sich nur, soweit die Erhöhung der Kapitalanteile auf zusätzlichen Einlagen des belasteten Gesellschafters beruht.<sup>147</sup> Ein etwaiger **Auseinandersetzungsanspruch** steht – als Teil der Substanz der Beteiligung – ebenfalls allein dem Gesellschafter zu.<sup>148</sup> Die **Lasten** der Beteiligung treffen nach § 1047 BGB (i.V.m. § 1068 Abs. 2 BGB) den Nießbraucher.<sup>149</sup> An Verlusten ist er jedoch nicht beteiligt.
- 73 Welche **Mitverwaltungsrechte** dem Nießbraucher in der Gesellschaft zustehen, ist noch nicht endgültig geklärt.<sup>150</sup> Auszugehen ist von § 1071 BGB, nach dem eine **Aufhebung** des mit dem Nießbrauch belasteten Rechts ebenso wie dessen **Änderung**, sofern dadurch der Nießbrauch beeinträchtigt wird, der Zustimmung des Nießbrauchers bedarf. Die Zuständigkeit für die maßgeblichen Beschlüsse verbleibt aber dem Gesellschafter, der lediglich bei der Stimmabgabe an die Zustimmung des Nießbrauchers gebunden wird, und zwar wohl auch im Außenverhältnis zu den Mitgesellschaftern.<sup>151</sup> Ausgenommen sind aber nach der Rechtsprechung des BGH die so genannten **Grundlagenbeschlüsse** wie z.B. die Feststellung des Jahresabschlusses (str.) oder die Abstimmung über solche Geschäftsführungsfragen, die durch den Gesellschaftsvertrag zu Grundlagengeschäften erklärt worden sind, denen alle Gesellschafter zustimmen müssen. Für diese Beschlüsse ist allein der **Gesellschafter** zuständig.<sup>152</sup> Gleich stehen die außerordentlichen Rechtsbehelfe der §§ 133 und 139, die für den Schutz des Gesellschafters in der OHG unabdingbar sind.<sup>153</sup> Im Übrigen ist die genaue Abgrenzung der Grundlagenbeschlüsse nach wie vor offen. Unklar ist ferner die Rechtslage bei sonstigen **Abstimmungen** in Fragen der laufenden Geschäftsführung. Hier wird das Stimmrecht zum Teil dem Nießbraucher (wegen der Auswirkung

145 Ebenso Staudinger/Heinze, 2017, Anh. zu §§ 1068 f Rdn. 63; MüKo-HGB/K. Schmidt Vorb. § 230 Rdn. 16; dagegen z.B. Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 119; Hdb/Wertenbruch Rdn. I 678.

146 OLG München GmbHR 2016, 1267, 1268; BFHE 175, 231 = NJW 1995, 1918; Staudinger/Heinze, 2017, Anh. zu §§ 1068 f Rdn. 79 ff; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 121; Hdb/Wertenbruch Rdn. I 682 ff.

147 BGHZ 58, 316, 319 ff; BGHZ 78, 177, 188; BGH LM Nr. 12 zu § 109 HGB = WM 1975, 174; BGH LM Nr. 19 zu § 2113 BGB = NJW 1981, 1560; BFHE 175, 231 = NJW 1995, 1918; Blaurock Unterbeteiligung, S. 144 ff; Staudinger/Heinze, 2017, Anh. zu §§ 1068 f Rdn. 81, 87; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 121.

148 BFHE 175, 231 = NJW 1995, 1918.

149 So z.B. Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 121.

150 Vgl. dazu statt aller Blaurock Unterbeteiligung, S. 142 ff; Staudinger/Heinze, 2017, Anh. zu §§ 1068 f Rdn. 721 ff; Teichmann FS Lutter, 2000, S. 1261, 1269 ff; P. Ulmer FS Fleck, 1988, S. 389, 393 ff; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 124–128.

151 So OLG Stuttgart NZG 2013, 432; OLG Oldenburg NZG 2015, 643; wohl auch BFHE 175, 231 = NJW 1995, 1918; anders OLG Düsseldorf NZG 1999, 26 = NJW-RR 1999, 619; OLG München GmbHR 2016, 1267, 1269 f.

152 BGH LM Nr. 72 zu § 705 BGB = NJW 1999, 571; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 125.

153 Staudinger/Heinze, 2017, Anh. zu §§ 1068 f Rdn. 77; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 125.

gen solcher Beschlüsse auf die Erträge des Anteils),<sup>154</sup> zum Teil aber auch weiterhin dem Gesellschafter zugewiesen.<sup>155</sup>

Nach dem Stand der Rechtsprechung (Rdn. 73) scheidet heute jedenfalls ein alleiniges **74** Stimmrecht des Nießbrauchers aus, weil BGH und BFH das Stimmrecht bei so genannten Grundlagengeschäften allein dem Gesellschafter zubilligen. Dasselbe gilt in den Fällen des § 1071 BGB, nur dass der Gesellschafter hier der Mitwirkung des Nießbrauchers (zu dessen Schutz) bedarf. Berücksichtigt man außerdem, dass die Rechtsstellung des Nießbrauchers der eines Kommanditisten zumindest ähnelt, so spricht eigentlich alles dafür, das Stimmrecht weiterhin insgesamt dem **Gesellschafter** zuzuweisen (vgl. § 164), zumal auch nur so die sonst unvermeidlichen Abgrenzungsprobleme weitgehend (nicht ganz) vermieden werden können. Dem Nießbraucher verbleibt jedoch zu seinem Schutz (analog § 166) ein **Auskunfts- und Kontrollrecht** in der Gesellschaft.<sup>156</sup> Eine persönliche **Haftung** trifft den Nießbraucher grundsätzlich nicht, weil er nicht Gesellschafter ist (§§ 128, 171).<sup>157</sup> Nach einer verbreiteten Meinung ist der Nießbraucher gleichwohl mit Rücksicht auf seine im Einzelnen nach wie vor umstrittenen Mitwirkungsrechte ins **Handelsregister** einzutragen.<sup>158</sup> Vereinigen sich in einer zweigliedrigen Gesellschaft der belastete und der unbelastete Gesellschaftsanteil in einer Hand, so wird meistens im Interesse des Nießbrauchers der Fortbestand des belasteten Anteils fingiert (s.o. Rdn. 40 f).

## D. Fehlerhafte Gesellschaftsverträge

### Schrifttum

*Canaris* Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; *Erman* Personengesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, 1947; *Kort* Rechtsschutz bei fehlerhaften Strukturveränderungen, 1998; *C. Schäfer* Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 2002; *Steines* Die faktisch aufgelöste Handelsgesellschaft, 1964; *Vetter* Altsschuldenhaftung auf fehlerhafter Vertragsgrundlage, 1995; *H.J. Weber* Zur Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, 1978; *G. Wiesner* Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, 1980.

### I. Überblick

**Unter** einer fehlerhaften Gesellschaft versteht man eine OHG, bei der der Gesellschaftsvertrag **75** Mängel aufweist, die an sich zur Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit des Gesellschaftsvertrages führen müssten. Die wichtigsten Fälle sind die Anfechtbarkeit des Vertrages nach den §§ 119 und 123 BGB, die Nichtigkeit des Vertrages aufgrund der §§ 125, 134, 138 oder 154 BGB, der Abschluss des Vertrages durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht sowie die Beteiligung in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Personen, insbesondere also Minderjähriger ohne die dafür erforderliche familiengerichtliche Genehmigung.<sup>159</sup> Eine weitere **Fallgruppe**, die in jüngster Zeit zunehmende praktische Bedeutung erlangt hat, bildet der Beitritt von Verbrauchern zu Anlage-

**154** BFHE 175, 231 = NJW 1995, 1918; *Flume* I/1, S. 362ff; *P. Ulmer* FS Fleck, 1988, S. 389, 393ff; *Staub/C. Schäfer* § 105 Rdn. 126f.

**155** *Staudinger/Heinze*, 2017, Anh. zu §§ 1068f Rdn. 72; *Teichmann* FS Lutter, 2000, S. 1261, 1273f; *Hdb/Wertenbruch* Rdn I 683f.

**156** BFHE 175, 231 = NJW 1995, 1918; *Staudinger/Heinze*, 2017, Anh. zu §§ 1068f Rdn. 74; OLG Koblenz NJW 1992, 2163, 2164; OLG München GmbHR 2016, 1267; *Blaurock* Unterbeteiligung, S. 147f.

**157** OLG München GmbHR 2016, 1267; *Staub/C. Schäfer* § 105 Rdn. 128; *Hdb/Wertenbruch* Rdn I 681a; anders *Flume* I/1 S. 362ff; *P. Ulmer* FS Fleck, 1988, S. 389, 393ff.

**158** OLG Stuttgart NZG 2013, 432; OLG Oldenburg NZG 2015, 643; LG Aachen NZG 2009, 1158f; *Wachter* GmbHR 2016, 1271, anders z.B. OLG München GmbHR 2016, 1267; *Fritsch* NZG 2009, 1158f.

**159** S. z.B. BGH NZG 2008, 460, 461; BayObLGZ 1989, 387, 392 = NJW-RR 1990, 476; *Staub/C. Schäfer* § 105 Rdn. 332; *MüKo-HGB/K. Schmidt* § 105 Rdn. 235.

gesellschaften, vornehmlich freilich in der Rechtsform einer BGB-Gesellschaft oder einer KG, unter Verstoß gegen verbrauchererschützende Vorschriften, wobei in erster Linie an Haustürsituationen zu denken ist, so dass der Verbraucher (an sich) ein Widerrufsrecht hat (§§ 312g, 355 BGB). Von dem zuletzt genannten Fall sowie etwa Kartellgesellschaften abgesehen, handelt es sich freilich bei den erwähnten Fallgestaltungen um ausgesprochene **Ausnahmefälle**, so dass die praktische Bedeutung der ganzen Lehre in einem umgekehrten Verhältnis zu der Beachtung steht, die sie seit jeher in der Literatur gefunden hat. Nicht hierher gehören zudem die praktisch durchaus die Regel bildenden Fälle, dass eine Gesellschaft mit zulässigem Zweck in einzelnen Beziehungen rechtswidrige Aktivitäten entfaltet oder dass ein Gesellschaftsvertrag nur einzelne rechtswidrige oder sittenwidrige Klauseln enthält, im Übrigen aber unbedenklich ist (Rdn. 85).<sup>160</sup>

76 Das **Reichsgericht** hatte in den genannten Fallgestaltungen (Rdn. 75), ältere Entwicklungen aufnehmend,<sup>161</sup> bereits sehr früh anerkannt, dass die Gesellschafter einer OHG trotz der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages allen **Gläubigern** der Gesellschaft entsprechend den §§ 128 und 130 haften müssen, sobald sie einmal Dritten gegenüber als Gesellschafter aufgetreten sind, wobei freilich von Fall zu Fall auch Ausnahmen, etwa im Falle der arglistigen Täuschung (s. § 123 Abs. 2 BGB), anerkannt worden waren.<sup>162</sup> Dagegen hatte das RG für das **Innenverhältnis** der Gesellschafter zunächst an der Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften des BGB über die Nichtigkeit und Vernichtbarkeit von Rechtsgeschäften festgehalten.<sup>163</sup> Dies änderte sich erst ab 1935. Seitdem fand die fehlerhafte Gesellschaft **nach Vollzug** des Gesellschaftsvertrages auch im Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern Anerkennung. Die Geltendmachung des Mangels wurde seitdem nur noch durch Auflösungs- oder Übernahmeklage nach den §§ 133 und 141 Abs. 1 S. 2 zugelassen.<sup>164</sup> Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft gilt seitdem als **gesicherter Bestandteil des Gesellschaftsrechts**.<sup>165</sup>

77 Im **Schrifttum** wird die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft heute meistens unter Berufung auf die **Doppelnatur** der Gesellschaft als Schuldverhältnis und Organisation gerechtfertigt.<sup>166</sup> In der Mehrzahl der Fälle erklären sich die von der Praxis entwickelten Regeln über die Behandlung fehlerhafter Gesellschaften freilich ohne Rücksicht darauf bereits aus der einfachen Überlegung, dass sich bei strikter Anwendung der Vorschriften des BGB über die Mängel von Willenserklärungen häufig nur schwer lösbare **Rechtsanwendungsprobleme** ergäben.<sup>167</sup> Darin hat man letztlich auch den Grund für die ständige Ausdehnung des **Anwendungsbereichs** der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft zu sehen. Er umfasst heute nicht nur sämtliche Personengesellschaften einschließlich insbesondere der einfachen stillen Gesellschaften, sondern darüber hinaus z.B. auch die Unternehmensverträge der §§ 291 und 292 AktG.

## II. Voraussetzungen

78 Selbst die fehlerhafte Gesellschaft ist immer noch eine Gesellschaft und setzt damit einen, wenn auch mangelhaften **Gesellschaftsvertrag** voraus (§ 705 BGB). Eine bloße tatsächliche

160 Ebenso z.B. MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 235.

161 S. Oechsler NJW 2008, 2471; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 320 ff.

162 RGZ 142, 96, 102ff; RGZ 145, 155, 158ff; RGZ 165, 193, 204; weitere Nachw. bei Ronke FS Laufke, 1971, S. 217, 238 ff.

163 Zuletzt RGZ 127, 186; RG JW 1937, 1242; Ronke FS Laufke, 1971, S. 217, 243 ff.

164 Grdl. RG JW 1935, 2617 Nr. 1 und RGZ 165, 193, 203ff; ebenso sodann RG DR 1941, 1943f Nr. 4; RG DR 1942, 275f Nr. 6; RG DR 1943, 806 Nr. 9; RG DR 1943, 1221, 1222f Nr. 4; RG SeuffArch 95 (1941) Nr. 33, S. 75 f.

165 So BGHZ 55, 5, 8; BGH NZG 2008, 460, 461; BGH NZG 2010, 1025 Rdn. 6; BGH NZG 2011, 860 Rdn. 11; ebenso OGH GesRZ 1994, 61, 63.

166 Statt aller Flume I/1 S. 13 ff; MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 229; P. Ulmer FS Flume Bd. II, 1979, S. 301 ff; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 323, 326; Hdb/H.P. Westermann Rdn. I 219 ff.

167 Ebenso Hdb/H.P. Westermann Rdn. I 213b, 219 ff; dagegen Oechsler NJW 2008, 2471, 2473.

Gemeinschaft ohne vertragliche Grundlage kann nicht als (fehlerhafte) „Gesellschaft“ anerkannt werden.<sup>168</sup> Praktische Bedeutung hat dies vor allem für den Fall, dass für einzelne Gesellschafter bei dem Vertragsabschluss ein **Vertreter ohne Vertretungsmacht** tätig geworden ist (§ 177 BGB). Solange hier die angeblich vertretenen Gesellschafter dem Vertragsabschluss nicht zumindest konkludent zugestimmt haben, liegt im Verhältnis zu ihnen keine, auch keine fehlerhafte Gesellschaft vor. So verhält es sich z.B., wenn eine Person aufgrund einer Generalvollmacht für mehrere andere Personen (ihre Kinder) durch Insichgeschäft eine Gesellschaft gründet und in diese die Vermögen der von ihr vertretenen Personen einbringt, um sich den Zugriff auf diese Vermögensmassen zu sichern. Wegen der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages (§§ 138, 181 BGB) scheidet dann die Annahme einer fehlerhaften Gesellschaft aus.<sup>169</sup> Anders erst, wenn die Beteiligten in den fraglichen Fällen z.B. den Beitritt des nicht wirksam vertretenen Gesellschafters – trotz des Vertretungsmangels – als wirksam behandeln oder wenn doch der Vertrag zwar nicht von der Vollmacht des Vertreters, wohl aber von dessen Auftrag gedeckt war.<sup>170</sup>

Für die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft ist außerdem so lange kein **79** Raum, wie der Gesellschaftsvertrag noch nicht vollzogen ist (Rdn. 80). **Vor Vollzug** des Vertrages hat es vielmehr bei der Anwendung der allgemeinen Regeln sein Bewenden.<sup>171</sup> Die **Anfechtung** des Gesellschaftsvertrages erfolgt gemäß § 143 BGB durch Erklärung gegenüber allen anderen Gesellschaftern als den Vertragspartnern.<sup>172</sup>

(Erst) mit **Vollzug** der (fehlerhaften) Gesellschaft ändert sich die Rechtslage, da nunmehr **80** idR die Vorschriften des BGB über die Folgen von Vertragsmängeln durch die besonderen Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft verdrängt werden.<sup>173</sup> Im **Außenverhältnis** ist der Gesellschaftsvertrag (spätestens) vollzogen, sobald die Gesellschaft ihre Geschäftstätigkeit Dritten gegenüber aufgenommen hat (§ 123 Abs. 2). Dafür genügt bereits der Abschluss von Vorbereitungsgeschäften<sup>174</sup> und wohl auch die bloße Eintragung ins Handelsregister, wie entgegen der früher hM heute aus § 105 Abs. 2 i.V.m. § 123 Abs. 2 zu folgern ist.<sup>175</sup> Im **Innenverhältnis** lässt die Rechtsprechung für den Vollzug des Gesellschaftsvertrages darüber hinaus bereits die Leistung der Beiträge und damit die Bildung eines Gesamthandvermögens genügen.<sup>176</sup> Der BGH hat daraus den Schluss gezogen, dass es für den Vollzug des Gesellschaftsvertrages ausreicht, wenn „das Organisationsgefüge in Gang gesetzt worden ist“, d.h. wenn die Gesellschaft zu leben begonnen hat.<sup>177</sup> Ein Vollzug ist daher auch schon anzunehmen, wenn die Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsvertrages **Beschlüsse** gefasst haben.

**168** BGHZ 11, 190, 191; BGH LM Nr. 4 zu § 105 HGB = NJW 1953, 1220; BGH LM Nr. 52 zu § 705 BGB (Bl. 3) = NJW 1988, 1321; BGH LM Nr. 58 zu § 705 BGB = NJW 1992, 1501, 1502; BGH WM 1976, 180, 181; BGH NZG 2010, 1397 Rdn. 20 = NJW 2011, 66; BGH NZG 2011, 1225 Rdn. 10 ff; anders z.B. *Steines* Die faktisch aufgelöste Handelsgesellschaft, 1964, S. 27 ff m. Nachw.

**169** BGH NZG 2011, 1225 Rdn. 10 ff; BGH NZG 2010, 1397 Rdn. 13 ff = NJW 2011, 66.

**170** So jedenfalls BGH LM Nr. 52 zu § 705 BGB (Bl. 3) = NJW 1988, 1321; BGH LM Nr. 58 zu § 705 BGB = NJW 1992, 1501, 1502; BGH NZG 2011, 1225 Rdn. 12; BGH NZG 2010, 1397 Rdn. 20.

**171** Unstr., z.B. OLG Frankfurt/M NJW-RR 1996, 101, 102; *Hueck* S. 75 ff.

**172** RGZ 142, 96, 102; BGH LM Nr. 9 zu § 182 BGB = WM 1976, 448.

**173** S. dazu insbes. *A. Hueck* S. 97 f; MüKo-HGB/K. *Schmidt* § 105 Rdn. 238; Staub/C. *Schäfer* § 105 Rdn. 335; *P. Ulmer* FS Flume Bd. II, 1979, S. 301, 311 f; *Oetker/Weitemeyer* § 105 Rdn. 80; *Hdb/H.P. Westermann* Rdn. I 220.

**174** RG DR 1941, 1943 f; RG DR 1943, 1221, 1222 f; BGHZ 13, 320, 321 = NJW 1954, 1562; BGH LM Nr. 6 zu § 28 HGB = NJW 1972, 1466.

**175** MüKo-HGB/K. *Schmidt* § 105 Rdn. 236; anders Staub/C. *Schäfer* § 105 Rdn. 235.

**176** RG DR 1941, 1943 f; RG DR 1943, 1221, 1222 f; RG SeuffArch 95 (1941) Nr. 33, S. 75; BGHZ 13, 320, 321 f; BGHZ 116, 37, 40 = NJW 1992, 505; BGH WM 1967, 419, 420.

**177** BGHZ 116, 37, 40 = NJW 1992, 505; MüKo-HGB/K. *Schmidt* § 105 Rdn. 236.

### III. Ausnahmen

- 81 1. Gesetzesverstoß, Sittenwidrigkeit.** Die wenn auch nur partielle und vorübergehende Anerkennung einer fehlerhaften Gesellschaft ist problematisch, wenn ihr gewichtige Interessen der Allgemeinheit oder einzelner besonders schutzwürdiger Personen entgegenstehen. Paradigmata sind die Verfolgung gesetz- oder sittenwidriger Zwecke durch die Gesellschaft (§§ 134 und 138 BGB) sowie die Beteiligung Minderjähriger ohne Genehmigung des Familiengerichts. Ein weiteres Beispiel für die hier auftauchenden Probleme ist der Widerruf des Gesellschaftsvertrages nach den §§ 312g und 355 BGB durch einen Verbraucher, der in einer Haustürsituation zum Beitritt zu einer Anlagegesellschaft veranlasst wurde. Schließlich gehören im Grunde auch die Fälle einer arglistigen Täuschung oder Bedrohung einzelner Gesellschafter bei dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages oder im Falle ihres Beitritts zu einer Gesellschaft hierher.
- 82** Die zutreffende rechtliche Behandlung der genannten Fälle (Rdn. 81) ist offen. Die **Gerichte** betonen zwar immer wieder, dass die fehlerhafte Gesellschaft nicht mehr anzuerkennen sei, wenn die Anerkennung mit **gewichtigen Interessen der Allgemeinheit** oder einzelner **besonders schutzwürdiger Personen** unvereinbar sei, wobei als wichtigste Fallgruppen durchweg die Verfolgung gesetz- oder sittenwidriger Zwecke durch die Gesellschaft sowie die Beteiligung Minderjähriger ohne die erforderliche familiengerichtliche Genehmigung genannt werden (§§ 134, 138 und 1822 Nr. 3 BGB).<sup>178</sup> Tatsächlich sind es indessen nur ganz wenige Fälle, in denen die Gerichte tatsächlich einer fehlerhaften Gesellschaft aus den genannten Gründen die Anerkennung versagt und die Beteiligten auf einer Auseinandersetzung nach Bereicherungs- oder Deliktsrecht verwiesen haben; in der Mehrzahl der kritischen Fällen fand dagegen die fehlerhafte Gesellschaft aus unterschiedlichen Gründen letztlich doch Anerkennung, so dass im Schrifttum die Zweifel wachsen, ob an der bisherigen Praxis festzuhalten ist.<sup>179</sup>
- 83** Eine Gesellschaft, die einen **gesetz- oder sittenwidrigen Zweck** verfolgt, ist nichtig, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag von den Beteiligten vollzogen wird (§§ 134, 138 BGB, Rdn. 82). Eine Ausnahme ist lediglich dann zu erwägen, wenn die zuständige Behörde vorübergehend die Tätigkeit der Gesellschaft duldet.<sup>180</sup> Jedoch endet selbst in diesem Fall die „Wirksamkeit“ der fehlerhaften Gesellschaft ohne weiteres, sobald die Behörde ihre Praxis wieder ändert. **Beispiele** für hiernach nichtige Gesellschaften sind Gesellschaften, deren Zweck den Strafgesetzen zuwiderläuft, in der Steuerhinterziehung besteht, gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) verstößt<sup>181</sup> oder im Widerspruch zum Kartellverbot steht, wobei insbesondere an Gemeinschaftsunternehmen in der Rechtsform einer BGB-Gesellschaft mit Kartellzwecken zu denken ist (Art. 101 AEUV und § 1 GWB),<sup>182</sup> ferner verbotene Zusammenschlüsse bestimmter Freiberufler mit Angehörigen anderer Berufe<sup>183</sup> sowie Gesellschaften, mit denen eine Umgehung der Verbote des Apothekengesetzes oder (früher) des MRG Nr. 52 bezweckt wird.<sup>184</sup> In diesen Fällen ist und bleibt der

**178** RG DR 1943, 806 Nr. 9; BGHZ 3, 285, 288; BGHZ 62, 234, 240 f; BGHZ 75, 214, 217 f = NJW 1980, 638; BGHZ 97, 243, 250 = NJW 1987, 65; BGHZ 153, 214 = NJW 2003, 1252; BGH WM 1976, 1026, 1027; BGH WM 1976, 1027, 1028; BGH NJW 1967, 36; BGH NJW 2005, 1784, 1785; BGH LM Nr. 18 zu § 138 (Cd) BGB = NJW 1970, 1540; BGH LM Nr. 9 zu § 709 BGB = NJW 1982, 877; BGH LM Nr. 42 zu § 1 GWB = NJW-RR 1991, 1002; BGH NZG 2005, 472, 473; BGH NZG 2008, 460, 462 – Friz I.

**179** So z.B. Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 337 ff; MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 237 ff; Schwintowski NJW 1988, 937, alle m. Nachw.

**180** BGHZ 62, 234, 241; BGH LM Nr. 8 zu § 105 HGB = BB 1954, 456.

**181** BGHZ 62, 234, 240 ff; BGHZ 153, 214 = NJW 2003, 1252.

**182** Sehr str., wie hier insbesondere BGH LM Nr. 42 zu § 1 GWB = NJW-RR 1991, 1002 – Nassauische Landeszeitung; OLG Hamm WuW-E OLG 3748 = NJW-RR 1986, 1487; s. Hdb/H.P. Westermann Rdn. I 227d, m. Nachw.

**183** BGHZ 97, 243, 250 = NJW 1987, 65, 67.

**184** BGHZ 75, 214, 217 f; BGH Urt. v. 11.4.1951 – II ZR 9/50.

Vertrag nichtig (§§ 134, 138 BGB), so dass etwaige Leistungen der Gesellschafter nach Bereicherungsrecht abzuwickeln sind.<sup>185</sup>

Anders verhält es sich dagegen, wenn eine Gesellschaft mit einem neutralen (zulässigen) **84** Zweck lediglich in einzelnen Beziehungen durch ihre **Betätigung** gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstößt. An der grundsätzlichen Anerkennung der Gesellschaft ändert dies nichts.<sup>186</sup> So z.B., wenn lediglich die Verträge über den Beitritt neuer Gesellschafter zu einer zulässigen Gesellschaft gegen das RDL verstoßen,<sup>187</sup> wenn eine (zulässige) Gesellschaft zum Betrieb einer Spielhalle die zuständige Behörde bei der Beantragung der nötigen Konzession täuscht,<sup>188</sup> wenn eine (als solche unbedenkliche) Anlagegesellschaft ein sittenwidriges Schneeballsystem betreibt<sup>189</sup> oder wenn sich eine Stiftung ohne die erforderliche staatliche Genehmigung an einer anderen Gesellschaft beteiligt.<sup>190</sup>

Mit den Fällen der Nichtigkeit der Gesellschaft wegen der Verfolgung eines gesetz- oder sit- **85** tenwidrigen Zwecks dürfen ferner nicht die Fälle verwechselt werden, in denen **lediglich einzelne Bestimmungen** des Gesellschaftsvertrages gesetz- oder sittenwidrig sind. In solchen Fällen wird es sich meistens so verhalten, dass sich die Nichtigkeit (§§ 134, 138 BGB), abweichend von § 139 BGB, auf die betreffenden Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages beschränkt (o. Rdn. 7). Die entstehende Lücke ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung und notfalls durch Rückgriff auf das dispositive Gesetzesrecht zu schließen.<sup>191</sup>

**2. Minderjährige.** Die Belange besonders schutzwürdiger Personen können gleichfalls der **86** Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft entgegenstehen. Der Anwendungsbereich dieser Fallgruppe ist heute nur noch schmal. Im Wesentlichen beschränkt er sich auf die Beteiligung Minderjähriger und sonstiger nicht voll geschäftsfähiger Personen (ausgerechnet) an einer OHG. Bei Beteiligung eines Minderjährigen an einer OHG ohne die nach § 1822 Nr. 3 BGB erforderliche familiengerichtliche Genehmigung (o. Rdn. 42ff) scheidet die Annahme einer fehlerhaften Gesellschaft unter Einschluss des Minderjährigen aus. Weitergehende Auswirkungen hat die fehlerhafte Beteiligung des Minderjährigen in der Regel nicht, da die Auslegung des Gesellschaftsvertrages meistens ergeben wird, dass der Vertrag zwischen den übrigen Gesellschaftern wirksam bleiben soll.<sup>192</sup> Von denselben Regeln ist im Falle des Beitritts oder des Ausscheidens eines Minderjährigen ohne die erforderliche familiengerichtliche Genehmigung auszugehen. Wird der Austritt des Minderjährigen nicht nachträglich genehmigt, so bleibt er Gesellschafter und ist als solcher weiterhin an Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt.<sup>193</sup> Soweit demgegenüber im Schrifttum im Interesse des Bestandsschutzes fehlerhafter Gesellschaften der Minderjährige stattdessen auf den neuen Schutz nach den §§ 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 und 1629a BGB (i.V.m. den §§ 105 Abs. 3 und 131 Abs. 3) verwiesen wird,<sup>194</sup> ist dem nicht zu folgen, weil dadurch der Schutz der Minderjährigen durch das Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB ohne Not ausgehobelt würde.<sup>195</sup>

**185** BGHZ 62, 234, 242; BGHZ 75, 214, 217; BGHZ 97, 243, 250 = NJW 1987, 65, 67.

**186** BGH NJW-RR 1988, 1379 für einen Bordellbetrieb.

**187** BGHZ 153, 214 = NJW 2003, 1252.

**188** BGH NZG 2003, 770.

**189** BGH NZG 2013, 1187 Rdn. 15.

**190** BayObLGZ 1989, 387, 392f = NJW-RR 1990, 476.

**191** Vgl. BGHZ 47, 293, 301f; BGH LM Nr. 18 zu § 138 (Cd) BGB = NJW 1970, 1540; BGH LM Nr. 3 zu § 516 BGB = WM 1959, 719, 720; OLG Rostock NZG 2000, 1328.

**192** S. RGZ 145, 155, 158f; BGHZ 17, 160, 167f; BGH LM Nr. 9 zu § 709 BGB (Bl. 4) = NJW 1982, 877; BGH LM Nr. 40 zu § 705 BGB = NJW 1983, 748; BGH LM Nr. 59 zu § 705 BGB = NJW 1992, 1503; BGH WM 1984, 1508, 1509f; Hdb/H.P. Westermann Rdn. I 214d, 216.

**193** So BGH LM Nr. 59 zu § 705 BGB = NJW 1992, 1503, 1504.

**194** So Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 338; MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 238f.

**195** So richtig Hdb/H.P. Westermann Rdn. I 214d, 216.

- 87 3. Arglistige Täuschung, Verbraucherschutz.** Eine Verallgemeinerung der Regeln über den Minderjährigenschutz bei fehlerhaften Gesellschaftsverträgen (Rdn. 86) lehnt die Rechtsprechung mit Billigung des Schrifttums ab;<sup>196</sup> vielmehr wird dann dem **Bestandsschutz** zu Gunsten der einmal ins Leben getretenen Gesellschaft grundsätzlich der Vorrang vor dem Schutz anderer schutzbedürftiger Personen eingeräumt. Die wichtigsten hierher gehörigen Fälle sind die **arglistige Täuschung** oder Bedrohung eines Gesellschafters bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages oder des Vertrags über seinen Beitritt zu der Gesellschaft,<sup>197</sup> die Fälle des Vollmachtmissbrauchs (oben Rdn. 75) sowie die eines (offenen oder versteckten) **Dissenses** (§§ 154 und 155 BGB). Setzen die Gesellschafter in dem zuletzt genannten Fall – trotz ihres Dissenses über einzelne Punkte des Vertrages – diesen in Kraft, so hat es dabei grundsätzlich sein Bewenden; die entstehende Vertragslücke ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung oder notfalls durch Rückgriff auf das dispositive Gesetzesrecht zu schließen.<sup>198</sup> Ebenso verfahren wird schließlich noch, wenn die Einlagepflicht eines Ehegatten gegen § 1365 BGB verstößt.<sup>199</sup>
- 88** Der rigorose Standpunkt der hM (Rdn. 87) vermag keineswegs in jeder Hinsicht zu überzeugen, sofern man die haftungsrechtlichen Konsequenzen etwa für arglistig getäuschte oder bedrohte Gesellschafter bedenkt (§§ 128 und 171). Deshalb sollte zumindest bei der Gestaltung der **Rechtsfolgen** hier in angemessener Weise auf die besondere Situation der durch solche Handlungen geschädigten Gesellschafter Rücksicht genommen werden. In erster Linie kommen hier natürlich **Schadensersatzansprüche** der betroffenen Gesellschafter gegen die für ihre Schädigung verantwortlichen Mitgesellschafter (nicht gegen die Gesellschaft) in Betracht (§§ 242, 280, 823 und 826 BGB). Genauso verfährt die Rechtsprechung zumindest teilweise bei dem besonders dringlichen Schutz getäuschter Anleger, die sich auf dem Weg über stille Gesellschaften an einer AG oder GmbH beteiligt haben.<sup>200</sup> Außerdem kann es etwa bei einer zweigliedrigen Gesellschaft angemessen sein, dem getäuschten oder bedrohten Gesellschafter ein **Übernahmerecht** analog § 140 Abs. 1 S. 2 zuzubilligen.<sup>201</sup> In anderen Fällen ist daran zu denken, dem betroffenen Gesellschafter durch Einräumung eines Rechts zur fristlosen Kündigung zu helfen (u. Rdn. 106) oder ihm das Recht zu gewähren, die Gesellschafter, durch die er getäuscht oder bedroht wurde, aus der Gesellschaft auszuschließen (§§ 242, 273, 320 BGB; § 140 HGB).
- 89** Wenig befriedigend ist es auch, dass von der hM, und zwar mit Billigung des EuGH,<sup>202</sup> dem Bestands- und Verkehrsschutz der Vorrang vor dem **Verbraucherschutz** zugebilligt wird, vor allem wenn ein Verbraucher in einer Haustürsituation zum Abschluss eines Gesellschafts- oder Beitrittsvertrages veranlasst wird. Das dem Verbraucher dann zustehende **Widerrufsrecht** (§§ 312g und 355 BGB) wird deshalb im Ergebnis wie ein Kündigungsrecht behandelt, so dass der Verbraucher nur einen Auseinandersetzungsanspruch hat und deshalb gegebenenfalls sogar die Verluste der Gesellschaft mittragen muss.<sup>203</sup> Das widerspricht offenkundig in gravierender Weise dem mit den genannten Vorschriften intendierten umfassenden Verbraucherschutz.

**196** Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 342; MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 240; Hdb/H.P. Westermann Rdn. I 217.

**197** Z.B. BGH NZG 2005, 261; BGH NZG 2008, 460, 462; BGH NZG 2013, 1187 Rdn. 13; zum Widerruf durch Verbraucher s. BGH NZG 2018, 1056 Rdn. 27 f.

**198** BGH LM Nr. 58 zu § 705 BGB (Bl 2R) = NJW 1992, 1501, 1502.

**199** Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 342; Hdb/H.P. Westermann Rdn. I 217.

**200** S. Emmerich/Habersack, 9. Aufl. 2019, § 292 Rdn. 29f–30 m. Nachw.

**201** Vgl. BGHZ 13, 320, 323; BGHZ 26, 330, 335 ff; BGHZ 44, 235, 236 f; BGHZ 47, 293, 300 ff; BGHZ 55, 5, 9 f; BGHZ 63, 338, 344; BGH LM Nr. 12 zu § 15 GmbHG = BB 1975, 758.

**202** EuGH NJW 2010, 1511 Rdn 46 ff = NZG 2010, 561 – Friz.

**203** BGHZ 186, 167, 170 Rdn. 12f = NJW 2010, 3096 – Friz II; BGH NZG 2005, 261; BGH NZG 2008, 460, 461 f – Friz I; BGH NZG 2010, 1025 Rdn. 3f; BGH NZG 2011, 860 Rdn. 9ff; BGH NZG 2018, 1056 Rdn. 20 f; ebenso schon BGHZ 148, 201 = NJW 2001, 2718, 2720; BGH NJW 2004, 839, 843; dazu z.B. Oechsler NJW 2008, 2471; Wagner NZG 2008, 447; – zum späteren Beitritt eines neuen Gesellschafters in einer Haustürsituation s.u. Rdn. 96.

#### IV. Rechtsfolgen

Die Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft nach Vollzug des mangelhaften Gesellschaftsvertrages bedeutet in erster Linie, dass die Gesellschaft bis zur Geltendmachung des Mangels (u. Rdn. 96 ff) im Außen- wie im Innenverhältnis als wirksam zu behandeln ist.<sup>204</sup> Im **Außenverhältnis** folgt dies in der Mehrzahl der Fälle bereits aus § 15 Abs. 3. Die OHG besitzt daher im Rahmen des § 124 insbesondere Rechts- und Prozeßfähigkeit.<sup>205</sup> Ebenso ist die Rechtslage im **Innenverhältnis** der Gesellschafter. Bis zur Geltendmachung des Mangels ist im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern sowie zwischen ihnen und der Gesellschaft grundsätzlich vom Bestand der Gesellschaft aufgrund des – fehlerhaften – Gesellschaftsvertrages auszugehen,<sup>206</sup> so dass sich die Verteilung der Rechte und Pflichten zwischen den Gesellschaftern im Grundsatz nach dem (fehlerhaften) Gesellschaftsvertrag richtet. Die Gesellschafter bleiben vor allem zur Leistung der **Beiträge** verpflichtet; außerdem trifft sie ebenso wie sonst die allgemeine **Treuepflicht**.

Die Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft ändert (natürlich) nichts daran, dass Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, die gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen, unwirksam sind und bleiben (§ 134 BGB).<sup>207</sup> Auch soweit die einzelnen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages gerade von dem Mangel betroffen werden, können sie nicht angewandt werden. Es versteht sich von selbst, dass ein Gesellschafter, der durch arglistige Täuschung oder Drohung eine besonders günstige Gewinnverteilung oder eine übermäßige Beteiligung an dem Auseinandersetzungsguthaben durchgesetzt hat, nicht erwarten darf, dass die anderen Gesellschafter an solche Bestimmungen gebunden sind (§§ 138, 242 BGB).<sup>208</sup> Jede andere Lösung liefe darauf hinaus, rechtswidriges Verhalten zu prämiieren.

Die Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft bedeutet vor allem, dass der Mangel des Gesellschaftsvertrages grundsätzlich nur noch durch **Auflösungsklage** nach § 133 geltend gemacht werden kann. Daneben kommt je nach den Umständen des Falles auch ein **Ausschluss** von Gesellschaftern (§ 140) in Betracht, wenn der Mangel des Vertrages nur von einem oder einzelnen Gesellschaftern zu vertreten ist, insbesondere also in den Fällen arglistiger Täuschung oder Drohung (§ 123 BGB) sowie bei sittenwidriger Übervorteilung (§ 138 BGB).<sup>209</sup> Lässt der Gesellschaftsvertrag anstelle der Auflösungsklage die **fristlose Kündigung** zu, so kann der Mangel auch durch eine derartige Kündigung geltend gemacht werden.<sup>210</sup> Im Schrifttum wird mit Recht gefordert, in besonders schwerwiegenden Fällen der arglistigen Täuschung oder der sittenwidrigen Übervorteilung einzelner Gesellschafter ein derartiges **außerordentliches Kündigungsrecht** den betroffenen Gesellschaftern praeter legem auch ohne Zulassung im Gesellschaftsvertrag zuzubilligen, sofern jede andere Lösung für die Gesellschafter schlechthin unzumutbar ist (§ 242 BGB),<sup>211</sup> wie es jedenfalls für Publikumsgesellschaften bereits seit langem auch von der Rechtsprechung anerkannt ist. In der Tat ist für eine Zusammenarbeit mit Betrügern in einer OHG

**204** S. statt aller Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 346 ff; MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 244 ff; Hdb/H.P. Westermann Rdn. I 222 ff.

**205** Z.B. RGZ 142, 96, 104 f; RGZ 145, 155, 158 f; RGZ 165, 193, 204; RG DR 1943, 1221, 1222 f Nr. 4; BGHZ 44, 235, 236 f; BGH LM Nr. 6 zu § 28 HGB = NJW 1972, 1466; BGH LM Nr. 40 zu § 705 BGB = NJW 1983, 748.

**206** RG JW 1935, 2617 Nr. 1; grdl. RGZ 165, 193, 204 ff; RGZ 166, 51, 59 f; RG DR 1941, 1943 Nr. 4; RG DR 1942, 275 Nr. 6; RG DR 1943, 1221 Nr. 4; BGHZ 3, 285, 288 ff; BGHZ 8, 157, 166 f; BGHZ 13, 320, 323 f.

**207** BGH WM 1958, 1105.

**208** BGHZ 47, 293, 301 f = NJW 1967, 1961; BGHZ 65, 79, 85 = NJW 1975, 1774; A. Hueck S. 88 ff; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 346; Hdb/H.P. Westermann Rdn. I 221c; Oetker/Weitemeyer § 105 Rdn. 87.

**209** RGZ 165, 193, 206 ff; RG DR 1941, 1943 Nr. 4; RG DR 1942, 275 Nr. 6; RG DR 1943, 1221 Nr. 4; BGHZ 3, 285, 289 ff; BGHZ 8, 157, 166 f; BGHZ 47, 293, 301 f = NJW 1967, 1961; BayObLGZ 1989, 387, 393 f = NJW-RR 1990, 476; ebenso OGH GesRZ 1972, 50; OGH GesRZ 1994, 61, 63 f; OGH JBl. 1992, 183 = RdW 1992, 109.

**210** BGH LM Nr. 3 zu § 132 HGB = NJW 1973, 1604.

**211** Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 350; MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 247; Hdb/H.P. Westermann Rdn. I 222a.

wohl kein Raum. In jedem Fall müssen dabei aber die Fristen der §§ 121 und 124 BGB beachtet werden.

- 93 Als **wichtiger Grund** im Sinne der §§ 133 und 140 genügt grundsätzlich jeder Mangel des Gesellschaftsvertrages.<sup>212</sup> Voraussetzung ist lediglich, dass der Mangel nicht inzwischen geheilt ist, z.B. durch (gegebenenfalls konkludente) Einigung der Gesellschafter auf eine neue angemessene Regelung oder sonst durch die Schließung der entstandenen Vertragslücken im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung und hilfsweise durch das dispositives Gesetzesrecht.<sup>213</sup>
- 94 Die **Auseinandersetzung** zwischen den Gesellschaftern nach der Geltendmachung des Mangels (o. Rdn. 92) richtet sich in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrag und nur hilfsweise nach den §§ 145 ff, sofern die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages nicht gerade mit dem Mangel behaftet sind (o. Rdn. 91). An die Stelle der fraglichen Bestimmungen tritt dann eine je nach den Umständen des Falles angemessene Lösung, hilfsweise die gesetzliche Regelung.<sup>214</sup>

## V. Gesellschafterwechsel, Vertragsänderungen

- 95 **1. Fehlerhafter Beitritt.** Der fehlerhafte Beitritt eines neuen Gesellschafters zu einer (wirksamen) Gesellschaft ist der mit Abstand wichtigste unter den unter dem Stichwort „fehlerhafte Vertragsänderungen“ diskutierten Fallgestaltungen. Auszugehen ist davon, dass der Beitritt eines neuen Gesellschafters zu einer Gesellschaft durch Vertrag mit den bisherigen Gesellschaftern erfolgt, so dass es sich der Sache nach um eine Änderung des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages handelt (§§ 311 Abs. 1, 705 BGB, § 105 Abs. 3). Deshalb wendet die durchaus hM auf den fehlerhaften Beitritt eines neuen Gesellschafters – eben als fehlerhafte Änderung des Gesellschaftsvertrages – die **Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft** an, wobei jedoch bei den Rechtsfolgen auf die besondere Situation des Beitretenden Rücksicht genommen werden sollte. Paradigma ist die arglistige Täuschung des Beitretenden durch die bisherigen Gesellschafter; aber der umgekehrte Fall ist genauso gut vorstellbar. Wendet man nun in derartigen Fällen die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft an, so bedeutet dies der Sache nach, dass der Mangel des Beitrittsvertrages seitens der übrigen Gesellschafter allein durch **Ausschlussklage** (§ 140) und seitens des beigetretenen Gesellschafters nur noch durch **Auflösungsklage** nach § 133 geltend gemacht werden kann.<sup>215</sup> Bis zur Rechtskraft der Gestaltungsurteile aufgrund der §§ 133 und 140 ist der Beitretende Gesellschafter – mit allen haftungsrechtlichen Konsequenzen (§§ 128 und 171). Lediglich ein klein wenig großzügiger werden die Gesellschafter bisher allein bei **Publikumsgesellschaften** behandelt: Selbst wenn der Gesellschaftsvertrag keine Kündigungsmöglichkeit vorsieht, billigt die Rechtsprechung hier doch dem arglistig getäuschten oder bedrohten Gesellschafter ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde zu.<sup>216</sup> Dieser Gedanke ist verallgemeinerungsfähig; Nichts hindert, auch in den anderen Fällen zumal einem arglistig ge-

<sup>212</sup> St. Rspr. seit BGHZ 3, 285, 290 ff = NJW 1952, 97; ebenso OGH GesRZ 1994, 61, 63; anders früher RG DR 1941, 1943; RG DR 1943, 1221.

<sup>213</sup> Ebenso z.B. BGHZ 47, 293, 301 f = NJW 1967, 1961; BGH LM Nr. 18 zu § 138 (Cd) BGB = NJW 1970, 1540; BGH LM Nr. 9 zu § 709 BGB = NJW 1982, 877; BGH LM Nr. 3 zu § 516 BGB = WM 1959, 719, 720.

<sup>214</sup> So z.B. RGZ 165, 193, 206 f; RGZ 166, 51, 59 f; RG JW 1935, 2617; BGHZ 3, 285, 288 f; BGHZ 13, 320, 323 f; BGHZ 47, 293, 301 f; BGHZ 65, 79, 85 = NJW 1975, 1774; BGH LM Nr. 6 zu § 28 HGB = NJW 1972, 1466.

<sup>215</sup> OGHZ 4, 241, 245 ff; BGHZ 26, 330, 333 ff; BGHZ 44, 235, 236 f; BGHZ 63, 338, 344 f = NJW 1975, 1022; BGHZ 69, 160 f = NJW 1977, 2160; BGHZ 148, 201 = NJW 2001, 2718, 2720; BGHZ 153, 214 = NJW 2003, 1251; BGHZ 156, 46 = NJW 2003, 2821, 2823; BGHZ 186, 253, 264 Rdn. 35 = NZG 2010, 911; zuletzt BGH NZG 2010, 1025; BGH NZG 2011, 860 Rdn. 9 ff; BGH NZG 2013, 1187 Rdn. 13 f; BGH WM 2016, 1302 Rdn. 24 ff; – kritisch zu Recht z.B. H. Honsell/Fr. Harrer ZIP 1983, 259; Möschel FS Hefermehl, 1976, S. 171, bes. 176 ff; Reindl FS Demelius, 1973, S. 427, 435 ff.

<sup>216</sup> BGHZ 63, 338, 345 f = NJW 1975, 1022; BGHZ 69, 160, 161 ff = NJW 1977, 2160; BGH LM Nr. 3 zu § 132 HGB = NJW 1973, 1604; BGH LM Nr. 4 zu § 132 HGB = NJW 1975, 1700; BGH LM Nr. 10 zu § 133 HGB = NJW 1979, 765; BGH LM Nr. 9 zu § 709 BGB = NJW 1982, 877; A. Kraft FS R. Fischer, 1979, S. 321, 323 ff.

täuschten Gesellschafter zu seinem Schutz generell ein **außerordentliches Kündigungsrecht** einzuräumen (§ 242 BGB, § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 3).

Die Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft setzt in den genannten Fällen **96** (Rdn. 95) nach Meinung der Gerichte voraus, dass alle Beteiligten bei dem (fehlerhaften) Beitrittsvertrag mitgewirkt haben, insbesondere **wirksam vertreten** wurden. Fehlt es daran auf der Seite des Beitretenden oder der Gesellschafter, so ist für eine Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft kein Raum.<sup>217</sup> Außerdem soll hier auch Raum für den Vorbehalt bei Verletzung gewichtiger Interessen der Allgemeinheit oder einzelner besonders schutzwürdiger Personen sein (Rdn. 81ff). Praktische Bedeutung hat dies freilich, soweit ersichtlich, nur für den eigenartigen Fall des Beitritts **Minderjähriger** zu einer OHG ohne die dafür erforderliche Genehmigung des Familiengerichts (§ 1822 Nr. 3 BGB); in einem derartigen Fall sollte tatsächlich der Beitritt zum Schutze des Minderjährigen als nichtig behandelt werden (str.). Nicht hierher gezählt werden dagegen die im Grunde allein relevanten Fällen der **arglistigen Täuschung** (oder Bedrohung) des Beitretenden sowie des Abschlusses des Beitrittsvertrages in einer **Haustürsituation**, so dass (in dem zuletzt genannten Fall) der neue Gesellschafter an sich ein Widerrufsrecht hat (§§ 312g, 355 BGB). Es bleibt in beiden Fällen vielmehr bei der bloßen **Kündigungsmöglichkeit** des Beitretenden,<sup>218</sup> die für ihn freilich die fatale Folge hat, dass er in der Zwischenzeit angehäufte Verluste mittragen muss, – eine nur schwer erträgliche Konsequenz der hM.

Unklar ist ferner, was unter dem von der hM als weitere Voraussetzung für die Anwendung **97** der Lehre von der faktischen Gesellschaft genannten **Vollzug des Beitritts** zu verstehen sein soll.<sup>219</sup> Die Gerichte stellen meistens darauf ab, ob die Beteiligten Rechts Tatsachen geschaffen haben, an denen die Rechtsordnung nicht mehr vorbeigehen kann. **Beispiele** sind die Leistung der Beiträge, die Ausübung gesellschaftsvertraglicher Rechte oder die Eintragung des Beitritts im Handelsregister (§ 15 Abs. 3).<sup>220</sup> Solange es danach an einem Vollzug des Beitritts fehlt, bleibt es mithin bei der Anwendung der allgemeinen Regeln über die Rechtsfolgen von Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründen. Der neue Gesellschafter verliert daher spätestens mit rechtzeitiger Anfechtung des Beitrittsvertrages rückwirkend (§ 142 BGB) seine Gesellschafterstellung, so dass er den Gesellschaftsgläubigern nicht mehr haftet.<sup>221</sup> Aber auch noch nach Vollzug des Beitritts kann die Einforderung der Einlage unter besonderen Umständen gegen Treu und Glauben verstoßen (§ 242 BGB).<sup>222</sup>

**2. Fehlerhafter Austritt.** Der fehlerhafte Austritt eines Gesellschafters wird von der hM **98** gleichfalls grundsätzlich nach den Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft behandelt. Nach Vollzug des Austritts durch Anwachsung des Vermögens bei den verbliebenen Gesellschaftern, durch Eintragung ins Handelsregister (§ 15 Abs. 3) oder durch Auszahlung des Abfindungsguthabens kann daher der Mangel der zugrundeliegenden Verträge nicht mehr mit rückwirkender Kraft geltend gemacht werden. Die Anfechtung des Vertrages mit den übrigen Gesellschaftern hat vielmehr jetzt nur noch zur Folge, dass die Vereinbarung über die Abfindung des ausgeschiedenen Gesellschafters entfällt und durch eine neue fehlerfreie Vereinbarung ersetzt werden muss. Ist der Fehler von den verbliebenen Gesellschaftern zu vertreten, so kann der ausgeschie-

**217** BGH LM Nr. 52 zu § 705 BGB = NJW 1988, 1321; BGH LM Nr. 58 zu § 705 BGB = NJW 1992, 1501, 1502; MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 248; – dagegen z.B. Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 353; Hdb/H.P. Westermann Rdn. I 1022.

**218** S. schon o. Rdn. 89 sowie noch BGHZ 148, 201 = NJW 2001, 2718, 2720; BGH NZG 2004, 839, 843; BGH NZG 2011, 860 Rdn. 9f.

**219** Gegen diese Praxis Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 358; Hdb/H.P. Westermann Rdn. I 1022.

**220** BGHZ 26, 330, 334 = NJW 1958, 668; BGH LM Nr. 76 zu § 313 BGB = NJW 1978, 2505; BGH LM Nr. 58 zu § 705 BGB (Bl 3) = NJW 1992, 1501, 1502f; BGH NJW 2004, 839, 843; OLG Hamm NZG 2000, 536, 538.

**221** BGH LM Nr. 76 zu § 313 BGB = NJW 1978, 2505.

**222** BGHZ 26, 330, 335f = NJW 1958, 668.

dene Gesellschafter stattdessen auch einen Anspruch auf Wiederaufnahme in die Gesellschaft haben.<sup>223</sup>

- 99 Voraussetzung der Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft ist nach Meinung der Gerichte auch hier, dass **alle** Beteiligten bei dem Vertragsschluss **mitgewirkt** haben oder doch wirksam vertreten waren. Fehlt es daran, so ist der Vertrag über den Austritt des Gesellschafters, der Sache nach eine Vertragsänderung, unwirksam, es sei denn, sämtliche Beteiligten behandelten den Austritt gleichwohl als wirksam.<sup>224</sup> Etwas anderes muss aber gelten, wenn der Mangel lediglich die bei dem Austritt eines Gesellschafters getroffenen **schuldrechtlichen Vereinbarungen**, z.B. über die Höhe des Abfindungsanspruchs betrifft, weil dann die bloße Korrektur dieser Vereinbarungen genügt, sobald der Mangel festgestellt wird (§ 242 BGB). Anders muss ferner im Falle des familiengerichtlich nicht genehmigten Austritts eines **Minderjährigen** entschieden werden: Solcher Austritt ist schlicht unwirksam; Minderjährige können nicht auf derartige Weise um ihre Rechte gebracht werden (§ 1822 Nr. 3 BGB).<sup>225</sup> Das Gesagte (Rdn. 95 ff) gilt entsprechend, wenn **Aus- und Eintritt** von Gesellschaftern **kombiniert** werden, wozu es heute freilich nach Anerkennung der Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile nur noch selten kommen dürfte (Rdn. 100).<sup>226</sup>

- 100 **3. Fehlerhafte Anteilsübertragung.** Anders als Ein- und Austritt eines Gesellschafters vollzieht sich die Übertragung eines Gesellschaftersanteils auf einen Dritten durch Verfügung über den Anteil mit Zustimmung der Mitgesellschafter, die auch schon im Voraus im Gesellschaftsvertrag erklärt werden kann (§§ 398, 705 BGB; u. § 109 Rdn. 33 ff). Leidet die Übertragung unter Mängeln, so ist sie nichtig, so dass der Veräußerer Gesellschafter bleibt.<sup>227</sup> Die Rechtsprechung tendiert freilich auch hier zur Anwendung der **Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft**, weil der Mitgliederwechsel im Interesse der Gesellschaft und der Gläubiger Bestandsschutz verdiene.<sup>228</sup> Zwingend erscheint dies nicht. Anders ist auf jeden Fall bei Übertragung des Anteils **Minderjähriger** ohne die erforderliche Genehmigung des Familiengerichts zu entscheiden (§ 1822 Nr. 3 BGB, str.).

- 101 **4. Fehlerhafte Auflösung.** Zu der (naturgemäß seltenen) fehlerhaften Auflösung einer OHG kann es aus unterschiedlichen Gründen kommen. **Beispiele** sind die irrtümliche Annahme der Auflösung der Gesellschaft aus einem im Gesellschaftsvertrag genannten Grund (vgl. § 131 Abs. 1 Nr. 1) oder aufgrund eines mit Mängeln behafteten Auflösungsbeschlusses der Gesellschafter (§ 131 Abs. 1 Nr. 2), ferner die Auflösung durch gerichtliche Entscheidung, die später im Wiederaufnahmeverfahren beseitigt wird (§ 131 Abs. 1 Nr. 4), sowie die Auflösung der Gesellschaft durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Falle der späteren Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses (§ 131 Abs. 1 Nr. 3, § 34 Abs. 2 InsO).<sup>229</sup> Nach überwiegender Meinung ist in derartigen Fällen kein Raum für die Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft; vielmehr ist

223 So BGH LM Nr. 11 zu § 138 HGB = NJW 1969, 1483; BGH LM Nr. 58 zu § 105 HGB = NJW 1988, 1324 f; BGH WM 1955, 1702, 1703; BGH NZG 2003, 276 = NJW-RR 2003, 535; *Däubler* BB 1966, 1292; *Hartmann* FS Schiedermaier, 1976; S. 257 ff; *Steines* Die faktisch aufgelöste Handelsgesellschaft, 1964, S. 36, 44, 49 ff; *Oetker/Weitemyer* § 105 Rdn. 96; – kritisch Staub/C. *Schäfer* § 105 Rdn. 361.

224 So BGH NZG 2003, 276 = NJW-RR 2003, 535.

225 Wieder anders Staub/C. *Schäfer* § 105 Rdn. 363.

226 MüKo-HGB/K. *Schmidt* § 105 Rdn. 250.

227 *Grunewald* ZGR 1991, 452; Staub/C. *Schäfer* § 105 Rdn. 364; MüKo-HGB/K. *Schmidt* § 105 Rdn. 256; Hdb/*H.P. Westermann* Rdn. I 226a f.

228 BGHZ 186, 253, 266 Rdn. 40 f = NZG 2010, 991 (für eine Publikumsgesellschaft); BGH LM Nr. 58 zu § 105 HGB = NJW 1988, 1324, 1325 (für eine KG); – anders aber OLG Hamm NZG 2004, 24; anders auch für die GmbH und eine GmbH-Vorgesellschaft BGH LM Nr. 6 zu § 16 GmbHG = NJW 1990, 1915, 1916; BGH NZG 2005, 263 = NJW-RR 2005, 469.

229 S. MüKo-HGB/K. *Schmidt* § 105 Rdn. 251; aus der Rechtsprechung vgl. RG JW 1929, 2147; RG JW 1936, 1953; BGH LM Nr 19 zu § 105 HGB = MDR 1964, 577.

davon auszugehen, dass die nur vermeintlich aufgelöste Gesellschaft **fortbesteht** und alsbald ihre werbende Tätigkeit wieder aufnehmen kann, wenn der Mangel aufgedeckt wird.<sup>230</sup> Bereits erfolgte Liquidationsmaßnahmen müssen nach Möglichkeit rückgängig gemacht werden (§ 242 BGB); notfalls kann § 34 Abs. 3 S. 2 InsO entsprechend angewandt werden. Nach **Vollbeendigung** der Gesellschaft kommt dagegen wohl nur noch eine Neugründung der Gesellschaft in Betracht (§§ 242, 726 BGB, § 105 Abs. 3).

**5. Sonstige fehlerhafte Vertragsänderungen.** Die Gesellschafter können den Gesellschaftsvertrag jederzeit in allen Punkten ändern, mangels besonderer Abreden jedoch nur durch einen Vertrag zwischen ihnen, d.h. einstimmig (§§ 311 Abs. 1, 705 BGB; §§ 105, 107, 109). Auch derartige Änderungsverträge oder –beschlüsse können mit Mängeln behaftet sein, die ihre Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit begründen. Die Rechtsprechung wendet in derartigen Fällen die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft nur dann an, wenn durch die Vertragsänderung der „**Status**“ der Gesellschaft verändert wurde. Beispiele sind neben den bereits erwähnten Fällen des Beitritts oder des Austritts von Gesellschaftern (Rdn. 95, 98 ff) insbesondere die Erweiterung der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis einzelner Gesellschafter, während es in den verbleibenden Fällen bei den allgemeinen Regeln sein Bewenden haben soll.<sup>231</sup> Im Schrifttum ist diese Rechtsprechung bisher auf wenig Gegenliebe gestoßen; eingewandt wird vor allem, dass das von der Rechtsprechung favorisierte Kriterium einer Änderung des „Status“ der Gesellschaft keine hinreichend sichere Abgrenzung der relevanten Fälle ermögliche.<sup>232</sup>

Hier ist zu bedenken, dass eine Abweichung von den allgemeinen Regeln über Vertragsmängel von vornherein nur in Betracht kommen kann, wenn dies der Schutz gutgläubiger Dritter sowie gegebenenfalls der der Gesellschaft zwingend erfordert. Daran fehlt es auf jeden Fall, wenn die mit einem Mangel behaftete Vertragsänderung lediglich die **schuldrechtlichen Beziehungen** der Gesellschafter untereinander betrifft. Paradigmata sind Änderungen der Gewinnverteilung, der Vergütung der Geschäftsführer, der Berechnung der Aufwendungsersatzansprüche (§ 110) oder des Abfindungsanspruchs ausscheidender Gesellschafter. Es steht fest, dass in derartigen Fällen keine Notwendigkeit und damit auch keine Möglichkeit zur Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft bestehen. Eine andere Beurteilung kommt nur in Betracht bei Änderungen der **Geschäftsführung** oder der **Vertretung** der Gesellschafter zum Schutz gutgläubiger Dritter, die in geschäftliche Beziehungen zu der Gesellschaft getreten sind. Gleich steht möglicherweise eine Änderung des Stimmrechts sowie wohl noch eine Änderung der Rechtsform,<sup>233</sup> auf keinen Fall aber eine Änderung des Zwecks oder des Gegenstandes der Gesellschaft.

**6. Scheingesellschaften.** Unter dem Stichwort „Scheingesellschaft“ werden verschiedene Fallgestaltungen diskutiert, die teilweise nur am Rande mit der Problematik der fehlerhaften Gesellschaften zu tun haben. Im Einzelnen hat man Scheingesellschaften im engeren Sinne, Scheinhandelsgesellschaften oder Schein-OHG und Scheingesellschafter zu unterscheiden.<sup>234</sup> Nicht hierher gehören dagegen die Fälle einer Strohmännegründung, weil der so genannte Strohm-

<sup>230</sup> *Däubler* GmbH 1963, 181; *R. Fischer* FS Heymanns-Verlag, 1965, S. 271; *Konzen* ZHR 145 (1981), 29; *Reinhardt* Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins Bd. 103 (1967), 329, 332 ff; *Staub/C. Schäfer* § 131 Rdn. 55 ff; *MüKo-HGB/K. Schmidt* § 105 Rdn. 261; *Steines* Die faktisch aufgelöste Handelsgesellschaft, 1964; *Hdb/H.P. Westermann* Rdn. I 225; *Oetker/Weitemeyer* § 105 Rdn. 89.

<sup>231</sup> BGHZ 62, 20, 26 ff = NJW 1974, 498; BGH WM 1955, 1702, 1703 f.

<sup>232</sup> *Staub/C. Schäfer* § 105 Rdn. 352 ff; *MüKo-HGB/K. Schmidt* § 105 Rdn. 252; *Hdb/H.P. Westermann* Rdn. I 225a ff.

<sup>233</sup> *Staub/C. Schäfer* § 105 Rdn. 355.

<sup>234</sup> *S. MüKo-HGB/K. Schmidt* § 105 Rdn. 257 ff; *Staub/C. Schäfer* § 105 Rdn. 367 ff.

mann, der für eine andere Person als Gesellschafter vorgeschoben wird, tatsächlich Gesellschafter ist.<sup>235</sup>

- 105** Von einer **Scheingesellschaft** spricht man in den (seltenen) Fällen, in denen mehrere Personen nach außen als OHG auftreten, ohne tatsächlich einen Gesellschaftsvertrag, der die unabdingbare Voraussetzung jeder Gesellschaft ist, abgeschlossen zu haben (§ 105, § 705 BGB; Rdn. 2). Die Beteiligten bilden dann zwar keine OHG, so dass auf ihr Innenverhältnis OHG-Recht keine Anwendung finden kann. Gutgläubigen Dritten gegenüber **haften** sie indessen nach Rechtsscheingrundsätzen wie die Gesellschafter einer OHG aufgrund der §§ 128 und 171.<sup>236</sup> Ist die Scheingesellschaft zu Unrecht ins Handelsregister eingetragen worden, so folgt dasselbe schon aus § 15 Abs. 3. Zu einer derartigen Fallgestaltung kann es z.B. kommen, wenn der Gesellschaftsvertrag von den Beteiligten nur zum Schein abgeschlossen wird (§ 117 BGB),<sup>237</sup> wenn die bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags tätig gewordenen Personen keine Vertretungsmacht für die Gesellschafter hatten oder ihre Vertretungsmacht überschritten haben (Rdn. 79), sowie in vergleichbaren Fällen. In aller Regel wird jedoch bei dem Zusammenwirken mehrerer Personen und ihrem gemeinsamen Auftreten nach außen zumindest der konkludente Abschluss eines Gesellschaftsvertrages anzunehmen sein, so dass dann gegebenenfalls die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft eingreifen; ein Beispiel ist der gemeinsame Beginn der Geschäftstätigkeit, bevor sich die Beteiligten noch auf einen Gesellschaftsvertrag geeinigt haben.<sup>238</sup> Von einer Scheingesellschaft kann dann keine Rede sein.
- 106** Als **Scheingesellschafter** bezeichnet man demgegenüber Personen, die gegenüber Dritten als Gesellschafter einer OHG oder KG auftreten, ohne dies in Wirklichkeit zu sein. Man denke z.B. an leitende Mitarbeiter einer OHG, die durch ihr Auftreten im Rechtsverkehr den Rechtschein einer Mitgliedschaft in der Gesellschaft begründen oder die es doch in zurechenbarer Weise unterlassen, alsbald dem entstandenen Rechtschein wirksam entgegenzutreten. Diese Personen haften gleichfalls gutgläubigen Dritten wie die Gesellschafter einer OHG oder KG (§§ 128 und 171), stets Kausalität des Rechtscheins für den Abschluss des Vertrages unterstellt. In derartigen Fällen geht auch gegebenenfalls der von dem Scheingesellschafter zu verantwortende spezielle Rechtschein dem Handelsregister vor (§ 242 BGB).<sup>239</sup> Ein vergleichbarer Fall ist das Auftreten lediglich angestellter Rechtsanwälte wie Mitglieder einer Sozietät, so dass sie sich dann auch von Dritten an diesem Rechtschein festhalten lassen müssen.<sup>240</sup>
- 107** Eine **Schein-OHG** ist schließlich anzunehmen, wenn eine beliebige andere Gesellschaft, z.B. eine GmbH, im Rechtsverkehr unter Umständen auftritt, die den Rechtschein einer OHG erwecken. Paradigma ist die Teilnahme einer GmbH am Rechtsverkehr unter der Firma der Gesellschaft, jedoch ohne den zwingend vorgeschriebenen GmbH-Zusatz (§ 4 GmbHG). Die Folge ist die persönliche Haftung der Gesellschafter gegenüber gutgläubigen Dritten nach § 128.<sup>241</sup> Auch in solchen Fällen kann der von den Gesellschaftern der GmbH zu verantwortende spezielle Rechtschein den Vorrang vor § 15 haben.<sup>242</sup>

**235** MüKo-HGB/K. Schmidt § 105 Rdn. 261; Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 369.

**236** BGHZ 11, 190, 191 = NJW 1954, 231; BGH LM Nr. 4 zu § 105 HGB = NJW 1953, 1220; BGH NZG 2010, 1397 Rdn. 13 ff = NJW 2011, 66; BGH NZG 2012, 221 Rdn. 18; BAG AP Nr. 3 zu § 128 HGB; OGH GesRZ 1989, 99, 100 f.

**237** Anders Staub/C. Schäfer § 105 Rdn. 370.

**238** BGHZ 11, 190, 191 = NJW 1954, 231 mAnm Fischer LM Nr. 5 zu § 105 HGB.

**239** BGHZ 146, 341 = NZG 2001, 311, 316; BGH LM Nr. 4 zu § 15 HGB = NJW 1972, 1418; BGH NZG 2012, 221 Rdn. 18, 20 ff; BGH NJW 2012, 3368 Rdn. 12 = NZG 2012, 1278.

**240** BGHZ 172, 169, 174 f Rdn. 20 = NJW 2007, 2490; BGH LM Nr. 196 zu § 675 BGB = NJW 1994, 257; LM Nr. 196 zu § 675 BGB = NJW 1994, 257; BGH LM Nr. 266 zu § 675 BGB = NJW 1999, 3040.

**241** Z.B. BGH LM Nr. 13 zu § 4 GmbHG = NJW 1991, 2627; BGH NJW 2012, 2371 = NZG 2012, 989 Rdn. 9 ff.

**242** BGH NJW 2012, 2371 = NZG 2012, 989 Rdn. 9 ff.

## E. Anhang

### Die OHG als abhängiges Unternehmen

#### Schrifttum

*Baumgartl* Die konzernbeherrschte Personengesellschaft, 1986; *Binnewies* Die Konzerneingangskontrolle der abhängigen Gesellschaft, 1996; *Bitter* Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000; *Born* Die abhängige KGaA, 2004; *Burbach* Das Recht der konzernabhängigen Personenhandelsgesellschaft, 1989; *Emmerich* Das Konzernrecht der Personengesellschaften, FS Stimpel, 1985, S. 743; *Emmerich/Habersack* Konzernrecht, 11. Aufl. 2019, §§ 33–35; *dies.* Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019; *Haar* Die Personengesellschaft im Konzern, 2006; *J.P. Heck* Personengesellschaften im Konzern, 1986; *Kleindiek* Strukturvielfalt im Personengesellschaft-Konzern, 1991; *Krebs* Geschäftsführungshaftung bei der GmbH und Co. KG und das Prinzip der Haftung für sorgfaltswidrige Leitung, 1991; *Liebscher* Konzernbildungskontrolle, 1995; *Löffler* Die abhängige Personengesellschaft, 1988; *Mestmäcker/Behrens* (Hrsg.) Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, 1991; *Ochsenfeld* Abhängigkeits- und Konzernierungstatbestände bei der Abschreibungs-KG, 1982; *Schießl* Die beherrschte Personengesellschaft, 1985; *E. Schmitt* Schutz der außenstehenden Gesellschafter einer abhängigen Personengesellschaft im mehrstufigen Unternehmensverbund, 2003; *Stehle* Gesellschafterschutz gegen fremdunternehmerischen Einfluß in der Personenhandelsgesellschaft, 1986; *P. Ulmer* (Hrsg.) Probleme des Konzernrechts, ZHR Beih. 62, 1989; *A. Teichmann* Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970; *Veil* Unternehmensverträge, 2003.

#### Übersicht

- |  |   |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>I. Einleitung — 1</li> <li>II. Einfache Abhängigkeit             <ul style="list-style-type: none"> <li>1. Begründung, Erscheinungsformen — 4</li> <li>2. Schutz der abhängigen Gesellschaft — 6</li> <li>3. Gläubigerschutz — 8</li> </ul> </li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>III. Faktische Konzerne             <ul style="list-style-type: none"> <li>1. Zulässigkeit — 10</li> <li>2. Rechtsfolgen bei fehlender Zustimmung der Gesellschafter — 12</li> </ul> </li> <li>IV. Vertragskonzerne — 13</li> <li>V. Sonstige Unternehmensverträge — 17</li> </ul> |
|--|---|

#### I. Einleitung

An Unternehmensverbindungen können sich Unternehmen aller Rechtsformen beteiligen. **1** Die OHG macht hiervon keine Ausnahme. Sie kann prinzipiell sowohl herrschendes wie abhängiges Unternehmen sein. In der ersten Rolle ist sie schon lange eine vertraute Erscheinung des Konzernrechts, während über die Verbreitung abhängiger Personengesellschaften bisher nur vage Schätzungen ohne Aussagekraft existieren.<sup>1</sup> Sicher ist nur, dass es auch abhängige Personengesellschaften gibt. Allein derartige Gesellschaften in der Rechtsform einer OHG stehen im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen, während auf die Fragen, die sich aus der Position der OHG als herrschendes Unternehmen ergeben, jeweils im Zusammenhang eingegangen wird.

Das AktG enthält in den §§ 15 bis 21 den Kern eines allgemeinen Unternehmenskonzernrechts. Die **Begriffsbestimmungen der §§ 15 bis 18 AktG** können daher grundsätzlich auch auf Personengesellschaften angewandt werden. Wegen der Einzelheiten ist auf die Kommentierungen der genannten Vorschriften des AktG zu verweisen. Näherer Betrachtung bedarf hier lediglich der Begriff der **Abhängigkeit** (§ 17 AktG). **2**

Eine Gesellschaft ist gemäß § 17 Abs. 1 AktG von einem anderen Unternehmen abhängig, **3** wenn das andere Unternehmen in der Lage ist, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft auszuüben. Bei Kapitalgesellschaften reicht dafür gewöhnlich bereits eine Mehrheitsbeteiligung aus (deshalb die Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG). Bei einer OHG

<sup>1</sup> S. einerseits für eine erhebliche Verbreitung abhängiger Gesellschaften *Haar* Personengesellschaft, S. 62f; *MüKo-HGB/Mülbert* § 237 Anh. Rdn. 5; *Staub/C. Schäfer* § 105 Anh. Rdn. 4f; *Hdb/Tröger* Rdn. 4002; *Oetker/Weitemeyer* § 105 Rdn. 114; andererseits dagegen *Röhrich/v. Westphalen/Haas* § 105 Rdn. 106.

sind hingegen die Voraussetzungen der Abhängigkeit mit Rücksicht auf § 119 in aller Regel nur erfüllt, wenn der Gesellschaftsvertrag in wichtigen Fragen der Geschäftspolitik Mehrheitsbeschlüsse zulässt und außerdem nicht nach Köpfen, sondern nach Kapitalanteilen abgestimmt wird oder wenn ein Gesellschafter ein Sonderrecht auf die Geschäftsführung besitzt (§§ 109, 119 Abs. 2). Grundlage der Abhängigkeit ist bei Personengesellschaften folglich grundsätzlich der **Gesellschaftsvertrag**, gegebenenfalls in Verbindung mit weiteren Abreden der Beteiligten. Für eine Vermutung der Abhängigkeit (§ 17 Abs. 2 AktG) ist daher hier selbst im Falle einer Mehrheitsbeteiligung nur selten Raum.<sup>2</sup>

## II. Einfache Abhängigkeit

- 4 1. Begründung, Erscheinungsformen.** Zur Abhängigkeit einer Personengesellschaft von einem anderen Unternehmen kann es vor allem kommen, wenn ein Unternehmensgesellschafter unmittelbar oder mittelbar maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft erlangt.<sup>3</sup> Im Einzelnen weisen die **Erscheinungsformen** abhängiger Personengesellschaften offenbar große Unterschiede auf. Im Schrifttum wird vor allem zwischen personalistisch und kapitalistisch strukturierten Gesellschaften<sup>4</sup> sowie zwischen gesellschaftsvertraglich auf die Interessen eines herrschenden Unternehmens ausgerichteten Gesellschaften „mit dienendem Verbandszweck“ und solchen Gesellschaften unterschieden, die entsprechend dem gesetzlichen Leitbild des § 705 BGB und des § 105 HGB im gemeinsamen Interesse aller Gesellschafter betrieben werden.<sup>5</sup> Außerdem ist es üblich geworden, verschiedene **Typen** abhängiger Personengesellschaften je nach der Art der Einflussnahme des herrschenden Unternehmens zu unterscheiden.<sup>6</sup> Für die abhängige OHG spielt jedoch nur die herkömmliche Unterscheidung zwischen „faktischen“ Konzernen und Vertragskonzernen eine (beschränkte) Rolle, letztere gekennzeichnet durch den Abschluss eines Beherrschungsvertrages (Rdn. 13).
- 5** Die Begründung der Abhängigkeit einer OHG von einem anderen Unternehmen (Rdn. 4) gilt – trotz der damit für die anderen Gesellschafter verbundenen Gefahren – grundsätzlich auch ohne Zustimmung der Mitgesellschafter als **zulässig**.<sup>7</sup> Anders verhält es sich nur im Einzelfall, wenn die Voraussetzungen des § 112 vorliegen oder wenn die Abhängigkeit durch Übertragung eines Gesellschaftsanteils auf ein anderes Unternehmen begründet wird, vorausgesetzt, dass nach dem Gesellschaftsvertrag die Übertragung von Gesellschaftsanteilen der Zustimmung der Mitgesellschafter bedarf.<sup>8</sup> Die **Zulässigkeitsgrenze** wird mit anderen Worten nach hM erst bei Einbeziehung der abhängigen Gesellschaft in einen von dem herrschenden Unternehmen geleiteten Konzern überschritten (Rdn. 10 f).
- 6 2. Schutz der abhängigen Gesellschaft.** In Abhängigkeitsverhältnissen besteht immer die Gefahr, dass das herrschende Unternehmen die abhängige Gesellschaft in seinem Interesse schädigt. Schutz gegen solche Schädigungen bietet der abhängigen Gesellschaft und den Mitgesellschaftern in erster Linie die **Treuepflicht**, die dem herrschenden Unternehmen auch in Abhängigkeitsverhältnissen gegenüber der Gesellschaft und seinen Mitgesellschaftern obliegt. Im

<sup>2</sup> BAG AG 2012, 632, 634; BGHZ 88, 273, 281 f; BGH LM Nr. 9 zu § 23 GWB = NJW 1983, 818; LG Dortmund ZIP 2010, 2152; *Burbach* S. 1ff; *Baumann/Reiss* ZGR 1989, 157; *Emmerich/Habersack* § 17 Rdn. 48; *Staub/C. Schäfer* § 105 Anh. Rdn. 23; *MüKo-HGB/Mülbert* § 237 Anh. Rdn. 58; *Oetker/Weitemeyer* § 105 Rdn. 115.

<sup>3</sup> Eine Aufzählung der wichtigsten Fälle bei *Binnewies* Konzerneingangskontrolle, S. 34 f., 129; *Oetker/Weitemeyer* § 105 Rdn. 116.

<sup>4</sup> So insbes. *Haar* Personengesellschaft, passim.

<sup>5</sup> So insbes. *MüKo-HGB/Mülbert* § 237 Anh. Rdn. 9, 131 ff; kritisch *Haar* Personengesellschaft, S. 300 ff.

<sup>6</sup> S. *Staub/C. Schäfer* § 105 Anh. Rdn. 8 ff; *MüKo-HGB/Mülbert* § 237 Anh. Rdn. 9 ff; *Hdb/Tröger* Rdn. 4027.

<sup>7</sup> *MüKo-HGB/Mülbert* § 237 Anh. Rdn. 123 ff; *Staub/C. Schäfer* § 105 Anh. Rdn. 12, 39.

<sup>8</sup> S. z.B. *Staub/C. Schäfer* § 105 Anh. Rdn. 43; *Oetker/Weitemeyer* § 105 Rdn. 116; *Hdb/Tröger* Rdn. 4030 f.

Ergebnis folgt daraus ein umfassendes **Schädigungsverbot** für das herrschende Unternehmen. Jede schädigende Einflussnahme auf die abhängige Gesellschaft, in welcher Form immer, ist ihm mit anderen Worten untersagt, widrigenfalls es sich ersatzpflichtig macht (§ 105 Abs. 3; §§ 705, 280 Abs. 1 BGB). Für eine Haftungsmilderung nach Maßgabe des § 708 BGB ist hier kein Raum; vielmehr sind die Pflichten umso strenger, je enger die Unternehmensverbindung ist.<sup>9</sup> Das gilt auch in **mehrstufigen Konzernen**; das Schädigungsverbot kann nicht etwa durch die Einschaltung beliebiger Zwischenholdings umgangen werden, sondern gilt immer konzernweit.<sup>10</sup> Die Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen das herrschende Unternehmen können außer von den Geschäftsführern auch von jedem Mitgesellschafter mit der **actio pro socio** verfolgt werden.<sup>11</sup>

Das Schädigungsverbot muss angesichts der bekannten Schwierigkeiten bei der Durchsetzung von Ersatzansprüchen gegen herrschende Unternehmen durch eine Reihe weiterer **institutioneller Sicherungen** für die Eigenständigkeit der abhängigen Gesellschaft ergänzt werden.<sup>12</sup> Dazu gehört namentlich die Pflicht des Unternehmensgesellschafters, seine Mitgesellschafters rechtzeitig über seine **unternehmerischen Interessen** außerhalb der Gesellschaft zu **informieren**, damit sie, solange dies noch möglich ist, die nötigen Schutzmaßnahmen ergreifen können.<sup>13</sup> Sind weitere Geschäftsführer vorhanden, so muss das herrschende Unternehmen sie außerdem von jedem geplanten **Vertragsabschluss** mit der Gesellschaft wegen der hier besonders naheliegenden Gefahr einer Interessenkollision **unterrichten**, um ihnen Gelegenheit zur Ausübung ihres Widerspruchsrechts zu geben (§ 115 Abs. 1).<sup>14</sup> Bei sämtlichen wichtigeren Geschäften ist obendrein in Abhängigkeitsverhältnissen ein Fall des § 116 Abs. 2 anzunehmen, so dass zusätzlich die **Zustimmung** der übrigen Gesellschafter erforderlich ist (§ 119 Abs. 1).<sup>15</sup> Auch an eine Einschränkung der Vertretungsmacht des geschäftsführenden herrschenden Unternehmens (§ 126) ist hier durchaus zu denken (§ 242 BGB).<sup>16</sup>

**3. Gläubigerschutz.** Bei der OHG stellen sich selbst im Falle ihrer Abhängigkeit von einem anderen Unternehmen mit Rücksicht auf die persönliche Haftung der Gesellschafter (§ 128) in der Regel keine konzernspezifischen Fragen des Gläubigerschutzes. Ist das herrschende Unternehmen Gesellschafter der OHG, so haftet es schon deshalb wie jeder andere Gesellschafter einer OHG unbeschränkt mit seinem gesamten Vermögen. Die ausgebreitete Diskussion im Schrifttum über die Haftungsverhältnisse bei abhängigen Personengesellschaften betrifft denn auch ohne Ausnahme besondere Fallgestaltungen, die durchweg dadurch gekennzeichnet sind, dass in ihnen das herrschende Unternehmen nicht selbst als persönlich haftender Gesellschafter, sondern z.B. nur mittelbar oder als bloßer Kommanditist an der abhängigen Gesellschaft beteiligt ist (u. Rdn. 9).

In den genannten eigentlich kritischen Fällen (Rdn. 8) kommen verschiedene Lösungen in Betracht. Zunächst ist daran zu denken, im Falle der Beteiligung eines herrschenden Unterneh-

<sup>9</sup> Vgl. BGHZ 65, 15, 19 f. „ITT“; BGH LM Nr. 46 zu § 105 HGB = NJW 1980, 231 „Gervais“; BGH LM Nr. 31 zu § 105 HGB = WM 1973, 1291; Röhrich/v. Westphalen/Haas § 105 Rdn. 114, 119; Löffler S. 155 ff.; Lutter AcP 180 (1980), 84, 102, 113 ff.; Reuter ZHR 146 (1982), 1, 4 ff.; MüKo-HGB/Mülbert § 237 Anh. Rdn. 199 ff.; Hdb/Tröger Rdn. 4051, 4056.

<sup>10</sup> Ebenso im Ergebnis (ohne Begründung) BGHZ 65, 15 = WM 1975, 1152 „ITT“.

<sup>11</sup> Staub/C. Schäfer § 105 Anh. Rdn. 66; Hdb/Tröger Rdn. 4060.

<sup>12</sup> S. Reuter ZHR 146 (1982), 1, 6 ff.; Schießl S. 63 ff.

<sup>13</sup> U. Schneider BB 1975, 1353, 1356 f.; MüKo-HGB/Mülbert § 237 Anh. Rdn. 214; Oetker/Weitemeyer § 105 Rdn. 116, 118; Hdb/Tröger Rdn. 4048.

<sup>14</sup> BGH LM Nr. 2 zu § 115 HGB = NJW 1971, 1613.

<sup>15</sup> BGH LM Nr. 3 zu § 115 HGB = NJW 1974, 1555; Löffler S. 157 f.; Staub/C. Schäfer § 105 Anh. Rdn. 45; Hdb/Tröger Rdn. 4061 f.; P. Ulmer S. 42 ff.

<sup>16</sup> Emmerich/Habersack, Konzernrecht, § 34 Rdn. 6 m. Nachw.

mens als bloßer „Kommanditist“ das herrschende Unternehmen, wenn ihm eine schädigende Einflussnahme auf die abhängige Gesellschaft nachgewiesen werden kann, selbst **unbeschränkt** persönlich **haften** zu lassen. Das ist schon mit Rücksicht auf die sonst unhaltbare Situation der anderen persönlich haftenden Gesellschafter unerlässlich.<sup>17</sup> Bei einer **mittelbaren Beteiligung** des herrschenden Unternehmens über eine Zwischenholding kommt dagegen, wenn es sich um eine GmbH und Co KG handelt, zum Schutze der Gläubiger in erster Linie die entsprechende Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30 und 31 GmbHG, des § 172a HGB sowie der insolvenzrechtlichen Vorschriften für Gesellschafterdarlehen in den §§ 39 Abs. 1 Nr. 5 und 139 InsO in Betracht.<sup>18</sup> Schließlich wird auch eine Pflicht des herrschenden Unternehmens zum **Verlustausgleich**, etwa entsprechend § 302 AktG, diskutiert, wofür aber mit Rücksicht auf die gesetzliche Regelung im AktG wohl nur in Konzernverhältnissen Raum sein dürfte (Rdn. 11).

### III. Faktische Konzerne

- 10**     **1. Zulässigkeit.** Merkmal des Konzerns ist die Unterstellung der verbundenen Unternehmen unter einheitliche Leitung (§ 18 Abs. 1 AktG), d.h. die Leitung der abhängigen Gesellschaft und des herrschenden Unternehmens nach einem einheitlichen Plan. Die Folge ist eine tiefgreifende **Änderung der Struktur** der abhängigen Gesellschaft durch ihre Ausrichtung auf die „übergeordneten“ Zwecke des Konzerns. Der Sache nach handelt es sich daher bei der Eingliederung der abhängigen Gesellschaft in den Konzern des herrschenden Unternehmens um eine **Änderung des Zwecks** der Gesellschaft, dem **alle** Gesellschafter **zustimmen** müssen (§§ 105 Abs. 3 und 119; §§ 33, 311 Abs. 1 und 705 BGB).<sup>19</sup> Abweichende Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag sind grundsätzlich nicht möglich. Sog. **Konzernierungsklauseln** in Gesellschaftsverträgen reichen dafür – als vorweggenommene Zustimmung der Gesellschafter zu der Konzernbildung – nur aus, wenn ihre Auslegung ergibt, dass der vorliegende Konzernierungsfall von ihnen erfasst werden sollte, während allgemeine Klauseln dieser Art, wie sie sich immer mehr durchsetzen, die Zustimmung aller Gesellschafter zu der konkreten Konzernbildung nicht entbehrlich machen.<sup>20</sup>
- 11**     Besonderer Beachtung bedarf naturgemäß der **Gläubigerschutz** in einem „faktischen Konzern“ unter Einbeziehung einer OHG, dies freilich wiederum lediglich dann, wenn das herrschende Unternehmen nicht selbst persönlich haftender Gesellschafter ist, insbesondere also in mehrstufigen Konzernen mit einer KG oder einer Kapitalgesellschaft als Konzernspitze. Naheliegender ist hier vor allem ohne Rücksicht auf die von den Beteiligten jeweils frei gewählte Konzernorganisation die entsprechende Anwendung der §§ 302 und 303 AktG mit der Folge vor allem einer **Verlustausgleichspflicht** des herrschenden Unternehmens – eben als Preis der Konzernierung einer Personengesellschaft.<sup>21</sup> Soweit demgegenüber in Literatur und Rechtsprechung die entsprechende Anwendung der §§ 302 und 303 AktG auf Fälle des **qualifizierten** faktischen Personengesellschaftskonzerns beschränkt wird,<sup>22</sup> ist dem angesichts des ungesicherten

**17** S. *Burbach* Personenhandelsgesellschaft, S. 414 ff; *Jäger* DStR 1997, 1813 (1815); *Löffler* Personengesellschaft, S. 79 ff; *MüKo-HGB/Mülb* § 237 Anh. Rdn. 167a, 191; *Staub/C. Schäfer* § 105 Anh. Rdn. 56; *Stimpel* in: P. Ulmer, Probleme des Konzernrechts, S. 11; – anders z.B. *Röhrich/v. Westphalen/Haas* § 105 Rdn. 111; *Hdb/Tröger* Rdn. 4080.

**18** *Staub/C. Schäfer* § 105 Anh. Rdn. 59.

**19** *Röhrich/v. Westphalen/Haas* § 105 Rdn. 115 ff; *Staub/C. Schäfer* § 105 Anh. Rdn. 58 f; *MüKo-HGB/Mülb* § 237 Anh. Rdn. 129 ff; enger *Hdb/Tröger* Rdn. 4037 ff.

**20** Z.B. *Burbach* S. 407 ff; *Löffler* S. 76 ff; *Hdb/Tröger* Rdn. 4040 f; *Oetker/Weitemeyer* § 105 Rdn. 119; *P. Ulmer* S. 50f.

**21** *Haar* S. 429 ff; *Löffler* S. 79 ff; *Stimpel* in: P. Ulmer, Probleme, S. 11, 22 ff; *P. Ulmer* S. 55 ff.

**22** So insbesondere BAG NJW 1996, 1491; BSGE 75, 82 (90 ff) = AG 1995, 279; ebenso im Ergebnis schon BGH LM Nr. 46 zu § 105 HGB = NJW 1980, 231 – Gervais; BAG AP Nr. 21 zu § 113 BetrVG 1972 = NJW 1991, 2923 – Hettler;

Fortbestandes dieser Rechtsfigur und ihrer Konturenlosigkeit nicht zu folgen. Dasselbe gilt, soweit die Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens auf Fälle existenzvernichtender Eingriffe beschränkt wird, da sich in derartigen Extremfällen die Haftung des herrschenden Unternehmens ohnehin bereits unmittelbar aus § 826 BGB ergibt, dies aber für einen umfassenden Gläubigerschutz bei Konzernen unter Einbeziehung einer Personengesellschaft unter keinen Umständen ausreicht (alles str.).

**2. Rechtsfolgen bei fehlender Zustimmung der Gesellschafter.** Die Eingliederung der abhängigen Gesellschaft in den Konzern des herrschenden Unternehmens ohne die dafür erforderliche Zustimmung aller Gesellschafter ist rechtswidrig und stellt einen so genannten **Unrechtstatbestand** dar, so dass die anderen Gesellschafter ebenso wie die Geschäftsführer Unterlassung und **Schadensersatz**, auch in der Form der Rückgängigmachung der Konzerneingliederung verlangen können (§ 105 Abs. 3; §§ 705, 280 Abs. 1, 249 BGB). Unabhängig davon ist die Pflicht des herrschenden Unternehmens zur Verlustübernahme und zur Sicherheitsleistung analog den §§ 302 und 303 AktG, die allein an den Tatbestand der Übernahme der Leitungsmacht in der abhängigen Gesellschaft anknüpft.<sup>23</sup> Eine sogenannte qualifizierte Konzerneingliederung ist hier ebenso wenig wie sonst Voraussetzung der **Verlustausgleichspflicht** des herrschenden Unternehmens (str.).

#### IV. Vertragskonzerne

Von einem Vertragskonzern spricht man bei Abschluss eines **Beherrschungsvertrags** zwischen dem herrschenden und dem abhängigen Unternehmen (s. § 18 Abs. 1 S. 2, 291 und 308 AktG). Deshalb stellt sich hier die Frage, ob auch im Personengesellschaftsrecht die Begründung von Vertragskonzernen durch Abschluss von Beherrschungsverträgen mit abhängigen Personengesellschaften möglich ist. Die Frage ist umstritten,<sup>24</sup> vor allem, weil hier immer die Gefahr einer unbeschränkten persönlichen Haftung der anderen Gesellschafter infolge der Weisungen des herrschenden Unternehmens droht (§ 138 BGB; § 128). Unbedenklich ist daher der Abschluss eines Beherrschungsvertrages mit einer Personengesellschaft lediglich in dem Sonderfall, dass an der abhängigen Gesellschaft keine natürlichen, sondern **nur juristische Personen** als persönlich haftende Gesellschafter beteiligt sind.<sup>25</sup> In den übrigen Fällen, die durch die **Beteiligung natürlicher Personen** gekennzeichnet sind, sind dagegen zusätzliche Schutzvorkehrungen unabdingbar. Die wichtigste ist die Notwendigkeit der **Zustimmung aller Gesellschafter** zu dem Vertragsabschluss, weil niemandem das mit dem Abschluss eines Beherrschungsvertrages notwendigerweise verbundene Risiko einer unbeschränkten persönlichen Haftung für fremde Weisungen gegen seinen Willen aufgezwungen werden kann (§ 138 Abs. 1 BGB). Zusätzlich wird meistens noch gefordert, dass das herrschende Unternehmen eine unbedingte **Freistellungsverpflichtung** gegenüber den anderen Gesellschaftern übernimmt. Sind diese Voraussetzungen aber erfüllt, so bestehen aus heutiger Sicht in der Tat keine Bedenken mehr gegen den Abschluss von Beherrschungsverträgen mit Personengesellschaften.<sup>26</sup>

wohl auch BAG AP Nr. 12 zu § 303 AktG = AG 1999, 376 (377 f); *Burbach* S. 414 f; *Limmer*, GmbHR 1992, 265 (270 ff).

<sup>23</sup> *Burbach* S. 460 ff; *Löffler* S. 136 ff; *P. Ulmer* S. 53 ff.

<sup>24</sup> Zum Meinungsstand s. *Emmerich/Habersack* Vor § 291 Rdn. 9–12; *Haar* S. 268, 303 ff.

<sup>25</sup> BayObLGZ 1992, 367 (371) = NJW 1993, 1804–BSW; OLG Düsseldorf AG 2004, 326 (326 f) – EVA; OLG Hamburg NZG 2005, 966 – Otto.

<sup>26</sup> *Baumgartl* S. 40, 59 ff; *Kleindiek* Strukturvielfalt, S. 77 ff; *Jäger* DStR 1997, 1813 f; MüKo-HGB/Mülberr § 237 Anh. Rdn. 132, 149, 155, 269; *Raiser* ZGR 1980, 558 (563 f); *Reuter* ZHR 146 (1982), 1 (16 f); *Schiefl* Personengesellschaft, S. 43 ff; *Staub/C. Schäfer* § 105 Anh. Rdn. 70; *Hdb/Tröger* Rdn. 4085; *Oetker/Weitemeyer* § 105 Rdn. 121.

- 14 Die Konsequenz ist freilich, dass die praktische Bedeutung von Beherrschungsverträgen hier wegen der vergleichbaren Situation bei „bloßen“ faktischen Konzernen (Rdn. 10) nur geringen sein dürfte.<sup>27</sup> Gleichwohl kommt dem Beherrschungsvertrag auch bei den Personengesellschaften eine, wenn auch vergleichsweise beschränkte eigenständige Bedeutung zu, da der Beherrschungsvertrag – entgegen der hM – grundsätzlich der **Schriftform** bedarf (§ 293 Abs. 3 AktG),<sup>28</sup> ins Handelsregister einzutragen ist (§ 294 AktG)<sup>29</sup> und im Regelfall nur auf Zeit abgeschlossen wird, wobei hier freilich die Eintragung lediglich deklaratorische Bedeutung hat. Die Betonung der Notwendigkeit der Zustimmung aller Gesellschafter zu dem Vertragsabschluss hat zugleich den Vorteil, dass dadurch **andere Schutzvorkehrungen** zugunsten der Minderheit **entbehrlich** werden, weil die Mitgesellschafter unter diesen Umständen selbst ohne weiteres in der Lage sind, für die Wahrung ihrer Interessen zu sorgen.<sup>30</sup>
- 15 Im Schrifttum wird gelegentlich, insbesondere unter Hinweis auf eine wenig klare Entscheidung des BGH,<sup>31</sup> auch die Zulässigkeit sogenannter **schuldrechtlicher Beherrschungsverträge** bejaht, durch die lediglich die Gesellschaft verpflichtet wird, Weisungen Dritter zu beachten.<sup>32</sup> Es ist indessen nicht erkennbar, dass es irgendeine Notwendigkeit für eine derartige Rechtsfigur neben dem Beherrschungsvertrag des § 291 AktG gäbe.
- 16 Der nötige **Gläubigerschutz** wird durch die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 302 und 303 AktG sichergestellt. Der Abschluss eines Beherrschungsvertrages zieht somit auch bei den Personengesellschaften die Pflicht des herrschenden Unternehmens zum Ausgleich der Verluste der abhängigen Gesellschaft sowie bei Vertragsende zur Sicherheitsleistung nach sich, sofern das herrschende Unternehmen nicht bereits ohnehin als Gesellschafter nach § 128 unbeschränkt haftet.<sup>33</sup> Die Situation kann insoweit nicht anders als bei bloßer „faktischer Abhängigkeit“ sein (Rdn. 11).

## V. Sonstige Unternehmensverträge

- 17 Das AktG sieht in den anderen Unternehmensverträgen des § 292 AktG bloße schuldrechtliche Austauschverträge. Es steht daher außer Frage, dass sich unabhängige Personengesellschaften z.B. an Gewinngemeinschaften beteiligen, Teilgewinnabführungsverträge abschließen oder ihren Betrieb verpachten können.<sup>34</sup> Für Betriebsführungsverträge gilt nichts anderes.<sup>35</sup> Derartige Verträge greifen jedoch durchweg schwerwiegend in die Mitverwaltungs- und Vermögensrechte der Gesellschafter ein, so dass sie gleichfalls nur mit **Zustimmung sämtlicher Gesellschafter** wirksam werden können. Abweichende Bestimmungen in Gesellschaftsverträgen sind nicht möglich, außer wenn sich die fragliche Klausel in dem Gesellschaftsvertrag auf einen konkreten Vertrag bezieht (§ 138 Abs. 1 BGB).<sup>36</sup>

27 Z.B. Röhrich/v. Westphalen/*Haas* § 105 Rdn. 146.

28 Anders z.B. MüKo-HGB/*Mülbert* § 237 Anh. Rdn. 133, 158; Staub/*C. Schäfer* § 105 Anh. Rdn. 70; Hdb/*Tröger* Rdn. 4086.

29 MüKo-HGB/*Mülbert* § 237 Anh. Rdn. 159; Staub/*C. Schäfer* § 105 Anh. Rdn. 70; Hdb/*Tröger* Rdn. 4086, str.

30 Ebenso *Kleindiek* Strukturvielfalt, S. 218 ff; Staub/*C. Schäfer* § 105 Anh. Rdn. 77 f; str.

31 BGH LM Nr. 45 zu § 105 HGB = NJW 1980, 231 – Gervais.

32 So MüKo-HGB/*Mülbert* § 237 Anh. Rdn. 164, 169 f; Hdb/*Tröger* Rdn. 4082; Oetker/*Weitemeyer* § 105 Rdn. 121.

33 *Jäger* DStR 1997, 1813 (1816); Röhrich/v. Westphalen/*Haas* § 105 Rdn. 117; MüKo-HGB/*Mülbert* § 237 Anh. Rdn. 1091 f; Staub/*C. Schäfer* § 105 Anh. Rdn. 75 f.

34 OLG Hamburg AG 2001, 91.

35 BGH LM Nr. 7 zu § 114 HGB = NJW 1982, 1817 –; OLG München AG 1987, 380 – Holiday-Inn I und II; *Windbichler* ZIP 1987, 825; U. *Huber* ZHR 152 (1988), 123.

36 *Jäger* DStR 1997, 1813 (1814); MüKo-HGB/*Mülbert* § 237 Anh. Rdn. 320–323; Hdb/*Tröger* Rdn. 4094 f.

**§ 106****[Anmeldung im Handelsregister]**

**(1) Die Gesellschaft ist bei dem Gericht, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.**

**(2) Die Anmeldung hat zu enthalten:**

- 1. den Namen, Vornamen, Geburtsdatum und Wohnort jedes Gesellschafters;**
- 2. die Firma der Gesellschaft, den Ort, an dem sie ihren Sitz hat, und die inländische Geschäftsanschrift;**
- 3. (weggefallen);**
- 4. die Vertretungsmacht der Gesellschafter.**

**Übersicht**

I. Überblick — 1 II. Anmeldepflicht — 3 III. Zuständiges Gericht — 7 IV. Inhalt 1. Gesellschafter (§ 106 Abs. 2 Nr. 1) — 8	2. Firma, Sitz und Geschäftsanschrift (§ 106 Abs. 2 Nr. 2) — 11 3. Vertretungsmacht der Gesellschafter (§ 106 Abs. 2 Nr. 4) — 17 4. Sonstige Angaben — 20 V. Verfahren — 22
--	--

**I. Überblick**

Die Vorschriften der §§ 106 bis 108 passen die Bestimmungen der §§ 29 und 31 über die An- **1**  
 meldung von Handelsgeschäften zur Eintragung ins Handelsregister an die Besonderheiten der  
 OHG an. Das Gesetz zählt zunächst in § 106 die anmeldepflichtigen Tatsachen auf; Änderungen  
 dieser Tatsachen sind nach § 107 gleichfalls anmeldepflichtig; § 108 fügt hinzu, dass in beiden  
 Fällen die Anmeldepflicht allen Gesellschaftern obliegt. Die §§ 106–108 gehen auf die Art. 86–88  
 ADHGB zurück. Die geltende Fassung des § 106 Abs. 1 beruht auf dem Handelsrechtsreformge-  
 setz von 1998.<sup>1</sup> Die Nr. 4 des § 106 Abs. 2 ist erst durch das Gesetz über elektronische Register  
 und Justizkosten, das sog. ERJuKoG von 2001 in das Gesetz eingefügt worden; eine Übergangs-  
 vorschrift dazu findet sich in Art. 52 EGHGB.<sup>2</sup> Durch das Justizmodernisierungsgesetz von 2004  
 wurde sodann die Nr. 3 des § 106 Abs. 2 gestrichen, um die Rechtslage insbesondere bei Ge-  
 schäftsbeginn der Gesellschaft vor ihrer Eintragung ins Handelsregister (s § 123 Abs. 2) zu verein-  
 fachen.<sup>3</sup> Die vorläufig letzte Änderung des § 106 Abs. 2 Nr. 2 brachte schließlich das MoMiG von  
 2008;<sup>4</sup> zugleich wurde als Übergangsvorschrift Art. 65 in das EGHGB eingefügt.

Die §§ 106 bis 108 enthalten **keine abschließende Regelung** der Anmeldepflicht bei OHG **2**  
 und KG (§ 161 Abs. 2); weitere derartige Pflichten ergeben sich vielmehr noch für zahlreiche wei-  
 tere Vorgänge aus anderen Vorschriften des HGB. Hervorzuheben sind die §§ 143, 144 Abs. 2, 148  
 und 157 sowie für die KG die §§ 162 und 175. Daneben sind auf die OHG gemäß § 6 Abs. 1 außer-  
 dem noch die für alle Kaufleute geltenden allgemeinen Vorschriften wie namentlich die §§ 13, 13d  
 bis 13h, 25 Abs. 2, 28 Abs. 2, 31, 32 und 53 anwendbar, soweit nicht die Vorschriften der §§ 106–  
 108 in einzelnen Beziehungen Sonderregelungen enthalten.

**1** Alle Einzelheiten bei MüKo-HGB/Langhein § 106 Rdn. 2–4b; Oetker/Weitemeyer § 106 Rdn. 4–7.

**2** BGBl. I S. 3422.

**3** BGBl. I S. 2198.

**4** BGBl. I S. 2026.

## II. Anmeldepflicht

- 3 Die Vorschriften der §§ 106–108 **bezwecken** den Schutz des redlichen Rechtsverkehrs durch dessen Information über diejenigen Tatsachen, an deren Kenntnis er ein besonderes Interesse hat, um die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften mit einer OHG und die Haftungsverhältnisse bei diesen Gesellschaften zuverlässig beurteilen zu können. Die genannten Vorschriften enthalten deshalb durchgängig **zwingendes Recht**. Die durch sie begründeten Anmeldepflichten aller Gesellschafter (§ 108) sind **öffentlich-rechtliche Pflichten** (§ 108 Rdn. 4); ihre Erfüllung kann daher nach § 14 erzwungen werden. Neben dieser öffentlich-rechtlichen Anmeldepflicht kann sich eine **privatrechtliche** Pflicht der Gesellschafter zur Mitwirkung bei bestimmten Anmeldungen aus dem **Gesellschaftsvertrag** ergeben (s.u. § 108 Rdn. 5). Beide Pflichten decken sich nicht mit Notwendigkeit. Diese zeigt sich etwa im Falle des § 105 Abs. 2, in dem öffentlich-rechtlich eine Wahlfreiheit zwischen Eintragung und Unterlassung der Eintragung besteht, während sich aus dem Gesellschaftsvertrag je nach den Abreden der Parteien durchaus eine privatrechtliche Pflicht zur Mitwirkung aller Gesellschafter bei der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister ergeben kann.
- 4 Die (öffentlich-rechtliche) Anmeldepflicht aufgrund der §§ 106–108 **entsteht**, sobald ihre Voraussetzungen gemäß den §§ 106 und 107 erfüllt sind.<sup>5</sup> Das ist im Falle des § 106 Abs. 1, d.h. hinsichtlich der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister der Zeitpunkt der **Entstehung der OHG**, der sich im Einzelnen aus den §§ 105 Abs. 2 und 123 ergibt. Maßgeblich ist folglich bei einem vollkaufmännischen Gewerbe der Geschäftsbeginn der Gesellschaft (§ 123 Abs. 2), während in den Fällen des § 105 Abs. 2 den Gesellschaftern die Anmeldung der bis dahin nur bestehenden BGB-Gesellschaft freigestellt ist (Rdn. 3). Zu beachten ist, dass bei einem vollkaufmännischen Gewerbe der Geschäftsbeginn der Gesellschaft (§ 123 Abs. 2) nur den spätesten Zeitpunkt bezeichnet, zu dem die Anmeldepflicht erfüllt werden muss. Nichts hindert die Gesellschafter jedoch, die Gesellschaft schon früher, d.h. noch **vor Geschäftsbeginn** zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden. Die Eintragung hat dann die Wirkung, dass die Gesellschaft gem. § 123 Abs. 1 im Verhältnis zu Dritten in diesem Zeitpunkt entsteht (§ 105 Abs. 2).<sup>6</sup> Voraussetzung ist lediglich, dass bereits ein wirksamer Gesellschaftsvertrag vorliegt (Rdn. 19). Aufgrund eines aufschiebend bedingten Gesellschaftsvertrages ist folglich vor Bedingungseintritt ebenso wenig eine Anmeldung möglich wie aufgrund eines Vorvertrages.
- 5 Die Anmeldepflicht **besteht** als öffentlich-rechtliche Pflicht so lange, wie die Gesellschaft nicht endgültig beendet ist. Selbst im **Liquidationsstadium** trifft die Gesellschafter folglich weiterhin die Anmeldepflicht. Denn da die Auflösung der Gesellschaft (§ 143) nur eingetragen werden kann, wenn die Gesellschaft selbst zuvor eingetragen worden ist, muss die Eintragung der Gesellschaft notfalls noch nachgeholt werden, bevor anschließend ihre Auflösung eingetragen werden kann.<sup>7</sup> Solche Eintragung ist wichtig vor allem für den Verjährungsbeginn nach § 159 Abs. 2. Auch das **Ausscheiden** eines Gesellschafters ändert unter den Voraussetzungen der §§ 106 und 107 nichts an dem Fortbestand seiner öffentlich-rechtlichen Anmeldepflicht (s.u. § 108 Rdn. 6). Die Anmeldepflicht **endet** erst, wenn die Gesellschaft vollbeendet und damit endgültig erloschen ist oder in eine andere Gesellschaft umgewandelt wurde.<sup>8</sup>
- 6 Die Anmeldung ist eine verfahrensrechtliche Erklärung, die zwar nicht angefochten, aber jederzeit formlos **zurückgenommen** werden kann, solange die Eintragung nicht erfolgt ist.<sup>9</sup> Ge-

5 S.u. § 108 Rdn. 6; MüKo-HGB/*Langhein* § 106 Rdn. 9–12; Oetker/*Weitemeyer* § 106 Rdn. 9 f.

6 Ebenso z.B. OGH JBl. 1947, 219 = HS 1212.

7 Vgl. RG JW 1902, 172 f Nr. 6; KG OLGE 41, 202 f; OLG Hamburg LZ 1920, 490 Nr. 3; MüKo-HGB/*Langhein* § 106 Rdn. 9.

8 Oetker/*Weitemeyer* § 106 Rdn. 11.

9 BayObLGZ 1990, 168 f; KG OLGE 43, 204, 205; Staub/*C. Schäfer* § 106 Rdn. 14; anders OGH SZ Bd. 36 (1963) Nr. 93 = EvBl. 1963 Nr. 381.

ebenenfalls lebt dann die öffentlich-rechtliche Anmeldepflicht wieder auf, so dass das Registergericht nach § 14 vorgehen muss.

### III. Zuständiges Gericht

Nach § 106 Abs. 1 hat die Anmeldung bei dem Registergericht zu erfolgen, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat (zur Bestimmung des Sitzes s.u. Rdn. 13). Die Zuständigkeit des Sitzgerichtes für die Eintragungen, die eine OHG betreffen, ist eine **ausschließliche**.<sup>10</sup> Hat eine OHG z.B. an einem anderen Ort ein Handelsgeschäft erworben, das sie unter der bisherigen Firma fortführen will, so muss diese Tatsache ebenfalls (nur) beim Sitzgericht zur Eintragung angemeldet werden.<sup>11</sup> Keine Rolle spielt der Wohnort der Gesellschafter. Eine OHG mit Sitz in Deutschland bleibt deshalb selbst dann eine deutsche OHG, wenn sich der Wohnort aller Gesellschafter im Ausland befindet.<sup>12</sup> Eine Anmeldung der Gesellschaft bei einem nach dem Gesagten unzuständigen Gericht ist ohne weiteres zurückzuweisen. Die **sachliche Zuständigkeit** liegt bei den Amtsgerichten (§ 374 Nr. 1 FamFG). **Funktionell** zuständig sind die Rechtspfleger bei den Amtsgerichten (§ 3 Nr. 2 lit. d Rechtspflegergesetz).

### IV. Inhalt

**1. Gesellschafter (§ 106 Abs 2 Nr. 1).** Die Anmeldung hat nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 zunächst zu enthalten den Familiennamen und Vornamen sowie das Geburtsdatum und den Wohnort jedes Gesellschafters. Bei den **Vornamen** genügt die Angabe eines Rufnamens. Mit dem **Wohnort** ist der Ort des tatsächlichen dauernden Aufenthaltes des Gesellschafters gemeint. Ändert sich diese Tatsache später, so ist die Änderung gleichfalls anmeldepflichtig (§ 107). Kaufleute können auch unter ihrer **Firma** ins Handelsregister eingetragen werden (§ 17);<sup>13</sup> in diesem Fall ist in der Anmeldung neben der Firma auch der bürgerliche Name des Kaufmanns zu nennen (s.o. § 17 Rdn. 14). Unter engen Voraussetzungen ist ferner die Eintragung von Künstlernamen und sonstigen **Pseudonymen** möglich, jedenfalls, sofern sie im Verkehr anerkannt und in **amtlichen Dokumenten** eingetragen sind.<sup>14</sup> Die Anmeldepflicht gilt für alle Gesellschafter ohne Ausnahme. Gesellschafter, die nicht ins Handelsregister eingetragen werden, gibt es nicht.<sup>15</sup> Entsprechende Vereinbarungen der Gesellschafter sind nichtig (§ 134 BGB). Wenn einzelne Gesellschafter geheim bleiben sollen, müssen die Beteiligten eine andere Gesellschaftsform wählen; in Betracht kommen insbesondere eine Unterbeteiligung oder eine stille Gesellschaft.<sup>16</sup>

Die Anmeldepflicht besteht auch für **juristische Personen** und **Personenhandelsgesellschaften** als Gesellschafter einer OHG. Beide werden mit ihrer Firma, soweit vorhanden und sonst mit ihrem Namen und ihrem Sitz ins Handelsregister eingetragen, nicht dagegen mit dem Namen der Gesellschafter oder der Geschäftsführer.<sup>17</sup> Bei **ausländischen juristischen Personen** verlangt die bisher hM weitere Angaben analog § 13g und § 13h, soweit zur Identifikation der Gesellschaft nötig.<sup>18</sup> Ausnahmen gelten für die **BGB-Gesellschaft** (und entsprechend für den

<sup>10</sup> MüKo-HGB/Langhein § 106 Rdn. 15; Staub/C. Schäfer § 106 Rdn. 10; Oetker/Weitemeyer § 106 Rdn. 13.

<sup>11</sup> BayObLGZ 1970, 235, 238.

<sup>12</sup> Vgl. RG JW 1902, 172f Nr. 6; KG OLGE 41, 202f; OLG Hamburg LZ 1920, 490 Nr. 3.

<sup>13</sup> Z.B. OLG Jena NZG 2011, 25.

<sup>14</sup> S.o. § 18 Rdn. 17a und § 19 Rdn. 5 sowie OLG Frankfurt NJW 2003, 364; MüKo-HGB/Langhein § 106 Rdn. 17; Staub/C. Schäfer § 106 Rdn. 14.

<sup>15</sup> S.u. § 108 Rdn. 5; OGHZ 2, 253, 255f; BGHZ 10, 44, 48.

<sup>16</sup> Oetker/Weitemeyer § 106 Rdn. 14.

<sup>17</sup> BayObLGZ 1986, 61, 71f; MüKo-HGB/Langhein § 106 Rdn. 19f; Röhrich/v. Westphalen/Haas § 106 Rdn. 6; Staub/C. Schäfer § 106 Rdn. 15; Oetker/Weitemeyer § 106 Rdn. 18.

<sup>18</sup> Dagegen z.B. Röhrich/v. Westphalen/Haas § 106 Rdn. 7.

nichtrechtsfähigen Verein) als Gesellschafter einer OHG: Hier müssen in der Anmeldung auch die Gesellschafter neben dem Namen der Gesellschaft (oder des Vereins) genannt werden, um die Haftungsverhältnisse klarzustellen (vgl. § 162 Abs 1 S. 2 und o. § 105 Rdn. 53). Ebenso verhält es sich, wenn eine OHG das Geschäft eines Einzelkaufmanns erwirbt und dieses unter der bisherigen Firma fortführen will (§ 22 Abs 1).<sup>19</sup> Umstritten ist die Rechtslage hinsichtlich der **Mitberechtigung** Dritter an dem Gesellschaftsanteil: Insoweit ist davon auszugehen, dass weder eine offene Treuhand noch eine Unterbeteiligung anzumelden und einzutragen sind, weil die Mitberechtigten in diesen Fällen keine Haftung nach § 128 trifft (s.o. § 105 Rdn. 61, 65 f), während bei dem **Nießbrauch** neuerdings überwiegend die Eintragungsfähigkeit behauptet wird (§ 105 Rdn. 74 mN). Ebenso wird die Situation vielfach bei der Verwaltungstestamentsvollstreckung an einem Kommanditanteil beurteilt.<sup>20</sup>

**10 Weitere Angaben** als die im Gesetz genannten sind grundsätzlich nicht erforderlich. Nicht anzumelden sind mithin z.B. die Straße, in der die Gesellschafter wohnen, ihr Alter und Geschlecht, die Höhe ihrer Beteiligung,<sup>21</sup> ihre Titel<sup>22</sup> sowie etwa der Umstand, dass ein Gesellschafter geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist.<sup>23</sup> Dasselbe gilt allgemein für Angaben über das **Innenverhältnis** der Gesellschafter, weil für ihre Haftung gegenüber Dritten irrelevant. Beispiele sind der Text des Gesellschaftsvertrages, die Leistung der Einlagen, die Regelung der Gewinnverteilung oder der Rechtsnachfolge in die Gesellschaftsanteile sowie Bestimmungen über deren Übertragbarkeit.<sup>24</sup>

**11 2. Firma, Sitz und Geschäftsanschrift (§ 106 Abs 2 Nr. 2).** Anzumelden und einzutragen sind nach § 106 Abs 2 Nr. 2 ferner die Firma der Gesellschaft, der Ort, wo sie ihren Sitz hat, sowie seit 2008 noch zusätzlich die inländische Geschäftsanschrift. Weitere Angaben zur Gesellschaft verlangt das Gesetz in § 106 nicht. Daher besteht nach § 106 insbesondere keine Anmeldepflicht hinsichtlich des Gegenstandes der Gesellschaft sowie des Geschäftszweiges, in dem sich die Gesellschaft betätigt.<sup>25</sup> Ebenso wenig braucht der Gesellschaftsvertrag zur Prüfung durch das Registergericht vorgelegt zu werden.<sup>26</sup>

**12** Die **Firma** der Gesellschaft richtet sich nach den §§ 17 ff. Nur eine danach zulässige Firma kann angemeldet und ins Handelsregister eingetragen werden. Das Registergericht prüft nach der Anmeldung die Zulässigkeit der Firma. Die Gesellschaft ist verpflichtet, die angemeldete und eingetragene Firma im Geschäftsverkehr zu führen (§ 17; s.o. § 17 Rdn. 11 ff). Verwendet sie im Rechtsverkehr eine andere Bezeichnung, so kann das Registergericht dagegen nach § 37 Abs. 1 einschreiten.

**13** Das Gesetz verlangt in § 106 Abs. 2 Nr. 2 ferner die Anmeldung und Eintragung des **Sitzes** der Gesellschaft. Nach bisher hM ist darunter der **tatsächliche Verwaltungssitz** der Gesellschaft zu verstehen, d.h. der Ort, wo tatsächlich die Verwaltung der Gesellschaft geführt wird. Hat die Gesellschaft mehrere Verwaltungssitze, so entscheidet der Ort, wo sich der **Schwerpunkt** der Verwaltung befindet. Der Gesellschaftsvertrag kann nichts anderes bestimmen.<sup>27</sup> Der Sitz der Gesellschaft im Sinne des § 106 Abs. 2 Nr. 2 wird mit anderen Worten ohne Rücksicht auf

<sup>19</sup> MüKo-HGB/Langhein § 106 Rdn. 19–21; Staub/C. Schäfer § 106 Rdn. 15; Oetker/Weitemeyer § 106 Rdn. 17, 20.

<sup>20</sup> S.u. § 139 Rdn. 23b f; Oetker/Weitemeyer § 106 Rdn. 16.

<sup>21</sup> KG JW 1936, 2933.

<sup>22</sup> Vgl. für den Titel „Kommerzienrat“ OLG Wien NZ 1967, 91 = HS 6108.

<sup>23</sup> Anders mit eingehender Begründung Kralik GesRZ 1974, 111.

<sup>24</sup> Z.B. Staub/C. Schäfer § 106 Rdn. 13.

<sup>25</sup> KG JW 1934, 1730 Nr. 1.

<sup>26</sup> Z.B. BayObLG GmbHR 1969, 22.

<sup>27</sup> BGH LM Nr. 1 zu § 106 HGB = WM 1969, 1110; BGH WM 1957, 999; BayObLGZ 1911, 237, 240 f; KG OLGE 22, 2; KG NJW 1955, 1492; KG WM 1956, 582; KG WM 1958, 26; KG WM 1967, 148; KG NJW-RR 1997, 868; OLG Colmar OLGE 13, 73; MüKo-HGB/Langhein § 106 Rdn. 28 f; Melchior GmbHR 2013, 853, 856.

die Abreden der Parteien und insbesondere auf die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages **objektiv** bestimmt. Die Frage ist jedoch umstritten, seitdem das AktG (§ 5) und das GmbHG (§ 4a) den Gesellschaftern **Wahlfreiheit** bei der Bestimmung des Satzungssitzes im Inland einräumen, so dass der Satzungssitz abweichend vom Verwaltungssitz (dieser gegebenenfalls sogar im Ausland) bestimmt werden kann.<sup>28</sup> Im Schrifttum wird deshalb neuerdings verbreitet gefordert, auch den Gesellschaftern einer Personengesellschaft einschließlich der OHG eine entsprechende Wahlfreiheit bei der Bestimmung des Satzungs- oder besser: Vertragssitzes abweichend von dem Verwaltungssitz im Inland einzuräumen.<sup>29</sup> Diese Auffassung hat freilich bisher nicht die Billigung der deutschen Gerichte (s Rdn. 16), wohl aber die des öOGH gefunden,<sup>30</sup> so dass nicht auszuschließen ist, dass sich in Deutschland gleichfalls auf die Dauer die Auffassung durchsetzen wird, die den Gesellschaftern einer Personengesellschaft ebenso wie bei den Kapitalgesellschaften bis zur Grenze der Missbräuchlichkeit Wahlfreiheit bei der Bestimmung des Satzungs- oder Vertragssitzes im Inland zugestehen will.

Der Sitz der Gesellschaft hat **zentrale Bedeutung**. Er regelt neben der Zuständigkeit des Registergerichtes (§ 106 Abs. 1, Rdn. 7) insbesondere den Gerichtsstand der Gesellschaft (§ 17 ZPO) und bestimmt außerdem das auf sie **anwendbare Recht**.<sup>31</sup> Daraus ist bisher überwiegend der Schluss gezogen worden, dass die Verlegung des Sitzes einer deutschen OHG vom Inland ins Ausland zur Auflösung der Gesellschaft führt.<sup>32</sup> Aber auch dies wird auf dem Boden der partiellen Übernahme der Gründungstheorie infolge der Rechtsprechung des EuGH neuerdings mit guten Gründen bestritten, sofern nur die Gesellschaft einen inländischen Satzungs- oder Vertragssitz beibehält.<sup>33</sup>

Eine andere Frage ist die nach der Zulässigkeit eines **Doppelsitzes** bei einer OHG. Überwiegend wird bisher die Zulässigkeit einer derartigen Regelung im Gesellschaftsvertrag im Interesse der Rechtssicherheit verneint. Jedoch werden Ausnahmen erwogen, wenn die Gesellschafter wie etwa im Falle der Verschmelzung zweier Gesellschaften ein berechtigtes Interesse an der Beibehaltung zweier Vertragssitze haben.<sup>34</sup>

Seit 2008 ist schließlich noch nach § 106 Abs. 2 Nr. 2 die **inländische Geschäftsanschrift** **16** der Gesellschaft anzumelden und ins Handelsregister einzutragen. Gemeint ist damit die inländische **Adresse** der Gesellschaft, und zwar nach Ort, Straße, Hausnummer und Postleitzahl, wodurch Zustellungen an die Gesellschaft ermöglicht werden sollen.<sup>35</sup> Die Adresse muss sich nach Meinung der Rechtsprechung mit dem **Sitz** der Gesellschaft decken, weil Personengesellschaften anders als Kapitalgesellschaften (Rdn. 13) keine Wahlfreiheit hinsichtlich ihres Sitzes im Inland hätten.<sup>36</sup> Die Folge dieser Rechtsprechung ist, dass sich der Vertragssitz, der Verwaltungssitz und die Geschäftsanschrift der Gesellschaft in aller Regel decken werden.<sup>37</sup> Zwingend ist solche Auslegung, wie gezeigt (Rdn. 13), indessen nicht.

**28** S. im Einzelnen Scholz/*Cziupka* § 4a Rdn. 8 ff mN.

**29** Röhricht/v. Westphalen/*Haas* § 106 Rdn. 10 f; Staub/*C. Schäfer* § 106 Rdn. 19; Oetker/*Weitemeyer* § 106 Rdn. 22.

**30** OGH SZ Bd. 71 (1998) Nr. 23, S. 137 (140 f) = NZG 1998, 504.

**31** Z.B. BGH LM Nr. 1 zu § 106 HGB = WM 1969, 1110; Staub/*C. Schäfer* § 106 Rdn. 20.

**32** RGZ 23, 31; RGZ 107, 94, 97; RGZ 124, 146; RGZ 159, 33; BGH LM Nr. 7 zu § 105 HGB = BB 1954, 246; BGH LM Nr. 1 zu § 106 HGB = WM 1969, 1110; BGH LM Nr. 31 zu Art. 7 ff EGBGB (deutsches IPR) = NJW 1967, 36; BayObLGZ 1965, 294, 307 f; OLG Nürnberg RIW/AWD 1985, 494; LG Hamburg IPRsp. 1976 Nr. 210; *Ahrens* IPRax 1986, 355.

**33** So z.B. Oetker/*Weitemeyer* § 106 Rdn. 23; s. dazu Scholz/*Emmerich* § 4a Rdn. 22 ff.

**34** MüKo-HGB/*Langhein* § 106 Rdn. 27; Staub/*C. Schäfer* § 106 Rdn. 21.

**35** OLG Naumburg GmbHHR 2009, 832; OLG Rostock GmbHHR 2011, 30; Röhricht/v. Westphalen/*Haas* § 106 Rdn. 12; Röhricht/v. Westphalen/*Haas* § 106 Rdn. 12; *Melchior* GmbHHR 2013, 853, 858; Oetker/*Weitemeyer* § 106 Rdn. 24.

**36** OLG Schleswig NZG 2012, 775 f; KG ZIP 2012, 1668; *Melchior* GmbHHR 2013, 853, 856.

**37** *Melchior* GmbHHR 2013, 853, 856, 858.

- 17 **3. Vertretungsmacht der Gesellschafter (§ 106 Abs. 2 Nr. 4).** Nach § 106 Abs. 2 Nr. 4 in der Fassung von 2001 ist ferner die Vertretungsmacht der Gesellschafter zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden. Vorläufer der Regelung war § 125 Abs. 4, nach dem indessen nur der Ausschluss eines Gesellschafters von der Vertretungsmacht sowie die Anordnung der Gesamtvertretung einschließlich der unechten Gesamtvertretung (zusammen mit einem Prokuristen) anzumelden waren, dagegen nicht die regelmäßige Einzelvertretungsmacht jedes Gesellschafters aufgrund des § 125 Abs. 1. Diese Regelung ist im Jahr 2001 geändert worden, um die **Übersichtlichkeit und Vollständigkeit** des Handelsregisters, nicht zuletzt für Ausländer, zu erhöhen.<sup>38</sup> Deshalb erstreckt das Gesetz jetzt die Anmeldepflicht auf **jede Form der organschaftlichen Vertretungsmacht** der Gesellschafter einschließlich der Einzelvertretungsmacht der Gesellschafter nach § 125 Abs. 1. In dem zuletzt genannten Fall genügt jedoch z.B. schon die abstrakte Eintragung: Jeder Gesellschafter vertritt einzeln.<sup>39</sup>
- 18 § 106 Abs. 2 Nr. 4 findet dagegen keine Anwendung auf **rechtsgeschäftliche Vollmachten** einschließlich insbesondere der Ermächtigung einzelner Gesamtvertreter nach § 125 Abs. 2 S. 2 oder einer so genannten Generalvollmacht, weil diese keinen gesetzlich fixierten Umfang hat.<sup>40</sup> Daraus wird allgemein geschlossen, dass für jede Form der Bevollmächtigung eines **Kommanditisten** das Handelsregister gleichfalls versperrt ist, da die Kommanditisten nach § 170 von der organschaftlichen Vertretungsmacht ausgeschlossen sind.<sup>41</sup> Soweit es dagegen die persönlich haftenden Gesellschafter angeht, kann ebenso wie schon früher auch die Befreiung von dem Verbot des Selbstkontrahierens (**§ 181 BGB**) zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet werden.<sup>42</sup>
- 19 Aus dem Gesagten (Rdn. 18) haben sich erhebliche Probleme ergeben, wenn eine englische **Limited Company** die Rolle des persönlich haftenden Gesellschafters in einer GmbH & Co. KG übernommen hat, weil das englische Recht eine dem § 181 BGB vergleichbare Regelung nicht kennt. Insoweit ist, weil für die OHG nicht relevant, auf die Literatur zu verweisen.<sup>43</sup> Unklar ist die Rechtslage ferner bei Beteiligung einer **BGB-Gesellschaft** als persönlich haftende Gesellschafterin an der OHG (s Rdn. 9). Dem Zweck der gesetzlichen Regelung (Rdn. 17) dürfte es indessen am meisten entsprechen, dann auch die Regelung der Vertretung bei der betreffenden BGB-Gesellschaft offenzulegen, und zwar generell, nicht nur, wenn sie von den §§ 709 und 714 BGB abweicht.<sup>44</sup> Für spätere **Änderungen** der Regelung über die Vertretungsmacht gilt § 107, selbst wenn es sich um eine konkludente Änderung des Gesellschaftsvertrages handelt.<sup>45</sup>
- 20 **4. Sonstige Angaben.** Eine Erweiterung der anmeldepflichtigen Tatsachen über den engen Rahmen des § 106 hinaus ergibt sich aus der auf den früheren § 125 Abs. 3 FGG (= § 387 Abs. 2 FamFG) gestützten **Handelsregisterverfügung** (HRV). Danach sind bei der Anmeldung der Gesellschaft zusätzlich die Lage der Geschäftsräume sowie der **Unternehmensgegenstand** anzugeben (§ 24 Abs. 2 HRV). Diese Angaben werden zwar bekannt gemacht (§ 40 Nr. 2b HRV), an

38 OLG Frankfurt NZG 2006, 262 = GmbHR 2006, 265; OLG Frankfurt NZG 2006, 820; Röhricht/v. Westphalen/Haas § 106 Rdn. 14; MüKo-HGB/Langhein § 106 Rdn. 32; Staub/C. Schäfer § 106 Rdn. 22.

39 OLG Köln NZG 2004, 666.

40 OLG Hamburg NZG 2009, 957 = GmbHR 2009, 252.

41 OLG Frankfurt NZG 2006, 262 = GmbHR 2009, 265; MüKo-HGB/Langhein § 106 Rdn. 32; Staub/C. Schäfer § 106 Rdn. 22.

42 OLG Hamm OLGZ 1983, 195, 198 ff; ebenso jetzt z.B. OLG Frankfurt NZG 2006, 830, 832; LG Berlin GmbHR 2008, 431.

43 S. z.B. OLG München NZG 2006, 512; OLG Frankfurt NZG 2006, 830; ausführlich Oetker/Weitemeyer § 106 Rdn. 26.

44 Röhricht/v. Westphalen/Haas § 106 Rdn. 15; Oetker/Weitemeyer § 106 Rdn. 25; anders z.B. LG Berlin ZIP 2003, 1201.

45 Vgl. OGH SZ Bd. 44 (1971) Nr. 26, S. 97, 99; OGH GesRZ 1975, 31.

sich aber nicht in das Handelsregister eingetragen. In der Praxis der Registergerichte wird jedoch häufig anders verfahren.<sup>46</sup> Soweit sich § 24 HRV auf die Lage der Geschäftsräume bezieht, dürfte die Regelung durch § 106 Abs. 2 Nr. 2 überholt sein; im Übrigen ist jedoch nach wie vor anwendbar.<sup>47</sup>

Anmelde- und eintragungspflichtig oder eintragungsfähig sind grundsätzlich nur die in den verstreuten gesetzlichen Vorschriften genannten Angaben. Eine **Erweiterung** des Kreises der eintragungsfähigen Tatsachen über den gesetzlichen Rahmen hinaus ist nur in engen Grenzen möglich, soweit die Eintragungspflichtigkeit oder Eintragungsfähigkeit weiterer Angaben auf eine Analogie zu gesetzlichen Vorschriften oder auf richterrechtliche Vorgaben gestützt werden kann.<sup>48</sup> **Beispiele** sind die Eintragung der Befreiung der Vertreter von dem Verbot des Selbstkontrahierens (Rdn. 18) oder der Abschluss von Unternehmensverträgen mit einer OHG (s.o. § 105 Anhang Rdn. 15; wegen weiterer Einzelheiten s. schon o. Rdn. 10).

## V. Verfahren

Das Verfahren bei der Anmeldung und Eintragung der in § 106 sowie in weiteren Vorschriften genannten Angaben richtet sich nach den §§ 8–12 HGB sowie nach den §§ 374 ff FamFG i.V.m. der HRV. Darauf wird verwiesen.<sup>49</sup>

Das Registergericht (der Rechtspfleger beim AG) hat die Anmeldung **in formeller und materieller Hinsicht zu prüfen**, weil das Gericht an das geltende Recht gebunden ist und keine danach unwirksamen oder unrichtigen Angaben ins Handelsregister eintragen darf. Entspricht die Anmeldung nicht den gesetzlichen Vorschriften, so ist die Eintragung abzulehnen. Anders als bei formellen Mängeln wird sich das Gericht bei materiellen Mängeln freilich in der Regel zunächst auf eine bloße **Plausibilitätsprüfung**, d.h. auf die Prüfung der Schlüssigkeit und Glaubwürdigkeit der angemeldeten Tatsachen beschränken können; lediglich wenn sich dabei Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit oder Unrichtigkeit der Angaben zeigen, muss das Gericht in eine vertiefte Prüfung eintreten.<sup>50</sup> Können die Bedenken des Gerichts gegen die Anmeldung bei der dem Gericht von Amts wegen obliegenden Ermittlung des Sachverhalts (§ 26 FamFG) nicht ausgeräumt werden, so kann das Gericht nach seinem Ermessen die Eintragung ablehnen, nach § 381 FamFG verfahren oder durch eine Zwischenverfügung den Beteiligten die Klärung der noch offenen Fragen aufgeben.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Röhrich/v. Westphalen/Haas § 106 Rdn. 16; Staub/C. Schäfer § 106 Rdn. 24.

<sup>47</sup> Oetker/Weitemeyer § 106 Rdn. 27.

<sup>48</sup> Z.B. OLG Hamburg NZG 2009, 857 = GmbHR 2009, 252 mN; MüKo-HGB/Langhein § 106 Rdn. 38.

<sup>49</sup> Einzelheiten z.B. bei MüKo-HGB/Langhein § 106 Rdn. 39 ff; Staub/C. Schäfer § 106 Rdn. 26 ff.

<sup>50</sup> KG OLGE 41, 202f; BayObLGZ 1977, 76, 78 f; BayObLG GmbHR 1969, 22, 23; BayObLG DB 1978, 1832.

<sup>51</sup> Z.B. OLG Jena NZG 2011, 25 mN; Emmerich/Habersack § 294 Rdn. 19 f; MüKo-HGB/Langhein § 106 Rdn. 39 ff; Staub/C. Schäfer § 106 Rdn. 27 ff.

## § 107 [Anmeldung von Änderungen]

**Wird die Firma einer Gesellschaft geändert, der Sitz der Gesellschaft an einen anderen Ort verlegt, die inländische Geschäftsanschrift geändert, tritt ein neuer Gesellschafter in die Gesellschaft ein oder ändert sich die Vertretungsmacht eines Gesellschafters, so ist dies ebenfalls zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.**

### Übersicht

- |  |                                      |
|--|--------------------------------------|
| I. Überblick — 1                       | 2. Gesellschafterwechsel — 7         |
| II. Die einzelnen Fälle des § 107      | 3. Änderung der Vertretungsmacht — 9 |
| 1. Firma, Sitz, Geschäftsanschrift — 4 |                                      |

### I. Überblick

- § 107 bestimmt, dass Änderungen bei verschiedenen nach § 106 anmeldepflichtigen Tatsachen ebenfalls zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden sind, um die Aktualität des Handelsregisters sicherzustellen. § 107 ergänzt insoweit den § 31.<sup>1</sup> Die geltende Fassung der Vorschrift beruht auf dem sog ERJuKoG von 2001 und dem MoMiG von 2008, durch die § 107 den Änderungen des § 106 durch die beiden genannten Gesetze angepasst wurde.<sup>2</sup> **Weitere Anmeldepflichten** bei einer Änderung ursprünglich anmeldepflichtiger Tatsachen können sich aus anderen Vorschriften ergeben. Hervorzuheben sind § 143 Abs. 1 und 2 (Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern), § 144 Abs. 2 (Fortsetzung der Gesellschaft nach Auflösung durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens), § 148 Abs. 1 (Liquidatoren) sowie § 157 (Erlöschen der Gesellschaft). In jedem Fall setzt jedoch die Anmeldung einer Änderung voraus, dass die Veränderung schon stattgefunden hat; bloße zukünftige (geplante) Änderungen, etwa der Firma sind nicht anmelde- und eintragungsfähig.<sup>3</sup> Für das **Verfahren** bei der Anmeldung gilt dasselbe wie bei § 106 (s. deshalb o. § 106 Rdn. 22 f).
- Die primären Anmeldepflichten der Gesellschafter aufgrund des § 106 gehen in einzelnen Beziehungen über die Anmeldepflichten bei Änderungen aufgrund des § 107 hinaus. Der wichtigste Fall betrifft die **Angaben über die persönlichen Verhältnisse** der Gesellschafter nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 (s. dazu o. § 106 Rdn. 8 ff), der in § 107 keine Entsprechung findet. Beispiele sind der Name oder der Wohnort einzelner Gesellschafter sowie die Firma von Gesellschaften, die ihrerseits Mitglieder einer OHG oder KG sind, etwa die Firma einer Komplementär-GmbH bei einer GmbH & Co. KG. Auf eine Änderung dieser Verhältnisse findet § 107 keine, auch keine analoge Anwendung.<sup>4</sup> Jedoch hindert die Gesellschafter nichts, solche Angaben im Handelsregister, wenn sie nachträglich unrichtig geworden sind, freiwillig zu berichtigen, wofür die Anmeldung des jeweils betroffenen Gesellschafters allein ausreicht.<sup>5</sup> Die §§ 12 und 108 gelten dafür nicht. Einen weiteren Ausweg weist nach hM **§ 17 HRV**, der die Berichtigung von Schreibfehlern und sonstigen offenbaren Unrichtigkeiten des Handelsregisters von Amts wegen zulässt. Noch nicht endgültig geklärt ist jedoch die Frage, ob die Anwendung des § 17 HRV in den hier interessierenden Fällen im Ermessen des Registergerichts steht<sup>6</sup> oder ob das Gericht gegebenenfalls sogar nach § 26 FamFG vorgehen muss, wenn es Hinweise darauf erhält, dass das Handelsregister

1 BayObLGZ 1919, 308, 310; BayObLGZ 1989, 474 = NJW-RR 1990, 868, 869.

2 S. § 106 Rdn. 1; Oetker/*Weitemeyer* § 107 Rdn. 4 f.

3 BayObLG BB 1970, 940, 941; OLG Wien NZ 1975, 126 = HS 9131; Staub/*C. Schäfer* § 107 Rdn. 3.

4 KG KGJ 29 A 217; OLG Hamburg OLGE 19, 309 = LZ 1908, 710 Nr. 2; OLG Frankfurt NZG 2015, 710; Staub/*C. Schäfer* § 107 Rdn. 9 f; Oetker/*Weitemeyer* § 107 Rdn. 17.

5 KG KGJ 30 B 32; BayObLGZ 1920, 63, 64.

6 S.u. § 108 Rdn. 7; OLG Frankfurt NZG 2015, 710.

nachträglich unrichtig geworden ist.<sup>7</sup> Die Tatsache, dass die Anmeldepflicht trotz wiederholter Änderungen des § 107 nicht auf die Fälle des § 106 Abs. 2 Nr. 1 erstreckt wurde, spricht aber wohl mehr dafür, dass die Anwendung des § 17 HRV nach dem Willen des Gesetzgebers weiterhin im **Ermessen** des Registergerichts stehen soll.

Die Anmeldepflicht besteht so lange, wie die Gesellschaft nicht beendet ist, und damit auch im Abwicklungsstadium.<sup>8</sup> Ein Beispiel ist die Änderung der Geschäftsanschrift der Gesellschaft vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, die auch noch während des Insolvenzverfahrens von den Gesellschaftern, nicht von dem Insolvenzverwalter nach § 107 zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet werden muss.<sup>9</sup> War die ursprüngliche Eintragung bisher nicht vorgenommen worden, so muss sie ggf. jetzt noch nachgeholt werden, um die Änderung eintragen zu können.<sup>10</sup>

## II. Die einzelnen Fälle des § 107

**1. Firma, Sitz, Geschäftsanschrift.** Anzumelden ist zunächst jede Änderung der **Firma**,<sup>4</sup> und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Änderung den Firmenkern oder Firmenzusätze betrifft.<sup>11</sup> Die Zulässigkeit der Firmenänderung prüft das Registergericht nach Maßgabe der §§ 18 ff (§ 106 Rdn. 23). Zu beachten ist, dass § 107 allein die Änderung der Firma gerade der OHG betrifft, nicht dagegen auch Änderungen der Firmen von Gesellschaften, die ihrerseits an der OHG beteiligt sind, also insbesondere nicht die Änderung der Firma einer Komplementär-GmbH als Gesellschafterin einer GmbH & Co. KG; jedoch können auch solche Änderungen auf Anzeige der Gesellschafter, gegebenenfalls im Verfahren nach § 17 HRV eingetragen werden.<sup>12</sup>

Anmeldepflichtig ist ferner jede **Sitzverlegung**. Darunter ist nach hM allein eine Verlegung<sup>5</sup> des tatsächlichen Hauptverwaltungssitzes der Gesellschaft an einen anderen Ort zu verstehen.<sup>13</sup> Eine Wahlfreiheit der Gesellschafter hinsichtlich des Sitzes der Gesellschaft (wie heute bei den Kapitalgesellschaften) wird bisher von der Rechtsprechung – unter Widerspruch eines Teils des Schrifttums<sup>14</sup> – verneint (s. § 106 Rdn. 13), so dass sich auch im Falle eines Umzugs der Gesellschaft der Hauptverwaltungsort, der vertragliche Sitz und die Geschäftsanschrift der Gesellschaft grundsätzlich decken müssen.<sup>15</sup> Die Anmeldung hat nach § 106 Abs. 1 bei dem bisherigen Sitzgericht zu erfolgen, das die Sache sodann an das neue Sitzgericht abgibt.<sup>16</sup>

Die Anmeldepflicht erstreckt sich heute außerdem auf jede Änderung der inländischen **Geschäftsanschrift** der Gesellschaft; gemeint ist damit die postalische Adresse der Gesellschaft (s. § 106 Rdn. 16). Dadurch soll sichergestellt werden, dass jederzeit Zustellungen an die Gesellschaft unter ihrer bekannten Adresse möglich sind. Der Tatbestand der Änderung der inländischen Geschäftsanschrift der Gesellschaft wird deshalb rein faktisch interpretiert; auf den Willen der Gesellschafter kommt es insoweit nicht an.<sup>17</sup> Die Anmeldung der Änderung hatte gleichwohl auch hier früher gemäß § 108 a.F. durch alle Gesellschafter zu erfolgen, so unpraktisch das im Einzelfall auch sein mochte.<sup>18</sup> Deshalb ist durch die Aktienrechtsnovelle von 2016 (BGBl. 2015 I

<sup>7</sup> OLG Hamm NZG 2010, 631; OLG Celle DNotZ 2013, 304.

<sup>8</sup> RGZ 106, 63, 67; KG JW 1935, 1100.

<sup>9</sup> S.u. § 108 Rdn. 7; OLG Hamburg GmbHR 2011, 828; KG GmbHR 2012, 1007.

<sup>10</sup> Röhrich/v. Westphalen/Haas § 107 Rdn. 2; Oetker/Weitemeyer § 107 Rdn. 14.

<sup>11</sup> Vgl. BayObLGZ 1970, 243, 246 ff.

<sup>12</sup> S.o. Rdn. 2; Oetker/Weitemeyer § 107 Rdn. 7.

<sup>13</sup> S.o. § 106 Rdn. 13; KG NJW-RR 1997, 868; Röhrich/v. Westphalen/Haas § 107 Rdn. 5; MüKo-HGB/Langhein § 107 Rdn. 5.

<sup>14</sup> Staub/C. Schäfer § 107 Rdn. 5.

<sup>15</sup> S. § 106 Rdn. 16; OLG Schleswig NZG 2012, 775.

<sup>16</sup> Oetker/Weitemeyer § 107 Rdn. 8.

<sup>17</sup> Oetker/Weitemeyer § 107 Rdn. 9.

<sup>18</sup> OLG Frankfurt NZG 2012, 585.

S. 2565) § 108 um einen neuen S. 2 ergänzt worden, nach dem der alte § 108 S. 1 nicht mehr für eine Anmeldung der Änderung der inländischen Geschäftsanschrift gilt (s. § 108 Rdn. 2). Wie bereits ausgeführt (Rdn. 5), müssen sich außerdem nach Meinung der Gerichte grundsätzlich der Hauptverwaltungsort, der Vertragssitz und die Geschäftsanschrift der Gesellschaft decken (s. auch § 106 Rdn. 16).

- 7 **2. Gesellschafterwechsel.** Anmeldepflichtig ist weiter der Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft. Dasselbe gilt gemäß § 143 Abs. 2 für das Ausscheiden eines Gesellschafters. Gleich stehen nach allgemeiner Meinung die **Umwandlung** der Rechtsstellung eines Gesellschafters in die eines Kommanditisten (und umgekehrt), die **Übertragung** von Gesellschaftsanteilen, die Nachfolge in Gesellschaftsanteile von Todes wegen,<sup>19</sup> sowie die Umwandlung einer OHG in eine KG und umgekehrt,<sup>20</sup> während der bloße Hinzuerwerb eines weiteren Anteils durch einen persönlich haftenden Gesellschafter wegen der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft (§ 105 Rdn. 39) nicht anzumelden und einzutragen ist.<sup>21</sup>
- 8 Keine Rolle spielt in den genannten Fällen, ob durch den Gesellschafterwechsel die **Firma** der OHG unzulässig wird. Selbst wenn dies der Fall ist, darf die Eintragung des tatsächlich erfolgten Gesellschafterwechsels nicht von der gleichzeitigen Änderung der Firma abhängig gemacht werden.<sup>22</sup>
- 9 **3. Änderung der Vertretungsmacht.** Als letzten Umstand, der heute eine Anmeldepflicht der Gesellschaft im Falle seiner späteren Veränderung auslöst, nennt das Gesetz in § 107 (im Anschluss an § 106 Abs. 2 Nr. 4 von 2001, dazu o. § 106 Rdn. 17ff) die Änderung der Vertretungsmacht eines Gesellschafters. Die Regelung ist an die Stelle des früheren § 125 Abs. 4 getreten. Ihr Anwendungsbereich beschränkt sich dementsprechend auf die **organschaftliche Vertretungsmacht** der Gesellschafter aufgrund des § 125; nicht erfasst werden dagegen alle Formen einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht der Gesellschafter einschließlich z.B. einer Generalvollmacht für einen Kommanditisten (s. § 170; § 106 Rdn. 18) oder der Ermächtigung einzelner Gesamtvertreter nach § 125 Abs. 2 S. 2. Soweit es dagegen die organschaftliche Vertretungsmacht der Gesellschafter aufgrund des § 125 angeht, ist heute **jede Änderung** anmeldepflichtig, selbst wenn sie sich aus einer konkludenten Änderung des Gesellschaftsvertrages ergibt, einschließlich z.B. der Rückkehr zu der gesetzlichen Regel des § 125 Abs. 1 oder auch einer Änderung bei der Befreiung einzelner Gesellschafter von dem Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB).<sup>23</sup> Ist eine **BGB-Gesellschaft** an der OHG beteiligt, so ist § 107 entsprechend auf Änderungen bei der Vertretungsmacht der Gesellschafter der BGB-Gesellschaft anzuwenden, weil anders der Zweck der gesetzlichen Regelung – Information der Öffentlichkeit über die Vertretungsverhältnisse bei einer OHG anhand des Handelsregisters – nicht erreichbar ist.<sup>24</sup>

19 BayObLGZ 1919, 308, 310; BayObLGZ 1970, 133, 135 f; BayObLG WM 1983, 279, 281; OLG Düsseldorf OLGZ 1976, 386 f.

20 Z. B. OLG Köln NZG 2005, 37; KG NZG 2007, 101; Röhrich/v. Westphalen/Haas § 107 Rdn. 7, 10; MüKo-HGB/Langhein § 107 Rdn. 10; Staub/C. Schäfer § 107 Rdn. 7; Oetker/Weitemeyer § 107 Rdn. 12 f.

21 MüKo-HGB/Langhein § 107 Rdn. 11; Oetker/Weitemeyer § 107 Rdn. 12.

22 BGH LM Nr. 7 zu § 18 HGB = NJW 1977, 1879; BGH WM 1985, 165; OLG Hamm OLGZ 77, 435; Röhrich/v. Westphalen/Haas § 107 Rdn. 8.

23 S. § 106 Rdn. 19; OGH SZ Bd. 44 (1971) Nr. 26, S. 97, 99; OGH GesRZ 1975, 31; Oetker/Weitemeyer § 107 Rdn. 15; Staub/C. Schäfer § 107 Rdn. 8.

24 § 106 Rdn. 19; Oetker/Weitemeyer § 107 Rdn. 15.

## § 108

## [Anmeldung durch alle Gesellschafter]

**<sup>1</sup>Die Anmeldungen sind von sämtlichen Gesellschaftern zu bewirken. <sup>2</sup>Das gilt nicht, wenn sich nur die inländische Geschäftsanschrift ändert.**

## Übersicht

- |                                    |                                     |
|------------------------------------|-------------------------------------|
| I. Überblick — 1                   | III. Bevollmächtigung Dritter — 10  |
| II. Anmeldepflichtige Personen — 6 | IV. Zeichnung im Rechtsverkehr — 12 |

## I. Überblick

Gemäß § 108 S. 1 idF von 2015 sind die Anmeldungen (nur) aufgrund der §§ 106 und 107 von **1** sämtlichen Gesellschaftern, bei der KG also einschließlich der Kommanditisten zu bewirken (§§ 161 Abs. 2, 162). Vergleichbare Vorschriften finden sich in den §§ 143 Abs. 1 und Abs. 2, 144 Abs. 2, 148 Abs. 1 und 175. In allen genannten Fällen soll durch die Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter bei der Anmeldung nach Möglichkeit die Richtigkeit der auf den Anmeldungen beruhenden Eintragungen im Handelsregister sichergestellt werden, so dass weitere Nachforschungen des Registergerichts gemäß § 26 FamFG im Regelfall entbehrlich sind (s. im Einzelnen o. § 106 Rdn. 23). Zugleich rechtfertigt sich auf diese Weise die Zurechnung des Rechtsscheins unrichtiger Eintragungen zu den Gesellschaftern nach § 15 Abs. 3.

Die starre gesetzliche Regelung des § 108 S. 1 galt als wenig angemessen bei bloßen **Ände- 2 rungen der Geschäftsanschrift** der Gesellschaft (s. § 107 und dazu oben § 107 Rdn. 6). Deshalb bestanden seit langem Bestrebungen zur Einschränkung des Erfordernisses der Mitwirkung aller Gesellschafter bei der Anmeldung zumindest für diesen Fall.<sup>1</sup> Zum Teil wurde darüber hinaus bereits de lege lata bei einer Änderung der Geschäftsanschrift der Gesellschaft eine Anmeldung der Änderung zur Eintragung ins Handelsregister seitens der vertretungsberechtigten Gesellschafter allein als ausreichend angesehen.<sup>2</sup> Durch die Aktienrechtsnovelle von 2016 (BGBl. 2015 I, S. 2565) ist mit Wirkung vom 31. Dezember 2015 ab die Rechtslage durch Einfügung eines neuen S. 2 in § 108 in diesem Sinne klargestellt worden. Seitdem genügt eine Anmeldung der Änderung der Geschäftsanschrift der Gesellschaft durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter oder Liquidatoren.

§ 108 Abs. 2 bestimmte früher ergänzend, dass die vertretungsberechtigten Gesellschafter **3** die Firma der Gesellschaft nebst ihrer **Namensunterschrift** zur Aufbewahrung bei dem Registergericht zu **zeichnen** hatten. Dadurch sollte dem Rechtsverkehr eine Überprüfung der Echtheit von Unterschriften im Handelsverkehr ermöglicht werden.<sup>3</sup> Die fragliche Regelung ist jedoch durch das EHUG von 2006 (BGBl. S. 2553) mit Wirkung vom 1. Januar 2007 mit Rücksicht auf die Einführung des elektronischen Handelsregisters ersatzlos gestrichen worden.

Die Anmeldepflicht ist eine **öffentlich-rechtliche Pflicht**, die jedem Gesellschafter für seine **4** Person dem Staat gegenüber obliegt.<sup>4</sup> Ihre Durchsetzung richtet sich nach § 14 i.V.m. den §§ 388 ff FamFG. **Rechtsmittel** gegen die Androhung sowie gegen die Festsetzung von Zwangsmitteln sind Einspruch und Beschwerde (§§ 390, 58 ff FamFG). **Beschwerdebefugt** sind jedoch nach einer verbreiteten Meinung nur die Gesellschafter gemeinsam<sup>5</sup> sowie außerdem die Gesell-

<sup>1</sup> Ausführlich Oetker/*Weitemeyer* § 108 Rdn. 2, 4, 8, 10.

<sup>2</sup> Röhricht/v. Westphalen/*Haas* § 108 Rdn. 2a; anders die ganz hM, z.B. OLG Schleswig NZG 2012, 775, 776 f.

<sup>3</sup> S. Vorauf. Rdn. 12 mN.

<sup>4</sup> S.o. § 106 Rdn. 3; BayObLG DB 1978, 1832; OLG Frankfurt NZG 2012, 585.

<sup>5</sup> Z.B. OLG Schleswig NZG 2010, 957; OLG Köln NZG 2013, 754; Röhricht/v. Westphalen/*Haas* § 108 Rdn. 1.

schaft.<sup>6</sup> Die Beschwerde kann allein darauf gestützt werden, dass die Voraussetzungen der Anmeldepflicht nach den §§ 106 und 107 nicht gegeben sind. Abweichende Vereinbarungen der Gesellschafter sind demgegenüber ebenso unbeachtlich wie Einwendungen aus dem Innenverhältnis der Gesellschafter.<sup>7</sup> Sobald aber die Eintragung einmal erfolgt ist, spielt es keine Rolle mehr, ob tatsächlich alle Gesellschafter an der Anmeldung mitgewirkt haben oder nicht. Selbst wenn dies nicht der Fall ist, handelt es sich lediglich um einen **Verfahrensmangel**, der nicht die Löschung der Eintragung von Amts wegen nach sich zieht. Ist die Eintragung sachlich richtig, so hat es dabei sein Bewenden.<sup>8</sup>

- 5 Neben der öffentlich-rechtlichen (Rdn. 4) besteht eine **privatrechtliche Anmeldepflicht** der Gesellschafter untereinander aufgrund des Gesellschaftsvertrages (§ 105 Abs. 3; § 705 BGB; s. schon § 106 Rdn. 3). Jeder Gesellschafter kann danach von den anderen die Mitwirkung bei der Anmeldung verlangen.<sup>9</sup> Der Anspruch steht nicht der Gesellschaft, sondern jedem einzelnen Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsvertrages zu, so dass er auch von jedem Gesellschafter mit der Klage gegen einen Mitgesellschafter verfolgt werden kann.<sup>10</sup> Der Anspruch geht auf Mitwirkung bei der Anmeldung und wird nach § 16 Abs. 1 vollstreckt.<sup>11</sup> In diesem Rechtsstreit kann der auf Mitwirkung bei der Anmeldung in Anspruch genommene Gesellschafter die Voraussetzungen der öffentlich-rechtlichen wie die der privatrechtlichen Anmeldepflicht bestreiten. Dagegen steht ihm kein Zurückbehaltungsrecht mit Rücksicht auf das Verhalten von Mitgesellschaftern zu.<sup>12</sup>

## II. Anmeldepflichtige Personen

- 6 Die Anmeldepflicht aufgrund der §§ 106 und 107 trifft nach § 108 jeden Gesellschafter (bei der KG einschließlich der Kommanditisten, § 161 Abs. 2), der im Augenblick des fraglichen Ereignisses, durch das die Anmeldepflicht ausgelöst wird, der Gesellschaft angehört.<sup>13</sup> Keine Rolle spielt, ob der Gesellschafter später ausscheidet; die einmal begründete Anmeldepflicht wird dadurch nicht berührt (entsprechend § 362 BGB). An die Stelle eines verstorbenen Gesellschafters treten folgerichtig seine **Erben** (§ 1922 BGB), gleichfalls ohne Rücksicht darauf, ob sie dem Erblasser gemäß § 139 als Gesellschafter in die Gesellschaft nachfolgen oder nicht.<sup>14</sup> Die Folge ist, dass bei dem **Ausscheiden** eines Gesellschafters auch den Ausscheidenden und bei dem **Eintritt** eines neuen Gesellschafters den Eintretenden – neben allen anderen Gesellschaftern – die Anmeldepflicht treffen.<sup>15</sup> Entsprechendes gilt für sämtliche Erben im Falle des **Todes** eines Gesellschafters.<sup>16</sup>
- 7 Im Falle der **Testamentsvollstreckung** muss man unterscheiden: Wenn Dauer- oder Verwaltungstestamentsvollstreckung an einem Kommanditanteil angeordnet ist, obliegt die Anmel-

<sup>6</sup> MüKo-HGB/Langhein § 108 Rdn. 4; Oetker/Weitemeyer § 108 Rdn. 5.

<sup>7</sup> OLG Hamburg LZ 1920, 490 Nr. 3; Recht 1912 Nr. 2875; OLGE 40, 189; zur Rücknahme der Anmeldung s.o. § 106 Rdn. 6.

<sup>8</sup> KG RJ A 12, 60, 61 f; KG JFG 2, 188, 189; BayObLGZ 1919, 308, 310 f = KGJ 53, 257; anders Rickert NJW 1958, 894, 896 f.

<sup>9</sup> Z.B. BGHZ 30, 195, 197 f; BGH LM Nr. 15 zu § 138 HGB = NJW-RR 2002, 538; OGH EvBl. 1958 Nr. 305 = ÖJZ 1958, 521; OGH GesRZ 1990, 161 f; s. im Einzelnen Staub/C. Schäfer § 108 Rdn. 4 f.

<sup>10</sup> Röhricht/v. Westphalen/Haas § 108 Rdn. 5; Staub/C. Schäfer § 108 Rdn. 4 f; Oetker/Weitemeyer § 108 Rdn. 6; aber offen gelassen in BGH LM Nr. 15 zu § 138 HGB = NJW-RR 2002, 538.

<sup>11</sup> BGH LM Nr. 15 zu § 138 HGB = NJW-RR 2002, 538.

<sup>12</sup> BGH NJW 1974, 498, 499 (insoweit nicht in BGHZ 62, 20 abgedruckt); großzügiger RGZ 112, 280, 282 f; OGH NJW 1949, 382 f.

<sup>13</sup> Oetker/Weitemeyer § 108 Rdn. 10.

<sup>14</sup> Röhricht/v. Westphalen/Haas § 108 Rdn. 8 f; MüKo-HGB/Langhein § 108 Rdn. 10; Staub/C. Schäfer § 108 Rdn. 14.

<sup>15</sup> Z.B. OGH GesRZ 1979, 71, 72; Röhricht/v. Westphalen/Haas § 108 Rdn. 7; Oetker/Weitemeyer § 108 Rdn. 10.

<sup>16</sup> Z.B. OLG Wien NZ 1968, 45 = HS 6110.

depflicht dem Testamentsvollstrecker; dagegen verbleibt es bei einer bloßen Abwicklungstestamentsvollstreckung bei der Anmeldepflicht des oder der Erben.<sup>17</sup> In der **Insolvenz** der Gesellschafter muss der Insolvenzverwalter die Anmeldepflicht erfüllen,<sup>18</sup> während die Insolvenz der Gesellschaft nichts an der Anmeldepflicht der Gesellschafter ändert (s.o. § 107 Rdn. 3). Die Anmeldepflicht der Gesellschafter **dauert** so lange an, wie die Gesellschaft besteht, und endet daher erst mit Erlöschen der Gesellschaft (§ 106 Rdn. 6, § 107 Rdn. 3 mN).

In der Geschäftsfähigkeit beschränkte sowie geschäftsunfähige Gesellschafter werden von **ihren gesetzlichen Vertretern** vertreten. § 181 BGB findet keine Anwendung, so dass der gesetzliche Vertreter die Anmeldung gleichzeitig im eigenen Namen und im Namen der von ihm vertretenen Gesellschafter vornehmen kann.<sup>19</sup>

**Juristische Personen** und **Personenhandelsgesellschaften**, die an einer OHG beteiligt sind, werden bei der Anmeldung von den jeweils vertretungsberechtigten Gesellschaftern, Geschäftsführern oder Vorstandsmitgliedern (nur) in zur Vertretung der Gesellschaft erforderlichen Zahl vertreten.<sup>20</sup> Sind die vertretungsberechtigten Personen zugleich selbst Gesellschafter der OHG oder der KG, so muss sich aus ihrer Erklärung zusätzlich eindeutig ergeben, dass sie sowohl im eigenen Namen als auch im Namen der von ihnen vertretenen Gesellschaft bei der Anmeldung tätig werden wollen.<sup>21</sup> Das **Registergericht prüft**, ob die für die fragliche Gesellschaft tätig werdenden Personen (noch) über die nötige Vertretungsmacht für die Anmeldung zum Handelsregister verfügen (§ 26 FamFG). Als Nachweis genügt jedoch in der Regel ein aktueller Handelsregisterauszug oder eine neue Notarbescheinigung. Die bloße Glaubhaftmachung der Vertretungsmacht reicht dagegen nicht aus, woraus sich bei ausländischen Gesellschaften, die an einer deutschen OHG oder KG beteiligt sind, erhebliche Probleme ergeben können.<sup>22</sup>

### III. Bevollmächtigung Dritter

Anmeldungen zum Handelsregister sind keine höchstpersönlichen Geschäfte, so dass Vertretung der Gesellschafter bei nach den §§ 106 und 107 vorgeschriebenen Anmeldungen aufgrund des § 108 möglich ist.<sup>23</sup> Nach § 12 Abs. 1 S. 2 muss die **Bevollmächtigung** jedoch öffentlich beglaubigt werden. Liegt eine Vollmacht vor, so ist es allein eine Frage der Auslegung der Vollmacht im Einzelfall, ob die fraglichen Anmeldungen zum Handelsregister tatsächlich unter die Vollmacht fallen (§§ 133 und 157 BGB).<sup>24</sup> Eine **Prokura** umfasst, gemessen hieran, im Regelfall nicht Anmeldungen zum Handelsregister, insbesondere nicht Anmeldungen, die die Grundlagen der Gesellschaft betreffen (§ 49). Anders kann es sich im Einzelfall bei der Anmeldung eines bloßen Wechsels der Geschäftsanschrift der Gesellschaft verhalten.<sup>25</sup> Anders ist die Rechtslage außerdem zu beurteilen, soweit zu den Aufgaben des Prokuristen die Verwaltung von Beteiligungen der Gesellschaft an anderen Gesellschaften gehört.<sup>26</sup> Eine (ohnein stets widerrufliche) Generalvollmacht kann ebenfalls durchaus Anmeldungen zum Handelsregister umfassen.

<sup>17</sup> BGHZ 108, 187, 190; OLG Hamm NZG 2011, 437; Röhrich/v. Westphalen/Haas § 108 Rdn. 9; MüKo-HGB/Langhein § 108 Rdn. 10 f.

<sup>18</sup> Oetker/Weitemeyer § 108 Rdn. 11.

<sup>19</sup> BayObLGZ 1970, 133, 134; BayObLGZ 1977, 76, 78; BayObLGZ 1977, 130, 134; Röhrich/v. Westphalen/Haas § 108 Rdn. 13; Staub/C. Schäfer § 108 Rdn. 11.

<sup>20</sup> BayObLGZ 1974, 283; OLG Düsseldorf OLGZ 1966, 346 f.; OLG Hamm OLGZ 1983, 257, 261 f.

<sup>21</sup> KGJ 51, 125, 126 f.; BayObLGZ 1974, 283; OLG Düsseldorf OLGZ 1966, 346 f.; OLG Hamm OLGZ 1983, 257, 261 f.

<sup>22</sup> OLG Dresden NZG 2008, 265 = GmbHR 2008, 1156; OLG Schleswig NZG 2012, 799.

<sup>23</sup> KGJ 26 A 232, 235 = RJA 4, 31, 33 f.; Röhrich/v. Westphalen/Haas § 108 Rdn. 11; MüKo-HGB/Langhein § 108 Rdn. 14; Staub/C. Schäfer § 108 Rdn. 12; Oetker/Weitemeyer § 108 Rdn. 13.

<sup>24</sup> OLG Schleswig NZG 2010, 957; KG NZG 2014, 150.

<sup>25</sup> KG NZG 2014, 150.

<sup>26</sup> Oetker/Weitemeyer § 108 Rdn. 13.

- 11 Davon zu trennen ist die Frage, ob die Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag **verpflichtet** werden können, den Geschäftsführern eine **Generalvollmacht** zur Vornahme der erforderlichen Anmeldungen zum Handelsregister zu erteilen, wie es bei Publikumsgesellschaften häufig der Fall ist, um die Funktionsfähigkeit solcher Gesellschaften mit einer Vielzahl von Kommanditisten sicherzustellen. Das Schrifttum ist wegen der von solchen Vollmachten den Gesellschaftern offenkundig drohenden Gefahren bei der Bejahung der Zulässigkeit derartiger Klauseln ausgesprochen zurückhaltend.<sup>27</sup> Klar ist, dass die Generalvollmacht, selbst wenn man sie für zulässig hält, die Geschäftsführer der Gesellschaft nicht zu Anmeldungen berechtigt, die die Rechtsstellung der Gesellschafter tangieren wie etwa die Anmeldung ihres Ausscheidens aus der Gesellschaft. Außerdem sind selbst „unwiderrufliche“ Generalvollmachten stets zumindest aus wichtigem Grunde widerruflich. Mit diesen Einschränkungen werden zumindest bei **Publikumsgesellschaften** Generalvollmachten meistens hingenommen.<sup>28</sup> Die Frage ist indessen nach wie vor nicht endgültig geklärt, da der BGH bisher nur bestätigt hat, dass es zulässig ist, den Gesellschaftern die Wahl zwischen der eigenen Unterzeichnung der Anmeldung und der Erteilung einer Generalvollmacht zu lassen.<sup>29</sup> Weiter sollte man in der Tat zum Schutze der Gesellschafter nicht gehen (§§ 138, 242 und 307 BGB).

#### IV. Zeichnung im Rechtsverkehr

- 12 Wie schon ausgeführt (Rdn. 3), bestimmte das Gesetz früher in § 108 Abs. 2, dass die vertretungsberechtigten Gesellschafter die Firma der Gesellschaft nebst ihrer Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Registergericht zu zeichnen hatten. Seit der ersatzlosen Streichung dieser Vorschrift durch das EHUG von 2006 enthält das Gesetz keinerlei Vorschriften mehr darüber, wie die Firma der OHG zu zeichnen ist. Maßgebend sind folglich die allgemeinen Vorschriften (§ 164 BGB), so dass es genügt, wenn die vertretungsberechtigten Gesellschafter, für Dritte erkennbar, für die Gesellschaft tätig werden wollen; selbst die Verwendung der Gesellschaftsfirmen in abgekürzter Form ist daher grundsätzlich unschädlich.<sup>30</sup> Das Gesagte gilt auch für den Prozess- und den Grundbuchverkehr.<sup>31</sup>

---

27 Kritisch z.B. Röhrich/v. Westphalen/*Haas* § 108 Rdn. 12; Staub/*C. Schäfer* § 108 Rdn. 13; Oetker/*Weitemeyer* § 108 Rdn. 13; positiv dagegen MüKo-HGB/*Langhein* § 108 Rdn. 15.

28 KGJ 26 A 232, 235 = RJA 4, 31, 33 f; KG RJA 8, 130, 131 ff; KG OLGZ 1976, 29, 31 f; BayObLGZ 1975, 137, 140; BayObLGZ 1977, 130, 132; OLG Frankfurt OLGZ 1973, 270, 271 f.

29 BGH AG 2005, 613, 615 = NZG 2005, 722; BGH NJW 2006, 2854.

30 RGZ 47, 165, 166; RGZ 119, 64, 66; RG JW 1902, 636 f Nr. 19; MüKo-HGB/*Langhein* § 108 Rdn. 20.

31 Ebenso für die Prozessvollmacht OGH SZ Bd. 51 (1978) Nr. 40 = GesRZ 1978, 77, 78; OGH EvBl. 1967 Nr. 387 = JBl. 1968, 94.

## ZWEITER TITEL

### Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander

#### § 109

#### [Gesellschaftsvertrag]

**Das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage; die Vorschriften der §§ 110 bis 122 finden nur insoweit Anwendung, als nicht durch den Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist.**

#### Schrifttum

*Altmeynen* Kernbereichslehre, Bestimmtheitsgrundsatz und Vertragsfreiheit in der Personengesellschaft, NJW 2015, 2065; *ders.* Zur Rechtsnatur der actio pro socio, FS Musielak, 2004, S. 1; *Bacina/Redeker* Sanieren oder Ausscheiden – Die Treuepflicht des Gesellschafters in Sanierungsfällen, DB 2010, 996; *Barz* Verschmelzung von Personengesellschaften, FS Ballerstedt, 1975, S. 143; *Baumgärtner* Rechtsformübergreifende Aspekte der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, 1990; *Berger* Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozessstandschaft, 1990; *Bork* Die Parteipollen im Streit um die Zugehörigkeit zu einer Personenhandelsgesellschaft, ZGR 1991, 125; *ders./Oepen* Einzelklagebefugnisse des Personengesellschafters, ZGR 2001, 515; *Bunte* Ausschließung und Abfindung von Gesellschaftern einer Personengesellschaft, ZIP 1983, 8; *Dorka/Derwald* Sanieren oder Ausscheiden – ein Modell für die Kommanditgesellschaft, NZG 2010, 694; *Flume* Die Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft durch Übertragung der Mitgliedschaft, FS Larenz, 1973, S. 769; *Fries* Familiengesellschaft und Treuepflicht, 1971; *Goette* „Sanieren oder Ausscheiden“ – Zur Treuepflicht des Gesellschafters in der Sanierungssituation, GWR 2010, 1; *ders.* Zum Schicksal der Sozialverbindlichkeiten beim Gesellschafterwechsel in der Personengesellschaft, FS Krämer, 2009, S. 253; *Grunewald* Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990; *Habersack* Die Mitgliedschaft: subjektives und „sonstiges“ Recht? 1996; *Hadding* Die Mitgliedschaft in handelsrechtliche Personengesellschaften – Ein subjektives Recht? FS Reinhard, 1972, S. 249; *ders./Schneider (Hrsg.)* Gesellschaftsanteile als Kreditsicherheit, 1979; *ders.* Verfügungen über Mitgliedschaftsrechte, FS Steindorff, 1990, S. 31; *ders.* Zur Einzelklagebefugnis des Gesellschafters in der Personengesellschaft, JZ 1975, 159; *Hahn/Mudgan (Hrsg.)* Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 6 Neudruck der Ausgabe von 1897, 1983; *Hassold* Actio pro socio, JuS 1980, 32; *Heckschen* Die Formbedürftigkeit mittelbarer Grundstücksgeschäfte, 1987; *Henze* Treuepflicht der Gesellschafter im Kapitalgesellschaftsrecht, ZHR 162 (1998) 186; *Hermans* Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre – Mehrheit und Minderheit in der Personengesellschaft, ZGR 1996, 103; *Hill* Die Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen von Publikums-Personengesellschaften, 1986; *Höfler* Die actio pro socio, JuS 1992, 388; *Hönn* Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen, JA 1987, 337; *Hörstel* Wird die „actio pro socio“ unzulässig, sobald der Gesellschafter aus der BGB-Gesellschaft ausscheidet? NJW 1995, 1271; *Huber* Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 1970; *A. Hueck* Der Treuegedanke im Recht der oHG, FS R. Hübner, 1935, S. 72; *ders.* Das Recht der OHG, 4. Auflage, 1971; *G. Hueck* Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958; *Hüffer* Zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, FS Steindorff, 1990, S. 59; *Kanzleiter* Zur richterlichen Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen, FS 125 Jahre Bayer. Notariat, 1987, S. 231; *Kort* Actio pro socio auch bei Klagen gegen Nicht-Gesellschafter, ZGR 2001, 515; *Kraft* Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Publikums-KG zwischen Vertragsauslegung und Rechtsfortbildung, FS R. Fischer, 1979, S. 321; *Kreutz* Hinauskündigungsklauseln im Recht der Personenhandelsgesellschaften – Besprechung der Entscheidung BGHZ 81, 263 –, ZGR 1983, 109; *Lutter* Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180 (1980) 84; *ders.* Treuepflicht und ihre Anwendungsprobleme, ZHR 162 (1998) 164; *Lieder* Die rechtsgeschäftliche Nachfolge in Gesellschaftsanteile – Grundsatzfragen und aktuelle Probleme der Verfügung über Anteile an Personengesellschaften –, ZfPW 2016, 205; *Michel* Die Einigung bei der Übertragung von Personengesellschaftsanteilen, ZGR 1991, 412; *Müller* Vorausverfügung über gesellschaftsrechtliche Einzelansprüche und Übertragung der Mitgliedschaft, ZIP 1994, 342; *Nitschke* Die Geltendmachung von Gesellschaftsforderungen durch den einzelnen Gesellschafter einer Personengesellschaft (Gesamthänderklage), ZHR 128 (1966), 48; *Priester* Eine Lanze für die Kernbereichslehre, NZG 2015, 529; *L. Raiser* Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, ZHR 111 (1948), 75; *Th. Raiser* Das Recht der Gesellschafterklagen, ZHR 153 (1989) 1; *Reuter* Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 1973; *ders.* Die Wesenselemente der Personengesellschaft in der neueren Rechtsprechung, GmbHR 1981, 129; *Schäfer* Gibt es noch einen Schutz des Kernbereichs der Mitgliedschaft? ZIP 2015, 1315; *ders.* Der Bestimmtheitsgrundsatz ist (wirklich) Rechtsgeschichte, NZG 2014, 1401; *ders.* Sanieren oder Ausscheiden? FS Ganter, 2010, S. 32; *ders.* Vom Einstimmigkeitsprinzip zum treu-

pflichtgetragenen Mehrheitsentscheid im Personengesellschaftsrecht, ZGR 42 (2013) 237; *Schneider* BGH unternimmt Abgrenzung zu „Sanieren oder Ausscheiden“, NZG 2011, 575; *Schumann* Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus pflichtwidriger Geschäftsführung bei Personalgesellschaften, DR 1942, 1670; *Staudenmaier* Teilübertragung von Gesellschaftsanteilen und Erbteilen, DNotZ 1966, 724; *A. Teichmann* Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970; *ders.* Der Übergang von Sozialansprüchen und Sozialverbindlichkeiten in der Personengesellschaft, NJW 1966, 2336; *Ulmer* Mehrheitsbeschlüsse in Personengesellschaften: definitiver Abschied vom Bestimmtheitsgrundsatz, ZIP 2015, 657; *ders.* Kündigungsschranken im Handels- und Gesellschaftsrecht, FS Möhring, 1975, S. 295; *Ulrich/Jäckel* Drittfeststellungsklagen im Gesellschaftsrecht und ihre Überschneidung mit der actio pro socio, NZG 2009, 1132; *J. Weber* Miniatur: Mehrheitsklauseln in Gesellschaftsverträgen, ZfPW 2015, 123; *C. Weber* Sanieren oder Ausscheiden – Treuebindung bei der Sanierung von Personengesellschaften, DStR 2010, 702; *Weitemeyer* Der Bestimmtheitsgrundsatz im Recht der Personengesellschaften, FS Kreuzt, 2010, S. 905; *Wellenhofer-Klein* Treupflichten im Handels-, Gesellschafts- und Arbeitsrecht, RabelsZ 64 (2000) 562; *Weller* Liber amicorum für Martin Winter, Die Klagbarkeit gesellschaftsrechtlicher Treupflichten, 2011, S. 755; *Wertenbruch* Abschied vom Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre im Beschlussanfechtungssystem der Personengesellschaft, DB 2014, 2875; *H.P. Westermann* Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970; *ders.* Die Verteidigung von Mitgliedschaftsrechten in der Personengesellschaft (einschließlich GmbH & Co KG), NZG 2012, 1121; *Wiedemann* Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965; *ders.* Rechte und Pflichten des Personengesellschafters, WM 1992 Beil. 7 zu H 51/52, 17; *ders.* Treuebindung und Sachlichkeitsgebot, WM 2009, 1; *Winkler* Die Kernbereichslehre im Personengesellschaftsrecht, GesRZ 2005, 125; *Winter* Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, 1988; *Wüst* Gestaltungsfreiheit und Typenkatalog im Gesellschaftsrecht, FS Duden, 1977, S. 749; *Zöllner* Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963.

### Übersicht

- |  |   |
|--|---|
| <p>I. Vertragsfreiheit im Innenverhältnis</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Grundsatz — 1</li> <li>2. Schranken der Vertragsfreiheit             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Allgemeinen Schranken und zwingende Normen — 4</li> <li>b) Gesellschaftsrechtliche Grundsätze — 7</li> </ol> </li> </ol> <p>II. Treuepflicht</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Grundlagen — 11</li> <li>2. Umfang — 13</li> <li>3. Beispiele             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Begründung von Pflichten — 15</li> <li>b) Beschränkung von Rechten — 17</li> </ol> </li> <li>4. Treuepflichtige und Dauer — 19</li> </ol> <p>III. Gleichbehandlungsgrundsatz</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Grundlage — 21</li> <li>2. Inhalt — 22</li> <li>3. Zustimmung — 25</li> <li>4. Rechtsfolgen — 27</li> </ol> <p>IV. Actio pro socio</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Grundlagen — 28</li> <li>2. Abgrenzungen — 30</li> <li>3. Voraussetzungen             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Sozialansprüche — 32</li> <li>b) Grenzen — 34</li> <li>c) Dauer — 36</li> <li>d) Abweichende Vereinbarung? — 37</li> </ol> </li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>4. Verhältnis zur Rechtsverfolgung durch die Gesellschaft             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Keine Verfügungsbefugnis des Gesellschafters — 38</li> <li>b) Subsidiarität gegenüber Gesellschaftsklage — 39</li> <li>c) Rechtskraft gegenüber Gesellschaft — 41</li> </ol> </li> </ol> <p>V. Ein- und Austritt von Gesellschaftern</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Vertragsänderung             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Grundsatz — 42</li> <li>b) Erleichterungen — 43</li> <li>c) Schranken — 45</li> </ol> </li> <li>2. Rechtsfolgen — 46</li> </ol> <p>VI. Verfügungen über die Mitgliedschaft</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Übertragbarkeit der Mitgliedschaft — 48</li> <li>2. Grundgeschäft — 51</li> <li>3. Teilabtretung — 52</li> <li>4. Übertragung aller Anteile — 53</li> <li>5. Zustimmung der Mitgesellschafter — 54</li> <li>6. Rechtsfolgen             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Sozialansprüche und Sozialverbindlichkeiten — 56</li> <li>b) Mitverwaltungsrechte — 58</li> </ol> </li> </ol> |
|--|---|

## I. Vertragsfreiheit im Innenverhältnis<sup>1</sup>

**1. Grundsatz.** § 109 bekräftigt aus Gründen der Zweckmäßigkeit, dass für das Innenverhältnis der Gesellschafter von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit auszugehen ist. Die Gesellschafter haben daher bei der Gestaltung ihres Innenverhältnisses grundsätzlich freie Hand. Eine Ausnahme von der Dispositivität der §§ 110 bis 122 findet sich lediglich im § 118 Abs. 2, während die Vorschriften, die das Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten regeln, zwingend sind (s. §§ 123 bis 130a). Die Vorschrift ist seit 1897 praktisch unverändert geblieben. Über den Verweis des § 161 Abs. 2 gilt die Vorschrift auch für die KG (s.a. § 163).

Leitbild der Personenhandelsgesellschaft ist die Arbeits- und Haftungsgemeinschaft von Vollkauffleuten, hinter der die Gesellschafter nicht nur mit ihrem Privatvermögen stehen, sondern der sie auch ihre Arbeitskraft (im Sinne der Pflicht zur Geschäftsführung, § 114) zur Verfügung stellen müssen. Die Dispositivität im Innenverhältnis ermöglicht zwar auch eine Vielzahl atypischer Gestaltungen, deren praktische Relevanz sich allerdings auf die Rechtsform der KG konzentriert. Aufgrund der unbeschränkbar persönlichen Haftung im Außenverhältnis (§ 128) eignet sich die OHG nicht ohne weiteres als Rechtsform für die reine Kapitalanlage, insbesondere nicht als Publikumsgesellschaft. Die sich hieraus ergebenden Problemstellungen sind daher im Kontext der KG zu diskutieren (s. § 161 Rdn. 8). Als atypische Gestaltung hat aber die GmbH & Co. OHG, bei der alle Gesellschafter haftungsbeschränkte Körperschaften sind, eine gewisse praktische Bedeutung. Hierauf sind die Sonderregelungen für Gesellschaften, bei denen kein Gesellschafter eine natürliche Person ist (u.a. §§ 19 Abs. 2, 130a) anwendbar, und auch der besondere Kapitalschutz, den der BGH für Auszahlungen der GmbH & Co. KG an Gesellschafter der Komplementär-GmbH entwickelt hat,<sup>2</sup> ist auf die GmbH & Co. OHG übertragbar.

Obwohl auch insoweit die KG dominiert, lässt sich die Rechtsform der OHG zumindest dann für Kapitalanleger öffnen, wenn die Beteiligung über einen **Treuhandgesellschafter** erfolgt. Während im Außenverhältnis nur der Treuhandgesellschafter nach § 128 haftet (weshalb hierfür regelmäßig eine GmbH eingesetzt wird), kann das Treuhandverhältnis so ausgestaltet werden, dass der Treugeber im Innenverhältnis wie ein unmittelbarer Gesellschafter zu behandeln ist. Während bei einem einfachen Treuhandverhältnis die Gesellschafterrechte nur durch den Treuhänder ausgeübt werden (und auch die Ausschüttungen über diesen an die Treugeber geleitet werden), kann die Vertragsgestaltung zur Annahme einer „von gesellschaftsrechtlichen Bindungen überlagerten Treuhandbeziehung“ führen, die zur Behandlung als „**Quasi-Gesellschafter**“<sup>3</sup> führt. Für die Abgrenzung kommt es darauf an, ob der Treugeber sich nicht nur dem Treuhandvertrag, sondern zugleich den Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag unterworfen hat, und ihm darin zugestanden wird, die Rechte aus der Beteiligung selbst und unmittelbar auszuüben. Folge ist, dass der Treugeber im Innenverhältnis als Gesellschafter anzusehen ist, er also alle Rechte aus der Gesellschafterstellung im eigenen Namen wahrnehmen kann, umgekehrt aber auch unmittelbar gegenüber der Gesellschaft für Beiträge oder einen Liquidationsfehlbetrag haftet. Welche Form von Treuhand vorliegt, ist im Zweifel durch Auslegung zu ermitteln.<sup>4</sup>

## 2. Schranken der Vertragsfreiheit

**a) Allgemeine Schranken und zwingende Normen.** Für Gesellschaftsverträge gelten zunächst dieselben allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit wie für andere Verträge, insbeson-

<sup>1</sup> Zur Vertragsfreiheit im Innenverhältnis *Bunte* ZIP 1983, 8; *Kreutz* ZGR 1983, 109; *Wüst* FS Duden S. 749.

<sup>2</sup> BGH NZG 2015, 225 m.w.N.

<sup>3</sup> BGH NZG 2011, 1432 (Tz. 17).

<sup>4</sup> BGH NZG 2011, 1432 (Tz. 18ff).

dere also die §§ 134 und 138 BGB. Hauptanwendungsfall für einen Verstoß gegen eine gesetzliche Verbot dürften kartellrechtswidrige Regelungen sein (wobei der Verstoß sowohl den gesamten Gesellschaftsvertrag, ggf. aber auch nur einzelne, abtrennbare Nebenabreden betreffen kann),<sup>5</sup> für die Anwendung von § 138 BGB die Hinauskündigungs- und die Buchwertklauseln (u. § 140 Rdn. 20). In der Vergangenheit wurde ferner diskutiert, ob Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild der Personengesellschaft durch allgemeine Schranken begrenzt werden können,<sup>6</sup> insbesondere durch das Verbot des Rechtsmissbrauchs. Solange es nicht zu einer Täuschung des Rechtsverkehrs über die Haftungsverhältnisse kommt (zu deren Vermeidung gerade § 19 Abs. 2 dient), kann von einem Missbrauch der Personengesellschaft indes keine Rede sein.<sup>7</sup>

- 5 Zwingende Normen für das Innenverhältnis der OHG finden sich sowohl im HGB als auch im (über den Verweis in §105 Abs. 3 anwendbaren) BGB. Dies betrifft zunächst das zwingende Mindest-Informationsrecht nach §118 Abs.2, ferner das Recht auf Erhebung der Auflösungsklage aus wichtigem Grund (§133 Abs.3) und auf Kündigung der Gesellschaft (§132, §723 Abs.3 BGB). Letztere Rechte können zwar durch den Gesellschaftsvertrag näher ausgestaltet werden (etwa durch Vereinbarung eines Austrittsrechts statt Auflösung, dazu §133 Rdn. 8, 17f, oder in Bezug auf die Rechtsfolgen der Kündigung durch eine Regelung bezüglich Höhe und Fälligkeit der Abfindung, dazu §131 Rdn.90), nicht aber ausgeschlossen oder übermäßig beschränkt werden. Zuletzt ist das sog. **Abspaltungsverbot** des §717 BGB zu nennen, das ebenfalls als zwingend angesehen wird.<sup>8</sup> Es untersagt die Trennung einzelner Mitverwaltungsrechte von der Mitgliedschaft selbst, insbesondere des Stimmrechts und der Kontrollrechte, so dass derartige Rechte auch nicht durch den Gesellschaftsvertrag auf Dritte übertragen oder für Dritte als eigene Rechte begründet werden können (u. §114 Rdn.9). Dagegen steht das Verbot weder einer Ausübung von Rechten durch Dritte im Auftrag des Gesellschafters (der formal berechtigt bleibt) noch der Übertragung auf den Treugeber und dessen Behandlung als Gesellschafter im Innenverhältnis entgegen.
- 6 Üblicherweise werden Gesellschaftsverträge individuell ausgehandelt. Anders ist dies aber im Sonderfall von Publikumpersonengesellschaften, wo der Anleger nur die Möglichkeit hat, dem vorformulierten Vertragspaket (meist bestehend aus Gesellschaftsvertrag und Treuhandabrede) insgesamt zuzustimmen, so dass eine vergleichbare Konfliktlage wie bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen besteht. Da Gesellschaftsverträge nach § 310 Abs. 4 BGB indes nicht dem AGB-Recht unterliegen, hat die Rechtsprechung insoweit eine **Inhaltskontrolle** anhand von § 242 BGB entwickelt.<sup>9</sup> Danach „dürfen die Anleger, wenn sie bei ihrem Beitritt ein bereits fertig vorformuliertes Vertragswerk vorfinden, erwarten, dass die Gründer und Initiatoren des Projekts bei dessen Erstellung nicht einseitig und ausschließlich ihre Interessen durchzusetzen versuchen, indem sie unter Ausnutzung der für ganz andere Beteiligungsverhältnisse eingeräumten Vertragsgestaltungsfreiheit gesetzlichen Regelungen, die den Besonderheiten der Massengesellschaft Rechnung tragen, ausweichen und statt dessen ein Vertragswerk schaffen, das die Lei-

5 Näher: MüHdb-GesR 2/Hoffmann/Doehner § 6 Rdn. 38ff, Rdn. 59f.

6 Vgl. dazu insbes. *Flume* FS Larenz S. 769; *Reuter* Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 1973; *A. Teichmann* Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970; *H.P. Westermann* Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970.

7 Vgl. BGHZ 45, 204 („Rektor-Fall“), der einen Rechtsmissbrauch durch die Beteiligung des eigentlichen Geschäftsinhabers als Kommanditist (neben einem vermögenslosen Komplementär) ablehnte, da der Rechtsverkehr nicht über die Haftungsverhältnisse getäuscht wird.

8 AllgM: BGHZ 3, 357; BGHZ 20, 364; BGH NJW 70, 468; Baumbach/Hopt/Roth § 109 Rdn. 3, 16; BeckOK-HGB/Klimke § 109 Rdn. 8; MüKo-BGB/Schäfer BGB § 717 Rdn. 7; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Born § 109 Rdn. 8.

9 Hönn JA 1987, 337 ff; *Kanzleiter* FS 125 Jahre Bayer. Notariat S. 231 ff; allg.: *Hill* Die Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen von Publikums-Personengesellschaften, 1986.

tungsorgane einer wirksamen Kontrolle der Anleger entzieht.“<sup>10</sup> Da dies ganz ausdrücklich nicht nur bei unmittelbarer Mitgliedschaft, sondern auch bei einer mittelbaren Beteiligung über einen Treuhänder gilt,<sup>11</sup> kann im Einzelfall auch eine OHG als Publikumsgesellschaft im Rechtsinn anzusehen sein, die dadurch geprägt ist, dass „sie auf die Beteiligung einer unbestimmten Vielzahl erst noch zuwerbender Gesellschafter angelegt ist, die sich nur kapitalistisch an ihr beteiligen und mehr oder weniger zufällig zusammengeführt werden“.<sup>12</sup> Da die Problematik indes fast ausschließlich die Kommanditgesellschaft betrifft, kann auf die Darstellung in diesem Kontext verwiesen werden (s. § 161 Rdn. 63).

**b) Gesellschaftsrechtliche Grundsätze.** Weitere Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter ergeben sich aus ungeschriebenen Grundsätzen des Gesellschaftsrechts. Zu nennen ist insoweit zunächst der Grundsatz der **Verbandssouveränität**.<sup>13</sup> Hierunter versteht man, dass die Gesellschafter immer allein „Herr des Gesellschaftsvertrages“ sein müssen, dass mit anderen Worten grundsätzlich keine Regelung anerkannt werden kann, die die Entscheidung über den Inhalt und die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages letztlich in die Hand Dritter legt. Der Grundsatz verbietet es daher, die alleinige Zuständigkeit der Gesellschafter für Änderungen des Gesellschaftsvertrags aufzuheben, so dass Dritten weder ein Zustimmungsrecht, noch ein eigenes Recht zur Mitwirkung an der Beschlussfassung oder sogar zur Vornahme der Änderung selbst eingeräumt werden kann.

Zu beachten ist ferner der Grundsatz der **Selbstorganschaft**, (siehe dazu im Einzelnen § 114 Rdn. 24 ff) der zwingend verlangt, dass die organschaftliche Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis bei den Gesellschaftern verbleibt und Dritten nicht zustehen kann. Diese können zwar mit weitreichenden Geschäftsführungsaufgaben betraut werden und rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht haben. Der Grundsatz der Selbstorganschaft verlangt aber, dass die Letztentscheidungskompetenz bei den Gesellschaftern verbleibt, die auch in solchen Konstellationen zumindest gemeinsam zur Vertretung befugt sein müssen, was insbesondere der Anordnung gemischter Gesamtvertretung eines Prokuristen mit dem einzigen geschäftsführenden und vertretungsbefugten Gesellschafter entgegensteht – in diesem Fall sind zumindest alle Gesellschafter zusammen als vertretungsbefugt anzusehen. Aufgrund ihrer unbeschränkten Haftung müssen die Gesellschafter die Tätigkeit der OHG in der Hand behalten. Verbandssouveränität und Selbstorganschaft verfolgen somit das Ziel, die wichtigsten Entscheidungsbefugnisse bezüglich der Gesellschaft zwingend den Gesellschaftern vorzubehalten.

Die sogenannte **Kernbereichslehre**<sup>14</sup> dient dagegen dem Schutz des einzelnen Gesellschafters gegenüber einer Aushöhlung seiner Mitgliedschaftsrechte durch den Gesellschaftsvertrag. Während die Lehre ihre wesentliche Bedeutung in der Vergangenheit in Bezug auf Mehrheitsentscheidungen über Satzungsänderungen hatte (hierzu näher u. § 119 Rdn. 36), ist sie als Grenze der Vertragsfreiheit der Gesellschafter insoweit relevant, als ein Ausschnitt aus diesem Kernbereich als sog. unverzichtbare Mitgliedschaftsrechte auch bei Mitwirkung des betroffenen Gesellschafters nicht entzogen werden darf. Hierzu zählen zumindest im Grundsatz das Stimmrecht und das Recht auf Beteiligung an Gewinn und Liquidationserlös,<sup>15</sup> wenn auch die Verteilung dieser Rechte vom Gesellschaftsvertrag geregelt werden kann, ferner das Teilnahme- und

<sup>10</sup> BGH NJW 1988, 1903 f.

<sup>11</sup> BGH NJW 1988, 1903 (LS 1).

<sup>12</sup> BGH NJW 1988, 1903.

<sup>13</sup> Dazu z.B. MüKo-HGB/Enzinger § 109 Rdn. 15 ff; Staub/Schäfer § 109 Rdn. 30 ff.

<sup>14</sup> Dazu Winkler GesRZ 2005, 125; Altmeyden NJW 2015, 2065; Priester NZG 2015, 529; Schäfer ZIP 2015, 1315; Wertenbruch DB 2014, 2875; Hermans ZGR 1996, 103.

<sup>15</sup> Staub/Schäfer § 109 Rdn. 35.