

DAS RECHT DER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT

SYSTEMATISCH DARGESTELLT

VON

DR. ALFRED HUECK

PROFESSOR DER RECHTE AN DER UNIVERSITÄT MÜNCHEN

Dritte, neubearbeitete Auflage



1964

WALTER DE GRUYTER & CO · BERLIN

vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung — J. Guttentag, Verlags-
buchhandlung — Georg Reimer — Karl J. Trübner — Veit & Comp.

Archiv-Nr. 2239641

Satz und Druck: Walter de Gruyter & Co., Berlin 30

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

Das vorliegende Buch will das geltende deutsche Recht der offenen Handelsgesellschaft in systematischer Form darstellen und hofft, damit gleichzeitig wissenschaftlichen und praktischen Bedürfnissen zu dienen.

Es beschränkt sich bewußt auf das geltende deutsche Recht, sieht also von rechtsgeschichtlichen und rechtsvergleichenden Erörterungen ab. Ein Überblick über die geschichtliche Entwicklung der OHG ist oft genug geschrieben worden, so daß eine Wiederholung, sofern nicht auf Grund eigener Forschungen Neues hinzugefügt werden kann, überflüssig erscheint. Rechtsvergleichung ist heute dringender nötig als je, aber sie hat m. E. nur Wert, wenn sie auf gründlicher Darstellung des in seiner Gesamtheit erfaßten fremden Rechtsinstituts aufbaut, während die so beliebten kurzen Hinweise auf abweichende Einzelheiten des fremden Rechts meist wenig Nutzen bringen und nur zu häufig falsche Vorstellungen erwecken, weil sie die wirklichen Gründe für die abweichende Gestaltung des fremden Rechts nicht erkennen lassen. Zu einer ernsthaften rechtsvergleichenden Darstellung fehlt hier der Raum, fehlte in den letzten Jahren auch das literarische Rüstzeug, aber die gründliche Darstellung des einheimischen Rechtes schafft zugleich eine der Vorbedingungen für eine solche Arbeit.

Die Niederschrift des Buches ist in den letzten Kriegsjahren und den ersten Monaten nach dem Kriege erfolgt. Sie hatte deshalb in steigendem Maße unter mannigfachen Schwierigkeiten, unter anderem auch in der Beschaffung der Literatur, zu leiden. Ich muß deshalb um Nachsicht bitten, wenn, namentlich in den späteren Teilen, das Schrifttum nicht immer ganz vollständig hat herangezogen werden können; alles wirklich Wichtige hoffe ich berücksichtigt zu haben.

München, im Mai 1946

Alfred Hueck

Vorwort zur 3. Auflage

Die 2. Auflage dieses Buches ist vor fast 14 Jahren erschienen. Sie ist seit langem vergriffen. Infolge anderer Arbeiten war mir erst jetzt die Herstellung einer Neuauflage möglich. In die Zwischenzeit fällt die ganze reichhaltige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, und zwar nicht nur zum Recht der OHG, sondern auch zum sonstigen Gesellschaftsrecht, denn auch diese ist für das Recht der OHG von erheblicher Bedeutung. Dazu kommt, daß die Literatur sich in diesen 14 Jahren wesentlich stärker als früher mit Problemen des Rechts der OHG beschäftigt hat. Sie ist in einer Anzahl wertvoller Einzelschriften, vielen Dissertationen, vor allem aber in zahlreichen Aufsätzen in den verschiedensten Zeitschriften und Festschriften zerstreut. Ferner liegen von den meisten Kommentaren zum BGB und HGB Neuauflagen vor, die sich in den Erläuterungen zu den §§ 105ff. HGB und

705 ff. BGB mit den Ausführungen der 2. Auflage dieses Buches teils zustimmend, teils kritisch auseinandersetzen. Dieses ganze Material mußte in der 3. Auflage verarbeitet und es mußten dabei die erfreulichen Fortschritte dargestellt werden, die Rechtsprechung und Schrifttum in diesen 14 Jahren für das Recht der OHG erarbeitet haben. Wenn auch in fast allen grundlegenden Fragen an der früheren Ansicht festgehalten werden konnte, so war doch zu zahlreichen Einzelfragen neue Stellung zu nehmen, und bei anderen erwies sich eine Überprüfung der Begründung und eine stärkere Auseinandersetzung mit abweichenden Ansichten als notwendig. Einzelne Abschnitte, wie die Lehre von der faktischen Gesellschaft, das Verhältnis von Gesellschaftsrecht und Erbrecht, die Stellung des Testamentsvollstreckers im Recht der OHG usw., sind neu gefaßt und wesentlich erweitert worden. So stellt die 3. Auflage eine wirkliche Neubearbeitung dar.

Das Buch gibt jetzt den Stand der Rechtsprechung und Literatur vom 1. April 1964 wieder.

Für seine Mitarbeit bei den Korrekturen und der Anfertigung des Sachverzeichnisses möchte ich auch an dieser Stelle Herrn Referendar Stefan Duderstadt herzlich danken.

München, im Mai 1964

Alfred Hueck

Inhalt

	Seite
1. Kapitel. Wesen und wirtschaftliche Bedeutung der OHG	1
§ 1. Begriff der OHG	1
§ 2. Die Gesellschafter der OHG.	14
§ 3. Die Rechtsnatur der OHG	20
§ 4. Die wirtschaftliche Bedeutung der OHG	26
2. Kapitel. Die Errichtung der OHG	28
§ 5. Der Zeitpunkt der Entstehung der OHG	28
§ 6. Der Gesellschaftsvertrag	36
§ 7. Mängel des Gesellschaftsvertrages	50
§ 8. Anmeldung und Eintragung in das Handelsregister	73
3. Kapitel. Die Beziehungen der Gesellschafter zueinander	78
§ 9. Allgemeine Grundsätze	78
§ 10. Die Geschäftsführung	82
§ 11. Gesellschafterbeschlüsse	117
§ 12. Informations- und Kontrollrechte; Entlastung	134
§ 13. Die Treuepflicht	139
§ 14. Die Beitragspflicht	149
§ 15. Der Ersatz von Aufwendungen	153
§ 16. Das Gesellschaftsvermögen	157
§ 17. Gewinn und Verlust; Entnahmen	174
§ 18. Die rechtliche Behandlung der Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis	186
4. Kapitel. Die Rechtsbeziehungen zu dritten Personen	196
§ 19. Die Stellung der Gesellschaft im Rechtsverkehr	196
§ 20. Die Vertretung der OHG	200
§ 21. Die Gesellschaftsschulden	223
§ 22. Die Stellung der OHG im Prozeß	238
5. Kapitel. Die Auflösung der OHG	245
§ 23. Begriff der Auflösung und Auflösungsgründe	245
§ 24. Die Kündigung	261
§ 25. Die Auflösungsklage	270
§ 26. Der Konkurs der OHG	278
6. Kapitel. Der Gesellschafterwechsel	283
§ 27. Der Eintritt eines neuen Gesellschafters	283
§ 28. Die Beerbung eines Gesellschafters	293
§ 29. Das Ausscheiden eines Gesellschafters	317
§ 30. Die Besonderheiten der zweigliedrigen Gesellschaft	342
7. Kapitel. Die Vollbeendigung der OHG	346
§ 31. Arten der Auseinandersetzung	346
§ 32. Die Liquidation	355
§ 33. Die Verjährung	387
Sachregister	392

Abkürzungen

AcP	= Archiv für zivilistische Praxis
ADHGB	= Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AG	= Aktiengesellschaft
AktG	= Aktiengesetz
AOG	= Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis, zugleich Nachschlagewerk des BAG
ArbRSamml.	= Arbeitsrechtssammlung
ArchBürgR	= Archiv für bürgerliches Recht
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BankA	= Bankarchiv
Baumbach-Duden	= Baumbach-Duden HGB 15. Aufl. 1962
BayObLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	= Betriebsberater (Zeitschrift)
Behrend	= Lehrbuch des Handelsrechts von I. Fr. Behrend, 1899
Betrieb	= Der Betrieb (Zeitschrift)
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
Brand	= Brand, HGB, 1911
Cosack	= Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Aufl. 1930
D I	= Denkschrift zum 1. Entwurf eines HGB, 1896
D II	= Denkschrift zum Entwurf eines HGB, Reichstagsvorlage, 1897
DRspr	= Deutsche Rechtsprechung
Diss	= Dissertation
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DR	= Deutsches Recht
Düringer-Hachenburg	= Kommentar zum HGB von Düringer und Hachenburg Bd. II, 2 (§§ 105 ff.), erläutert von Flechthelm, 1932
Düringer-Hachenburg-Geiler	= Kommentar zum HGB von Düringer und Hachenburg, Bd. II, 1, Allgemeine Einleitung zum 2. Buch von Geiler, 1932
Ehrenbergs Handb.	= Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts
Enneccerus-Lehmann	= Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse 15. Aufl. 1958
FGG	= Reichsgesetz über Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fischer	= Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern Bd. II §§ 705 ff., 11. Aufl. bearbeitet von Senatspräsident Dr. Robert Fischer, 1959
Flad-Gadow	= Kommentar zum HGB, herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, Bd. 1, 1940
Gareis	= Das deutsche Handelsrecht, Lehrbuch von K. Gareis, 8. Aufl. 1909
GenG	= Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GewO	= Gewerbeordnung
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	= Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Gierke	= Julius v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Auflage 1958
Goldmann	= Kommentar zum HGB von Goldmann, 1901—1906
GruchotsB	= Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
Haupt-Reinhardt	= Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1952
Heymann-Kötter	= HGB von Heymann unter Mitarbeit von Kötter, 20. Aufl. 1950
HGB	= Handelsgesetzbuch
HoldhMSchr	= Holdheim, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen
Hueck	= Hueck, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 1963

JFG	= Jahrbuch der Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
IheringsJ	= Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	= Juristische Rundschau
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KG	= Kammergericht oder auch Kommanditgesellschaft
KGJ	= Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts
KO	= Konkursordnung
Koenige	= Handausgabe des HGB, 4. Aufl., bearbeitet von Teichmann und Koehler, 1936
Larenz	= Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 1, 6. Aufl. 1963, Bd. 2, 4. Aufl. 1960
Lehmann	= Heinrich Lehmann, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1959
Lehmann-Hoeniger	= Karl Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Aufl., herausgegeben von Hoeniger, 1921
Lehmann-Ring	= Kommentar zum HGB von K. Lehmann und Ring, 2. Aufl. 1913/14
LZ	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
Makower	= Makower, HGB mit Kommentar, 13. Aufl., 1906/07
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
Müller-Erzbach	= Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2./3. Aufl., 1928
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OblR	= Obligationsrecht
OGH	= Oberster Gerichtshof in Köln
OHG	= Offene Handelsgesellschaft
OLG	= Oberlandesgericht
OLR	= Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
Palandt	= Palandt, BGB §§ 705 ff., 22. Aufl., bearbeitet von Gramm, 1963
RAG	= Reichsarbeitsgericht
RFH	= Reichsfinanzhof und dessen Entscheidungen
RG	= Reichsgericht und dessen Entscheidungen in Zivilsachen
RGBI	= Reichsgesetzblatt
Ritter	= Das HGB, erläutert von C. Ritter, 2. Aufl., 1932
RJA	= Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zusammengestellt im Reichsjustizamt
ROHG	= Reichsoberhandelsgericht und dessen Entscheidungen
Schlegelberger	= HGB, herausgegeben von Schlegelberger, Bd. II §§ 105 ff. bearbeitet von Geßler, 4. Aufl. 1963
Schwarz	= HGB von Dr. Otto Schwarz und Dr. Hans Neufeld, 1931
SeuffBl	= Seufferts Blätter für Rechtsanwendung
SeuffA	= Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte
Soergel-Siebert	= Soergel, Kommentar zum BGB §§ 705 ff., 9. Aufl. bearbeitet von Schultze-v. Lasaulx
SozPrax	= Soziale Praxis
SJZ	= Süddeutsche Juristen-Zeitung
Staub	= Staubs Kommentar zum HGB, 14. Aufl., §§ 105 ff., bearbeitet von Pinner, 1932
Staudinger	= Staudinger, Kommentar zum BGB §§ 705 ff., 9. Aufl. bearbeitet von Geiler, 11. Aufl. bearbeitet von Keßler, 1958
UnlWG	= Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VergIO	= Vergleichsordnung
Weipert	= Kommentar zum HGB, herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 2. Bd. (§§ 105 ff.), bearbeitet von Weipert, 2. Aufl. 1950
Wieland	= Handelsrecht von Karl Wieland, 1921/31
Würdinger	= Würdinger, Gesellschaften, Bd. 1, 1937
ZAkDR	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZBH	= Zentralblatt für Handelsrecht
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZPO	= Zivilprozeßordnung

§§ ohne nähere Bezeichnung sind §§ des HGB

1. Kapitel

Wesen und wirtschaftliche Bedeutung der offenen Handelsgesellschaft*)

§ 1. Begriff der OHG

Die Bestimmung des Begriffes eines Rechtsinstituts bedeutet die Feststellung der Merkmale, die vorliegen müssen, damit ein Rechtsgebilde unter eine bestimmte Rechtskategorie fällt und damit der Herrschaft einer bestimmten Gruppe von Rechtsnormen untersteht. Der Begriff der OHG muß also die Merkmale enthalten, die unentbehrlich sind, damit das Recht der OHG zur Anwendung gelangt. Der Feststellung dieser Merkmale ist dieser erste Paragraph gewidmet, der damit die Grenzen zu zeigen hat, die der Anwendung der Rechtsform der OHG gezogen sind. Demgemäß sind nicht nur die Normalfälle, sondern auch abweichend gestaltete Ausnahmefälle zu berücksichtigen, sofern nur der Begriff der OHG als solcher noch zutrifft. Davon zu unterscheiden ist die Frage nach der Rechtsnatur, dem rechtlichen Wesen der OHG, wie sie sich normalerweise darstellt. Ihrer Beantwortung dient der § 3, der Klarheit darüber schaffen soll, in welcher Weise die OHG unter die Vereinigungsformen unseres Rechts einzugliedern ist und welche Rechtsnormen demgemäß auch abgesehen von den §§ 105 ff. HGB auf den Normaltyp zur Anwendung kommen, womit nicht gesagt ist, daß für Formen der OHG, die von diesem Normaltyp abweichen, im einzelnen nicht andere Regeln gelten könnten.

I. Die OHG ist eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist und bei der sämtliche Gesellschafter den Gläubigern unbeschränkt haften.

Diese Begriffsbestimmung ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (§ 105). Aus ihr lassen sich folgende Begriffsmerkmale herleiten:

*) Das Recht der OHG behandeln alle Lehrbücher und Kommentare zum HGB, das allgemeine Gesellschaftsrecht auch die Lehrbücher und Kommentare zum BGB. Aus dem sonstigen Schrifttum sind zu nennen: Affolter, Zur Lehre von der Gesellschaft, ArchBürgR Bd. 35, S. 225; Buchda, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre, 1936; Otto v. Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht I—IV, 1868—1913; Derselbe, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887; Derselbe, Deutsches Privatrecht Bd. I—III, 1895—1917; Derselbe, Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht, ArchBürgR Bd. 19 S. 114; Haberland, Rechts- und Wirtschaftsprobleme der OHG, 1921; Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1952; Hergenahn-Tuchatsch, Die offene Handelsgesellschaft, 1894; Hueck, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 1963; Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem BGB, 1901; Laufke, Die Handelsgesellschaften und das zwingende Recht, 1931; Lehmann, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1959; Mirre, Zum Wesen der OHG, ZBH 1928 S. 251; Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften, 1881; Würdinger, Gesellschaften, 1. Teil: Recht der Personalgesellschaften, 1937. Die Spezialliteratur ist bei den einzelnen Paragraphen angegeben.

2 1. Kapitel. Wesen und wirtschaftliche Bedeutung der offenen Handelsgesellschaft

1. Die OHG ist eine Gesellschaft. Wie § 105 Abs. 2 zeigt, legt das HGB den Gesellschaftsbegriff des BGB zugrunde. Danach ist eine Gesellschaft eine Vereinigung von Personen, bei der sich die Beteiligten gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise zu fördern (§ 705 BGB).

a) Die OHG setzt mithin grundsätzlich einen Vertrag voraus. Denkbar ist allerdings, daß der Vertrag an Mängeln leidet und deshalb im Sinn der Vorschriften des BGB anfechtbar oder nichtig ist. Inwieweit in solchen Fällen trotzdem das Bestehen einer OHG anzunehmen ist, einer sog. „faktischen“ Gesellschaft, wird unten näher zu erörtern sein¹⁾.

Fehlt dagegen jeder Gesellschaftsvertrag, beruht die Gemeinschaft zum Betriebe eines Handelsgewerbes auf einem anderen Rechtsgrund, handelt es sich zum Beispiel um Ehegatten in Gütergemeinschaft oder um Erben in Erbengemeinschaft²⁾, so liegt keine OHG vor³⁾. Auch eine bloß tatsächliche Gemeinschaft genügt nicht⁴⁾. Das ergibt sich schon daraus, daß ohne irgend eine Einigung kein gemeinschaftlicher Zweck verfolgt werden kann. Dagegen entsteht eine OHG, sobald der Erwerbsgemeinschaft eine gesellschaftliche Grundlage gegeben wird, sobald sich z. B. die Erben einigen, das ererbte Geschäft hinfort als Gesellschaft weiter zu führen, was auch stillschweigend geschehen kann⁵⁾.

b) Der Vertrag muß auf einen gemeinschaftlichen Zweck gerichtet sein. Dieser muß bei einer OHG im Betrieb eines Handelsgewerbes bestehen⁶⁾.

¹⁾ Vgl. unten § 7 sowie BGH Betrieb 1961 S. 1256: „Der erkennende Senat hat bereits wiederholt darauf hingewiesen, daß auch die faktische Gesellschaft stets einen Gesellschaftsvertrag voraussetzt. Sie ist ebenso wie die rechtsgeschäftlich wirksame Gesellschaft eine Zweckgemeinschaft, die von dem Willen der Parteien geschaffen und getragen wird. Sie kann von diesem Willen nicht losgelöst werden.“ Siehe auch Fischer RGRKom z. BGB § 705 Anm. 31.

²⁾ Vgl. BGH NJW 1951 S. 312; Fischer NJW 1957 S. 894; Weipert § 105 Anm. 65.

³⁾ Vgl. RG Bd. 35 S. 17, Bd. 132, S. 138; BGH Bd. 11 S. 190; Betrieb 1961 S. 1256; Fischer NJW 1955 S. 849.

⁴⁾ Vgl. Würdinger S. 24; Staudinger-Geiler BGB Vorbem. 2 vor § 705 und § 705 Anm. 37; OLG Danzig ZAkDR 1943 S. 237 und viele andere. Die Lehre von Siebert, Deutsche Rechtswissenschaft 1936 S. 228ff. u. Festschr. f. Hedemann S. 266ff., der bei der Betrachtung gesellschaftsrechtlicher Probleme nicht den Gesellschaftsvertrag, sondern das Unternehmen in den Vordergrund stellen will und „aus einer eigentümlich unternehmens- und verbandsrechtlichen Betrachtungsweise heraus in der Begründung einer (Unternehmer-) Gesellschaft eine körperschaftliche Schöpfungshandlung sieht“, auf die das allgemeine Vertragsrecht keine Anwendung findet, steht mit dem geltenden Recht (§ 105 HGB, § 705 BGB) nicht in Einklang, verdient m. E. aber auch de lege ferenda keine Zustimmung. Diese Begründung seiner Lehre ist denn auch von Siebert später (Faktische Vertragsverhältnisse, 1957) im wesentlichen fallen lassen geworden (vgl. S. 61: „Für das Zustandekommen einer Gesellschaft ist entscheidend, daß ein — wenn auch fehlerhafter — Gesellschaftsvertrag vorliegt“). Wohl aber bleiben die Ausführungen Sieberts über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Gesellschaft beachtenswert (vgl. dazu unten S. 58).

⁵⁾ Aus der langen Dauer der Fortführung des Unternehmens durch die Erben allein ergibt sich aber der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages noch nicht; die Erben können vielmehr ein Unternehmen in ungeteilter Erbengemeinschaft beliebig lange fortführen (vgl. BGH NJW 1951 S. 312; BayObLG JW 1931 S. 3129; Weipert § 105 Anm. 66). Doch können, auch wenn keine OHG zustande gekommen ist, die Vorschriften des OHG-Rechts u. U. für die Rechtsbeziehungen der Miterben unter einander (also für das Innenverhältnis) hinsichtlich des zum Nachlaß gehörenden Unternehmens entsprechend zur Anwendung kommen, wenn die Miterben dem Unternehmen ihre ganze Arbeitskraft widmen und damit ihren Lebensunterhalt verdienen (vgl. BGH Bd. 17 S. 299).

⁶⁾ Vgl. unten 2a.

Da der Begriff des Gewerbes seinerseits die Absicht der Gewinnerzielung voraussetzt und da der Zweck allen Gesellschaftern gemeinsam sein muß, so wird im Schrifttum vielfach angenommen, daß alle Gesellschafter am Gewinn beteiligt sein müßten, widrigenfalls keine OHG vorläge⁷⁾. Dem kann nicht zugestimmt werden. Erforderlich ist nur, daß alle Gesellschafter gemeinschaftlich den Zweck verfolgen, ein Unternehmen zu betreiben, das Gewinn abwirft. Dagegen kommt es nicht darauf an, daß jeder einzelne Gesellschafter den Gewinn persönlich für sich erstrebt. Etwas derartiges folgt weder aus dem Wesen der Gesellschaft im allgemeinen, noch der OHG im besonderen. Eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts braucht überhaupt nicht den materiellen Interessen ihrer Mitglieder zu dienen, der Zweck kann auch ein altruistischer sein, er kann den Vorteil von dritten Personen betreffen⁸⁾. Bei der OHG muß lediglich hinzukommen, daß der Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes und damit auf Gewinnerzielung gerichtet ist. Wie aber der Gewinn verwandt wird, ist für den Begriff der OHG nicht entscheidend. Es steht daher nichts im Wege, daß ein Gesellschafter den ihm an sich gebührenden Gewinnanteil im Wege einer in den Gesellschaftsvertrag aufgenommenen Vereinbarung zugunsten eines Dritten einem anderen zufließen läßt. Dann kann es aber keinen Unterschied machen, wenn dieser andere ein Gesellschafter ist. Es ist deshalb z. B. denkbar, daß Vater und Sohn eine OHG begründen, und der Vater, der anderweites Einkommen hat, zugunsten des Sohnes auf eine Gewinnbeteiligung verzichtet. Sein Beweggrund für die Beteiligung an der Gesellschaft ist der Wunsch, dem Sohn eine Lebensstellung zu verschaffen⁹⁾, der Sohn will für sich selbst Gewinn erzielen; der Betrieb des Unternehmens aber ist der beiden gemeinsame Zweck. Ebenso ist eine OHG möglich, bei der ein Gesellschafter statt eines Gewinnanteils eine bestimmt festgesetzte Summe erhält¹⁰⁾. Sein Interesse am Betrieb des Gewerbes ergibt sich aus dem Wunsch, die festgesetzte Summe dauernd zu beziehen. Ebenso genügt das Interesse, die OHG als Kunden oder als Lieferanten zu haben; ein Gesellschaftsvertrag, in dem der eine Teil sich

⁷⁾ Vgl. Staub § 105 Anm. 4, Schlegelberger 1. Aufl. § 105 Anm. 6 (anders aber 4. Aufl.), Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 2, Wieland S. 462, 548, Oertmann BGB § 722 Anm. 2, KommRGR 10. Aufl. § 722 Anm. 1 (anders aber 11. Aufl. Anm. 3); mit Einschränkungen auch Weipert § 105 Anm. 9, anders aber Anm. 12; dagegen Dernburg BGB § 361, 3; Lehmann S. 116; Fischer Anm. 5 a. E. vor § 705; Geßler in der 4. Aufl. von Schlegelberger. § 105 Anm. 6. Die Frage wird offen gelassen vom BGH NJW 1953 S. 1549; der BGH sieht es aber jedenfalls als zulässig an, daß ein Treuhänder-Gesellschafter eine feste Vergütung (also keine Gewinnbeteiligung) erhält und der auf seine Beteiligung entfallende Gewinnanteil unmittelbar dem Treugeber (also einem Nichtgesellschafter) zufließt.

⁸⁾ Vgl. Geiler bei Düringer-Hachenburg Bd. II, 1 Anm. 15, Oertmann BGB § 705 Anm. 1, Enneccerus-Lehmann BGB Bd. II 15. Aufl. S. 727.

⁹⁾ Er hat also ein erhebliches ideelles Interesse am Betriebe des Unternehmens. Die früher herrschende Lehre, die eine Erwerbsgesellschaft, bei der ein Gesellschafter vom Gewinn ausgeschlossen ist, als sogenannte *societas leonina* für unzulässig hielt, sah zu einseitig auf das materielle Interesse. Sie übersah, daß es auch andere berechnete und schutzwürdige Interessen gibt. Eine Erwerbsgesellschaft, bei der ein Gesellschafter überhaupt kein Interesse am Betrieb des Unternehmens hat, würde allerdings dem Wesen der Gesellschaft widersprechen, kommt aber auch im wirklichen Leben nicht vor. Dagegen haben Fälle, wie der im Text genannte, sehr wohl praktische Bedeutung (vgl. auch BGH wie Note 7). Bei ihnen kann sich fragen, ob wegen des Ausschlusses des einen Teils vom Gewinn im Innenverhältnis einzelne Regeln des Schenkungsrechts analog Anwendung finden können (vgl. dazu Hoeniger, Die gemischten Verträge S. 181 ff.). Das schließt aber das Vorhandensein einer echten OHG nicht aus.

¹⁰⁾ So mit Recht RG Bd. 90 S. 17, JW 1915 S. 1428, ebenso Schlegelberger § 105 Anm. 6, Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 2. Abweichend Staub § 105 Anm. 4, Weipert § 105 Anm. 9, Hachenburg JW 1915 S. 1470, Wieland S. 548 Anm. 1.

das Alleinbezugsrecht der produzierten Waren oder die Alleinbelieferung mit bestimmten Rohstoffen ausbedingt, während der andere Teil den erzielten Gewinn erhalten soll, ist durchaus möglich. Es ist kein Grund ersichtlich, warum im Hinblick auf die bestehende Vertragsfreiheit solche Vereinbarungen nicht zulässig sein sollten, und ebensowenig liegt ein Grund vor, sie nicht den Normen des OHG-Rechts zu unterstellen¹¹⁾. Natürlich ist aber eine Vereinbarung, daß ein Gesellschafter keinen Anteil am Gewinn haben soll, bei einer OHG etwas Ungewöhnliches. Es wird deshalb besonders sorgfältig geprüft werden müssen, ob die Beteiligten wirklich eine OHG gewollt haben und nicht etwa ein Schenkungsversprechen, einen Garantievertrag oder ein Darlehen.

Allgemein anerkannt ist, daß nicht alle Gesellschafter am Verlust beteiligt zu sein brauchen¹²⁾.

c) Alle Gesellschafter müssen sich verpflichten, diesen Zweck zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten. Auf die Art der Beiträge kommt es nicht an. Es brauchen keine Kapitaleistungen zu sein, auch Dienste, z. B. die Übernahme der Geschäftsführung, oder die Gewährung eines Kredits genügen. Ein Beitrag liegt auch darin, daß ein Gesellschafter durch Übernahme der Schuldenhaftung den Kredit der Gesellschaft stärkt¹³⁾. Da diese letztere Leistung bei einer OHG notwendig von jedem Gesellschafter übernommen wird (vgl. unten zu 4), so braucht auf die umstrittene Frage, ob nach bürgerlichem Recht beitragsfreie Gesellschaften möglich sind, nicht eingegangen zu werden¹⁴⁾.

d) Im Gegensatz zu § 105 HGB hatte Art. 85 ADHGB nicht ausdrücklich bestimmt, daß die OHG in jedem Fall eine Gesellschaft sein müsse. Im Hinblick darauf war von Laband¹⁵⁾ die Ansicht entwickelt worden, daß für den Begriff der OHG die inneren Beziehungen der Beteiligten zueinander gleichgültig seien; nur die unbeschränkte Haftung aller Beteiligten für sämtliche Verbindlichkeiten, die unter gemeinsamer Firma eingegangen würden, sei wesentlich; die OHG-Form sei also in Wahrheit nicht eine Gesellschaftsform, sondern nur eine Haftform, wenn auch in der Praxis mit ihr meist eine Gesellschaft verbunden sei¹⁶⁾. Diese schon früher überwiegend abgelehnte Lehre ist nach der jetzigen Fassung des Gesetzes nicht mehr haltbar. Aber auch die von Wieland¹⁷⁾ entwickelte Ansicht, daß wenigstens als „Außengesellschaft“ eine OHG ohne Gesellschaftsvertrag möglich sei, verdient keine Zustimmung. Richtig ist allerdings, daß, wenn sich mehrere Personen unter der Form einer OHG eintragen lassen oder sonstwie als OHG auftreten, jeder von ihnen für

¹¹⁾ Heins NJW 1948 S. 252 will in solchen Fällen mit der Annahme einer Verfügung über einen künftigen Gewinnanteil (Verzicht zu Erbschaftszwecken oder gegen sonstige Leistung) helfen und kommt damit zum gleichen Ergebnis. Eine solche Konstruktion ist aber höchstens wirtschaftlich, nicht rechtlich möglich, da, wenn im Gesellschaftsvertrag kein Gewinnanteil vereinbart ist, auch keine Verfügung darüber erfolgen kann.

¹²⁾ Vgl. RG JW 1903 Beil. S. 17, Staub § 105 Anm. 4, Weipert § 105 Anm. 9.

¹³⁾ Vgl. RG Bd. 37 S. 61, Staub § 105 Anm. 3, Weipert § 105 Anm. 10, Schlegelberger § 105 Anm. 5, Wieland S. 454.

¹⁴⁾ Vgl. zu dieser Frage einerseits Geiler bei Düringer-Hachenburg Bd. II, 1 Anm. 53 und bei Staudinger § 705 Anm. 22, Fischer § 706 Anm. 1, andererseits Oertmann BGB § 705 Anm. 2. — Die Ansicht Weiperts § 105 Anm. 18, daß, wenn ein Gesellschafter überhaupt zu keiner Leistung für den gemeinsamen Zweck verpflichtet sei, eine Gesellschaft nicht vorliegen könne, kann also für die OHG gar nicht akut werden.

¹⁵⁾ ZHR Bd. 30 S. 509.

¹⁶⁾ Ähnlich Hahn, HGB 4. Aufl. zu Art. 90 § 3; Staub 3./4. Aufl. zu Art. 85 § 3 und § 6; RG Bd. 19 S. 197; Schwalb, ZHR Bd. 34 S. 354.

¹⁷⁾ Wieland S. 501ff.

die Schulden haftet, die einer von ihnen unter der angeblichen Firma eingeht, auch wenn ein Gesellschaftsverhältnis unter ihnen nicht besteht, der eine vielmehr dem andern nur ein Darlehen geben oder ihm sonst seinen Kredit zur Verfügung stellen wollte. Das ergibt sich aus dem heute gewohnheitsrechtlich geltenden Satze, daß, wer im Handelsverkehr eine öffentliche Erklärung abgibt, sich von gutgläubigen Dritten daran festhalten lassen muß¹⁸⁾. Daraus folgt aber keineswegs, daß die Beteiligten auch befugt sind, als OHG aufzutreten, daß sie insbesondere die Firma einer OHG annehmen dürfen und ein Recht auf Eintragung als OHG in das Handelsregister haben, sobald sie nur die entsprechende Haftung übernehmen. Das ist vielmehr im Interesse der Verkehrssicherheit abzulehnen. Die Firma einer OHG und daher auch die Eintragung als OHG in das Handelsregister sind, wie § 105 zeigt, nur für Rechtsgebilde bestimmt, denen auch intern eine wirkliche Gesellschaft zugrunde liegt, bei denen also die Beteiligten das Gewerbe auf gemeinsame Rechnung betreiben wollen. Für die Zulassung bloßer Außengesellschaften, bei denen das Innenverhältnis dem Außenverhältnis nicht entspricht und bei denen deshalb eine Täuschung Dritter über die internen Rechtsbeziehungen hervorgerufen wird, besteht keinerlei Bedürfnis¹⁹⁾.

2. Der Zweck der Gesellschaft muß auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet sein²⁰⁾.

a) Der Begriff des Handelsgewerbes ergibt sich aus den §§ 1—3 HGB. Es kann an dieser Stelle nicht auf die Einzelheiten dieser recht komplizierten Regelung eingegangen, vielmehr muß insoweit auf die Erläuterungen in den Kommentaren und Lehrbüchern verwiesen werden. Hier muß ein kurzer Überblick über die allgemeinen Grundsätze genügen.

α) Wesentlich ist zunächst, daß ein Gewerbe beabsichtigt wird. Darunter ist ein auf eine gewisse Dauer angelegtes, auf Erwerb gerichtetes Unternehmen zu verstehen, das nicht eine wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit zum Hauptgegenstand hat. Fehlt die Gewinnabsicht, so kommt mithin eine OHG nicht in Betracht, etwa wenn es sich lediglich um die Verwaltung eines Vermögens²¹⁾ oder um die Förderung der Unternehmen der Mitglieder handelt, wie es z. B. bei einfachen Kartellen zutrifft. Ebenso ist eine OHG nicht zulässig zum Zwecke einmaliger Spekulationen; die Gelegenheitsgesellschaft ist vielmehr stets eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Das gleiche gilt für eine Vereinigung mehrerer Anwälte oder Ärzte zur gemeinsamen Ausübung ihres Berufes.

β) Das Gewerbe ist ein Handelsgewerbe, wenn es entweder eines der in § 1 Abs. 2 HGB aufgezählten Grundhandelsgeschäfte zum Gegenstand hat,

¹⁸⁾ Die Ausführungen Jacobis Iherings J. Bd. 70 S. 329 über die Anwendbarkeit der für die Außenhandelsgesellschaft geltenden Regeln trotz Fehlens eines Gesellschaftsvertrages betreffen nur das Verhältnis zu den Gläubigern, also die Regeln über die unbeschränkte Haftung und die Vertretungsmacht der Gesellschafter, und verdienen deshalb Zustimmung. Auch Wieland spricht S. 506 nur von der Anwendbarkeit der Normen über Haftung und Vertretung; er geht aber in Wahrheit weiter, da er S. 505 offenbar auch die Führung einer gemeinschaftlichen Firma und die Eintragung in das Handelsregister zulassen will.

¹⁹⁾ Gegen Wieland die herrschende Lehre, vgl. Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 2, Weipert § 105 Anm. 6; siehe auch D I S. 86.

²⁰⁾ Anders Art. 553 Schweizer OblR, der auch Kollektivgesellschaften zuläßt, die kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben. — In Deutschland gilt das für die Aktiengesellschaft (§ 3 AktG) und die GmbH (§ 1 GmbHG).

²¹⁾ Eine reine Holdinggesellschaft, die lediglich Beteiligungen verwaltet, kann deshalb nicht die Form einer OHG annehmen.

oder wenn es nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und sein Inhaber in das Handelsregister eingetragen ist (§ 2 HGB). Der Betrieb der Land- und Forstwirtschaft ist niemals ein Handelsgewerbe (§ 3 Abs. 1), es kann also im Gegensatz zur AG und GmbH eine OHG nicht zum Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft gegründet werden. Dagegen kann ein mit der Land- oder Forstwirtschaft verbundener gewerblicher Nebenbetrieb ein Handelsgewerbe sein, sofern er die Voraussetzungen des § 2 HGB erfüllt (§ 3 Abs. 2). Allerdings setzt der Begriff des Nebengewerbes grundsätzlich Gleichheit der Betriebsinhaber bei Haupt- und Nebengewerbe voraus, und es ist, wie erwähnt, nicht möglich, daß eine OHG als Hauptgewerbe Landwirtschaft betreibt. Wohl aber ist es denkbar, daß mehrere selbstständige Land- oder Forstwirte sich zum gemeinschaftlichen Betrieb eines Nebengewerbes zusammenschließen, etwa um die Erzeugnisse ihrer Betriebe gemeinsam weiter zu verarbeiten. Steht dieses Gewerbe im inneren Zusammenhange mit den landwirtschaftlichen Betrieben der einzelnen Gesellschafter, so ist § 3 Abs. 2 HGB anwendbar. Es genügt für die Identität der Unternehmensinhaber, wenn die Hauptbetriebe von den einzelnen Beteiligten selbständig, der Nebenbetrieb aber von ihnen gemeinschaftlich in Gesellschaftsform betrieben wird²²⁾. Denn auch in einem derartigen Falle trifft der Grundgedanke des § 3 Abs. 2 HGB zu; der Landwirt soll die Möglichkeit haben, für den gewerblichen Nebenbetrieb kaufmännische Formen zu benutzen, er soll dazu aber nicht gezwungen werden. Die Beteiligten können also, wenn das Nebengewerbe nach Art und Umfang einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordert, für ihren Zusammenschluß unter Eintragung in das Handelsregister die Form einer OHG wählen, sie können aber auch von der Eintragung absehen und sich mit einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts begnügen.

γ) Nach § 4 Abs. 2 HGB darf es sich nicht um das Gewerbe eines Minderkaufmannes handeln, d. h. es darf nicht ein Betrieb vorliegen, der nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert (Kleingewerbebetrieb). Wann das der Fall ist, kann wiederum an dieser Stelle nicht näher erörtert werden, sondern es muß auf die Darstellung des Minderkaufmannsbegriffs in den Lehrbüchern und Kommentaren verwiesen werden. Hervorgehoben sei nur, daß nach der Neufassung der §§ 2 und 4 HGB der Betrieb eines Großhandwerkers entgegen der früher herrschenden Lehre²³⁾ den Gegenstand einer OHG bilden kann²⁴⁾.

Geht nachträglich der Umfang des Betriebes einer OHG auf den eines Kleingewerbes zurück, so wird die OHG zur Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, ohne dadurch ihre Identität einzubüßen²⁵⁾. Allerdings kann das, solange sie im Handelsregister nicht gelöscht ist, gemäß § 5 HGB im Verkehr nicht geltend gemacht werden (vgl. unten zu δ), aber sie ist verpflichtet, die Löschung herbeizuführen, und diese kann vom Registergericht erzwungen werden²⁶⁾.

²²⁾ Vgl. Würdinger in RGR-Komm. z. HGB 2. Aufl. § 3 Anm. 8, Staub § 105 Anm. 15.

²³⁾ Vgl. die früh. Aufl. S. 6.

²⁴⁾ Auf die Eintragung in die Handwerksrolle kommt es nicht an (vgl. Schlegelberger § 105 Anm. 9; Baumbach-Duden § 7 Anm. B; OLG Oldenburg BB 1957 S. 416; abweichend Riechert Betrieb 1955 S. 643).

²⁵⁾ Vgl. BGH BB 1962 S. 349.

²⁶⁾ Vgl. RG Bd. 155 S. 75, Schlegelberger § 105 Anm. 10. — Abweichend KG in OLR Bd. 24 S. 171; OLG Karlsruhe JW 1928 S. 2644 und Bondi ebendort; Staub § 17 Anm. 15.

δ) Ist eine Firma in das Handelsregister eingetragen, so kann nach § 5 HGB nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Vollhandelsgewerbe sei. Diese Vorschrift gilt nach § 6 HGB auch für Handelsgesellschaften. Mithin gilt eine Gesellschaft, auch wenn die zu β und γ genannten Voraussetzungen nicht vorliegen, eine OHG also nicht errichtet werden durfte, im Verkehr doch als OHG, falls sie als solche in das Handelsregister eingetragen ist (Scheinhandelsgesellschaft²⁷⁾). Nach einer im neueren Schrifttum häufiger vertretenen, mit dem Wortlaut des Gesetzes allerdings kaum zu vereinbarenden Lehre soll für die Anwendung des § 5 sogar nicht einmal der Betrieb eines Gewerbes erforderlich sein, sondern das Vorhandensein eines Unternehmens genügen²⁸⁾. Andere Mängel werden dagegen von § 5 nicht betroffen. Besteht z. B. gar nicht die Absicht, einen Betrieb zu begründen, so ist trotz der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister § 5 nicht anwendbar.

In den Fällen des § 5 ist die Gesellschaft nicht OHG, sie gilt aber im Verkehr als OHG, solange die Eintragung besteht. Auch auf das Innenverhältnis, d. h. die Beziehungen der Gesellschafter zueinander, findet § 5 Anwendung²⁹⁾, da er nicht lediglich den guten Glauben Dritter schützen, sondern auch zugunsten des oder der Eingetragenen Rechtssicherheit schaffen will³⁰⁾. Daß die Gesellschaft aber in Wahrheit keine OHG ist, zeigt sich darin, daß das Registergericht jederzeit die Firma nach § 142 FGG von Amts wegen löschen und dadurch die Geltung als OHG beseitigen kann.

Inwieweit auch beim Fehlen der Voraussetzungen des § 5 gutgläubigen Dritten gegenüber der Schein einer OHG von Bedeutung sein kann, wird unten noch näher zu besprechen sein³¹⁾.

b) Das Gewerbe muß von der Gesellschaft betrieben werden. Das bedeutet, daß die Geschäfte im Namen aller Gesellschafter, d. h. unter der Firma als dem gemeinschaftlichen Handelsnamen, vorgenommen werden müssen. Sollen die Geschäfte auf den Namen eines einzelnen Gesellschafters, wenn auch für Rechnung aller geführt werden, so liegt keine OHG vor³²⁾. Dagegen ist nicht erforderlich, daß der Betrieb für Rechnung aller Gesellschafter erfolgt. Eine interne Vereinbarung, daß der Gewinn einem Gesellschafter oder einem Dritten zufallen soll, während ein Teil der Gesellschafter oder auch alle ein festes Gehalt beziehen, würde, wie oben schon dargelegt, den Begriff der OHG nicht ausschließen.

c) Notwendig ist lediglich, daß der Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes bezweckt wird. Nicht erforderlich ist, daß der Betrieb schon begonnen hat. Das zeigt § 123 Abs. 1 HGB, der die Wirksamkeit einer OHG gegenüber Dritten mit dem Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister eintreten läßt, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des Geschäfts-

²⁷⁾ Vgl. Würdinger in RGR-Komm. z. HGB 2. Aufl. § 5 Anm. 3a, Schlegelberger § 105 Anm. 16, Hueck, ArchBürgR Bd. 43 S. 445.

²⁸⁾ Vgl. Ehrenberg Handb. d. ges. HR Bd. 2, S. 133; Gierke S. 68; Müller-Erzbach S. 63; Wieland S. 124; Göppert, Eintragungen in das Handelsregister von besonderer Eigenart S. 16; Lehmann, Handel und Gewerbe S. 47; Reinhardt, Handel und Gewerbe S. 57. — Dagegen u. a. BGH Bd. 32 S. 313/14; Würdinger in RGR-Komm. z. HGB § 5 Anm. 2; Düringer-Hachenburg § 5 Anm. 5; Hueck a. a. O. S. 420; Schlegelberger § 5 Anm. 2, § 105 Anm. 16; Staub § 5 Anm. 2.

²⁹⁾ Vgl. RG Bd. 50 S. 158.

³⁰⁾ Vgl. Hueck a. a. O. S. 423. — Auch ein Konkursverfahren ist möglich, vgl. Jaeger KO § 209 Anm. 2.

³¹⁾ Vgl. unten § 5, III.

³²⁾ Vgl. RG JW 1901 S. 406; RG Bd. 165 S. 265, Bd. 166 S. 160.

beginnes. Im Innenverhältnis ist nicht einmal die Eintragung notwendig (vgl. unten S. 29)³³⁾. Natürlich muß aber ein wirklicher Betrieb beabsichtigt sein. Steht fest, daß die Gründung nur zum Schein erfolgt, etwa um den Namen eines Beteiligten zur Firmenbildung zu verwerten³⁴⁾, oder um Steuern zu umgehen oder ein Vorkaufsrecht eines Dritten zu vereiteln³⁵⁾, so kommt eine OHG nicht zustande, unbeschadet einer etwaigen Haftung gegenüber gutgläubigen Dritten.

3. Die Gesellschaft muß eine gemeinschaftliche Firma haben, oder es muß doch der Betrieb unter einer solchen Firma beabsichtigt sein.

a) Die Gesellschaft muß überhaupt eine Firma haben³⁶⁾. Fehlt jede Kollektivbezeichnung, tritt jeder Gesellschafter nach außen nur unter seinem eigenen Namen auf, so kann es sich nur um eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts handeln³⁷⁾.

Eine andere Frage ist, ob die Beteiligten nicht verpflichtet sind, eine gemeinschaftliche Firma anzunehmen und dadurch ihre Gesellschaft zu einer OHG zu machen (vgl. dazu unten zu II.) Selbst wenn aber diese Frage zu bejahen ist, so besteht doch, solange die Gesellschafter diese Pflicht nicht erfüllt haben, noch keine OHG, weil diese eben eine gemeinschaftliche Firma voraussetzt. Das gilt auch dann, wenn das Gewerbe Grundhandelsgeschäfte nach § 1 HGB zum Gegenstand hat, also auch ohne Eintragung einer Firma ein Handelsgewerbe vorliegt. Nicht erforderlich ist dann allerdings die Eintragung der Firma, sofern die Gesellschaft nur eine Firma hat. Die Eintragung spielt für die Entstehung einer OHG nur im Fall des § 2 HGB eine Rolle³⁸⁾.

b) Die Firma muß von der OHG als solcher, d. h. von der Gemeinschaft der Gesellschafter geführt werden. Steht sie nur einem Mitglied zu, so würde das Unternehmen nicht im Namen der Gesellschaft betrieben; es würde deshalb, wie oben unter 2b schon dargelegt wurde, keine OHG vorliegen.

Zweifelhaft ist, ob letzteres schon dann zutrifft, wenn eine neu angenommene Firma lediglich den Personennamen eines Gesellschafters ohne einen das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz enthält. Es wird geltend gemacht, eine solche Firma stelle sich nach außen hin immer nur als Firma eines einzelnen dar, es komme deshalb nicht darauf an, ob sie als gemeinschaftliche Firma gewollt sei³⁹⁾. Dem kann nicht zugestimmt werden. Eine Gesellschafts-firma kann an sich den Personennamen nur eines Gesellschafters enthalten, nämlich wenn es sich um eine übernommene Firma handelt (§ 22 HGB)⁴⁰⁾. Ob diese Voraussetzung vorliegt, ist für Dritte nicht ersichtlich. Für sie kann

³³⁾ Wie hier RG Bd. 112 S. 280; BGH Bd. 10 S. 96; Schlegelberger § 105 Anm. 12; Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 11; Wieland S. 251. — Abweichend Staub § 105 Anm. 11; vgl. auch Pisko, Lehrb. des österr. Handelsrechts (1923) S. 350.

³⁴⁾ Vgl. OLG Colmar OLR Bd. 8 S. 383.

³⁵⁾ Vgl. RG JW 1930 S. 2655; siehe auch RG DJZ 1902 S. 167, BayObLG LZ 1921 S. 385.

³⁶⁾ Nicht nötig ist, daß es sich um eine rechtlich zulässige Firma handelt (vgl. BGH LM § 133 HGB Nr. 3: Bezeichnung des Gesellschaftsunternehmens als „Café K“ genügt). Auch der Zusatz „mit beschränkter Haftung“ schließt die Entstehung einer OHG nicht notwendig aus (vgl. BGH Bd. 22 S. 243 und unten Note 46).

³⁷⁾ Vgl. RG Bd. 13 S. 230, Bd. 33 S. 128; Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 9.

³⁸⁾ Vgl. oben S. 6.

³⁹⁾ Vgl. RG Bd. 82 S. 24, JW 1927 S. 1674; Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 8. — Dagegen OLG Jena JW 1929 S. 2169; Schlegelberger § 105 Anm. 18; Ehrenberg Bd. II, 1 S. 68 Note 16.

⁴⁰⁾ Vgl. unten zu c.

es deshalb nur darauf ankommen, ob die Firma als gemeinsame tatsächlich benutzt wird. Stehen etwa im Handelsregister unter einer Firma, die nur den Namen eines Gesellschafters enthält, mehrere Personen als Gesellschafter eingetragen, so können Dritte sie als unbeschränkt haftende Mitglieder einer OHG in Anspruch nehmen. Aber auch im Innenverhältnis ist nicht maßgebend, ob die Firma richtig gebildet ist, sondern nur, ob die Gesellschafter sie als gemeinschaftliche Bezeichnung ihrer Gesellschaft gewollt haben. Der Fall liegt nicht anders, als wenn die Gesellschafter entgegen dem Gesetz eine Sachfirma oder eine sonstwie dem Gesetz nicht entsprechende Firma gewählt haben; die Firma ist dann zwar unzulässig, aber dadurch wird das Vorliegen einer OHG nicht ausgeschlossen, wie für diesen Fall auch das RG anerkannt hat⁴¹⁾.

c) Die Form der Firma richtet sich nach den §§ 17 ff. HGB. Wird die Firma neu gebildet, so muß sie den Namen wenigstens eines Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz oder die Namen aller Gesellschafter enthalten. Die Beifügung von Vornamen ist nicht erforderlich⁴²⁾. Die Namen von Nichtgesellschaftern dürfen nicht in einer Weise übernommen werden, daß der Irrtum entstehen könnte, sie seien Gesellschafter (§ 19 HGB).

Übernimmt die OHG ein schon bestehendes Handelsgeschäft, so kann sie die bisherige Firma fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich einwilligen (§ 22 Abs. 1 HGB). Handelt es sich um die Firma einer AG, einer KommAG oder einer GmbH, so sind die jetzt nicht mehr zutreffenden Gesellschaftsbezeichnungen zu streichen; dasselbe gilt, wenn der bisherige Inhaber eine Kommanditgesellschaft war und die Firma die Bezeichnung „KG“ enthielt. Denn die Fortführung einer falschen Gesellschaftsbezeichnung wäre geeignet, beim Publikum eine Täuschung hervorzurufen; auf der anderen Seite ist ihre Fortführung im Interesse der Erhaltung des Firmenwertes nicht erforderlich, da die bloße Bezeichnung der Gesellschaftsform keine individualisierende Kraft hat. Die Fortführung ist deshalb nach § 18 Abs. 2 HGB unzulässig, sofern nicht durch einen Nachfolgezusatz der Sachverhalt klargestellt wird⁴³⁾. Umgekehrt kann der übernommenen Firma die Bezeichnung „offene Handelsgesellschaft“ beigefügt werden; nötig ist das aber nicht, wie ein Umkehrschluß aus dem früheren § 22 Abs. 1 Satz 2 HGB, der für die AG eine solche Beifügung vorschrieb, ergibt. Hätte das Gesetz die in der Praxis häufige Fortführung einer Einzelfirma ohne Gesellschaftszusatz durch eine OHG verbieten wollen, so hätte es das in § 22 genau so wie für die AG zum Ausdruck bringen müssen⁴⁴⁾.

⁴¹⁾ Vgl. RG Bd. 82 S. 24; JW 1927 S. 1674; ebenso KGJ Bd. 41 A 120, OGH Köln NJW 1949 S. 382; BGH wie Note 36; Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 8; Staub § 105 Anm. 20; Weipert § 105 Anm. 19; Wieland S. 520.

⁴²⁾ Bei natürlichen Personen kommt nur der wirkliche Name, nicht eine für ein eigenes Unternehmen des Gesellschafters geführte Firma in Betracht (vgl. KG JW 1939 S. 423). Ist dagegen eine Gesellschaft (OHG, KG, AG, GmbH) Gesellschafterin der OHG, so kann zur Bildung der Firma der OHG die Firma der Gesellschaft benutzt werden, da diese keinen anderen Namen hat (vgl. OLG Celle NJW 1963 S. 543).

⁴³⁾ Vgl. RG Bd. 157 S. 373; KG RJA Bd. 17 S. 38; Würdinger RGR-Komm z. HGB 2. Aufl. § 22 Anm. 39.

⁴⁴⁾ Vgl. Würdinger a. a. O. § 22 Anm. 39; Lehmann, Handel und Gewerbe S. 81; KG JW 1930 S. 2712; OLG Gera NJ 1947 S. 188. — Abweichend Schlegelberger § 22 Anm. 20; bedenkl. RG Bd. 113 S. 209 und Bd. 133 S. 325, wenn dort bei abgeleiteten Firmen ein das Geschäftsverhältnis andeutender Zusatz für notwendig erklärt wird. Doch geschieht das nur beiläufig bei Erörterung des § 25 HGB,

Das gleiche gilt, wenn eine OHG dadurch gebildet wird, daß jemand in das Unternehmen eines Einzelkaufmannes als Gesellschafter eintritt (§ 24 Abs. 1 HGB).

d) Eine OHG kann immer nur eine Firma haben. Bei einer Handelsgesellschaft ist die Firma nicht nur wie beim Einzelkaufmann der besondere Handelsname, unter dem das Geschäft betrieben wird, sondern sie ist die einzige Bezeichnung und damit das einzige Unterscheidungsmittel für den Firmeninhaber. Es würde Verwirrung stiften, wenn ein und dieselbe Gesellschaft zwei verschiedene Firmen führen könnte, es würde dadurch beim Publikum leicht der Irrtum hervorgerufen, daß es sich um verschiedene Rechtssubjekte handle, was im Hinblick auf die Beurteilung der Kreditwürdigkeit und die Schuldenhaftung sehr bedenklich wäre⁴⁵⁾.

Erwirbt eine schon bestehende OHG ein anderes Geschäft mit Firma, so kann sie mithin diese Firma nur fortführen, wenn sie ihre bisherige Firma aufgibt. Zulässig ist auch, daß sie die bisherige Firma mit der erworbenen zu einer einheitlichen neuen Firma vereinigt⁴⁶⁾. Will sie dagegen ihre bisherige Firma unverändert beibehalten, so muß sie auf die Firma des übernommenen Geschäfts verzichten. Will sie das nicht, so bleibt die Möglichkeit, daß sie das erworbene Unternehmen nicht selbst fortführt, sondern es durch einen anderen, auch einen Mitgesellschafter, als Treuhänder führen läßt, wobei dann der Treuhänder nach außen hin allein Inhaber ist, im Innenverhältnis das Unternehmen aber für Rechnung der OHG führt⁴⁷⁾. Endlich können auch dieselben Gesellschafter eine zweite OHG gründen und für diese die übernommene Firma benutzen (vgl. unten zu IV).

Das Gesagte gilt grundsätzlich auch für eine Zweigniederlassung; auch für sie darf die OHG keine völlig selbständige zweite Firma führen⁴⁸⁾. Zulässig sind aber Zusätze, die, ohne die Firmengleichheit von Haupt- und Zweigniederlassung zu beeinträchtigen, die Firma der letzteren als Zweigniederlassungsfirma kennzeichnen. Nach neuerer Rechtssprechung⁴⁹⁾ ist auch eine abweichende Firma für die Zweigniederlassung möglich, falls in ihr zum Ausdruck kommt, daß sie die Firma einer Zweigniederlassung ist und sie die Firma der Hauptniederlassung klar erkennen läßt, so daß also über die Identität der OHG als Inhaber der Haupt- und der Zweigniederlassung kein Zweifel bestehen kann.

4. Die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern darf bei keinem Gesellschafter beschränkt sein.

so daß darin wohl keine endgültige Stellungnahme des RG zu der hier interessierenden Frage zu erblicken ist. Umgekehrt hat denn auch RG Bd. 169 S. 150 = JFG Bd. 23 S. 272 anerkannt, daß eine KG die Firma eines Einzelkaufmannes unverändert fortführen darf, ohne allerdings die hier interessierende Frage ausdrücklich zu erörtern.

⁴⁵⁾ Vgl. RG Bd. 85 S. 399, Bd. 99 S. 159, Bd. 113 S. 216; KG KGJ 20 A S. 39, OLR Bd. 41 S. 193; Würdinger a. a. O. § 17 Anm. 5; Schlegelberger § 17 Anm. 6, § 105 Anm. 18; Baumbach-Duden § 17 Anm. 1 E; Groschuff JW 1935 S. 3259; Richert NJW 1955 S. 369. — Abweichend Opet ZHR Bd. 49 S. 65; Langen ZHR Bd. 58 S. 354; Schleunig, Die Führung von zwei Firmen durch Handelsgesellschaften (1905); OLG Graz NJW 1962 S. 208 mit zust. Anm. von Nies. — Die Abhandlung von Nipperdey, Die Zulässigkeit doppelter Firmenführung für ein einheitliches Handelsgeschäft, Festschr. für A. Hueck (1959) S. 195 ff. bezieht sich nur auf Einzelkaufleute, nicht auf Gesellschaften.

⁴⁶⁾ Vgl. Würdinger a. a. O. § 22 Anm. 38; Schlegelberger § 22 Anm. 23.

⁴⁷⁾ Vgl. RG Bd. 99 S. 158; dagegen Groschuff JW 1935 S. 3261.

⁴⁸⁾ Vgl. RG Bd. 113 S. 213 mit einem Überblick über Rechtsprechung und Schrifttum.

⁴⁹⁾ Vgl. KG JFG Bd. 8 S. 146, Bd. 13 S. 65.

Dieses negative Begriffsmerkmal unterscheidet die OHG von der Kommanditgesellschaft. Da der Ausschluß der unbeschränkten Haftung eines Gesellschafters bei einer Handelsgesellschaft, die nicht Kapitalgesellschaft ist, lediglich dadurch erfolgen kann, daß der betreffende Gesellschafter die Stellung eines Kommanditisten erhält, so kann das Begriffsmerkmal auch dahin formuliert werden, daß keine KG vorliegen darf. Ist das nicht der Fall und treffen die übrigen, bisher besprochenen Merkmale zu, so ergibt sich die unbeschränkte Haftung aller Gesellschafter zwangsweise aus § 128 HGB. Deshalb braucht, wer das Vorhandensein einer OHG behauptet, nur zu beweisen, daß eine Gesellschaft vorliegt, die den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma bezweckt. Sache des Gegners wäre es dann, das Vorliegen einer KG darzutun⁵⁰⁾.

Über den Inhalt der Haftung vgl. unten S. 223ff. Hier ist nur hervorzuheben, daß für den Begriff der OHG lediglich die unbeschränkte Haftung im Außenverhältnis, also gegenüber den Gläubigern, wesentlich ist. Im Innenverhältnis dagegen können die Gesellschafter die Haftung beliebig regeln, ohne daß das für das Vorhandensein einer OHG von Bedeutung wäre. Der Ausschluß der Haftung eines Gesellschafters im Innenverhältnis hindert die Gläubiger nicht, diesen Gesellschafter in Anspruch zu nehmen, er verpflichtet nur die übrigen Gesellschafter, den Begünstigten von der Haftung zu befreien oder die Folgen einer trotzdem erfolgten Inanspruchnahme wieder zu beseitigen.

II. Sofern die geschilderten Merkmale vorhanden sind, liegt eine OHG vor, d. h. es gelangen die für die OHG geltenden Rechtsnormen zur Anwendung. Ob die Beteiligten diese Wirkung wollen, ist gleichgültig⁵¹⁾. Sie können sie deshalb auch nicht dadurch ausschließen, daß sie ausdrücklich erklären, sie wollten keine OHG bilden. Fehlt dagegen auch nur eins der Merkmale, so können zwar möglicherweise einzelne Vorschriften des OHG-Rechts anwendbar sein, nicht aber dieses in seiner Gesamtheit.

Es fragt sich aber, ob nicht die Gesellschafter beim Fehlen einzelner Voraussetzungen verpflichtet sind, sie herbeizuführen und damit ihre Vereinigung zu einer OHG machen. Das trifft in der Tat zu.

Natürlich ist niemand verpflichtet, zusammen mit anderen ein auf Gewinn gerichtetes Unternehmen zu betreiben. Schließen sich aber mehrere Personen zum gemeinschaftlichen Betrieb eines vollkaufmännischen Gewerbes zusammen, und begründen sie nicht eine Vereinigung mit Rechtsfähigkeit, so stehen für diesen Zweck nur die Formen der OHG und der KG zur Verfügung. Die Beteiligten können deshalb die Anwendbarkeit der Regeln der OHG nicht dadurch vermeiden, daß sie keine gemeinschaftliche Firma annehmen⁵²⁾. Vielmehr kann das Registergericht die Annahme einer solchen Firma erzwingen. Denn jeder Inhaber eines kaufmännischen Gewerbes muß eine Firma haben und eintragen lassen (§ 29 HGB). Wollen also die Gesellschafter nach außen hin⁵³⁾ das Unternehmen gemeinsam betreiben, so müssen sie

⁵⁰⁾ Vgl. Staub § 105 Anm. 25; Wieland S. 520 Note 22; Schlegelberger § 105 Anm. 20.

⁵¹⁾ Vgl. BGH Bd. 10 S. 97; Bd. 22 S. 244; Weipert § 105 Anm. 15; Ehrenberg Bd. II, 1 S. 68; OGH Köln NJW 1949 S. 382. Auch die Absicht, eine GmbH zu begründen, schließt, wenn schon ein werbendes Unternehmen betrieben wird, das Vorliegen einer OHG nicht aus, vgl. OHG Köln a. a. O., OLG Frankfurt NJW 1948 S. 429.

⁵²⁾ Vgl. aber über die Möglichkeit, das Gewerbe auf den Namen eines Gesellschafters zu betreiben, oben I, 2, b.

⁵³⁾ Davon zu unterscheiden ist der Fall, daß die Gesellschafter nur eine Innengesellschaft beabsichtigen, sie also nach außen selbständig als Einzelkaufleute auf-

eine gemeinsame Firma annehmen⁵⁴⁾. Das gilt in gleicher Weise für die Fälle des § 1 und des § 2 HGB. Der Unterschied liegt nur darin, daß im Fall des § 1 die OHG schon durch Annahme einer gemeinsamen Firma entsteht, ohne daß es einer Eintragung bedarf, während im Fall des § 2 das Gewerbe erst durch die Eintragung zum Handelsgewerbe wird und deshalb die Eintragung notwendige Voraussetzung für das Bestehen der OHG ist⁵⁵⁾. In den Fällen des § 3 Abs. 2 HGB dagegen steht den Beteiligten frei, ob sie durch Eintragung in das Handelsregister eine OHG begründen oder durch Unterlassung der Eintragung eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts bleiben wollen⁵⁶⁾.

Die Beteiligten können der unbeschränkten Haftung auch nicht dadurch entgehen, daß sie sich als Verein bezeichnen und in ihrer Satzung die Verpflichtung der Mitglieder auf die Leistung von Vereinsbeiträgen beschränken, sofern sie nicht die Form rechtsfähiger Personenverbände (AG, KommAG, GmbH, Genossenschaft, rechtsfähiger Verein nach BGB) wählen. Vielmehr kann auch in einem solchen Fall das Registergericht die Eintragung in das Handelsregister und die Änderung der Bezeichnung in eine dem Gesetz entsprechende Firma einer OHG erzwingen⁵⁷⁾. Handelt es sich um ein Handelsgewerbe im Sinn des § 1 HGB, so ist der angebliche Verein von vornherein eine OHG; handelt es sich um ein Gewerbe im Sinn des § 2, so wird er zur OHG durch die Eintragung.

III. Fällt nachträglich eins der unter I genannten begriffswesentlichen Erfordernisse der OHG fort, so kann die OHG als solche nicht fortbestehen. Hinsichtlich der im übrigen eintretenden Rechtsfolgen ist zu unterscheiden, ob es sich um ein für jede Gesellschaft notwendiges Erfordernis handelt oder um ein speziell für den Begriff der OHG wesentliches Merkmal.

1. Im ersteren Fall wird die Gesellschaft aufgelöst. Ein Beispiel bietet der Fortfall aller Gesellschafter bis auf einen, da es bei den Personengesellschaften im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften keine Einmangesellschaft gibt⁵⁸⁾. Die Folgen sind die normalen Folgen einer Auflösung der OHG, mangels abweichender Satzungsbestimmung oder Gesellschafterbeschlusses die Liquidation⁵⁹⁾⁶⁰⁾.

2. Im zweiten Fall bleibt die Gesellschaft als solche erhalten, sie ändert nur die Rechtsform, ohne ihre Identität einzubüßen. Eine Vermögensüber-

treten, aber intern eine Interessengemeinschaft bilden. Das ist natürlich zulässig; es liegt dann keine OHG, sondern eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts vor.

⁵⁴⁾ Vgl. Staub § 105 Anm. 15 und 21; Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 9; Wieland S. 448; Moll, HoldhMSchr. 1904 S. 150.

⁵⁵⁾ Eine Gesellschaft, die ein Gewerbe im Sinn des § 2 HGB betreibt, ist deshalb bis zur Eintragung nur eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

⁵⁶⁾ Vgl. oben I, 2, a, β.

⁵⁷⁾ Vgl. BGH Bd. 22 S. 244; Weipert § 105 Anm. 15; Ehrenberg Bd. II, 1 S. 70; Wieland S. 521; Würdinger S. 105; Schultze-von Lasaulx, Alfred Schultze-Festschrift S. 30; KGJ Bd. 41 A S. 117. Abweichend Gierke, ArchBürgR Bd. 19 S. 136, z. T. auch Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 3. — Das Innenverhältnis kann allerdings, da die gesetzliche Regelung dispositiv ist, weitgehend nach Art eines nicht rechtsfähigen Vereines geregelt werden (vgl. Ehrenberg a. a. O.).

⁵⁸⁾ Vgl. unten § 2, II.

⁵⁹⁾ Vgl. unten §§ 23, 31, 32.

⁶⁰⁾ Bei Wegfall aller Gesellschafter bis auf einen kann aber durch den Gesellschaftsvertrag oder einen Gesellschafterbeschluß die Übernahme des Vermögens durch den verbleibenden Gesellschafter vorgesehen werden. Auch dann fällt die Gesellschaft fort, aber das Vermögen geht im Wege der Universalsukzession auf den letzten Gesellschafter über (Näheres unten § 30).

tragung ist deshalb nicht erforderlich (sog. formwechselnde Umwandlung)⁶¹⁾. Ein Beispiel wurde oben bei Note 25) schon erwähnt, nämlich der Rückgang des Betriebsumfanges auf den eines Kleingewerbes. Andere Beispiele sind die Verpachtung des Betriebes, derart, daß die bisherige OHG kein Gewerbe mehr betreibt,⁶²⁾ die Überlassung des Betriebes an eine zu diesem Zweck gegründete Betriebs-GmbH, so daß die OHG nur die Verwaltung der GmbH-Anteile behält, die Beschränkung der Haftung eines oder mehrerer Gesellschafter auf eine bestimmte Kapitaleinlage. In den ersteren Fällen wird die OHG zu einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts⁶³⁾, im zuletzt genannten Fall zu einer KG. Dagegen ist eine Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft (AG oder GmbH) nur unter gleichzeitiger Auflösung der bisherigen OHG und Übertragung des Vermögens auf die übernehmende juristische Person möglich (sog. übertragende Umwandlung)⁶⁴⁾.

IV. 1. Dieselben Personen können mehrere OHG bilden, ebenso wie eine Einzelperson mehrere getrennte Handelsgewerbe unter verschiedenen Firmen betreiben kann⁶⁵⁾. Davon ist scharf zu unterscheiden, daß eine OHG mehrere Betriebe, vor allem mehrere Zweigniederlassungen an verschiedenen Orten hat, wodurch die Identität der OHG nicht berührt wird. Welche von beiden Möglichkeiten zutrifft, hängt vom Willen der Gesellschafter ab, der aber nach außen erkennbar hervortreten muß, wenn mehrere Gesellschaften bestehen sollen⁶⁶⁾. Nicht notwendig ist, daß die Gesellschaften sich in verschiedenen Handelszweigen betätigen, wie umgekehrt die Verschiedenartigkeit der Handelsgewerbe die Einheit der OHG nicht ausschließt, da ein Unternehmen mehrere Gewerbearten in sich vereinigen kann. Für das Vorhandensein mehrerer Gesellschaften spricht vor allem die Benutzung verschiedener Firmen⁶⁷⁾, da eine OHG nicht verschiedene Firmen haben darf (oben I, 3 d). Einheit der OHG trotz Verschiedenheit der Firmen könnte also nur bei einem Verstoß gegen das Gesetz vorkommen⁶⁸⁾. Auf der anderen Seite ist für das Vorhandensein mehrerer Gesellschaften erforderlich, daß jede Gesellschaft selbständig die sämtlichen Begriffsmerkmale der OHG erfüllt, namentlich also eine selbständige Firma hat. Denkbar ist allerdings, daß diese Firmen äußerlich gleichlautend sind, doch müssen die Gesellschaften dann verschiedene Sitze haben, da jede Firma sich nach § 30 HGB von allen an demselben Ort oder in derselben Gemeinde bestehenden Firmen unterscheiden muß, also am gleichen Ort nicht zwei Gesellschaften mit der gleichen

⁶¹⁾ Vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht 11. Aufl. S. 225; Schlegelberger § 105 Anm. 64; BGH Bd. 32 S. 312.

⁶²⁾ Vgl. BB 1962 S. 349.

⁶³⁾ Dabei ist aber § 5 HGB zu beachten, vgl. oben unter I, 2, a, δ.

⁶⁴⁾ Um eine Einzelübertragung zu vermeiden, kann allerdings zunächst eine AG oder GmbH gegründet werden, die als Gesellschafterin in die OHG eintritt und dann unter Ausscheiden aller übrigen Gesellschafter das Unternehmen im Wege der Universal sukzession gemäß § 142 HGB übernimmt (vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht S. 229). Ein Untergang der Personengesellschaft und ein Vermögensübergang auf ein anderes Rechtssubjekt treten aber auch dann ein. Ferner müssen bei Gründung der Kapitalgesellschaft die Gründungsvorschriften des AktG bzw. GmbHG und gegebenenfalls die Vorschriften über die Nachgründung (§§ 45, 46 AktG) beachtet werden.

⁶⁵⁾ Heute allgemein anerkannt, vgl. schon ROHG Bd. 29 S. 156, RG Bd. 16 S. 17.

⁶⁶⁾ Vgl. RG Bd. 16 S. 17; abweichend Wieland S. 790 Note 3, anders aber für das Außenverhältnis S. 791.

⁶⁷⁾ Vgl. RG Bd. 43 S. 81.

⁶⁸⁾ Schlechthin ausgeschlossen ist aber die Einheit der OHG in einem solchen Fall nicht (so Staub § 105 Anm. 39), da die Benutzung mehrerer Firmen zwar unzulässig, aber nicht tatsächlich unmöglich ist.

Firma bestehen dürfen⁶⁹⁾. Ferner muß bei Gleichheit der Firma auf andere Weise erkennbar sein, daß voneinander unabhängige Gesellschaften bestehen.

2. Das Vorhandensein mehrerer Gesellschaften hat zur Folge, daß mehrere Vermögensmassen gebildet werden, die zwar denselben Personen gehören, aber rechtlich weitgehend selbständig sind. Auch im übrigen werden die mehreren Gesellschaften als selbständige Personengesamtheiten behandelt und zwar grundsätzlich in dem gleichen Umfang, wie auch sonst die Selbständigkeit einer OHG gegenüber ihren Mitgliedern besteht⁷⁰⁾. Sie können miteinander Geschäfte abschließen, in Wechselverkehr miteinander treten⁷¹⁾ und Prozesse miteinander führen⁷²⁾. Ebenso ist für jede Gesellschaft ein besonderes Konkursverfahren möglich und unter Umständen nötig, was im Hinblick auf die Verschiedenheit der Gläubiger der beiden Gesellschaften besonders wichtig ist⁷³⁾. Die Übertragung des Eigentums an Grundstücken von der einen Gesellschaft auf die andere bedarf der Auflassung und Eintragung⁷⁴⁾. Ein Schuldner der einen Gesellschaft kann nicht mit einer Forderung gegen die andere Gesellschaft aufrechnen.

§ 2. Die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft¹⁾

1. Mitglieder einer OHG können grundsätzlich alle natürlichen und juristischen Personen sein sowie solche Personengesamtheiten ohne Rechtsfähigkeit, die im Verkehr als selbständige Einheit auftreten und eine selbständige Haftung übernehmen können.

⁶⁹⁾ Ein Vorhandensein von mehreren Gesellschaften unter Verletzung dieser Vorschrift wäre theoretisch möglich, wird aber praktisch kaum vorkommen.

⁷⁰⁾ Vgl. dazu unten S. 186.

⁷¹⁾ Vgl. RG Bd. 47 S. 157.

⁷²⁾ Vgl. Schlegelberger § 105 Anm. 27; Weipert § 105 Anm. 29; Wieland S. 793; Jaeger, Die OHG im Zivilprozeß S. 44; abweichend Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 10; Staub § 105 Anm. 39; Ritter § 105 Anm. 6; Müller-Erzbach S. 188; OLG Hamburg OLR Bd. 3 S. 81.

Gewiß klagen in einem solchen Fall die Kläger streng genommen gegen sich selbst, aber sie sind in den beiden Parteirollen Inhaber ganz verschiedener Vermögensmassen, und es fragt sich, ob das für die Zulässigkeit des Prozesses genügt. Die Frage ist nicht aus theoretischen Erwägungen zu entscheiden, sondern sie ist zu bejahen, wenn ein praktisches Bedürfnis für eine solche Klage besteht. Das aber trifft zu. Wenn A, B und C an der OHG I zu 70, 20 und 10 Prozent, an der OHG II zu 25, 35 und 40 Prozent beteiligt sind und zwischen beiden eine Zahlung streitig ist, so ist A am Obsiegen der OHG I, B und C sind am Obsiegen der OHG II interessiert. Man könnte deshalb daran denken, daß A gegen B und C klagen müsse, etwa darauf, daß sie ihre Zustimmung zur Zahlung der OHG II an die OHG I geben. Aber ein solches Urteil würde ihm nichts helfen, wenn er bei der OHG II nicht geschäftsführungsbefugt ist, also die tatsächliche Zahlung nicht vornehmen kann. Würde er den B oder C direkt auf Zahlung an die OHG I verklagen, so würde er, selbst wenn man die Zulässigkeit einer solchen Klage bejahen würde, kein Urteil gegen die OHG II erhalten, also in deren Vermögen nicht vollstrecken können. Das von ihm erstrebte Ziel, nämlich Zahlung der OHG II an die OHG I, erreicht er nur, wenn die Klage zwischen den beiden Gesellschaften zugelassen wird.

⁷³⁾ Vgl. OLG Hamburg OLR Bd. 19 S. 307.

⁷⁴⁾ Vgl. Weipert § 105 Anm. 42; Schlegelberger § 105 Anm. 38; Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 10; KGJ Bd. 28 A S. 253; abweichend Staub § 105 Anm. 39, anders aber Anm. 31 im Gegensatz zu früheren Auflagen. — Vgl. auch KGJ Bd. 45 A S. 230, Bd. 51 A S. 180.

¹⁾ Vgl. Daeschner, Handelsgesetzliche Gestaltungsformen 1923; Eltzbacher, OHG und AG als Teilnehmerinnen einer OHG, ZHR Bd. 45 S. 40; Franz, Kann eine OHG Mitglied einer anderen OHG sein? 1928 (Diss.); Kölling, Gesamthandsgemeinschaften als Mitglieder von Personalgesellschaften des Handelsrechts 1938 (Diss.); Leeb, Handelsgesellschaften als Mitglieder einer OHG, SeuffBl., 13. Erg.Bd.

Im einzelnen ist vieles streitig. Will man in diesen Fragen Klarheit gewinnen, so muß man, da das Gesetz keine unmittelbaren Vorschriften enthält, vom Wesen und Zweck der OHG ausgehen. Auf der einen Seite ist zu berücksichtigen, daß wesentliche Voraussetzung der OHG die unbeschränkte persönliche Haftung jedes Gesellschafters ist, so daß nicht Mitglied sein kann, wer eine solche Haftung nicht zu übernehmen vermag. Auf der anderen Seite erscheint es aus wirtschaftlichen Gründen wünschenswert, den Kreis derer, die Mitglieder einer OHG werden können, möglichst weit auszudehnen, denn die Rechtsform der OHG soll dem Wirtschaftsleben dienen, und dem würde es widersprechen, wenn man ohne zwingenden Grund die Möglichkeit der Teilnahme an einer OHG einschränken würde. Die Befugnis zur Beteiligung liegt im Interesse eines jeden, der überhaupt am Wirtschaftsleben teilnimmt, und zwar gilt das auch für diejenigen, die schon ein anderes Unternehmen haben. Denn in all den zahlreichen Fällen, in denen sich heute Unternehmer zusammenschließen, um gemeinsame Interessen wahrzunehmen, ist es für jeden Unternehmer wichtig, daran teilnehmen zu können. Für einen solchen Zusammenschluß aber kann die Form der Personengesellschaft, also der OHG oder der ihr nahe verwandten KG, zweckmäßig sein, etwa wenn mehrere Unternehmer eine besondere Gesellschaft gründen wollen zur Ausnutzung eines Patents oder zur Errichtung eines gemeinsamen Rohstoffwerkes oder einer Kraftanlage, zur Verwertung von Nebenprodukten ihrer Betriebe, zur Aufstellung wertvoller Maschinen, die der einzelne allein nicht auszunutzen vermag, zur Erhaltung oder Gewinnung eines gemeinsamen Kunden oder zu irgend einem ähnlichen Zweck, wie ihn die heutige Konzentration des Wirtschaftslebens so außerordentlich häufig mit sich bringt. Es liegt aber nicht nur im Interesse des einzelnen, sondern auch im Interesse einer möglichst zweckmäßigen Organisation des Wirtschaftslebens und damit im allgemeinen Interesse, eine solche Teilnahme zu ermöglichen und nicht einen einzelnen Unternehmer von der Ausnutzung an sich erlaubter wirtschaftlicher Möglichkeiten auszuschließen oder aber die Beteiligten zu zwingen, statt der Personengesellschaft die Form der anonymen Kapitalgesellschaft zu wählen. Alles das gilt allerdings nur, sofern nicht durch Teilnahme des betreffenden Unternehmers der Grundsatz der unbeschränkten Haftung aller Gesellschafter und damit eine wesentliche Grundlage der OHG beeinträchtigt wird. Hier liegt die Grenze für die Benutzung der Rechtsform der OHG; ihre Überschreitung würde die Verkehrssicherheit beeinträchtigen. Ist deshalb ohne ihre Verletzung eine OHG nicht möglich, so muß eine andere Gesellschaftsform gewählt werden.

Die Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte führt zu folgenden Ergebnissen:

1. Natürliche Personen

Jede natürliche Person kann Gesellschafter sein, soweit sie nicht von der Teilnahme am deutschen Wirtschaftsleben überhaupt ausgeschlossen ist. Demgemäß können sich auch Ausländer an einer deutschen OHG beteiligen.

S. 305; Marcus, Kann die Erbengemeinschaft Mitglied einer OHG sein? *Holdshems-Mschr.* Bd. 19 S. 87; Oppenheimer, Handelsgesellschaften als Mitglieder von Personalgesellschaften, 1922 (Diss.); Pappenheim, OHG und AG als Teilnehmerinnen einer OHG, *ZHR* Bd. 46 S. 412; Stiner, Firmen als Mitglieder einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, 1933 (Diss.); Stolz, Aktiengesellschaften als Mitglieder von Personalgesellschaften, 1930 (Diss.); Zielinski, Grundtypenvermischungen und Handelsgesellschaftsrecht, 1925.

Nicht erforderlich ist volle oder auch nur beschränkte Geschäftsfähigkeit. Natürlich bedürfen nicht voll geschäftsfähige Personen sowohl bei der Errichtung der Gesellschaft wie bei der Wahrnehmung ihrer Rechte in der Gesellschaft der Mitwirkung ihrer gesetzlichen Vertreter²⁾, auch ist zum Abschluß des Gesellschaftsvertrages die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nötig³⁾; das schließt aber ihre Teilnahme an der OHG als solche in keiner Weise aus.

Ebenso kann eine Ehefrau Mitglied einer OHG sein und zwar auch ohne Einwilligung ihres Ehemannes.

Nach früherem Recht konnte allerdings bei Widerspruch des Ehemannes der Zugriff der Gläubiger auf das eingebrachte Gut der Ehefrau ausgeschlossen sein, aber dadurch wurde die Beteiligung der Ehefrau an der OHG und ihre persönliche unbeschränkte Haftung nicht beeinträchtigt. Heute kommt ein solcher Widerspruch des Ehemannes beim gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft nach § 1364 BGB nicht mehr in Betracht⁴⁾. Besonderheiten können sich nur noch bei vereinbarter Gütergemeinschaft ergeben⁵⁾. Ebenso ist das frühere Recht des Ehemannes, die Geschäftsführungspflicht der Ehefrau mit Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts fristlos zu kündigen (§ 1358 BGB), beseitigt.

2. Juristische Personen

Die Frage, ob eine juristische Person, vor allem eine AG oder eine GmbH, Mitglied einer OHG sein könne, ist lange Zeit sehr bestritten gewesen⁶⁾. Seit der Entscheidung des RG vom 4. Juli 1922⁷⁾ wird sie aber ganz überwiegend bejaht, m. E. mit Recht. Von den Gegnern wird hauptsächlich eingewandt, daß, wenn juristische Personen des Privatrechts, deren Mitglieder selbst nur beschränkt haften, wie die AG und die GmbH, Mitglieder einer OHG werden könnten, in Wahrheit keine unbeschränkte Haftung aller Gesellschafter vorläge. Der Einwand verkennt, daß die juristische Person eine selbständige Einheit darstellt und daß deshalb die Teilnahme einer juristischen Person an einer OHG nur bedeutet, daß ihr Vermögen unbeschränkt haftet, nicht aber, daß auch das Vermögen ihrer Mitglieder haftet. Eine solche unbeschränkte Haftung der juristischen Person selbst aber tritt auch tatsächlich ein, sobald sie an der OHG teilnimmt. Wenn weiter eingewandt wird, daß bei der OHG durch persönliche Zusammenarbeit aller Gesellschafter der Gesellschaftszweck erreicht werden solle, eine solche persönliche Mitarbeit aber bei einer juristischen Person nicht in Betracht komme, so ist zu erwidern, daß eine Mitarbeit aller Gesellschafter keineswegs Voraussetzung für eine OHG ist, vielmehr der Ausschluß einzelner Gesellschafter von der Geschäftsführung im Gesetz selbst (§ 114 Abs. 2) vorgesehen und somit eine im wesentlichen nur kapitalmäßige Beteiligung zugelassen ist, daß aber außerdem die persönliche Zusammenarbeit durch die Organe der juristischen Person (Vor-

²⁾ Vgl. unten S. 219.

³⁾ Vgl. unten S. 46.

⁴⁾ Über eine etwaige Anwendbarkeit des § 1365 BGB vgl. Beitzke, Betrieb 1961 S. 21; Fischer NJW 1960 S. 937; Schlegelberger § 105 Anm. 55 a—55 c mit zahlreichen weiteren Literaturangaben.

⁵⁾ Näheres darüber in den Darstellungen des ehelichen Güterrechts.

⁶⁾ Vgl. die eingehenden Angaben in RG Bd. 105 S. 102 sowie bei Weipert § 105 Anm. 26. Neuerdings ablehnend Haupt-Reinhardt S. 44; Ritter § 105 Anm. 2b; de lege ferenda auch Lehmann S. 105. Ausführliche Begründung der bejahenden Ansicht bei Zielinski a. a. O.

⁷⁾ RG Bd. 105 S. 101.

stand, Geschäftsführer) erfolgen kann genau so, wie geschäftsunfähige oder beschränkt geschäftsfähige Gesellschafter durch ihre gesetzlichen Vertreter bei der Zusammenarbeit in der Geschäftsführung der OHG vertreten werden können. Auf der anderen Seite besteht aber, wie oben schon hervorgehoben wurde, ein wirtschaftliches Interesse, auch einer AG und einer GmbH die Teilnahme an einer OHG zu ermöglichen⁸⁾. Im übrigen kann auf die eingehende Begründung der zitierten RG-Entscheidung verwiesen werden^{9) 10)}.

Das gleiche gilt für juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit für sie die Teilnahme an einer Erwerbsgesellschaft überhaupt in Frage kommt.

3. Sonstige Personengesamtheiten

a) Eine OHG und ebenso eine KG können Gesellschafter einer OHG sein und zwar als solche, nicht etwa nur ihre Mitglieder¹¹⁾. Das ergibt sich daraus, daß diese Gesellschaften unter ihrer Firma selbständig im Verkehr auftreten und Verbindlichkeiten eingehen können (§ 124). Wenn dagegen geltend gemacht wird¹²⁾, daß durch eine solche Beteiligung ganz unklare Verhältnisse hinsichtlich der Schuldenhaftung und der Vertretung entstanden, so vermag ich dem nicht zuzustimmen. Ist die OHG A Mitglied der OHG B, so haften für die Schulden der letzteren nach § 128 sowohl die OHG A wie deren Gesellschafter persönlich und unbeschränkt. Ist die OHG A vertretungsberechtigter Gesellschafter der OHG B, so haben diejenigen Gesellschafter der

⁸⁾ Dementsprechend ist auch de lege ferenda die grundsätzliche Zulassung einer juristischen Person als persönlich haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft zu bejahen; ebenso der 1. Arbeitsbericht des Ausschusses für das Recht der Personengesellschaften der Akademie für deutsches Recht S. 83. — Einer etwaigen mißbräuchlichen Benützung der Rechtsform, wie sie namentlich bei der GmbH & Co. vorgekommen ist, kann und muß mit anderen Mitteln entgegengetreten werden; insbesondere kann durch Verwendung dieser Form die Körperschaftsteuer nicht umgangen werden, wie der RFH in ständiger Rechtsprechung anerkannt hat (vgl. RHF Bd. 10 S. 65, Bd. 17 S. 90, Bd. 21 S. 104).

⁹⁾ Die Möglichkeit der Teilnahme einer juristischen Person an einer OHG ist auch vom Gesetzgeber anerkannt worden, insofern der frühere § 10 der 1. DVO zum Umwandlungsg vom 14. 12. 1934 eine Vorschrift für den Fall enthielt, daß bei Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine OHG eine juristische Person an dieser beteiligt ist. In dem neuen Umwandlungsgesetz vom 12. 11. 1956 ist diese Vorschrift allerdings nicht mehr enthalten, aber nur deshalb, weil das für diesen Fall bestehende Genehmigungserfordernis weggefallen ist (vgl. Schlegelberger § 105 Anm. 25). — Dagegen schließt Art. 552 des Schweizer OblR juristische Personen von der Teilnahme an einer OHG aus, während sie Kommanditäre einer KG sein können (Art. 594).

¹⁰⁾ Soll die Firma der juristischen Person zur Bildung der Firma der OHG verwandt werden, so muß die ganze Firma, also auch die Angabe der Gesellschaftsform, aufgenommen werden, also z. B. „X-AG & Co“ (vgl. KG in KGJ Bd. 51 A S. 122).

¹¹⁾ Zustimmend die überwiegende Lehre im Schrifttum: Weipert § 105 Anm. 27; Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 22; Baumbach-Duden § 105 Anm. 1c; Wieland S. 837; Würdinger S. 106; Müller-Erzbach S. 180; Gierke 6. Aufl. S. 165; Bösebeck, Die kapitalistische Kommanditgesellschaft S. 80; Eltzbacher, ZHR Bd. 45 S. 41; Geiler, JW 1924 S. 1113; Schreiber, KommG auf Aktien S. 41; Ausschlußbericht (vgl. Note 8) S. 85; RFH Steuer und Wirtschaft 1930 Nr. 29 und 1009; OLG Stuttgart DR 1944 S. 575; LG Göttingen NJW 1949 NJW 1949 S. 789; Franz a. a. O. mit weiteren Angaben; abweichend aber im allgemeinen die Rechtsprechung vgl. RG Bd. 36 S. 139; KG in KGJ Bd. 11 S. 17, RJA Bd. 15 S. 214, JW 1935 S. 1794; OLG Hamburg ZHR Bd. 40 S. 457; OLG Dresden RJA Bd. 15 S. 43; OLG Stuttgart OLR Bd. 24 S. 170; aus dem Schrifttum: Schwarz § 105 Anm. 15; Staub § 105 Anm. 23; Teichmann-Köhler § 105 Anm. 6; Ritter § 105 Anm. 2b; Haupt-Reinhardt S. 44.

¹²⁾ Vgl. Haupt 3. Aufl. S. 43.

OHG A, die bei ihr Vertretungsmacht haben, diese auch für die Gesellschaft B. Wer haftet und wer Vertretungsmacht hat, kann aus dem Handelsregister leicht festgestellt werden. Auch daraus, daß die Gesellschafter der OHG A ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter der OHG B wechseln können und dadurch mittelbar die OHG B neue Mitglieder bekommt, ergeben sich keine durchschlagenden Bedenken. Denn auch sonst kann einem Gesellschafter einer OHG das Recht eingeräumt werden, ohne Zustimmung der übrigen neue Gesellschafter aufzunehmen¹³⁾. Genau so können die übrigen Gesellschafter sich bereit erklären, eine Gesellschaft mit einer anderen OHG und dadurch mittelbar mit deren Gesellschaftern zu bilden, auch wenn diese Gesellschafter in Zukunft wechseln sollten; sie können es, sie brauchen es aber nicht, denn sie können vertraglich einen Wechsel der Mitglieder der OHG A, solange diese der OHG B angehört, von ihrer Zustimmung abhängig machen. Es ergeben sich daraus also keine mit dem Wesen einer OHG in Widerspruch stehenden Besonderheiten. Besteht die Möglichkeit des Mitgliederwechsels ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter, so schützen gegen einen Mißbrauch die §§ 133, 140¹⁴⁾. Auf der anderen Seite würde es eine wirtschaftlich nicht wünschenswerte Beschränkung der Personengesellschaften bedeuten, wenn man ihnen die Teilnahme an anderen Personengesellschaften verbieten oder sie zwingen würde, die Stellung eines Kommanditisten oder eines stillen Gesellschafters zu wählen.

b) Eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts kann nicht Mitglied einer OHG sein, da sie nicht geschlossen als Einheit nach außen hin auftreten kann¹⁵⁾. Dasselbe gilt für den nicht rechtsfähigen Verein. Er hat zwar einen einheitlichen Namen, aber auch er kann sich nicht selbständig verpflichten, sondern seine Schulden sind Schulden der Mitglieder. Auch würde er durch die Teilnahme an einer OHG Kaufmann werden, damit aber sich notwendig in eine OHG verwandeln¹⁶⁾. Die stille Gesellschaft ist schon um deswillen ausgeschlossen, weil sie nach außen überhaupt nicht hervortritt, dagegen steht nichts im Wege, daß ihr Komplementar als solcher sich an einer OHG beteiligt.

c) Die Erbengemeinschaft kann nicht Mitglied einer OHG sein, da sie weder im Verkehr als geschlossene Einheit auftreten, noch eine unbeschränkte Haftung für ihre Mitglieder übernehmen kann. War der Erblasser Mitglied einer OHG und ist im Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben vorgesehen, so werden die einzelnen Erben Gesellschafter, nicht aber die Erbengemeinschaft als solche¹⁷⁾.

Selbstverständlich kann auch der Nachlaß mangels Rechtsfähigkeit nicht Gesellschafter sein. Daraus folgt, daß ein Testamentsvollstrecker, der den Nachlaß verwaltet, sich nicht für diesen an einer OHG beteiligen kann. Er kann nur entweder persönlich Mitglied der OHG werden, würde dann aber auch persönlich für die Schulden haften und nur intern im Rahmen des § 2206 BGB Ersatz von den Erben verlangen können, oder er kann der Gesellschaft als Vertreter der Erben angehören, so daß in Wahrheit diese Gesellschafter der OHG sind, dann aber ihrerseits unbeschränkt haften. Da aber der Testamentvollstrecker den Erben eine solche persönlich Haftung

¹³⁾ Vgl. unten S. 285.

¹⁴⁾ Vgl. unten S. 270 ff., 321 ff.

¹⁵⁾ Vgl. Schlegelberger § 105 Anm. 27; Wieland S. 830; Kölling a. a. O. S. 49; Lehmann S. 105.

¹⁶⁾ Vgl. oben S. 12; zustimmend Schlegelberger § 105 Anm. 27; Lehmann S. 109.

¹⁷⁾ Vgl. BGH Bd. 22 S. 192 mit weiteren Angaben sowie unten S. 300.

nicht gegen ihren Willen aufzwingen kann, so folgt, daß die Beteiligung nur mit Zustimmung sämtlicher Erben möglich ist und eine besondere Vollmacht der Erben voraussetzt¹⁸⁾.

d) Das für die Erbgemeinschaft Gesagte gilt entsprechend für die eheliche Gütergemeinschaft und die fortgesetzte Gütergemeinschaft. Nicht sie, sondern nur die beiden Ehegatten oder der überlebende Ehegatte und die Kinder können Mitglieder einer OHG sein¹⁹⁾.

e) Ein Konkursverwalter kann weder für das seiner Verwaltung unterliegende Vermögen, noch für den Gemeinschuldner einer OHG angehören, vielmehr hat umgekehrt der Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters notwendig die Auflösung der OHG (§ 131 Ziff. 5) oder das Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters aus der OHG (§ 138) zur Folge.

4. Treuhänder

Es ist rechtlich zulässig, daß jemand, der nach den Ausführungen zu 1—3 seinerseits Mitglied einer OHG sein kann, als Treuhänder für einen anderen in die OHG eintritt²⁰⁾, wobei es gleichgültig ist, ob das Treuhandverhältnis offen (d. h. für die anderen Gesellschafter erkennbar) oder verdeckt (den anderen Gesellschaftern nicht bekannt) ist²¹⁾. In beiden Fällen schließt der Treuhänder den Gesellschaftsvertrag im eigenen Namen ab, er allein wird Gesellschafter und Träger aller Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag. Dagegen sind die Treugeber an der OHG nicht beteiligt. Der Treuhänder handelt auch nicht als Vertreter, also nicht in ihrem Namen, sondern nur für ihre Rechnung²²⁾. Eine andere Frage ist, ob den Treugebern im Innenverhältnis unter den Gesellschaftern unmittelbare Rechte eingeräumt werden können. Das ist bei der das Innenverhältnis beherrschenden Vertragsfreiheit zu bejahen²³⁾. Treuhandverhältnisse finden sich in der Praxis mehr bei der KG als bei der OHG, sind aber auch bei ihr nicht ausgeschlossen.

II. Die Zahl der Gesellschafter ist nicht beschränkt, eine OHG kann also beliebig viele Gesellschafter haben. Ebenso wenig besteht eine Mindestzahl. Aus dem Wesen der Gesellschaft folgt aber, daß sie aus mehreren Personen bestehen muß. Eine Einmanngesellschaft, wie sie bei den mit Rechtsfähigkeit ausgestatteten Organisationen eine erhebliche Rolle spielt, ist bei der OHG nicht möglich. Scheiden alle Gesellschafter bis auf einen aus, so verwandelt sich die OHG notwendig in das Geschäft eines Einzelkaufmannes²⁴⁾.

¹⁸⁾ Näheres bei Hueck, ZHR Bd. 108 S. 28ff.

¹⁹⁾ Es steht nichts im Wege, daß Ehegatten sich ihrerseits zu einer OHG vereinigen. Die Fälle, daß sie ein Geschäft in Gütergemeinschaft betreiben und daß sie eine OHG bilden, sind scharf zu unterscheiden. Zwar gehört das Unternehmen in beiden Fällen den Ehegatten zur gesamten Hand; aber im ersten Fall bezieht sich die Gesamthandsgemeinschaft auf das ganze Vermögen, im zweiten Fall nur auf das Handelsgeschäft. Deshalb bedarf ein Gesellschaftsvertrag zwischen Ehegatten nicht der Form des § 1410 BGB und das eheliche Güterrecht ist nicht anwendbar. Vgl. auch RG LZ 1919 S. 1076. Dagegen muß § 1410 beachtet werden, wenn durch den auf Gründung der OHG gerichteten Vertrag zugleich das eheliche Güterrecht für die Zukunft geändert werden soll, sei es auch nur in bezug auf das der OHG gewidmete Vermögen oder das Einkommen aus der OHG.

²⁰⁾ Vgl. BGH Betrieb 1962 S. 1638; Schlegelberger § 161 Anm. 32.

²¹⁾ Vgl. BGH Bd. 10 S. 44.

²²⁾ BGH Betrieb 1962 S. 1638.

²³⁾ Vgl. BGH Bd. 10 S. 49/50.

²⁴⁾ Vgl. Wieland S. 508.

§ 3. Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft¹⁾

Über die Rechtsnatur der OHG ist viel gestritten worden; doch handelt es sich vielfach um rein begriffliche Erörterungen. Praktische Bedeutung hat die Frage nach der Rechtsnatur der OHG nur, soweit Klarheit darüber geschaffen werden soll, wie die OHG in die Vereinigungsformen unseres Rechts einzugliedern und wie sie demgemäß rechtlich zu behandeln ist, vor allem welche gesetzliche Vorschriften außer den §§ 105ff. HGB auf sie Anwendung finden. Nur insoweit soll die Frage im folgenden erörtert werden.

I. Die OHG ist eine Personengesellschaft, keine Kapitalgesellschaft d. h. sie baut auf den Persönlichkeiten der Gesellschafter, ihrer Mitarbeit, ihrer persönlichen Haftung auf, nicht aber auf einem bestimmten Grundkapital²⁾. Grundsätzlich ist deshalb die Mitgliedschaft an die Person gebunden, ein Wechsel der Mitglieder ist ohne besondere Vereinbarung oder Zustimmung aller Gesellschafter nicht möglich, während für die Kapitalgesellschaft grundsätzlich das Gegenteil gilt.

In ihrer regelmäßigen Gestalt ist die OHG Vermögens- und Arbeitsgemeinschaft. Aber auch wenn einzelne Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, so stellen sie doch ihren persönlichen Kredit zur Verfügung und haben auf der anderen Seite eine ganze Reihe von Kontroll- und Mitverwaltungsrechten (vgl. §§ 112, 113 Abs. 2, 116 Abs. 2, 117, 118, 127). Daraus folgt, daß die OHG wie jede Personengemeinschaft des deutschen Rechts von dem Grundsatz gegenseitiger Treue beherrscht wird³⁾.

II. Die OHG ist eine Gesellschaft, kein Verein. Die Unterscheidung dieser beiden Rechtsformen, die im BGB als Grundformen der Personenvereinigungen geregelt sind, ist bekanntlich umstritten, namentlich im Hinblick auf den nicht rechtsfähigen Verein. Man wird den Unterschied in folgendem zu finden haben:

1. Der Zweck des Vereins überdauert die Einzelpersönlichkeit der Mitglieder und ist von ihnen unabhängig, ein Mitgliederwechsel ist deshalb grundsätzlich zulässig, mag er auch im einzelnen eingeschränkt sein. Demgegenüber ist die Gesellschaft grundsätzlich auf bestimmte Personen zugeschnitten, ein Mitgliederwechsel ist deshalb unzulässig, soweit nicht im Einzelfall Ausnahmen vorgesehen sind.

2. Der Verein ist nach innen und außen als einheitliches Ganzes, körperschaftlich, organisiert. Bei der Gesellschaft kann das im einzelnen

¹⁾ Vgl. Wieland S. 387—516; Affolter, Die rechtliche Natur der off. Handelsgesellschaft, ArchBürgR Bd. 5 S. 8ff.; Hamel, Die Rechtsnatur der OHG, 1928; Kohler, Die off. Handelsgesellschaft als juristische Person, ZHR Bd. 74 S. 456ff., ArchBürgR Bd. 40 S. 229ff.; dazu Karl Lehmann, Entgegnung auf Kohler, ZHR Bd. 74 S. 463ff., Bd. 78 S. 306ff.; Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften, ZHR Bd. 30 S. 469ff., Bd. 31 S. 1ff.; Schönfeld, Zur Konstruktion der OHG, JheringsJ Bd. 75 S. 333ff.

²⁾ Die Begriffe der Personen- und der Kapitalgesellschaft stehen allerdings nicht eindeutig fest. Näheres bei Hueck, Gesellschaftsrecht S. 8ff. Über eine andere Auffassung vgl. Bösebeck, Die kapitalistische Kommanditgesellschaft S. 12ff. — Wieland S. 473ff. unterscheidet Personengesellschaften und kollektivistische Gesellschaften und läßt die letzteren in Personal- und Kapitalverbände zerfallen (S. 477); vgl. auch Gierke, 5. Aufl. S. 10ff., der neben die Personalgesellschaften im engeren Sinn die Personalverbände stellt, im übrigen aber dem im Text angegebenen Unterscheidungsmerkmal zustimmt.

³⁾ Näheres darüber unten S. 139ff. Vgl. auch Hueck, Der Treuegedanke im Recht der OHG, Festschrift für Hübner S. 72ff.

ähnlich sein, ist aber grundsätzlich nicht nötig; das Gesamtgepräge entscheidet⁴⁾).

Die OHG ist, wie zu I schon hervorgehoben wurde, grundsätzlich von den Personen der Gesellschafter abhängig; sie tritt zwar nach außen als geschlossene Einheit auf (§ 124), braucht aber im übrigen nicht körperschaftlich organisiert zu sein. Folglich überwiegt der Charakter der Gesellschaft.

Demgemäß findet auf sie, soweit das HGB keine Vorschriften enthält, ergänzend das Gesellschaftsrecht des BGB und nicht das Vereinsrecht Anwendung. Zur Vermeidung von Zweifeln ist das in § 105 Abs 2 ausdrücklich bestimmt. Auch insofern steht die OHG in einem Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften, namentlich zur AG, auf die Vereinsrecht anzuwenden ist⁵⁾).

III. Die OHG ist eine Handelsgesellschaft und zwar stets, da der Betrieb eines Handelsgewerbes notwendige Voraussetzung ist. Sie ist deshalb immer Kaufmann und zwar Vollkaufmann. Die Kaufmannseigenschaft steht zunächst der OHG als solcher zu, ohne Rücksicht darauf, ob sie in das Handelsregister eingetragen ist⁶⁾. Die Folge ist, daß von der Gesellschaft vorgenommene Geschäfte Handelsgeschäfte sind und somit den §§ 343 ff. unterstehen und daß auch sonst die Normen des Handelsrechtes auf die Rechtsbeziehungen der OHG zu Dritten Anwendung finden (§ 6 Abs. 1)⁷⁾.

Aber auch die einzelnen Gesellschafter sind Kaufleute und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht haben⁸⁾. Die Regeln des 3. Buches des HGB finden deshalb auf ihre Beziehungen zueinander und zur Gesellschaft Anwendung, soweit sie sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergeben. Ebenso kann ein Gesellschafter Handelsrichter sein⁹⁾. Dagegen ist das Handelsrecht nicht anwendbar, wenn

⁴⁾ Vgl. dazu Hueck, Gesellschaftsrecht S. 5 ff.; Staudinger-Coing, BGB Vorbem. 8 und 9 vor § 21; Staudinger-Geiler Vorbem. 25 vor § 705; KommRGR § 54 Anm. 1; Enneccerus-Nipperdey, BGB Bd. I 15. Aufl. S. 621; Stoll, RG-Festgabe Bd. II S. 73 ff.; RG Bd. 60 S. 94; Bd. 74 S. 371, Bd. 76 S. 27, Bd. 95 S. 192, Bd. 97 S. 123, Bd. 113 S. 127, Bd. 118 S. 196, Bd. 119 S. 193, Bd. 143 S. 213.

⁵⁾ Vgl. Schmidt in Großkomm. AktG 2. Aufl. § 1 Anm. 3; Hueck, Gesellschaftsrecht S. 105.

⁶⁾ Vgl. Wieland S. 442, 634; Ehrenberg Bd. II, 1 S. 72 — Sollte eine Gesellschaft kein vollkaufmännisches Gewerbe betreiben, so gilt sie doch als Vollkaufmann, falls sie in das Handelsregister eingetragen ist. Fehlt auch die Eintragung, so ist sie weder OHG, noch wird sie als solche behandelt.

⁷⁾ Das gilt für alle Rechtsgeschäfte und alle Rechtsbeziehungen der OHG, da sie im Gegensatz zum Einzelkaufmann wie zu juristischen Personen, die nur nebenbei ein Handelsgewerbe betreiben (Staat, Gemeinden), keine von dem Handelsgewerbe unabhängige Nichthandelsphäre besitzt.

⁸⁾ Herrschende Lehre, vgl. Würdinger in RGRKomm z. HGB 2. Aufl. § 1 Anm. 13 unter 4; Schlegelberger § 105 Anm. 29; Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 6, § 6 Anm. 8; Haupt-Reinhardt S. 43 und viele andere. Abweichend Hamel, Die Rechtsnatur der OHG S. 62.

⁹⁾ Über weitere Einzelfragen vgl. Ehrenberg Bd. II, 1 S. 72.

Streitig ist, ob der Abschluß des Gesellschaftsvertrages selbst ein Handelsgeschäft ist. Die herrschende Lehre verneint das, sofern nicht einer der Vertragsschließenden ohnehin Kaufmann ist und der Gesellschaftsvertrag in den Rahmen seines Handelsgewerbes fällt. Denn von diesem letzteren Fall abgesehen seien die künftigen Gesellschafter zur Zeit des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages noch nicht Kaufleute und understanden deshalb noch nicht den handelsrechtlichen Regeln (vgl. Weipert § 105 Anm. 82; Flad-Gadow § 343 Anm. 19; Schlegelberger-Hildebrandt HGB § 343 Anm. 16; Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 13; Ehrenberg Bd. II, 1 S. 144; abweichend Ritter § 343 Anm. 6b). Das erscheint formalistisch. Der Abschluß des Gesellschaftsvertrages dient der Vorbereitung des künftigen Handelsgewerbes und gehört deshalb schon zu ihm, wie auch sonst Vorbereitungsgeschäfte oder der Erwerb eines ganzen kaufmännischen Unternehmens Handelsgeschäfte im

ein Mitglied nicht in seiner Eigenschaft als Gesellschafter handelt¹⁰⁾. Dafür, daß ein Gesellschafter, wenn er ein Rechtsgeschäft mit Dritten vornimmt, im Namen der OHG handelt, spricht keine Vermutung. § 344 greift nicht ein,

Sinn des § 343 sind (vgl. RG JW 1908 S. 206, auch 1938 S. 3048; Flad-Gadow § 343 Anm. 10 und 20 mit weiteren Angaben). Wenn demgegenüber Weipert und andere geltend machen, daß der Abschluß des Gesellschaftsvertrages nur dem Entschluß einer Einzelperson, ein Handelsgewerbe zu betreiben, nicht aber Vorbereitungsgeschäften gleichzustellen sei, so wird übersehen, daß der Entschluß einer Einzelperson ein reines Internum ist, auf das Rechtsregeln überhaupt nicht zur Anwendung gelangen. Demgegenüber stellt der Abschluß des Gesellschaftsvertrages ein Rechtsgeschäft zwischen allen Beteiligten dar. Denn die Frage, ob er ein Handelsgeschäft ist, d. h. ob auf ihn und die aus ihm entspringenden Rechte und Pflichten Handelsrecht Anwendung findet, berührt lediglich die Gesellschafter, aber nicht Dritte.

Die Frage hat erhebliche praktische Bedeutung, und gerade die praktischen Auswirkungen sprechen m. E. für die hier vertretene Ansicht. Die Rechte und Pflichten der Gesellschafter ergeben sich teils aus dem Gesellschaftsvertrag, teils aus späteren Gesellschafterbeschlüssen. Letztere sind von Kaufleuten vorgenommen, also Rechtsgeschäfte im Sinne des § 343 HGB. Soll nun wirklich die rechtliche Behandlung der Rechte und Pflichten eines Gesellschafters davon abhängen, ob sie ihre Grundlage im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder in einem späteren Gesellschafterbeschuß haben? Gerade die Unbilligkeit, die darin liegt, daß Rechtsgeschäfte, die sich auf dasselbe Handelsunternehmen beziehen, je nach dem Zeitpunkt ihrer Vornahme rechtlich verschieden behandelt werden, rechtfertigt es, die Vorbereitungsgeschäfte als Handelsgeschäfte anzusehen. Das muß auch hier gelten.

Einer der Fälle, in denen die Streitfrage sehr wesentlich ist, ist die Frage der Formbedürftigkeit eines Schiedsvertrages über Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsvertrag. Nach der herrschenden Lehre muß er gemäß § 1027 Abs. 1 ZPO ausdrücklich und schriftlich abgeschlossen werden und darf nicht in derselben Urkunde wie der Gesellschaftsvertrag enthalten sein. Nach der hier vertretenen Ansicht findet § 1027 Abs. 1 ZPO gemäß Abs. 2 keine Anwendung. Auch die Gegner werden zugeben müssen, daß die Beachtung der Form nach Entstehung der OHG nicht mehr nötig ist. Die Gesellschafter können deshalb nunmehr einen formungültigen Schiedsvertrag jederzeit formlos bestätigen und zwar auch stillschweigend. Die Praxis hat sich, soweit bei Abschluß des Vertrages Juristen zugezogen werden, naturgemäß im Hinblick auf die herrschende Lehre daran gewöhnt, für den Schiedsvertrag die Form des § 1027 Abs. 1 ZPO zu beachten. Nicht ganz selten findet sich aber auch eine Schiedsklausel im Gesellschaftsvertrage selbst, die dann, gegebenenfalls mit näheren Bestimmungen, in einer besonderen Urkunde wiederholt werden soll. Wie aber, wenn das vergessen wird oder die Parteien den Vertrag ohne juristische Beratung geschlossen haben? Ist dann die Schiedsklausel nichtig? Hat das gemäß § 139 BGB im Zweifel die Nichtigkeit des ganzen Gesellschaftsvertrages zur Folge? Das wäre kein erfreuliches Ergebnis. Darüber hinaus wird häufig sehr schwer zu entscheiden sein, ob die Parteien dadurch, daß sie den Gesellschaftsvertrag als gültig behandeln, auch die in ihm enthaltene Schiedsklausel stillschweigend genehmigen. Liegt z. B. in einer Abänderung des Vertrages ohne Änderung der in ihm enthaltenen Schiedsklausel eine Bestätigung derselben? Das wäre wohl zu bejahen, wenn der ganze Vertrag mit Änderungen und Schiedsklausel noch einmal abgeschrieben und unterzeichnet wird. Gilt das auch wenn nur die Änderungen unterschrieben werden, die sie enthaltende Urkunde aber mit der Klausel beginnt: „Unter Aufrechterhaltung des Vertrages im übrigen?“ Die sich aus solchen Zufälligkeiten ergebende Unsicherheit ist alles andere als erfreulich; darüber hinaus verstößt eine verschiedene Behandlung dieser Fälle m. E. gegen jede Billigkeit. Vor allem aber erscheint es überhaupt nicht sinnvoll, die Gesellschafter bei Errichtung der OHG an die Form des § 1027 Abs. 1 ZPO zu binden, kurze Zeit darauf, insbesondere wenn inzwischen mit den Geschäften begonnen ist, die Form aber nicht mehr zu verlangen.

Für die hier vertretene Ansicht spricht ferner, daß das Gesetz selbst die Gesellschafter von vornherein als Kaufleute behandelt. Nach der herrschenden Lehre würden, da die Pflicht zu Geldeinlagen durch den Gesellschaftsvertrag begründet wurde, Zinsen nur bei Verzug und nur in Höhe von 4% zu zahlen sein (§ 288 BGB); § 111 Abs. 1 HGB in Verbindung mit § 352 Abs. 2 HGB sieht aber eine Verzinsung schon bei Nichtzahlung am Fälligkeitstag und zwar in Höhe von 5% vor, wie es dem Handelsrecht (§ 353 HGB) entspricht. Ähnlich hat die OHG Aufwendungen eines Gesellschafters mit 5% zu verzinsen (§ 110 in Verbindung mit § 352 HGB, vgl. Weipert § 110 Anm. 18),

da er sich nur auf die Anwendbarkeit des Handelsrechts, nicht aber auf die Frage bezieht, ob jemand für sich oder als Vertreter einer Gesellschaft handelt, mag auch im letzteren Fall ein Handelsgeschäft, im ersteren dagegen ein Privatgeschäft vorliegen¹¹⁾).

IV. Die OHG ist Gemeinschaft zur gesamten Hand, nicht aber juristische Person. Darüber ist früher viel gestritten worden, heute ist es für das deutsche Recht durchaus herrschende Lehre. Die Gründe sind so oft dargelegt worden, daß sie hier nicht noch einmal wiederholt zu werden brauchen¹²⁾).

Zu betonen ist, daß damit lediglich etwas über die Zuständigkeit der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechte und der Gesellschaftsschulden ausgesagt ist. Die Annahme einer juristischen Person würde bedeuten, daß diese Rechte der Gesellschaft als geschlossener Einheit zustehen und die Gesellschafter als Einzelpersonen rechtlich keinen Teil daran haben würden, während die Rechte nach der herrschenden Lehre den Gesellschaftern zustehen. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Gesellschafter völlig unabhängig voneinander Inhaber der Rechte sein müßten, sondern es bleibt die Möglichkeit, daß eine innere Verbundenheit der Gesellschafter besteht, derart, daß sie nur gemeinschaftlich die ihnen zustehenden Rechte ausüben und über sie

während sie nach § 256 BGB nur mit 4% zu verzinsen wären. Diese Regelung ist berechtigt, wenn es sich um Forderungen aus einem Handelsgeschäft handelt, während die herrschende Lehre eigentlich unterscheiden müßte, ob die Zahlung der Einlage oder der Aufwendungen auf dem Gesellschaftsvertrag oder einem späteren Gesellschaftsbeschuß beruht, was wenig sinnvoll wäre. Man kann auch nicht einwenden, daß die genannten Bestimmungen überflüssig seien, falls sich die in ihnen vorgesehene Regelung schon daraus ergäbe, daß der Gesellschaftsvertrag ein Handelsgeschäft sei. Denn der Gesetzgeber konnte, wie die herrschende Lehre zur Genüge beweist, nicht ohne weiteres damit rechnen, daß die Praxis den Gesellschaftsvertrag als Handelsgeschäft behandeln würde; er mußte also die von ihm für richtig gehaltene Regelung ausdrücklich aussprechen. Sie ist aber nur dann folgerichtig, wenn man den Gesellschaftsvertrag als Handelsgeschäft ansieht.

Vor allem aber spricht für die hier vertretene Ansicht ganz allgemein die Erwägung, daß auf einen Vertrag, der so ausgesprochen dem Handelsleben angehört wie der Gesellschaftsvertrag einer OHG, die Regeln des Handelsrechts zur Anwendung kommen sollten. Die Gesellschafter, die ihn abschließen, um ein Vollhandelsgewerbe zu betreiben, die also mit der Entstehung der OHG Vollkaufleute werden, können sich darüber nicht beklagen.

¹⁰⁾ Vgl. RG JW 1909 S. 695.

¹¹⁾ So die herrschende Lehre, vgl. ROHG Bd. 16 S. 380; RG Bd. 119 S. 67, JW 1913 S. 436; Flad-Gadow § 344 Anm. 1.

Abweichend Ehrenberg Bd. II, 1 S. 94; Wieland S. 635.

¹²⁾ Vgl. etwa Müller-Erzbach S. 184; Staub § 105 Anm. 8 mit weiteren Angaben, aus der Rechtsprechung RG Bd. 79 S. 146, Bd. 84 S. 110, Bd. 102 S. 302, Bd. 105 S. 288, Bd. 106 S. 141, Bd. 107 S. 172, Bd. 114 S. 93, Bd. 118 S. 298, Bd. 136 S. 270 u. 402, Bd. 165 S. 203.

Abweichend namentlich Kohler, ZHR Bd. 74 S. 456, ArchBürgR Bd. 40 S. 299, und vor allem Wieland S. 396ff. Wieland geht aber offensichtlich von einem anderen Begriff der juristischen Person aus als die in Deutschland herrschende Lehre, denn er erkennt an, daß die OHG eine Gemeinschaft zur gesamten Hand sei, „insofern ihr Vermögen gemeinsames Vermögen der Mitglieder sei“, bezeichnet sie aber gleichzeitig als juristische Person, „insoweit sie nach außen nach gewissen Richtungen hin nach Art selbständiger Rechtsträger behandelt werde“ S. 425, vgl. auch S. 614. Es hat aber keinen Zweck, über die Frage, ob eine OHG juristische Person ist, zu streiten, wenn über den Begriff der juristischen Person keine Einigkeit besteht. Siehe aber auch Anm. 15. — Wenn man in den romanischen Ländern allen Handelsgesellschaften eigene Rechtspersönlichkeit zuspricht (vgl. die Angaben bei Wieland S. 398), so ist ebenfalls zu beachten, daß sich dort die Auffassung vom Wesen der juristischen Person nicht mit der in Deutschland herrschenden Lehre deckt.

verfügen können; das ist das Wesen der Gemeinschaft zur gesamten Hand. Diese innere Verbundenheit kann sich so steigern, daß die Gemeinschaft zur gesamten Hand sich der juristischen Person stark nähert. Das trifft bei der OHG zu, insbesondere tritt die Geschlossenheit der Gesellschaft im Außenverhältnis sehr stark hervor, kann doch die OHG nach außen hin als Einheit unter ihrer Firma auftreten, Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, klagen und verklagt werden¹³⁾. Daraus erklärt sich, daß einzelne Schriftsteller von einer relativen juristischen Person gesprochen haben¹⁴⁾. In Wahrheit ist es also so, daß es zwischen der Mitberechtigung mehrerer einzelner völlig voneinander unabhängiger Personen einerseits und der Zuständigkeit der Rechte zu einem Verband als einer völlig geschlossenen Einheit, d. h. einer juristischen Person andererseits Übergangsformen gibt und daß die OHG eine solche Übergangsform darstellt, bei der zwar die Gesellschafter als die Inhaber der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechte erscheinen, die Annahme einer selbständigen juristischen Person also abzulehnen ist, bei der aber die Geschlossenheit des Verbandes doch schon eine recht erhebliche Stärke gewonnen hat¹⁵⁾.

Praktisch ergibt sich aus der Verneinung der Rechtsfähigkeit der OHG, daß die Vorschriften über die juristischen Personen (§§ 21 ff. BGB) grundsätzlich nicht anwendbar sind. Dem entspricht es, daß § 105 Abs. 2 auf das Gesellschaftsrecht des BGB verweist. Doch gilt auch das nicht ausnahmslos. Denn auf der anderen Seite bringen die starke Verbundenheit der Gesellschafter der OHG, das geschlossene Auftreten nach außen und die darin liegende Annäherung an die juristische Person es mit sich, daß eine analoge Anwendung einzelner Vorschriften des Rechts der juristischen Personen denkbar ist. So ist nach heute fast allgemein anerkannter Ansicht die Anwendbarkeit des § 31 BGB zu bejahen¹⁶⁾.

Es zeigt sich also, daß mit der Verneinung der juristischen Persönlichkeit der OHG im Grunde nicht allzuviel gewonnen ist, vielmehr die für die OHG geltenden Rechtssätze, soweit die Zuständigkeit des Vermögens dabei eine Rolle spielt und soweit das Gesetz nicht ausdrückliche Bestimmungen enthält, auf Grund einer Prüfung der besonderen Verhältnisse der OHG einzeln ermittelt werden müssen. Nur so viel läßt sich sagen, daß, wie § 105 Abs. 2 zeigt, das Gesetz davon ausgeht, daß die OHG den §§ 21 ff. BGB grundsätzlich nicht untersteht, die analoge Anwendung von Rechtssätzen über die juristische Person also immer einer besonderen Begründung bedarf.

Endlich ist noch zu berücksichtigen, daß die OHG genau so wie die AG und die GmbH Handelsgesellschaft und insofern trotz Fehlens der Rechtsfähigkeit mit diesen Vereinigungsformen verwandt ist. Als Handelsgesellschaften verfolgen sie alle den gleichen Zweck, nämlich den gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes, sei es notwendig (OHG, KG), sei es wenigstens in der Regel derart, daß die gesetzlichen Regeln auf diesen Fall zugeschnitten sind (AG, GmbH). Diese Gleichheit des Zweckes bedingt ohne Rücksicht auf das Vorliegen oder Fehlen eigener Rechtspersönlichkeit in vieler Hinsicht eine ähnliche rechtliche Behandlung. Deshalb ist es möglich, für alle Handels-

¹³⁾ Näheres unten S. 196 ff.

¹⁴⁾ So Gareis, Das Deutsche Handelsrecht 8. Aufl. S. 129.

¹⁵⁾ Vgl. dazu RG Bd. 102 S. 302; Müller-Erzbach S. 185. — Die abweichende Ansicht von Wieland über die Rechtsfähigkeit der OHG (oben Anm. 12) erklärt sich im Grunde einfach daraus, daß ihm das Maß der Geschlossenheit der Gesellschaft bei ihrem Auftreten unter gemeinsamer Firma im Außenverhältnis genügt, um eine juristische Person anzunehmen.

¹⁶⁾ Vgl. unten S. 199.

gesellschaften gemeinsame Regeln aufzustellen, und es ist ferner möglich, dem gesetzlich eingehender geregelten Aktienrecht oder auch dem Recht der GmbH Grundsätze zu entnehmen, die analog auf die OHG angewandt werden können. Darauf mit Nachdruck hingewiesen zu haben, ist das große Verdienst Wielands, das auch dann anzuerkennen ist, wenn man seinen Ausführungen über die Rechtsfähigkeit der OHG nicht folgt.

Diese Anwendung von Normen des Aktien- oder GmbH-Rechts kann sowohl für die allgemeine Ausgestaltung des OHG-Rechts eine Rolle spielen wie auch vor allem für solche Fälle in Betracht kommen, in denen eine einzelne OHG durch besondere Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages ein mehr körperschaftliches Gepräge erhalten hat, z. B. eine Gesellschafterversammlung mit Mehrheitsbeschlüssen oder ein Aufsichtsrat vorgesehen ist.

V. Die OHG ist stets zugleich Innen- und Außengesellschaft

Für das Verständnis des gesamten Gesellschaftsrechtes ist die Unterscheidung von Innen- und Außenverhältnis von grundlegender Bedeutung. Unter Innenverhältnis sind die Beziehungen der Gesellschafter zueinander zu verstehen, unter Außenverhältnis die Beziehungen der Gesellschaft und der Gesellschafter zu dritten Personen. Es sind ganz verschiedene Fragen, ob die OHG im Innenverhältnis begonnen hat, d. h. ob die Rechtsbeziehungen der Beteiligten untereinander nach OHG-Recht zu beurteilen sind, und auf der anderen Seite, ob die OHG im Außenverhältnis wirksam geworden ist, d. h. ob auf die Rechtsbeziehungen zu Dritten die Regeln des OHG-Rechts zur Anwendung kommen¹⁷⁾. Von der Frage, ob ein Gesellschafter den anderen Gesellschaftern gegenüber zur Vornahme bestimmter Handlungen befugt ist (Geschäftsführungsbefugnis, Innenverhältnis) ist scharf zu unterscheiden die Frage, ob er Dritten gegenüber im Namen der OHG wirksam handeln kann (Vertretungsmacht, Außenverhältnis). Im Außenverhältnis ist die Haftung aller Gesellschafter notwendig unbeschränkt, im Innenverhältnis ist eine Beschränkung der Haftung einzelner Gesellschafter möglich und praktisch nicht selten. Für das Innenverhältnis gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, es ist also in erster Linie der Gesellschaftsvertrag maßgebend, für das Außenverhältnis dagegen gelten weitgehend zwingende Vorschriften usw. Auf dieser Unterscheidung ist die Systematik des Gesetzes aufgebaut, es behandelt in den §§ 109—122 das Innenverhältnis, in den §§ 123—133 das Außenverhältnis.

Diese Unterscheidung darf aber nicht dazu führen, Innen- und Außenverhältnis völlig zu verselbständigen. Die OHG kann weder reine Innengesellschaft noch reine Außengesellschaft sein. Wollen die Gesellschafter nach außen gar nicht als Gesamtheit hervortreten, so können sie zwar dank des Grundsatzes der Vertragsfreiheit ihre Beziehungen zueinander so regeln, daß diese im wesentlichen dem Innenverhältnis einer OHG entsprechen. Trotzdem besteht aber keine wirkliche OHG¹⁸⁾, d. h. es finden die sonstigen Vorschriften des OHG-Rechtes keine Anwendung, die Gesellschaft hat z. B. kein Recht auf eine OHG-Firma¹⁹⁾, sie kann nicht in das Handelsregister eingetragen werden, sie kann weder klagen noch verklagt werden, über ihr Vermögen kann kein Konkurs eröffnet werden, eine Auflösungsklage (§ 133) ist weder erforderlich noch auch nur möglich, dagegen ist stets eine Kündi-

¹⁷⁾ Vgl. unten S. 29.

¹⁸⁾ Vgl. RG 165 S. 265, Bd. 142 S. 19.

¹⁹⁾ Sobald sie eine gemeinschaftliche Firma benutzt, würde sie sofort als Außengesellschaft hervortreten.

gung aus wichtigem Grunde (§ 723 BGB) zulässig usw. Es besteht also mit anderen Worten lediglich eine im Innenverhältnis besonders ausgestaltete Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

Umgekehrt sind zwar auf Personen, die im Innenverhältnis keine Gesellschaft bilden, aber nach außen hin wie eine OHG auftreten, zum Schutz Dritter die Regeln des OHG-Rechts über die unbeschränkte Vertretungsmacht und die unbeschränkte Haftung anwendbar²⁰⁾. Daß sie aber trotzdem keine echte OHG bilden, d. h. daß das sonstige OHG-Recht nicht anwendbar ist, ist oben S. 4 schon dargelegt worden.

§ 4. Die wirtschaftliche Bedeutung der offenen Handelsgesellschaft

I. Die OHG ist die am meisten verbreitete und neben der AG die wirtschaftlich wichtigste Form der Handelsgesellschaften¹⁾. Sie überwiegt vor allem bei den kleineren und mittleren Gesellschaften, während bei den ganz großen Unternehmen, bei denen die Höhe des benötigten Kapitals im allgemeinen die Inanspruchnahme des offenen Kapitalmarktes wünschenswert erscheinen läßt, die AG im Vordergrund steht. Immerhin gehören OHG mit einem Gesellschaftsvermögen von über eine Millionen DM keineswegs zu den Seltenheiten.

II. Die wirtschaftliche Bedeutung der OHG beruht darin, daß sie in ihrer normalen Gestalt, so wie sie der allgemeinen gesetzlichen Regelung entspricht, zu einer Vereinigung der Arbeitskräfte, der Kapitalkräfte und des Kredits der Gesellschafter führt, denn alle Gesellschafter sind grundsätzlich zur Geschäftsführung, also zur persönlichen Mitarbeit berechtigt und verpflichtet, sie haben Beiträge zum Gesellschaftsvermögen zu leisten, und sie haften für die Gesellschaftsschulden persönlich und unbeschränkt. Die OHG kommt deshalb vor allem in Frage, wenn alle Gesellschafter ihre ganze Arbeitskraft und alle verfügbaren Teile ihres Vermögens dem Unternehmen widmen wollen, wenn die Teilnahme an der Gesellschaft ihren eigentlichen Beruf ausmacht. Dabei verhindert trotz der Mitarbeit vieler die Alleingeschäftsführungsbefugnis und die Alleinvertretungsmacht jedes einzelnen Gesellschafters jede Schwerfälligkeit der Geschäftsführung, sichert der Gesellschaft die im Handelsverkehr erforderliche Beweglichkeit und ermöglicht rasche Entschlüsse.

Allerdings ist die rechtliche Regelung nicht zwingend. Nur die unbeschränkte Haftung aller Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden ist unbedingt notwendig. Für die Geschäftsführung und die kapitalmäßige Beteiligung dagegen kann der Gesellschaftsvertrag beliebige anderweitige Bestimmungen treffen. Dadurch wird der Form der OHG eine erhebliche Elastizität verliehen, sie kann sich sehr verschiedenartigen wirtschaftlichen Verhältnissen und Bedürfnissen anpassen. Immerhin setzt aber die unbeschränkte persönliche Haftung aller Gesellschafter ein recht erhebliches Maß von Vertrauen mindestens zu den geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Gesellschaftern voraus, kann doch eine unüberlegte Handlungsweise eines

²⁰⁾ Vgl. unten S. 34.

¹⁾ Am 1. Januar 1939 bestanden im alten Reichsgebiet:

60 000 offene Handelsgesellschaften,

13 700 Kommanditgesellschaften,

27 500 Gesellschaften m. b. H.,

6 500 Aktiengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften.

derselben den übrigen Gesellschaftern nicht nur den Anteil am Gesellschaftsvermögen, sondern unter Umständen auch ihr ganzes sonstiges Vermögen kosten. Ein derartiges Risiko wird ein Gesellschafter nur übernehmen oder sollte es doch jedenfalls nur tun, wenn er durch eigene Mitarbeit in der Gesellschaft eine ständige Kontrolle über den Gang der Geschäfte hat oder wenn er auch ohne eine derartige Kontrolle auf Grund besonderer Umstände unbedingtes Vertrauen zu den geschäftsführenden Gesellschaftern haben kann. Eine OHG, bei der einzelne Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, spielt deshalb namentlich bei Familiengesellschaften eine Rolle, etwa in der Weise, daß die Geschäftsführung nur dem Manne zusteht, Frau und Kinder aber als Mitgesellschafter beteiligt sind, oder der Vater persönlich haftender Gesellschafter bleibt, obwohl er die Führung der Geschäfte seinen Söhnen übergeben hat. Dagegen ist schon bei Geschwistern die Form der OHG im allgemeinen nur dann am Platz, wenn sie alle mitarbeiten, während andernfalls die Form der KG vorzuziehen ist.

Bei Mitarbeit aller Gesellschafter dagegen ist die OHG bei Familiengesellschaften die gegebene Form, sie entsteht deshalb besonders oft dadurch, daß die Erben eines Einzelkaufmannes das Geschäft gemeinsam fortführen. Aber auch sonst ist die OHG bei persönlicher Betätigung aller Gesellschafter eine besonders geeignete Form des Zusammenschlusses, sofern zwischen den Gesellschaftern das nötige Vertrauen vorhanden ist.

III. Die persönliche Haftung aller Gesellschafter bringt es mit sich, daß die Zahl der Gesellschafter im allgemeinen gering ist. Je größer die Zahl der vertretungsberechtigten Gesellschafter ist, um so schwerer wird dem einzelnen Gesellschafter die Kontrolle der ganzen Geschäfte, um so weniger wird er bereit sein, eine unbeschränkte Haftung für die Gesellschaftsschulden zu übernehmen. Wenn deshalb auch Personengesellschaften mit recht erheblichen Mitgliederzahlen vorkommen, so handelt es sich dabei meist um KG²⁾.

IV. Die persönliche Haftung aller Gesellschafter setzt also der Anwendbarkeit der OHG-Form in der Praxis die wichtigste Grenze. Auf der anderen Seite liegt in ihr die besondere Stärke der OHG, da sie eine besonders gesunde Kreditbasis schafft. Die Gesellschafter zeigen durch die Übernahme der unbeschränkten Haftung, daß sie selbst volles Vertrauen zu ihrem Unternehmen haben, sie können deshalb hoffen, daß auch andere Vertrauen gewinnen und den nötigen Kredit zur Verfügung stellen werden, denn die Kreditgeber brauchen keinerlei Verlust zu befürchten, solange auch nur einer der Gesellschafter zahlungsfähig ist.

V. Die Anwendbarkeit der OHG-Form wird nicht dadurch eingeschränkt, daß der OHG die Rechtspersönlichkeit fehlt. Die Form der Gemeinschaft zur gesamten Hand ermöglicht in ganz ähnlicher Weise die Zusammenhaltung des Gesellschaftsvermögens, denn die dadurch bedingte Bindung des Vermögens verhindert, daß ein Gesellschafter im eigenen Namen über einzelne zum Gesellschaftsvermögen gehörende Gegenstände oder Anteile an denselben verfügen und sie dadurch dem Gesellschaftszwecke entziehen könnte. Nach außen aber kann die OHG gemäß § 124 als geschlossene Einheit auftreten, sie kann Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, es kommen ihr Prozeß-, Konkurs- und Deliktsfähigkeit zu, wie wenn sie juristische Person wäre.

²⁾ Offene Handelsgesellschaften mit 48 oder gar 159 Gesellschaftern, wie sie LZ 1914 S. 1030 und RG Bd. 36 S. 60 erwähnt werden, sind Ausnahmeerscheinungen.

VI. Bedenken gegen die Verwendung der OHG-Form könnten daraus hergeleitet werden, daß die OHG nach der gesetzlichen Regelung normalerweise von den Persönlichkeiten der Gesellschafter abhängig ist, also durch den Tod oder das sonstige Ausscheiden eines Gesellschafters gesprengt wird. In der Tat hat man die mangelnde Stabilität der OHG gegenüber dem Wechsel der Mitglieder als wesentlichen Nachteil gegenüber den Kapitalgesellschaften bezeichnet. Aber die Vorschriften über die Auflösung der Gesellschaft durch Ausscheiden eines Gesellschafters sind lediglich dispositiv; durch abweichende Gestaltung des Gesellschaftsvertrages kann also dieser Mangel leicht behoben werden, und so sieht denn auch in der Praxis ein sehr großer Teil der Gesellschaftsverträge die Vererbbarkeit der Gesellschaftsanteile sowie den Fortbestand der Gesellschaft beim sonstigen Ausscheiden eines Gesellschafters vor. Ebenso ist die Unveräußerlichkeit der Anteile nicht notwendig mit der OHG-Form verbunden, vielmehr kann auch in diesem Punkt der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmen, die OHG also auch in dieser Beziehung den Kapitalgesellschaften annähern, insoweit nicht die mit dem Erwerb eines Anteils notwendig verbundene Übernahme der unbeschränkten Haftung für die Gesellschaftsschulden der Möglichkeit der Veräußerung tatsächliche Grenzen zieht.

VII. Volkswirtschaftlich gesehen stellt die OHG eine besondere gesunde und wünschenswerte Vereinigungsform dar³⁾, weil sie dank der Geschäftsführungsbefugnis aller Gesellschafter die Initiative und dank der unbeschränkten persönlichen Haftung das Verantwortungsbewußtsein des einzelnen fördert. Dem entspricht es, daß das Umwandlungsgesetz vom 5. Juli 1934 und ebenso das an seine Stelle getretene Gesetz vom 12. November 1956 die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in OHG erleichtert hat. Dem sollte aber auch die Gestaltung der Steuern Rechnung tragen, es sollte mindestens jede Schlechterbehandlung der OHG gegenüber den Kapitalgesellschaften vermieden werden, damit nicht lediglich um steuerlicher Vorteile willen die Kapitalgesellschaft an Stelle der im konkreten Fall vielleicht an sich viel zweckmäßigeren Personengesellschaft gewählt wird. In der Vergangenheit ist das bei der Gestaltung der Steuern keineswegs immer genügend berücksichtigt worden⁴⁾.

2. Kapitel

Die Errichtung der offenen Handelsgesellschaft

§ 5. Der Zeitpunkt der Entstehung der Gesellschaft¹⁾

Bei der Errichtung einer OHG spielen drei Vorgänge eine Rolle: der Abschluß des Gesellschaftsvertrages, die Eintragung in das Handelsregister und der Beginn der Geschäfte. Ihre Bedeutung ist eine verschiedene für das Innen- und Außenverhältnis, so daß beide getrennt betrachtet werden müssen²⁾.

³⁾ Das wird auch vom BGH Bd. 38 S. 312 ausdrücklich hervorgehoben.

⁴⁾ Vgl. dazu Bühler, Der Einfluß des Steuerrechts auf die Gesellschaftsformen, Zeitschrift f. handelswissensch. Forschung 1941 S. 81ff.

¹⁾ Vgl. Peterka, Die Errichtung einer OHG, Festschrift für Randa, 1934.

²⁾ Über den Begriff des Innen- und Außenverhältnisses vgl. oben S. 25.

1. Das Innenverhältnis

1. Für die Beziehungen der Gesellschafter zueinander ist in erster Linie der Gesellschaftsvertrag maßgebend (§ 109). Ohne Abschluß eines Gesellschaftsvertrages kann, wie in § 1 schon dargelegt wurde, eine OHG überhaupt nicht zustande kommen; auf der anderen Seite reicht aber der Abschluß des Vertrages auch aus, um die OHG im Innenverhältnis zu begründen, d. h. die Beziehungen der Gesellschafter zueinander dem OHG-Recht zu unterstellen. Voraussetzung ist lediglich, daß der Vertrag auf die Schaffung einer OHG gerichtet ist, also einer Gesellschaft, die die in § 1 geschilderten Begriffsmerkmale aufweist.

2. Dementsprechend ist auch für den Zeitpunkt der Entstehung der OHG im Innenverhältnis ausschließlich die Parteivereinbarung maßgebend. Es bedarf weder der Eintragung in das Handelsregister, noch der Eröffnung des Geschäftsbetriebes unter gemeinschaftlicher Firma. Denn schon nach bürgerlichem Recht können die Beteiligten das Innenverhältnis einer Gesellschaft beliebig regeln, sie können mithin auch eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts so ausgestalten, daß ihr Innenverhältnis dem einer OHG entspricht. Begründen sie eine Gesellschaft, die eine OHG werden soll, so ist anzunehmen, daß ihre gesamten Beziehungen zueinander von vornherein dem OHG-Recht unterstehen sollen, gleichgültig ob die Gesellschaft nach außen hin schon alle Merkmale der OHG aufweist.

Das ist allgemein anerkannt, wenn die Gesellschaft ein Handelsgewerbe im Sinn des § 1 HGB betreiben soll³⁾. Dagegen wird vielfach behauptet, daß in den Fällen der §§ 2 und 3 HGB eine OHG auch im Innenverhältnis erst mit der Eintragung in das Handelsregister zur Entstehung gelange, da erst von der Eintragung an das von der Gesellschaft betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe sei. Bis zur Eintragung bestehe nur eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts⁴⁾. Dabei wird verkannt, daß für das Innenverhältnis der tatsächliche Betrieb eines Handelsgewerbes eben nicht notwendig, sondern die auf den Betrieb eines solchen Gewerbes gerichtete Absicht ausreichend ist. Bringen die Gesellschafter im Vertrag eine solche Absicht zum Ausdruck, und dafür genügt, daß das von ihnen beabsichtigte Gewerbe einen solchen Umfang haben soll, daß ein kaufmännischer Geschäftsbetrieb erforderlich ist, so unterstellen sie damit ihre Beziehungen zueinander dem OHG-Recht. Z. B. hat dann vom Vertragsschluß an jeder Gesellschafter für sich allein Geschäftsführungsbefugnis (§ 115), und es gilt nicht etwa bis zur Eintragung in das Handelsregister Gesamtgeschäftsführungsbefugnis nach § 709 BGB. Das ist wesentlich für alle Vorbereitungsgeschäfte, z. B. die Miete von Geschäftsräumen, die Anstellung von Personal usw.; es ist aber auch von Bedeutung für die Zeit, die zwischen dem Beginn der Geschäfte und der Durchführung der Eintragung zu verstreichen pflegt. Ebenso gilt, wenn, wie es meist der Fall ist, schon vor der Eintragung Gesellschaftsvermögen gebildet wird, für dieses Vermögen schon jetzt das Sonderrecht der OHG.

³⁾ Vgl. RG Bd. 112 S. 280, sowie die in Note 4 Genannten.

⁴⁾ Vgl. Weipert § 105 Anm. 62; Müller-Erzbach S. 190; Cosack 9. Aufl. S. 466; Würdinger S. 107, der aber „gleichwohl die der OHG entsprechenden Rechtsverhältnisse als vereinbart“ gelten lassen will; Haupt-Reinhardt S. 44, der aber die Regeln über die OHG insoweit anwenden will, „als sie als (stillschweigend) vereinbart gelten können“; Gierke S. 189 aber mit der Einschränkung, daß „die Auslegung bei rein internen Beziehungen zu Rechtssätzen der OHG hinüberführen könne“.

Wie im Text Wieland S. 526; Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 11 am Ende; Schlegelberger § 105 Anm. 47; Lehmann-Hoeniger S. 240.

3. Die Gesellschafter können aber im Verträge den Zeitpunkt des Beginnes der Gesellschaft hinausschieben; sie schließen z. B. im November den Gesellschaftsvertrag und vereinbaren, daß die OHG mit dem 1. Januar beginnen solle. Dann liegt grundsätzlich vor diesem Tage auch im Innenverhältnis noch keine OHG vor⁵⁾; z. B. haben die Gesellschafter im Zweifel noch nicht das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung nach § 114. Immerhin ist es aber eine Frage der Auslegung, ob nicht auch in einem solchen Falle schon alsbald gewisse gesellschaftliche Beziehungen eintreten sollen. Ist das zu bejahen, so können insoweit auch einzelne Vorschriften des OHG-Rechts schon jetzt Anwendung finden. Vor allem kann es der Absicht der Gesellschafter entsprechen, daß nur der Beginn des eigentlichen Geschäftsbetriebes hinausgeschoben wird, daß dagegen mit gewissen Vorbereitungen schon früher begonnen werden soll. Dann ist insoweit im Zweifel schon OHG-Recht maßgebend. Ist etwa vereinbart, daß zur Vorbereitung des Geschäftsbeginnes ein Teil der Geldeinlagen schon jetzt eingezahlt werden soll, so hat ein Gesellschafter, der seine Einlage nicht rechtzeitig leistet, nach § 111 5 % Zinsen zu zahlen; umgekehrt kann ein Gesellschafter, der im Einverständnis mit den übrigen für Vorbereitungsgeschäfte im Interesse der Gesellschaft Geld aufwendet, nach § 110 Abs. 2 von der Gesellschaft Zinsen verlangen usw. Wieweit einzelne Gesellschafter schon in diesem Vorbereitungsstadium Recht und Pflicht zur Geschäftsführung, d. h. zur Durchführung der Vorbereitungsmaßnahmen haben, kann nur auf Grund der besonderen Vereinbarungen des Einzelfalles festgestellt werden.

Denkbar ist auch eine Vereinbarung, daß die Gesellschaft zu einem vor dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages liegenden Zeitpunkt beginnen soll. Das kann aber nur den Sinn haben, daß ein von der Gesellschaft zu übernehmendes Unternehmen im Verhältnis der Gesellschafter zueinander schon von diesem früheren Zeitpunkt an als für Rechnung der OHG geführt angesehen werden soll, daß also schon von diesem Zeitpunkt an ein Gewinn der OHG zufallen, ein Verlust von ihr getragen werden soll⁶⁾. Im übrigen kommt eine rückwirkende Anwendung des OHG-Rechts nicht in Betracht.

II. Das Außenverhältnis

Das Wirksamwerden einer OHG im Außenverhältnis bedeutet, daß auf die Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten die Regeln des OHG-Rechtes zur Anwendung gelangen. Dem Dritten gegenüber ist dann z. B. jeder Gesellschafter zur Vertretung der OHG unbeschränkt ermächtigt, soweit sich nicht aus dem § 125 Abs. 2—4 Ausnahmen ergeben, dem Dritten gegenüber haften alle Gesellschafter unbeschränkt für die Gesellschaftsschulden, aber der Dritte muß auch, soweit sich nicht etwa aus § 15 Abs. 1 Ausnahmen ergeben, gegen sich gelten lassen, daß er es mit einer OHG zu tun hat, z. B., daß die mit der Gesellschaft geschlossenen Verträge Handelsgeschäfte nach § 343 sind, daß die Gesellschaft ihn unter ihrer Firma verklagen kann, daß zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich ist usw. Die Wirkung der Entstehung der OHG treten also zugunsten wie zu Lasten des Dritten ein.

Nun ist der Abschluß des Gesellschaftsvertrages, der die OHG im Innenverhältnis zur Entstehung bringt, ein rein interner Vorgang und deshalb für

⁵⁾ Vgl. RG JW 1936 S. 2065; Schlegelberger § 105 Anm. 47; Weipert § 105 Anm. 50.

⁶⁾ Zust. Schlegelberger § 105 Anm. 47; vgl. auch RG Bd. 119 S. 67.

Dritte nicht erkennbar; er allein kann deshalb die geschilderten Rechtswirkungen für Dritte nicht mit sich bringen. Es bedarf vielmehr einer Kundgebung nach außen. Eine solche Kundgebung kann nach § 123 in doppelter Weise erfolgen, durch Eintragung in das Handelsregister und durch tatsächlichen Beginn der Geschäfte.

1. Das Handelsregister ist dazu bestimmt, die Rechtsverhältnisse der Kaufleute der Öffentlichkeit bekannt zu machen. Deshalb ist die OHG Dritten gegenüber jedenfalls dann wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen ist. Nicht erforderlich ist die Veröffentlichung der Eintragung in den Zeitungen; sie spielt eine Rolle, wenn es sich darum handelt, ob die Entstehung der OHG einem Dritten, der davon keine Kenntnis hat, entgegengesetzt werden kann (§ 15 Abs. 1 und 2), für die Entstehung der OHG selbst aber ist sie nicht wesentlich⁷⁾. Ist die Eintragung erfolgt, so kommt es nicht darauf an, ob die Gesellschaft ihre Geschäfte begonnen hat⁸⁾. Maßgebend ist der Zeitpunkt der Eintragung, nicht der Zeitpunkt, der im Handelsregister als Beginn der Gesellschaft angegeben ist¹⁰⁾.

2. Der Zeitpunkt der Eintragung ist aber nur der späteste Zeitpunkt, in dem die OHG Dritten gegenüber wirksam wird. Die Wirksamkeit kann schon früher eintreten, nämlich dann, wenn die Gesellschaft ihre Geschäfte schon vor der Eintragung beginnt, vorausgesetzt, daß sie ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 HGB betreibt.

Auch dann können Dritte erkennen, daß eine OHG besteht. Sie werden dann z. B. davon ausgehen, daß die Vertretungsmacht der Gesellschafter

⁷⁾ Vgl. Wieland S. 530; Schlegelberger § 123 Anm. 3; ROHG Bd. 23 S. 283.

⁸⁾ Eine andere Frage ist, ob eine Eintragung vor dem Beginn der Geschäfte verlangt werden kann, oder ob das Registergericht, wenn es Kenntnis davon hat, daß die OHG ihre Geschäfte noch nicht begonnen hat, die Eintragung ablehnen muß. Vgl. dazu unten S. 76.

⁹⁾ Auch die Kaufmannseigenschaft der OHG beginnt schon mit der Eintragung. Denn auf eine nach außen wirksame OHG finden nach § 6 Abs. 1 stets die Vorschriften für Kaufleute Anwendung, d. h. aber sie ist Kaufmann, auch wenn sie das geplante Handelsgewerbe noch nicht betreibt. Zustimmend Ehrenberg, Handb. d. ges. Handelsrecht Bd. I S. 147, Wieland S. 530 Note 27; abweichend Düringer-Hachenburg § 123 Anm. 7.

¹⁰⁾ Vgl. Weipert § 123 Anm. 4; Düringer-Hachenburg § 123 Anm. 5. — Ist im Handelsregister ein früherer Zeitpunkt angegeben und hatte die OHG tatsächlich schon zu diesem früheren Zeitpunkt die Geschäfte begonnen, so ist sie allerdings auch schon in diesem Zeitpunkt Dritten gegenüber wirksam geworden. Das folgt aber nicht aus der Eintragung des früheren Zeitpunktes, sondern aus § 123 Abs. 2, vgl. die folgenden Ausführungen des Textes. Nur kann das die OHG Dritten, die davon keine Kenntnis hatten, nach § 15 Abs. 1 nicht entgegenhalten. Hatte dagegen die OHG in dem im Handelsregister angegebenen Zeitpunkt in Wahrheit ihre Geschäfte noch nicht begonnen, so war sie auch Dritten gegenüber noch nicht wirksam geworden (vgl. RG Bd. 119 S. 67/68). Immerhin liegt aber in der Anmeldung des früheren Zeitpunktes durch die OHG die Erklärung, sie wolle sich von diesem Zeitpunkt an wie eine OHG behandeln lassen, so daß sich die OHG nunmehr Dritten gegenüber ihrerseits nicht mehr darauf berufen kann, daß sie tatsächlich erst später in Wirksamkeit getreten ist. Abweichend Weipert § 123 Anm. 5; insoweit sind auch die Ausführungen von RG Bd. 119 S. 67 nicht ganz unbedenklich, im Ergebnis ist aber die Entscheidung zutreffend, weil der in Betracht kommende Gesellschafter gar nicht im Namen der OHG, sondern in eigenem Namen gehandelt hatte. Wie hier RG Bd. 34 S. 53; Wieland S. 529. Ebenso Schlegelberger § 123 Anm. 3, Düringer-Hachenburg § 123 Anm. 5, Staub § 123 Anm. 7, aber unter Zulassung des Gegenbeweises, daß der Dritte den späteren Beginn gekannt habe. Letzteres ist m. E. dann richtig, wenn die Angabe des früheren Zeitpunktes in der Eintragung auf einem Irrtum beruht und der Dritte das wußte, nicht aber, wenn die Eintragung des Zeitpunktes dem Willen der Gesellschafter entspricht, da dann dieser Wille maßgebend ist.

sich nach OHG-Recht richtet und daß alle Gesellschafter unbeschränkt haften. Darauf müssen sie sich verlassen können. Und zwar gilt das nicht nur für diejenigen, denen gegenüber die betreffenden Geschäfte vorgenommen werden, sondern wenn einmal der Beginn der Geschäfte erfolgt ist, so wirkt das allen Dritten gegenüber. Denn es können auch andere Personen von dem Geschäftsbeginn Kenntnis erlangen und deshalb mit dem Vorhandensein einer OHG rechnen. Die OHG ist also mit dem Beginn der Geschäfte ganz allgemein wirksam geworden. Dritte, die davon keine Kenntnis haben, werden aber nach §15 Abs.1 geschützt.

Aus diesem Zweck des § 123 Abs. 2, die Verkehrssicherheit zu schützen, ergibt sich, daß der Begriff des Geschäftsbeginnes weit auszulegen ist. Es genügt, daß die OHG nach außen hin irgendwie handelnd hervortritt. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die OHG gerade solche Geschäfte vornimmt, die später den eigentlichen Inhalt ihres Gewerbes bilden sollen; es genügt vielmehr auch die Vornahme irgenwelcher Vorbereitungsgeschäfte, die Bestellung einer Maschine, der Abschluß eines Anstellungsvertrages, die Einrichtung eines Bankkontos, die Unterzeichnung eines einzelnen Wechsels oder Schecks, die Miete von Räumen für ein Kontor, die Versendung von Preislisten usw.¹¹⁾.

Erforderlich ist aber, daß es sich um Geschäfte der Gesellschaft handelt. Dazu gehört einmal, daß die OHG als solche auftritt, d. h. daß ein Gesellschafter in ihrem Namen, normalerweise unter ihrer Firma handelt. Dagegen genügt nicht, daß ein Gesellschafter für Rechnung der Gesellschaft, aber im eigenen Namen ein Geschäft vornimmt¹²⁾. Und sodann muß der handelnde Gesellschafter befugt sein, im Namen der Gesellschaft aufzutreten, es müssen also alle Gesellschafter zum mindesten stillschweigend dem Beginn der Geschäfte zugestimmt haben, mag es sich dabei auch nur um Vorbereitungsgeschäfte handeln. Nimmt dagegen ein Gesellschafter eigenmächtig, entgegen dem Gesellschaftsvertrag und ohne sonstige Zustimmung der übrigen Gesellschafter, ein Geschäft im Namen der OHG vor, so handelt er als Vertreter ohne Vertretungsmacht und wird dadurch nur persönlich verpflichtet. Auf § 125 kann der Dritte sich nicht berufen, da die OHG noch nicht wirksam geworden, also das OHG-Recht noch nicht anwendbar ist. Haben dagegen die Gesellschafter einmal ihre Zustimmung dazu gegeben, daß überhaupt irgendwie mit den Geschäften der OHG begonnen wird, die Gesellschaft also als OHG in der Öffentlichkeit hervortritt, so ist damit die OHG allen Dritten gegenüber wirksam geworden. Infolgedessen richtet sich nunmehr die Vertretungsmacht jedes Gesellschafters nach §§ 125, 126. Jedes von einem Gesellschafter vorgenommene Geschäft bindet hinfort die Gesellschaft, auch wenn die übrigen Gesellschafter nicht damit einverstanden waren.

Daran ändert auch nichts eine Vereinbarung der Gesellschafter, daß die OHG erst mit einem späteren Zeitpunkt ihren Anfang nehmen solle. Eine solche Vereinbarung hat für das Innenverhältnis Bedeutung; Dritten gegenüber ist sie unwirksam, sofern nicht die Gesellschafter jedes Auftreten der Gesellschaft in der Öffentlichkeit verhindern (§ 123 Abs. 3). Durch den tatsächlichen Beginn der Geschäfte erklären die Gesellschafter, daß sie sich nunmehr als Mitglieder einer OHG behandeln lassen wollen. Das ist für Dritte maß-

¹¹⁾ Vgl. Weipert § 123 Anm. 12; Schlegelberger § 123 Anm. 5; Wieland S. 528; RG DR 1941 S. 1944 und 1943 S. 1221.

¹²⁾ Vgl. Weipert § 123 Anm. 10; Düringer-Hachenburg § 123 Anm. 4; Schlegelberger § 123 Anm. 4. Abweichend Wieland S. 529.

gebend, auch wenn sie wissen, daß die Gesellschafter intern den eigentlichen vollen Betrieb des Handelsgewerbes noch hinausschieben wollen¹³⁾). Das Gesagte gilt nur dann nicht, wenn die OHG mit einem Dritten ausdrücklich oder stillschweigend etwas anderes vereinbart.

3. Der Beginn der Geschäfte hat die geschilderte Wirkung im allgemeinen nur, wenn die Gesellschaft ein Handelsgewerbe im Sinne von § 1 HGB betreiben soll. Will sie ein anderes Gewerbe betreiben, so wird dieses Gewerbe zu einem Handelsgewerbe erst durch Eintragung in das Handelsregister (§ 2 HGB). Die Eintragung ist mithin erforderlich, damit die Gesellschaft die Geschäfte eines Handelsgewerbes nach außen erkennbar überhaupt beginnen kann. Da aber andererseits mit der Eintragung in das Handelsregister die OHG ohnehin wirksam wird, so spielt in diesem Falle der Geschäftsbeginn für das Wirksamwerden der OHG keine Rolle. Anders ist es jedoch, wenn das zu betreibende Unternehmen zwar unter § 2 HGB fällt, aber schon in das Handelsregister für einen Einzelkaufmann eingetragen war, also schon ein Handelsgewerbe darstellte und nun von der OHG mit der Firma übernommen wird, oder wenn die OHG dadurch gebildet wird, daß ein Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmannes eintritt. In diesen Fällen genügt für das Wirksamwerden der OHG, daß die OHG die Geschäfte in ihrem Namen zu führen beginnt, denn sie tritt damit als Inhaber eines Handelsgewerbes und demgemäß als OHG nach außen hin hervor¹⁴⁾).

4. Die Wirkung der Eintragung wie des Geschäftsbeginnes für die Entstehung der OHG im Außenverhältnis ergibt sich daraus, daß in ihnen eine Kundgebung der Gesellschaft gegenüber der Öffentlichkeit liegt. Deshalb tritt die gleiche Wirkung ein, wenn die Gesellschaft in anderer Form, etwa durch Rundschreiben oder Zeitungsanzeige, der Öffentlichkeit gegenüber ihr Bestehen als OHG bekannt gibt¹⁵⁾.

III. Die Scheingesellschaft

Die Kundgebung nach außen schafft nicht die OHG, sondern gibt ihr lediglich Wirksamkeit Dritten gegenüber. Sie setzt also voraus, daß die sonstigen Erfordernisse der OHG, wie sie im § 1 geschildert wurden, bereits vorliegen, daß also ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen¹⁶⁾ und der Zweck des Zusammenschlusses auf den Betrieb eines vollkaufmännischen Gewerbes unter gemeinsamer Firma gerichtet ist. Fehlt eine der wesentlichen Voraussetzungen der OHG, so kann auch im Außenverhältnis keine OHG zur Entstehung gelangen, die Gesellschafter können Dritten gegenüber nicht die Rechte einer OHG geltend machen. Der Gesellschaft steht kein Firmenrecht zu¹⁷⁾, sie kann nicht wirksam eine Prokura erteilen¹⁸⁾; über das Vermögen

¹³⁾ Vgl. Weipert § 123 Anm. 13.

¹⁴⁾ Vgl. Weipert § 123 Anm. 9.

¹⁵⁾ Vgl. Schlegelberger § 123 Anm. 5; Weipert § 123 Anm. 8; Düringer-Hachenburg § 123 Anm. 2; Wieland S. 528.

¹⁶⁾ Vgl. RG Bd. 157 S. 369. — Über Mängel des Gesellschaftsvertrages vgl. unten S. 50 ff.

¹⁷⁾ Vgl. RG Bd. 37 S. 58.

¹⁸⁾ Eine andere Frage ist, ob die Scheingesellschafter ein von dem angeblichen Prokuristen vorgenommenes Rechtsgeschäft gegen sich gelten lassen müssen; das ist bei gutem Glauben des Dritten zu bejahen. — Betreibt einer oder mehrere der Scheingesellschafter ein vollkaufmännisches Gewerbe, ohne eine Gesellschaft zu bilden, so kann die Prokura für den Inhaber dieses Gewerbes gültig sein (vgl. Lobedanz, Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittsengeschäfte S. 91).