

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht
Universität Mannheim, Schloss Westflügel W 241/242, 68131 Mannheim
Tel.: 0621/181-1394 • Fax: 0621/181-1393
Homepage: www.georg-bitter.de
Email: bitter@georg-bitter.de

Vorlesung Gesellschaftsrecht

Skript

2. Auflage 2009

(Stand: September 2009)

Verfasser: Prof. Dr. Georg Bitter, RA Sebastian Heim

Hinweis: Dieses Skript wurde im Vergleich zur 1. Auflage insbesondere im Bereich des GmbH-Rechts deutlich erweitert und geht insoweit über den Pflichtstoff der ersten juristischen Prüfung hinaus. Allerdings konnten insoweit aus Zeitgründen noch keine zusätzlichen Fälle eingefügt werden. Zusammen mit den zusätzlichen Fällen wird das Skript Ende 2010 als Lern- und Fallbuch im Verlag Vahlen erscheinen.

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| § 1 Literatur..... | 6 |
| § 2 Einführung..... | 6 |
| § 3 Kurzübersicht über die Gesellschaftsformen | 9 |
| § 4 Körperschaften | 10 |
| I. Der Verein..... | 11 |
| 1. Der Verein und seine Organe | 11 |
| 2. Rechtsfähiger und nichtrechtsfähiger Verein..... | 12 |
| a) Der rechtsfähige nichtwirtschaftliche Verein (e.V.) | 13 |
| b) Der rechtsfähige Wirtschaftsverein | 13 |
| c) Der nichtrechtsfähige Verein | 13 |
| II. Die Aktiengesellschaft (AG) | 14 |
| 1. Allgemeines..... | 14 |
| 2. Gründung der AG..... | 15 |
| 3. Die Organisation der AG..... | 15 |
| a) Rechtsstellung der Aktionäre | 16 |
| b) Die Organe der AG | 17 |
| 4. Übersicht zur Unternehmensmitbestimmung..... | 19 |
| 5. Die Finanzverfassung der Aktiengesellschaft..... | 19 |
| a) Kapitalaufbringung | 19 |
| b) Kapitalerhaltung..... | 22 |
| c) Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung..... | 23 |
| 6. Die AG im Unternehmensverbund..... | 23 |
| 7. Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) | 25 |
| III. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)..... | 26 |
| 1. Allgemeines..... | 26 |
| 2. Gründung der GmbH..... | 27 |
| a) Chronologie..... | 27 |
| b) Der Gesellschaftsvertrag..... | 28 |
| c) Die Haftung im Gründungsstadium | 30 |
| aa) Vorvertrags-/Vorgründungsgesellschaft | 30 |
| bb) Vor-GmbH und „fertige“ GmbH | 33 |
| aaa) Die Vor-GmbH und ihr Verhältnis zur „fertigen“ GmbH..... | 33 |
| bbb) Die Haftung bei der „fertigen“ GmbH: Vorbelastungshaftung | 34 |
| ccc) Die Haftung bei der Vor-GmbH: Verlustdeckungshaftung..... | 36 |
| ddd) Wirksame Vertretung der Vor-GmbH als Haftungsvoraussetzung | 38 |
| eee) Handelndenhaftung im Stadium der Vor-GmbH..... | 39 |
| d) Die Gründung unter Verwendung einer Vorrats- oder Mantelgesellschaft..... | 41 |

| | |
|---|----|
| 3. Organisationsverfassung der GmbH | 43 |
| a) Gesellschafter und Gesellschafterversammlung | 43 |
| aa) Rechte und Pflichten der Gesellschafter | 43 |
| bb) Kompetenzen und Ablauf der Gesellschafterversammlung; Beschlussfassung und -anfechtung | 44 |
| cc) Änderungen des Gesellschafterbestandes | 47 |
| aaa) Abtretung des Gesellschaftsanteils | 47 |
| bbb) Einziehung des Gesellschaftsanteils / Ausschluss von Gesellschaftern | 48 |
| ccc) Austritt aus der Gesellschaft | 50 |
| b) Geschäftsführer | 50 |
| aa) Eignung, Bestellung und Abberufung; Anstellungsvertrag | 50 |
| bb) Stellung und Aufgaben | 52 |
| cc) Haftung | 52 |
| dd) Weitere gesetzliche Vorgaben | 54 |
| 4. Die Finanzverfassung der GmbH | 55 |
| a) Kapitalaufbringung | 55 |
| aa) Grundlagen | 55 |
| bb) Sacheinlagen | 56 |
| cc) Geldeinlagen | 57 |
| aaa) Verdeckte Sacheinlage (§ 19 IV GmbHG) | 58 |
| bbb) Vereinbarungsgemäße Rückzahlung der Einlage (§ 19 V GmbHG) | 59 |
| ccc) Aufrechnung | 62 |
| ddd) Leistung an Erfüllung statt | 65 |
| b) Kapitalerhaltung | 66 |
| aa) Vermögensbindung in der GmbH | 66 |
| aaa) Beschränkte Vermögensbindung im Gläubigerinteresse (§§ 30, 31 GmbHG) | 66 |
| (1) Schutz des Stammkapitals (Haftung bei Unterbilanz) | 67 |
| (2) Ausnahmefälle | 69 |
| bbb) Umfassende Vermögensbindung im Minderheitsinteresse | 71 |
| bb) Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs | 72 |
| cc) Erwerb eigener Anteile | 74 |
| c) Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Rechtshandlungen | 74 |
| d) Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung | 76 |
| 5. Die GmbH im Unternehmensverbund | 77 |
| 6. Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt) | 79 |
| § 5 Personengesellschaften | 79 |
| I. Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) | 79 |
| 1. Allgemeines | 79 |

| | |
|---|-----|
| 2. Entstehung und Grundlagen der Gesellschaft | 81 |
| a) Gründung..... | 81 |
| b) Fehlerhafte Gesellschaft | 83 |
| c) Innenverhältnis der Gesellschafter | 86 |
| d) Gesellschaftsvermögen | 88 |
| 3. Rechtsfähigkeit der Außen-GbR | 88 |
| 4. Geschäftsführung und Vertretung der GbR | 90 |
| 5. Haftung der GbR und der Gesellschafter | 91 |
| 6. Gesellschafterbeschlüsse | 94 |
| 7. Gesellschaftereintritt und -wechsel | 97 |
| 8. Gewinn- und Verlustverteilung..... | 99 |
| 9. Sozialansprüche/-verpflichtungen: actio pro socio, Gesellschafter-Gläubiger, Haftungsregress | 99 |
| 10. Zwangsvollstreckung | 101 |
| 11. Kündigung, Auflösung, Auseinandersetzung und Beendigung der Gesellschaft, Ausscheiden/Ausschluss eines Gesellschafters | 102 |
| 12. Zusammenfassung der wichtigsten Merkmale der GbR | 109 |
| II. Offene Handelsgesellschaft (oHG)..... | 109 |
| 1. Entstehung, Handelsregistereintragung..... | 109 |
| 2. Kaufmannseigenschaft | 110 |
| 3. Geschäftsführung und Vertretung der oHG | 111 |
| 4. Haftung der oHG und der Gesellschafter | 113 |
| 5. „Kapitalerhaltung“ bei der oHG..... | 116 |
| 6. Wettbewerbsverbot und Geschäftschancenlehre..... | 116 |
| 7. Finanzverfassung; Gewinn- und Verlustverteilung | 118 |
| 8. Kündigung und Auflösung der Gesellschaft | 119 |
| 9. Zusammenfassung der wichtigsten Merkmale der oHG | 121 |
| III. Kommanditgesellschaft (KG) | 121 |
| 1. Geschäftsführung und Vertretung in der KG | 121 |
| 2. Haftung der KG und der Gesellschafter | 122 |
| 3. „Kapitalerhaltung“ in der KG | 126 |
| 4. Publikums-KG..... | 126 |
| 5. Zusammenfassung der wichtigsten Merkmale der KG | 128 |
| IV GmbH & Co. KG | 128 |
| 1. Allgemeines..... | 128 |
| 2. Geschäftsführung, Vertretung und Haftung in der GmbH & Co. KG | 129 |
| 3. Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in der GmbH & Co. KG | 130 |
| V. Partnerschaftsgesellschaft (PartG) | 132 |

Abkürzungen

| | |
|--------|--|
| MuSchG | Mutterschutzgesetz |
| a.A. | anderer Ansicht |
| a.F. | alter Fassung |
| AG | Aktiengesellschaft |
| AGBG | Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz); seit dem 1.1.2002 in das BGB integriert (§§ 305 ff. BGB) |
| AktG | Aktiengesetz |
| Aufl. | Auflage |
| BB | Betriebsberater (juristische Fachzeitschrift) |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| c.i.c. | Culpa in contrahendo |
| d.h. | das heißt |
| DB | Der Betrieb (juristische Fachzeitschrift) |
| ders. | derselbe |
| DM | Deutsche Mark |
| e.G. | eingetragene Genossenschaft |
| e.V. | eingetragener Verein |
| EG | EG-Vertrag in der Fassung |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| EWIV | Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung |
| f. | und die folgende |

| | |
|--------|--|
| ff. | und die folgenden |
| Fußn. | Fußnote |
| GbR | Gesellschaft bürgerlichen Rechts |
| GenG | Genossenschaftsgesetz |
| GesR | Gesellschaftsrecht |
| GG | Grundgesetz |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GmbHG | Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung |
| GmbHR | GmbH Rundschau (juristische Fachzeitschrift) |
| h.L. | herrschende Lehre (= überwiegende Ansicht in der Rechtslehre) |
| h.M. | herrschende Meinung (= überwiegende Ansicht in Rechtslehre und Rechtsprechung) |
| HGB | Handelsgesetzbuch |
| Hrsg. | Herausgeber |
| i.d.R. | in der Regel |
| i.S.v. | im Sinne von |
| Kap. | Kapitel |
| KG | Kommanditgesellschaft |
| KGaA | Kommanditgesellschaft auf Aktien |
| KStG | Körperschaftssteuergesetz |
| Mio. | Million/en |
| n.F. | neuer Fassung |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift (juristische Fachzeitschrift) |

| | |
|--------|--|
| NZG | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (juristische Fachzeitschrift) |
| NZI | Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht (juristische Fachzeitschrift) |
| oHG | offene Handelsgesellschaft |
| PartG | Partnerschaftsgesellschaft |
| PartGG | Partnerschaftsgesellschaftsgesetz |
| PVV | Positive Vertragsverletzung |
| Rdn. | Randnummer |
| S. | Seite |
| SE | Societas Europaea = Europäische Aktiengesellschaft |
| vgl. | vergleiche |

| | |
|------|--|
| WM | Wertpapiermitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (juristische Fachzeitschrift) |
| WuB | Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht |
| z.B. | zum Beispiel |
| z.T. | zum Teil |
| z.Z. | zurzeit |
| ZGR | Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (juristische Fachzeitschrift) |
| ZHR | Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (juristische Fachzeitschrift) |
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (juristische Fachzeitschrift) |

§ 1 Literatur

Dieses Skript bietet einen Überblick über den Pflichtstoff im Fach Gesellschaftsrecht sowie darüber hinausgehende Ausführungen zu dem in der Unternehmenspraxis wichtigen GmbH-Recht (Schwerpunkt Wirtschaftsrecht – Allgemeiner Teil). Wer sich vertieft mit einzelnen Aspekten befassen möchte, kann dies anhand der Literaturhinweise tun, die jeweils am Anfang eines Abschnitts in einer *Fußnote oder auch an anderen Stellen in Fußnoten untergebracht sind.

Die Literaturhinweise beschränken sich überwiegend auf folgende ausgewählte Werke, die nachfolgend in den Fußnoten jeweils abgekürzt zitiert werden:

- *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 2002, 1964 Seiten, Preis: 98,- Euro
 - ⇒ sehr ausführliches Lehrbuch mit umfangreicher Darstellung vieler Detailfragen, in dem allgemeine, gesellschaftsübergreifende Lehren entwickelt und in einem „Ersten Teil“ vorangestellt werden; erst dann folgt die Darstellung des Rechts der Körperschaften und der Personengesellschaften; gut verständlich geschrieben; Darstellung meist anhand von Beispielen
- *Götz Hueck/Christine Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 21. Auflage 2008, 505 Seiten, Preis: 22,90 Euro
 - ⇒ mittelgroßes Lehrbuch, das weniger ausführlich als das erstgenannte Werk von *Karsten Schmidt* ist, aber auch Ausführungen zu vielen Detailfragen enthält, verständlich geschrieben und übersichtlich aufgebaut ist; zur vorlesungsbegleitenden Lektüre zu empfehlen
- *Barbara Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 7. Auflage 2008, 452 Seiten, Preis: 25,- Euro
 - ⇒ mittelgroßes Lehrbuch, das dem Buch von *Hueck/Windbichler* vergleichbar ist und über die Grundlagen hinaus viele Details enthält
- *Heribert Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, 6. Auflage 2009, 613 Seiten, Preis: 79,- Euro
 - ⇒ behandelt sehr ausführlich sämtliche Fragen des Kapitalgesellschaftsrechts; kann insbesondere bei Detailfragen herangezogen werden
- *Jan Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Auflage 2009, 572 Seiten, Preis: 49,95 Euro
 - ⇒ ist dem Buch von *Hirte* vergleichbar; bietet bei vielen Fragen eigene Lösungen an

§ 2 Einführung*

Als Gesellschaften werden (vertragliche) Zusammenschlüsse mehrerer Personen zu einer gemeinschaftlichen Zweckverfolgung bezeichnet. Die verschiedenen Arten von Gesellschaften unterliegen einem **Numerus Clausus der Gesellschaftsformen**, d.h., die Arten von Gesellschaftstypen werden im Gesetz abschließend bestimmt. Die Gründungsgesellschafter können keine neuen Gesellschaftsformen „erfinden“, sondern müssen sich für ihre Zwecke der im Gesetz vorgesehenen Typen bedienen.

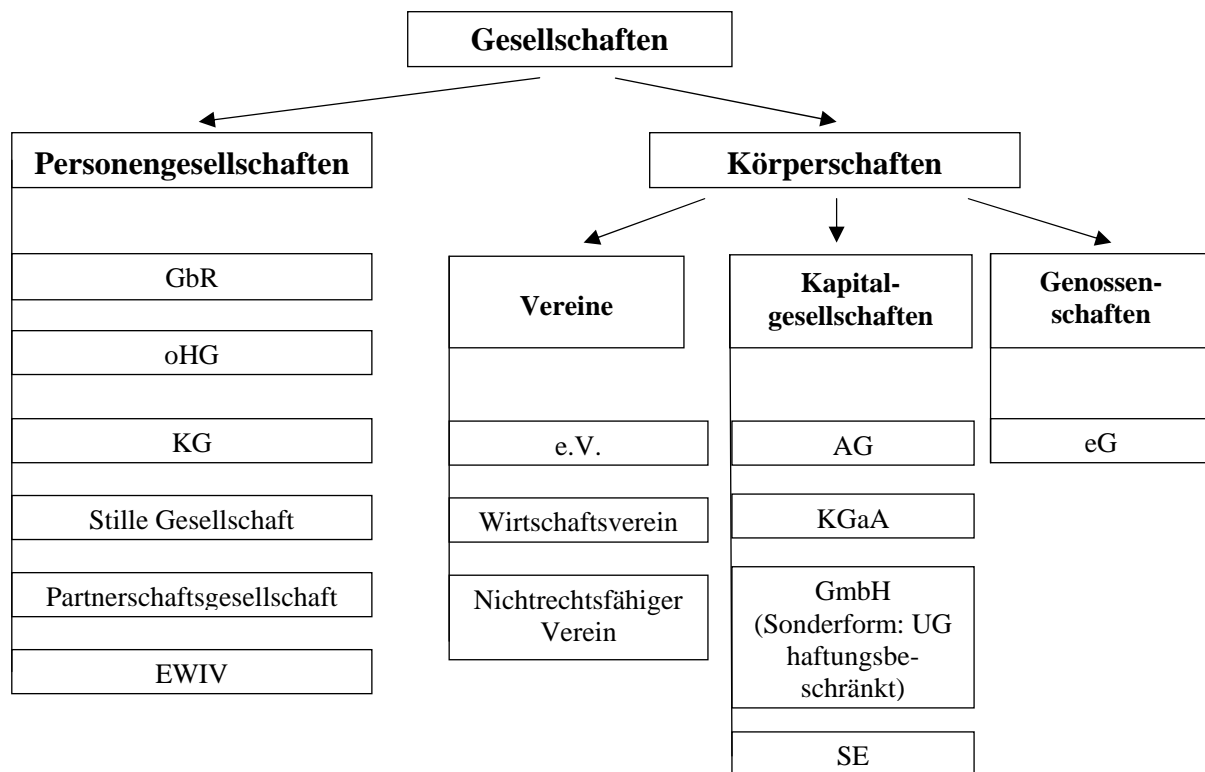
* Allgemeine Ausführungen zum Gesellschaftsrecht finden sich sehr ausführlich bei *Karsten Schmidt*, GesR, §§ 1-21 (S. 3 ff.); überschaubar bei *Hueck/Windbichler*, GesR, §§ 1-4 (S. 1 ff.); knapp bei *Grunewald*, GesR, Einführung (S. 1 f.).

Herkömmlich erfolgt die Einteilung der Gesellschaftsformen in zwei große Gruppen:

- Personengesellschaften
- Körperschaften

Grundform der **Personengesellschaften** ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die in den §§ 705 ff. BGB geregelt ist. Daneben sind vor allem die offene Handelsgesellschaft (oHG) und die Kommanditgesellschaft (KG) aus dem Rechtsverkehr bekannt. Personengesellschaften sind ferner die stille Gesellschaft, die Partnerschaftsgesellschaft, die Partenreederei und die EWiV (näheres siehe unten S. 9).

Grundform der **Körperschaften** ist der in §§ 21 ff. BGB geregelte Verein. Daneben gibt es die Kapitalgesellschaften Aktiengesellschaft (AG), Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) und Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) sowie die eingetragene Genossenschaft (e.G.). Die wichtigsten Gesellschaftsformen sind in nachfolgender Übersicht zusammengestellt:



Zu den rein nationalen Gesellschaftsformen tritt insbesondere die Europäische Aktiengesellschaft (SE = Societas Europaea) als supranationale Rechtsform hinzu.¹ Sie ist wie die nationale Aktiengesellschaft eine Körperschaft. In naher Zukunft könnte eine weitere supranationale Gesellschaftsform hinzukommen: Die EG-Kommission hat einen Verordnungsentwurf zur

¹ Dazu unten S. 25.

Europäischen Privatgesellschaft (SPE) vorgelegt, die – wie die GmbH – vor allem für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) geeignet sein soll.²

Ausgangspunkt der Unterteilung zwischen Personengesellschaften und Körperschaften war die Frage der Rechtsfähigkeit (= Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein):

Die **Körperschaften** sind juristische Personen; sie haben eine eigene **Rechtspersönlichkeit**. Die Gesellschaft ist in diesen Fällen selbst Inhaberin (Eigentümerin) des Gesellschaftsvermögens und wird selbst – als juristische Person – berechtigt und verpflichtet (vgl. § 13 I GmbHG, § 1 I 1 AktG, § 17 I GenG). Auch im Grundbuch wird die Gesellschaft als Eigentümerin oder Inhaberin sonstiger Grundstücksrechte eingetragen.

Bei den **Personengesellschaften** wurden traditionell die Gesellschafter, nicht die Gesellschaft als Träger von Rechten und Pflichten angesehen. Das Gesellschaftsvermögen steht dabei den Gesellschaftern zur gesamten Hand zu, ist also ein Sondervermögen der Gesellschafter, das von dem sonstigen (Privat-)Vermögen der Gesellschafter getrennt, aber im Gegensatz zu den Körperschaften nicht als juristische Person verselbständigt ist. Die Handelsgesellschaften des HGB wurden allerdings auch schon bisher im Hinblick auf § 124 HGB als teilrechtsfähig angesehen (dazu unten S. 109).

Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof durch Urteil vom 29.1.2001³ seine Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) geändert. Nach diesem Urteil besitzt die (Außen-)GbR⁴ Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet.⁵ Inzwischen hat der BGH auch die Grundbuchfähigkeit der (Außen-)GbR anerkannt.⁶ Nach dieser Neuorientierung der Rechtsprechung ist die Rechtsfähigkeit nicht mehr das entscheidende Kriterium zur Unterscheidung von Körperschaften und Personengesellschaften.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Arten von Gesellschaften besteht in der Frage der **Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten**. Bei den Körperschaften ist die Haftung gegenüber Dritten auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt (vgl. § 13 II GmbHG, § 1 I 2 AktG, § 2 GenG). Wird z.B. ein Vertrag zwischen einem Dritten und der juristischen Person geschlossen, kann der Dritte für die Verbindlichkeiten aus dem Vertrag auch nur die Gesellschaft und ihr Vermögen in Anspruch nehmen. Bei den Personengesellschaften haften die Gesellschafter hingegen persönlich mit ihrem Privatvermögen für die Gesellschaftsverbindlichkeiten und – mit Ausnahme des Kommanditisten – auch unbeschränkt. Schließt ein Dritter also einen Vertrag mit einer GbR, einer oHG oder KG, kann er zu seiner Befriedigung nicht nur auf das Gesellschaftsvermögen, sondern auch auf das Vermögen der persönlich haftenden Gesellschafter zurückgreifen.

Ein weiterer Unterschied zwischen Körperschaften und Personengesellschaften besteht in der Frage der Geschäftsführung und Vertretung. Während diese Aufgaben in der Personengesellschaft von den Gesellschaftern selbst wahrgenommen werden (**Selbstorganschaft**), besteht bei den Körperschaften eine Trennung von den Mitgliedern. Geschäftsführung und Vertretung

² KOM (2008), 396 – SPE.VO-E; dazu *Hommelhoff/Teichmann*, DStR 2008, 925; *dies.*, GmbHR 2009, 36; *Giedinghagen*, NJW-Spezial 2008, 751.

³ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; dazu *Karsten Schmidt*, NJW 2001, 993.

⁴ Zur Unterscheidung von Außen- und Innengesellschaft siehe unten S. 88.

⁵ Dazu näher unten S. 88.

⁶ BGHZ 179, 102; dazu *Karsten Schmidt*, JuS 2009, 278; siehe hierzu noch unten S. 88.

werden hier durch besondere Organe (insbesondere Vorstand, Aufsichtsrat, Geschäftsführer) wahrgenommen (**Fremdorganschaft**). Allerdings ist es möglich, auch einen Gesellschafter zum Organ zu bestimmen. Ein Aktionär kann also zum Vorstand einer AG bestellt werden oder ein GmbH-Gesellschafter kann zugleich Geschäftsführer der GmbH sein.

Eine kurze Beschreibung der verschiedenen Gesellschaftsformen findet sich in der nachfolgenden Kurzübersicht. Die praktisch wichtigsten Gesellschaftsformen werden im Anschluss daran ausführlicher besprochen.

§ 3 Kurzübersicht über die Gesellschaftsformen

| Personengesellschaften | | | |
|--|-------|---|--|
| Gesellschaft bürgerlichen Rechts | GbR | §§ 705 ff. BGB | Die Gesellschafter verpflichten sich durch Gesellschaftsvertrag zur Förderung eines beliebigen gemeinsamen Zwecks, der nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes i.S.v. § 1 II HGB gerichtet ist (dann wird die GbR zur oHG). Alle Gesellschafter haften im Grundsatz persönlich und unbeschränkt. |
| Partnerschaftsgesellschaft | PartG | Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG) | In der Partnerschaftsgesellschaft können sich Angehörige freier Berufe (Ärzte, Rechtsanwälte, Architekten etc.) zur gemeinsamen Berufsausübung zusammenschließen. Die Haftung für berufliche Fehler ist auf die Partner beschränkt, die den Auftrag bearbeitet haben (§ 8 II PartGG). |
| offene Handelsgesellschaft | oHG | §§ 105 ff. HGB | Der Gesellschaftsvertrag ist auf den Betrieb eines Handelsgeschäfts unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet. Alle Gesellschafter haften den Gläubigern der Gesellschaft unbeschränkt persönlich. |
| Kommanditgesellschaft | KG | §§ 161 ff. HGB | Der Gesellschaftsvertrag ist auf den Betrieb eines Handelsgeschäfts unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet. Es gibt zwei Gruppen von Gesellschaftern: Die Komplementäre haften für die Gesellschaftsverbindlichkeiten unbeschränkt persönlich, die Kommanditisten nur bis zur Höhe ihrer Haftsumme (Einlage). |
| GmbH & Co. KG | | §§ 161 ff. HGB + GmbHG | Sonderform der KG, bei der die Stelle des Komplementärs von einer GmbH eingenommen wird. Da die GmbH zwar unbeschränkt persönlich für die Verbindlichkeiten der KG haftet, ihrerseits aber haftungsbeschränkt ist (s.u.), ist die GmbH & Co. KG letztlich eine Personengesellschaft mit Haftungsbeschränkung. |
| Stille Gesellschaft | | §§ 230 ff. HGB | Die stille Gesellschaft ist eine vermögensmäßige Beteiligung am Handelsgewerbe eines anderen. Der stille Gesellschafter leistet seine Einlage in das Vermögen des Geschäftsinhabers und erhält dafür eine Gewinnbeteiligung. Die stille Gesellschaft tritt nicht nach außen im Rechtsverkehr auf (Innengesellschaft und Spezialfall der GbR). |
| Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung | EWIV | EWIV-Verordnung (EG) und EWIV-Ausführungsgesetz (D) | Die EWIV ist eine europarechtliche Gesellschaft mit Mitgliedern in mindestens zwei EU-Staaten. Sie soll die Kooperation über die nationalen Grenzen hinweg erleichtern und fördern, aber nicht selbst Unternehmensträger sein. Sie ist eine rechtsfähige Personengesellschaft, die allerdings wegen der persönlichen Haftung ihrer Mitglieder in der Praxis selten vorkommt. |

| Körperschaften | | | |
|--|------|---|--|
| Verein | e.V. | §§ 21 ff. BGB | Zusammenschluss von Personen, der auf einen beliebigen Zweck gerichtet ist und Rechtsfähigkeit durch die Eintragung im Vereinsregister erhält. Der Zweck darf beim e.V. allerdings nicht in einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bestehen (§ 21 BGB). |
| Gesellschaft mit beschränkter Haftung | GmbH | GmbHG | Die GmbH kann zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck gegründet werden. Sie entsteht als juristische Person durch die Eintragung im Handelsregister. Den Gläubigern haftet nur das Gesellschaftsvermögen. Die Gesellschafter sind mit Geschäftsanteilen am Stammkapital der Gesellschaft beteiligt. Eine Sonderform der GmbH, aber keine selbständige Rechtsform ist die durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ⁷ neue eingeführte Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) = UG (haftungsbeschränkt). Das besondere an dieser Form der GmbH ist, dass ihr Stammkapital den Betrag des Mindeststammkapitals unterschreitet (§ 5a I GmbHG). |
| Aktiengesellschaft | AG | §§ 1 ff. AktG | Die AG kann zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck gegründet werden. Sie entsteht als juristische Person durch die Eintragung im Handelsregister. Den Gläubigern haftet nur das Gesellschaftsvermögen. Das Grundkapital ist in Aktien zerlegt, mit denen die Aktionäre am Vermögen der Gesellschaft beteiligt sind. |
| Kommanditgesellschaft auf Aktien | KGaA | §§ 278 ff. AktG | Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit (juristische Person), bei der mindestens ein Gesellschafter unbeschränkt persönlich haftet (Komplementär) und die übrigen an dem in Aktien zerlegten Grundkapital beteiligt sind, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften (Kommanditaktionäre). |
| Genossenschaft | eG | GenG | Gesellschaft mit nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs bezweckt. |
| Europäische Aktiengesellschaft | SE | SE-Verordnung (EG), SE-Richtlinie (EG), nationales Ausführungsgesetz (SEAG) | Die SE ist eine europarechtliche Gesellschaft, die seit 8.10.2004 grenzüberschreitend durch Gesellschaften in mindestens zwei EG-Staaten gegründet werden kann. Eine Sitzverlegung von einem Staat in den anderen ist möglich. Durch den partiellen Verweis der SE-Verordnung auf nationales Recht und durch die teilweise unterschiedlichen nationalen Ausführungsgesetze handelt es sich nicht um eine in allen EG-Staaten vollkommen einheitliche Rechtsform. |

§ 4 Körperschaften

Üblicherweise werden in Lehrbüchern zunächst die Personengesellschaften (beginnend mit der GbR) und im Anschluss daran die Körperschaften behandelt. Diese Reihenfolge soll hier umgekehrt werden, weil die Körperschaften aufgrund ihrer rechtlichen Verselbständigung (juristische Person) von der Struktur her einfacher zu erfassen sind.

⁷ BGBl. I 2008, 2026; einen guten Überblick über das MoMiG liefern *Hirte*, NZG 2008, 761 und *Kindler*, NJW 2008, 3249; ausführlicher das GmbHR-Sonderheft 10/2008.

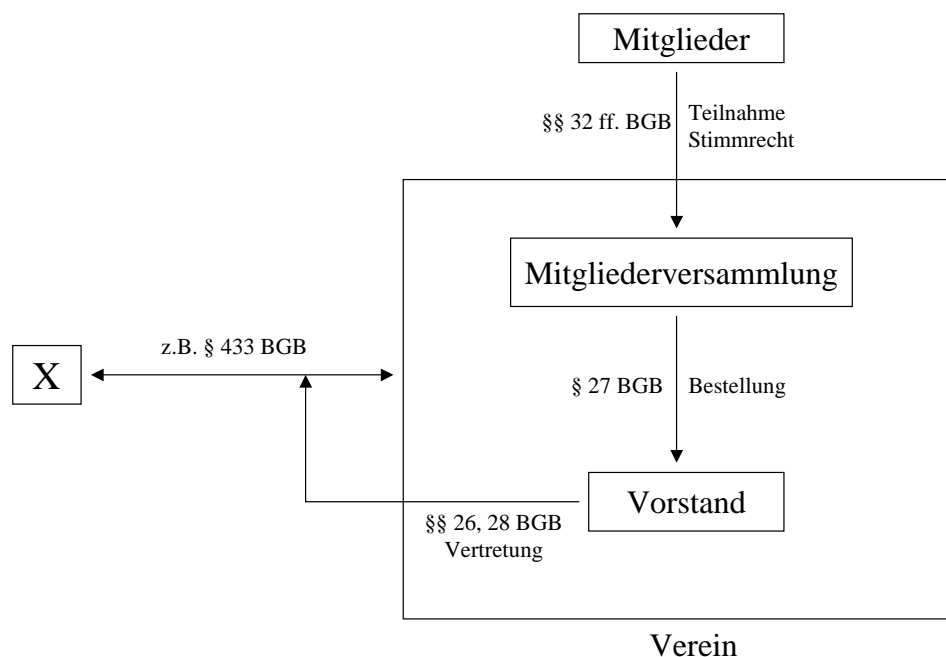
I. Der Verein*

Der Verein ist die Urform privatrechtlicher Körperschaften. Er ist ein auf Dauer angelegter, körperschaftlich organisierter Zusammenschluss von Personen zu einem gemeinsamen Zweck. Die körperschaftliche Organisation zeichnet sich durch drei Merkmale aus:

- Gesamtnamen
- Vertretung durch den Vorstand (Fremdorganshaft)
- Unabhängigkeit des Vereins von der Identität seiner Mitglieder

1. Der Verein und seine Organe

Der rechtsfähige Verein (zur Abgrenzung vom nichtrechtsfähigen Verein sogleich unter 2.) ist juristische Person und von seinen Mitgliedern getrennt. Diese haften daher nicht für Vereins-schulden; etwas anderes gilt nur dann, wenn die Trennung rechtsmissbräuchlich ausgenutzt wird (sog. Durchgriffshaftung).⁸ Der Verein hat zwei Organe, die Mitgliederversammlung und den Vorstand.



Alle Mitglieder haben nach Maßgabe der §§ 32 ff. BGB das Recht, an der **Mitgliederversammlung** teilzunehmen und dort ihr Stimmrecht auszuüben. Die Mitgliederversammlung ist das Willensbildungsorgan des Vereins. Die Willensbildung erfolgt durch Beschluss, für den § 32 I 3 BGB die Zustimmung der „Mehrheit der erschienenen Mitglieder“ verlangt.⁹ Die

* Zum Vereinsrecht vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, §§ 23-25 (S. 659 ff.); *Grunewald*, GesR, Kap. 2. A. (S. 189 ff.).

⁸ Vgl. zum eingetragenen Verein BGHZ 175, 12 (Kolpingwerk) – Leitsätze 1 und 2. Zu den verschiedenen Fallgruppen der Durchgriffshaftung vgl. den Vertiefungshinweis in Fn. 56.

⁹ Eine Ausnahme gilt gemäß § 33 I 1 BGB für Satzungsänderungen (¾ Mehrheit), gemäß § 33 I 2 BGB für Zweckänderungen (Einstimmigkeit).

Mitgliederversammlung ist zuständig für die Bestellung und Abberufung des Vereinsvorstandes (§ 27 I BGB) und kann diesem Weisungen erteilen (§ 27 III BGB).¹⁰

Der **Vorstand** kann aus mehreren Personen bestehen (§ 26 I BGB). Er vertritt den Verein gegenüber Dritten (X) gerichtlich und außergerichtlich (§ 26 II BGB), wobei § 28 I BGB die Abgabe von Willenserklärungen durch den Vorstand (Aktivvertretung) und § 28 II BGB die Empfangnahme von Willenserklärungen durch den Vorstand (Passivvertretung) regelt.

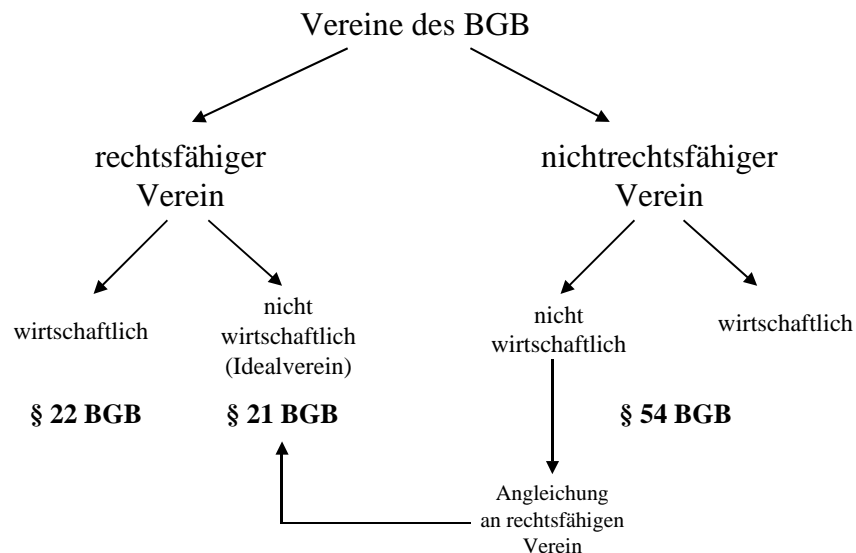
Schließt der Vorstand im Namen des rechtsfähigen Vereins einen Vertrag, z.B. einen Kaufvertrag, mit einem Dritten (X), dann kommt der Vertrag zwischen dem Dritten und dem Verein als juristische Person zustande. Auf Seiten des Vereins ist dabei die Wirksamkeit der Stellvertretung nach §§ 26 II, 28 BGB zu prüfen.

Neben die Haftung aus wirksam im Namen des Vereins eingegangenen Verbindlichkeiten tritt die Haftung des Vereins für **Organverschulden**. Nach § 31 BGB haftet der Verein für den Schaden, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands sowie jeder sonst verfassungsmäßig berufene Vertreter des Vereins einem Dritten „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen“ zufügt. Die Vorschrift bezieht sich auf die Verletzung vertraglicher, vorvertraglicher und deliktischer Pflichten.

⇒ Fall Nr. 1 – Bootstransport

2. Rechtsfähiger und nichtrechtsfähiger Verein

Der in §§ 21, 22 BGB geregelte rechtsfähige Verein (juristische Person) ist vom nichtrechtsfähigen Verein abzugrenzen, für den § 54 BGB auf das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts verweist.



¹⁰ Zu den Aufgaben der Mitgliederversammlung gehören weiterhin: die Satzungsänderungen (§ 33 BGB), die Vereinsauflösung (§ 44 BGB) und die Bestellung von Liquidatoren (§ 44 BGB).

a) Der rechtsfähige nichtwirtschaftliche Verein (e.V.)

Der rechtsfähige nichtwirtschaftliche Verein (Idealverein) begegnet uns im Rechtsleben vor allem als Organisationsform für Zusammenschlüsse mit kulturellen, sportlichen oder sozialen Zwecken (Sportverein, Förderverein, karitativer Verein). Er wird von mindestens 7 Gründungsmitgliedern (§ 56 BGB) durch Satzung errichtet (§ 25 BGB), darf nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sein und erlangt seine Rechtsfähigkeit durch Eintragung (§ 21 BGB). Diese Eintragung in das beim Amtsgericht geführte Vereinsregister (§ 55 BGB) wirkt konstitutiv. Der Verein führt den Zusatz „eingetragener Verein“ bzw. „e.V.“ (§ 65 BGB).

b) Der rechtsfähige Wirtschaftsverein

Daneben kennt das BGB auch den rechtsfähigen Wirtschaftsverein (§ 22 BGB). Seine Gründung ist nicht frei. Er entsteht nicht durch Eintragung im Vereinsregister, sondern nur durch staatliche Verleihung (Konzession). Solche Konzessionen werden nur sehr selten vergeben, weil sich unternehmerisch tätige Personenvereinigungen im Grundsatz der dafür vom Gesetz vorgesehenen Rechtsformen bedienen sollen. Diese enthalten jeweils Vorschriften für den Gläubigerschutz, sei es, dass sie die persönliche Haftung der Gesellschafter verlangen (Personengesellschaften) oder die Aufbringung eines Mindestkapitals voraussetzen (insbesondere AG und GmbH). Diese Gläubigerschutzvorschriften könnten umgangen werden, wenn man beliebig rechtsfähige Wirtschaftsvereine gründen könnte, bei denen die Haftung auf das Vereinsvermögen beschränkt ist, aber keine Vorschriften für eine Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung bestehen. Als Beispiel für einen der wenigen konzessionierten Wirtschaftsvereine ist die Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort) zu nennen, die 1958 gemeinsam von Autoren und Verlegern zur Verwaltung von Zweitrechten an Sprachwerken in München gegründet wurde.¹¹

c) Der nichtrechtsfähige Verein

Ist der Verein nicht rechtsfähig, weil er weder im Vereinsregister eingetragen (§ 21 BGB) noch konzessioniert ist (§ 22 BGB), finden auf ihn gemäß § 54 Satz 1 BGB die Regeln über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB)¹² Anwendung. Die im Namen des Vereins handelnden Personen haften persönlich (§ 54 Satz 2 BGB).

Diese Regelung ist für **wirtschaftliche Zusammenschlüsse** von Personen angemessen, da sich die Gesellschafter nicht dadurch der persönlichen Haftung entziehen können sollen, dass sie ihre Gesellschaft als Verein organisieren. Für **nicht wirtschaftlich tätige Personenzusammenschlüsse** (insbesondere politische Parteien und Gewerkschaften) wird die Regelung hingegen als unangemessen empfunden und deshalb durch die Rechtsprechung korrigiert. Die harte (Haftungs-)Regelung des § 54 BGB erklärt sich nur historisch als Relikt aus den Zeiten der Sozialistenbekämpfung im Kaiserreich. Die missliebigen politischen Parteien und Gewerkschaften wollten oder konnten die Rechtsform des rechtsfähigen Vereins nicht wählen, weil dieser damals auch im Fall des nichtwirtschaftlichen Vereins nur durch staatliche Konzession entstehen konnte. Organisierten sich die Mitglieder aber als nichtrechtsfähiger Verein, wurden sie der scharfen Haftung des § 54 BGB unterworfen, was den Zusammenschluss tenden-

¹¹ Informationen zur VG Wort sind im Internet erhältlich unter www.vgwort.de.

¹² Dazu unten S. 79 ff.

ziell hindern sollte. Heute werden auf den nichtrechtsfähigen Verein, soweit er nicht wirtschaftlich tätig ist, nicht die Vorschriften über die GbR, sondern die des e.V. angewendet.¹³

II. Die Aktiengesellschaft (AG)*

1. Allgemeines

Die AG ist eine Kapitalgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit = juristische Person (§ 1 I 1 AktG). Sie ist eine Körperschaft und gehört damit rechtssystematisch zur Kategorie der Vereine. Für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet nur das Gesellschaftsvermögen (§ 1 I 2 AktG), nicht die Aktionäre persönlich. Die AG haftet für in ihrem Namen abgeschlossene Geschäfte sowie für Organverschulden gemäß § 31 BGB.¹⁴

Die Aktionäre sind in der Praxis meist personenverschieden vom Vorstand. Die Aktiengesellschaft übernimmt damit die volkswirtschaftlich sinnvolle Funktion, das Kapital der Aktionäre mit der Kompetenz (dem Know-how) des Vorstands zusammenzubringen, da die Kapitaleigner oft nicht über die unternehmerische Kompetenz, die Manager nicht über das erforderliche Kapital verfügen. Die Kapitalsammelfunktion kann die AG aber nur deshalb erfüllen, weil der Verlust der Aktionäre auf das eingebrachte Kapital beschränkt ist (Haftungsbeschränkung). Müsste der Aktionär befürchten, für die vom Vorstand getätigten Geschäfte unbeschränkt persönlich in Anspruch genommen zu werden, würde er sich vermutlich nicht zu einer Beteiligung durch Zeichnung oder Kauf von Aktien bewegen lassen.¹⁵

Die AG ist gemäß § 3 AktG Formkaufmann. In der Firma muss die Bezeichnung „Aktiengesellschaft“ oder die Abkürzung „AG“ enthalten sein. Das Grundkapital der AG (§ 6 AktG) ist in Aktien zerlegt. Sein Mindestbetrag ist 50.000 Euro (§ 7 AktG). Die Aktien können gemäß § 8 AktG entweder auf einen bestimmten Betrag lauten (Nennbetragsaktien) oder einen Anteil am Grundkapital repräsentieren (Stückaktien).

Die Bedeutung der AG ist in Deutschland im Vergleich zur GmbH eher gering (Verhältnis 1:185), hat allerdings wegen der Börsenfähigkeit der Anteile im Rahmen der in den letzten Jahren gestiegenen Relevanz der Kapitalmärkte zugenommen. Durch das „Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktiengesetzes“ wurde 1994 eine Differenzierung zwischen „kleinen“ und „großen“ Aktiengesellschaften eingeführt. Die Unterscheidung hat allerdings nichts mit der Größe des von der AG betriebenen Unternehmens zu tun. „Kleine“ AGs sind vielmehr solche mit kleinem Aktionärskreis. Während früher mindestens 5 Personen für die Gründung verlangt wurden, sind seit 1994 Einpersonengründungen zulässig (§ 2 AktG). Für die „kleine“ AG mit beschränktem und bekanntem Aktionärskreis enthält das Gesetz vor allem Regeln zu einer vereinfachten Hauptversammlung (insbes. §§ 121 IV und VI, 124 I 3 AktG).

¹³ Ausnahmen gelten für Normen, die die Rechtsfähigkeit und Eintragung voraussetzen, z.B. die Publizitätsvorschriften der §§ 68 ff. BGB. Die Grundbuchfähigkeit und die aktive Parteifähigkeit sind streitig.

* Zur Aktiengesellschaft vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, §§ 26-32 (S. 755 ff.); *Hueck/Windbichler*, GesR, §§ 25-33 (S. 266 ff.); *Grunewald*, GesR, Kap. 2. C. (S. 240 ff.).

¹⁴ Zu § 31 BGB vgl. bereits die Ausführungen zum Verein oben S. 11 f.

¹⁵ Vgl. eingehend zur ökonomischen Rechtfertigung der Haftungsbeschränkung bei Kapitalgesellschaften *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000, S. 150 ff., zum hier angesprochenen Aspekt der Trennung von Kapital und Management insbesondere S. 159 ff.

2. Gründung der AG

Eine AG entsteht durch Umwandlung oder durch Gründung. Im Fall der Gründung sind zwei Möglichkeiten zu unterscheiden:

- Bargründung
- Sachgründung (z.B. Einbringung eines Unternehmens)

Gründer der Gesellschaft sind die Aktionäre, die die Satzung festgestellt haben (§ 28 AktG). Die konkreten Anforderungen an die Satzung sind in § 23 III AktG geregelt. In Deutschland gilt für den Inhalt der Satzung – ganz anders als z.B. in den USA – der **Grundsatz der Satzungsstrenge** (§ 23 V AktG). Dieser besagt, dass die Satzung von den Vorschriften des AktG nur dann abweichen darf, wenn dies im Gesetz ausdrücklich erlaubt ist. Errichtet ist die Gesellschaft durch Übernahme der Aktien gemäß § 29 AktG (sog. Zeichnung). Die Übernahme ist nicht zu verwechseln mit der Ausgabe der Aktien. Übernahme bedeutet allein die Verpflichtung der Gründer zur Leistung der Einlagen. Die fertige AG entsteht erst mit der Eintragung im Handelsregister (§ 41 I AktG), die damit konstitutiv¹⁶ wirkt.

Bezüglich der Haftung im Gründungsstadium wird auf die diesbezüglichen Ausführungen zur GmbH verwiesen, die hier entsprechend gelten¹⁷; die Handelndenhaftung¹⁸ ergibt sich für die AG aus § 41 I 2 AktG.

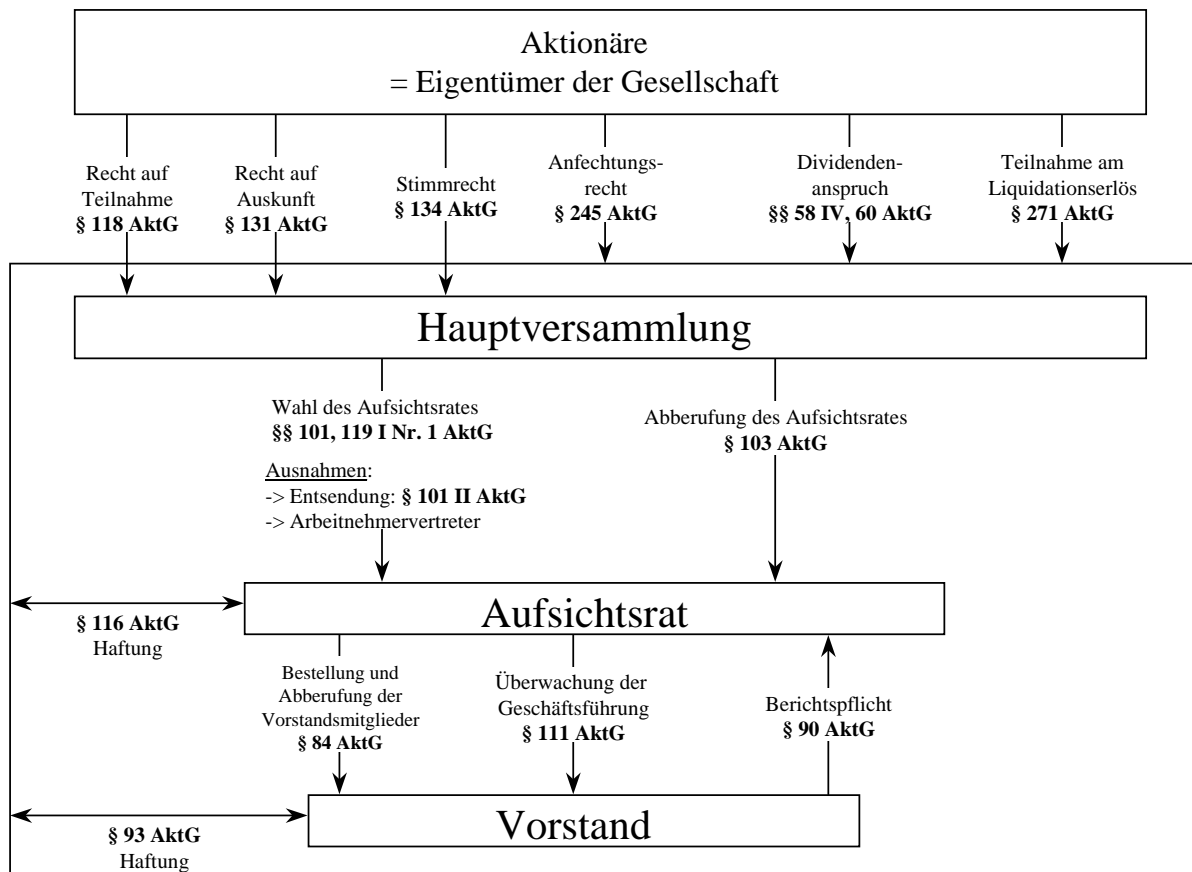
3. Die Organisation der AG

In organisatorischer Hinsicht ist zwischen der Aktionärs Ebene und der Ebene der Gesellschaft zu unterscheiden. Auf letzterer sind die Organe der AG angesiedelt, durch die die juristische Person überhaupt erst ihren Willen bilden und handeln kann. Einen ersten Überblick gibt die umseitige Grafik:

¹⁶ Zur Unterscheidung zwischen konstitutiven und deklaratorischen Eintragungen siehe *Bitter/Schumacher*, Skript zum Handelsrecht, 4. Aufl. 2009, S. 21.

¹⁷ Siehe unten S. 30 ff.

¹⁸ Dazu für die GmbH unten S. 39 f.



a) Rechtsstellung der Aktionäre

Die Aktionäre sind die „Eigentümer“ der Gesellschaft. Für ihre Rechtsstellung gegenüber der Gesellschaft (AG) sind zwei verschiedene Arten von Rechten zu unterscheiden:

- Mitverwaltungsrechte
- Vermögensrechte

Mitverwaltungsrechte der Aktionäre sind das Recht auf Teilnahme an der Hauptversammlung (§ 118 AktG), das Recht auf Auskunft in der Hauptversammlung (§ 131 AktG), das Stimmrecht (§ 134 AktG) sowie das Anfechtungsrecht (§ 245 AktG). Als Anfechtungsrecht bezeichnet man die Befugnis, gesetzwidrige Beschlüsse der Hauptversammlung anfechten zu können. Von diesem Recht machen in der Praxis gewisse „Berufsaktionäre“ nur deshalb Gebrauch, um sich von der Gesellschaft anschließend die Rücknahme der Anfechtungsklage „abkaufen“ zu lassen. Man spricht dann von einem Missbrauch des Anfechtungsrechts. Dieser Missbrauch kann eine Schadensersatzhaftung des Anfechtungsklägers gemäß § 826 BGB gegenüber der AG begründen.¹⁹ Gleichwohl belasten rechtsmissbräuchliche Anfechtungsklagen die Unternehmenspraxis erheblich. Der Gesetzgeber hat daher versucht, sie einzudämmen, indem er das Beschlussmängelrecht der AG durch das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG)²⁰ reformiert hat.²¹

¹⁹ Vgl. OLG Frankfurt, ZIP 2009, 271.

²⁰ BGBl. I 2009, 2479; überwiegend am 1.9.2009 in Kraft getreten.

²¹ Ausführlich dazu *Florstedt*, AG 2009, 465.

Das wichtigste **Vermögensrecht** des Aktionärs ist der Dividendenanspruch (§§ 58 IV, 60 AktG), also das Recht auf Teilhabe an dem von der AG erwirtschafteten Bilanzgewinn. Daneben tritt – in der Praxis weniger wichtig – das Recht auf Teilnahme am Liquidationserlös (§ 271 AktG).

Die **Hauptpflicht** des Aktionärs besteht in der Leistung der versprochenen Sach- oder Bar-einlage (§ 54 AktG).

Treuepflicht und Schädigungsverbot: Der Aktionär darf seine Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung nicht zur Erlangung eines Sondervorteils nutzen (der Beschluss ist in diesem Fall gemäß § 243 II AktG anfechtbar). Schädigt ein Aktionär die AG durch Einflussnahme auf den Vorstand, Aufsichtsrat, einen Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten, ist er der Gesellschaft bei vorsätzlichem Verhalten gemäß § 117 AktG schadensersatzpflichtig. In jüngerer Zeit wird darüber hinaus auch eine begrenzte Treuepflicht des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft anerkannt²², die allerdings nicht so weit reicht wie die Treuepflicht bei den Personengesellschaften und der GmbH. Denn die Bindung des Aktionärs an die Gesellschaft und die Mitaktionäre ist bei der AG nicht so eng wie die Bindung der Gesellschafter in den Personengesellschaften und der GmbH.

⇒ vgl. Fall Nr. 2 – Girmes

b) Die Organe der AG

Die AG hat drei Organe: die Mitgliederversammlung, den Vorstand und den Aufsichtsrat. Charakteristisch für das deutsche System ist die Trennung der Verwaltung in Vorstand und Aufsichtsrat. Diese Trennung unterscheidet sich deutlich von dem Board-System des US-amerikanischen Aktienrechts. Dort gibt es nur ein einheitliches Leitungsorgan, den Board of Directors (= Verwaltungsrat).

Der **Vorstand** leitet die Gesellschaft gemäß § 76 AktG „unter eigener Verantwortung“. Anders als die Geschäftsführer einer GmbH (vgl. §§ 37 I, 45, 46 Nr. 6 GmbHG) unterliegt er keinem Weisungsrecht der Gesellschafter = Aktionäre. Der Vorstand führt die Geschäfte der AG (§ 77 AktG) und vertritt sie im Rechtsverkehr mit Dritten (§ 78 AktG). Im Anwendungsbereich der Montanmitbestimmung (Eisen-/Stahlindustrie und Bergbau) sowie des Mitbestimmungsgesetzes von 1976 (Kapitalgesellschaften mit mehr als 2000 Arbeitnehmern) wird ein Vorstandsmitglied von der Arbeitnehmerseite gestellt (vgl. die nachfolgende Übersicht unter 4.). Der so genannte **Arbeitsdirektor** ist für Personal- und Sozialangelegenheiten zuständig. Bei fehlerhafter Geschäftsführung haftet der Vorstand gegenüber der Aktiengesellschaft auf Schadensersatz (§ 93 AktG).²³ Die AG wird bei derartigen Ansprüchen gegen den Vorstand durch den Aufsichtsrat vertreten (§ 112 AktG).

In die Zuständigkeit des **Aufsichtsrats** fällt die Bestellung und Abberufung des Vorstands (§ 84 AktG). Er hat den Vorstand bei der Geschäftsführung zu überwachen (§ 111 AktG). Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nicht übertragen (§ 111 IV 1 AktG), aber bestimmte Geschäfte durch Bestimmung der Satzung oder des Aufsichtsrats von seiner Zustimmung abhängig gemacht werden (§ 111 IV 2 AktG). Der Aufsichtsrat ist die

²² BGHZ 103, 184 – Linotype; BGHZ 129, 136 – Girmes: treuwidrige Obstruktion einer Minderheit gegen einen Sanierungsplan.

²³ Zu aktuellen Entwicklungen der Managerhaftung ausführlich *Fleischer*, NJW 2009, 2337.

„Zentrale der **Unternehmensmitbestimmung**“. Je nach Art der Mitbestimmung nehmen die Arbeitnehmervertreter 1/3 oder 1/2 der Aufsichtsratsposten ein (vgl. die nachfolgende Übersicht unter 4.). Bei nicht ordnungsgemäßer Ausführung seiner Aufgaben haftet der Aufsichtsrat – wie der Vorstand – der Gesellschaft auf Schadensersatz (§ 116 AktG). Dies gilt etwa bei Insolvenz der AG, wenn der Aufsichtsrat nicht darauf hinwirkt, dass der Vorstand rechtzeitig seiner Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags (§ 15a InsO) nachkommt.²⁴

Die **Hauptversammlung** ist der „Sitz der Aktionärsdemokratie“. Hier üben die Aktionäre ihre Rechte in Angelegenheiten der Gesellschaft aus (§ 118 AktG). Bei Abstimmungen in der Hauptversammlung ist im Grundsatz die einfache Stimmenmehrheit entscheidend (§ 133 AktG).²⁵ Anders als bei der GmbH²⁶ besteht in der AG kein Verhältnis der Überordnung der HV²⁷ über den Vorstand²⁸, sondern das **Prinzip der Teilung der Zuständigkeiten**. Die Hauptversammlung ist für die in § 119 I AktG aufgeführten Grundlagengeschäfte zuständig. Die Geschäftsführung ist die Sache des Vorstands, die er – wie gesagt – eigenverantwortlich ausübt (§ 76 AktG). Die Hauptversammlung entscheidet über Maßnahmen der Geschäftsführung nur, wenn der Vorstand es verlangt (§ 119 II AktG). Anlass für ein solches Verlangen kann das Bestreben des Vorstands sein, sich auf den Beschluss der Hauptversammlung berufen zu können, wenn die getroffene Maßnahme misslingt. Hat nämlich die Hauptversammlung zugestimmt, haftet der Vorstand nicht auf Schadensersatz (§ 93 IV 1 AktG). Nach dem „**Holz Müller-Urteil**“ des BGH²⁹ kann bei bestimmten strukturändernden Maßnahmen (dort die Überführung des wesentlichen Unternehmensbereichs in eine Tochtergesellschaft) auch eine Pflicht des Vorstands bestehen, die Hauptversammlung nach § 119 II AktG zu befragen.

⇒ vgl. Fall Nr. 3 – Holz Müller

Die Anwendbarkeit der Holz Müller-Doktrin wurde insbesondere in den Jahren 2000/2001 im Zusammenhang mit dem so genannten Delisting, also dem Rückzug einer AG von der Börse diskutiert. Einige Stimmen in der Literatur hatten darin keine derartig tiefgreifende Veränderung gesehen und damit eine Zuständigkeit der Hauptversammlung abgelehnt.³⁰ Der Bundesgerichtshof hat im gegenteiligen Sinn entschieden, sich dabei allerdings nicht auf die Holz Müller-Doktrin, sondern auf die Beeinträchtigung des Aktieneigentums (Art. 14 GG) gestützt. Das Delisting bedarf nach dem Macrotron-Urteil des BGH vom 25.11.2002³¹ wegen der damit verbundenen erheblichen Beeinträchtigung der Verkehrsfähigkeit der Aktien eines Beschlusses der Hauptversammlung sowie eines Pflichtangebots der Aktiengesellschaft oder des Großaktionärs über den Kauf der Aktien der Minderheitsaktionäre.³²

Im Urteil vom 26.4.2004 („Gelatine“)³³ hat sich der Bundesgerichtshof erneut mit den Holz Müller-Grundsätzen beschäftigt und dabei eine restriktive Haltung eingenommen. Unge-

²⁴ Dazu BGH WM 2009, 851 m. Anm. Bitter, WuB II C. § 64 GmbHG; zur bislang überwiegend bei der GmbH relevanten Insolvenzverschleppungshaftung siehe unten S. 53 f.

²⁵ Qualifizierte Mehrheitserfordernisse gibt es z.B. bei der Satzungsänderung (§ 179 II AktG: ¾-Mehrheit).

²⁶ Dazu unten S. 43 f.

²⁷ Bei der GmbH spricht man von Gesellschafterversammlung.

²⁸ Bei der GmbH spricht man vom Geschäftsführer.

²⁹ BGHZ 83, 122 = NJW 1982, 1703 (Holz Müller).

³⁰ Mühlert, ZHR 165 (2001), 104, 129; Groß, ZHR 165 (2001), 141, 161.

³¹ BGHZ 153, 47 = NJW 2003, 533 (Macrotron).

³² Einschränkend für ein Delisting beim Wechsel vom regulierten Markt in den Freiverkehr mit gehobenem Schutzstandard (M:acces in München; Entry Standard in Frankfurt) OLG München ZIP 2008, 1137 und KG ZIP 2009, 1116; vgl. dazu die Vorlesung „Kapitalmarktrecht“.

³³ BGHZ 159, 30 = NJW 2004, 1860 – Gelatine.

schriebene Mitwirkungsbefugnisse der Hauptversammlung sollen nur ausnahmsweise und in engen Grenzen anzuerkennen sein. Eine vom Vorstand in Aussicht genommene Umstrukturierung der Gesellschaft muss an die Kernkompetenz der Hauptversammlung, über die Verfassung der Aktiengesellschaft zu bestimmen, rühren, indem sie Veränderungen nach sich zieht, die denjenigen zumindest nahe kommen, welche allein durch eine Satzungsänderung herbeigeführt werden können. Entscheidend ist dabei die wirtschaftliche Bedeutung der Umstrukturierung für das Gesamtunternehmen. Der Bereich, auf den sich die Maßnahme erstreckt, muss deutlich über 50 % des Unternehmens hinausgehen.

4. Übersicht zur Unternehmensmitbestimmung

Als Unternehmensmitbestimmung (= gesellschaftsrechtliche Mitbestimmung) bezeichnet man die Beteiligung von Arbeitnehmervertretern am Aufsichtsrat (AR) und Vorstand (V). Sie ist von der betrieblichen Mitbestimmung (= arbeitsrechtliche Mitbestimmung) zu trennen. Es gibt zurzeit drei Modelle der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland mit einer unterschiedlichen Beteiligung der Arbeitnehmervertreter am Aufsichtsrat und Vorstand:

☞ **Montanmitbestimmung:** Eisen-/Stahlindustrie + Bergbau

AR: 50 ./.
 ArbN Eigner + Neutrales Mitglied

V: Arbeitsdirektor

☞ **Mitbestimmungsgesetz 1976:** KapG > 2000 ArbN

AR: 50 ./.
 ArbN Eigner + Stichtscheid des Vorsitzenden

V: Arbeitsdirektor

☞ **Drittelbeteiligungsgesetz vom 18.5.2004:** 500 ArbN < KapG < 2000 ArbN

AR: 1/3 ./.
 ArbN Eigner

5. Die Finanzverfassung der Aktiengesellschaft

Der Mindestnennbetrag des Grundkapitals beträgt 50.000 Euro (§ 7 AktG). Für die Aufbringung und Erhaltung des gesamten Grundkapitals, also auch des über den Mindestbetrag hinausgehenden Grundkapitals, enthält das AktG strenge Regeln, die das Recht der Personengesellschaften gar nicht³⁴ und das Recht der GmbH nicht in dieser Schärfe kennt.

a) Kapitalaufbringung

Für die Kapitalaufbringung gilt der Grundsatz der Bareinlagepflicht (§ 54 II AktG). Als Ausnahme kennt das Aktienrecht die Sacheinlage (§ 27 AktG). Von der Einlagepflicht kann der

³⁴ Im Recht der Personengesellschaften gibt es allerdings eine im Interesse der Minderheit bestehende Kapitalbindung; siehe unten S. 116.

Aktionär nicht befreit werden (§ 66 AktG). Es gilt der **Grundsatz der effektiven Mittelaufbringung**, der folgende Aspekte enthält:

- Keine Emission unter pari – § 9 I AktG
- Verbot der Aufrechnung – § 66 I 2 AktG
- Die Beträge müssen nach Einzahlung „zur freien Verfügung des Vorstands“ stehen (Verbot der Hin- und Herzahlung) – §§ 36 II 1, 54 III AktG.
- Bei Sacheinlagen besteht die Pflicht zur Deckung der Wertdifferenz, wenn der Gegenstand nicht dem angesetzten Wert der Aktien entspricht.

Hauptproblem im Bereich der Kapitalaufbringung sind die so genannten **verdeckten Sacheinlagen**. In diesen Fällen sieht der Gesellschaftsvertrag eine Geldeinlagepflicht des Aktionärs vor, auf die er zunächst auch Geld einzahlt; allerdings haben die Aktionäre verabredet, dass die AG später mit dem eingezahlten Geld Sachen oder Rechte des Einlegers erwirbt (Austauschgeschäft). Objektiv wirtschaftlich betrachtet hat der Aktionär hier „nur“ eine Sacheinlage erbracht. Aber auch subjektiv war im wirtschaftlichen Ergebnis eine Sacheinlage gewollt, weil die Aktionäre das Austauschgeschäft verabredet haben. Vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen Bar- und Sacheinlage ist dieser Vorgang rechtlich problematisch, weil wirtschaftlich eine Sacheinlage erbracht wird, aber die besonderen Vorschriften zu Sacheinlage (insbesondere § 27 I AktG) nicht eingehalten werden. Außerdem hat der Rechtsverkehr den falschen Eindruck einer Geldeinlage.

Die Umgehung der Sacheinlagevorschriften durch eine verdeckte Sacheinlage wurde früher dadurch sanktioniert, dass sowohl das Verpflichtungsgeschäft (Austauschgeschäft) als auch das Erfüllungsgeschäft analog § 27 III 1 AktG a.F. nichtig waren. Gravierende Folge war, dass die Geldeinlage als nicht erbracht galt. Wurde die AG später insolvent und war bis dahin keine Heilung der verdeckten Sacheinlage erfolgt, konnte der Insolvenzverwalter die Geldeinlage in voller Höhe nachfordern, während der Aktionär seinen Bereicherungsanspruch auf Rückgabe des – verdeckt eingelegten – Gegenstandes oder Rechts nur als Insolvenzforderung zur Tabelle anmelden konnte, darauf also nur die – üblicherweise geringe – Insolvenzquote erhielt. Zwar konnte der Aktionär wegen der Unwirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts grundsätzlich auch ein *dingliches* Recht auf Aussonderung des Gegenstandes haben (§ 47 InsO i.V.m. § 985 BGB); jedoch bestand dieses Recht nicht, wenn der Gegenstand – wie häufig – inzwischen untergegangen oder verbraucht war; dann blieb dem Gesellschafter nur eine Insolvenzforderung. Selbst wenn der Gegenstand noch vorhanden war, hatte der Aktionär eingetretene Wertminderungen zu tragen, weil ihm jedenfalls insoweit kein Aussonderungsrecht zustand, sondern lediglich eine Insolvenzforderung. Den Entlastungsbeweis der vollen Wertdeckung konnte der Einleger nach h.M. nicht erbringen. Insgesamt war die Rechtslage für den Aktionär also extrem ungünstig³⁵; auch für Berater barg sie erhebliche Haftungsrisiken.³⁶

Durch das ARUG (seit 1.9.2009) hat der Gesetzgeber die Rechtsfolgen einer verdeckten Sacheinlage nunmehr deutlich entschärft. Die Vorschrift des § 27 III AktG in ihrer neuen Fas-

³⁵ Wenn der im Rahmen des Austauschgeschäfts an den Aktionär zurückgeflossene Betrag und der Wert der von ihm erbrachten, verdeckt eingelegten Sache über dem Betrag seiner Geldeinlagepflicht lagen, nahm die Rechtsprechung eine sog. gemischte verdeckte Sacheinlage an; vgl. dazu BGHZ 173, 145 – Lurgi I und BGH AG 2009, 493 – Lurgi II.

³⁶ Vgl. dazu BGH ZIP 2009, 1427.

sung entlastet den Aktionär erheblich. Sie entspricht der Regelung, die das MoMiG mit § 19 IV GmbHG zuvor schon für die GmbH eingeführt hatte.³⁷

§ 27 III AktG n. F. definiert zunächst die verdeckte Sacheinlage als einen Sachverhalt, bei dem eine Geldeinlage eines Aktionärs bei wirtschaftlicher Betrachtung *und* aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten ist (Satz 1). Der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage ist also nicht schon deshalb erfüllt, weil objektiv wirtschaftlich betrachtet eine Sacheinlage vorliegt und damit die Sacheinlagevorschriften objektiv umgangen werden. Vielmehr muss das wirtschaftliche Ergebnis einer Sacheinlage auch subjektiv gewollt, nämlich in einer „im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede“ vereinbart sein. Eine solche Abrede wird nach der Rechtsprechung vermutet, wenn ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang besteht zwischen der Leistung der Geldeinlage und ihrem Rückfluss an den Aktionär im Rahmen des Austauschgeschäfts.³⁸ Die Regeln zur verdeckten Sacheinlage sind nach der Rechtsprechung grundsätzlich auch dann anwendbar, wenn das Austauschgeschäft ein sog. „gewöhnliches Umsatzgeschäft im Rahmen des laufenden Geschäftsverkehrs“ ist.³⁹

Ist der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage verwirklicht, erlischt die Geldeinlagepflicht des Aktionärs – wie früher – nicht, sondern besteht fort (Satz 1). Jedoch sind im Gegensatz zur früheren Rechtslage die über die Sacheinlage geschlossenen Verträge und die Erfüllungsgeschäfte nicht unwirksam (Satz 2). Auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht des Aktionärs wird nunmehr der Wert des – verdeckt eingelegten – Vermögensgegenstandes im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister oder im Zeitpunkt seiner Überlassung an die Gesellschaft, falls diese später erfolgt, angerechnet (Satz 3). Die Anrechnung erfolgt nicht vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister (Satz 4). Die Beweislast für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes trägt der Aktionär (Satz 5).

Seit der Neuregelung wird in der Literatur zwar kontrovers diskutiert, wie die in § 27 III 3 AktG n.F. angeordnete Anrechnung des Wertes des Vermögensgegenstandes auf die Geldeinlagepflicht im Einzelnen erfolgt.⁴⁰ Gleichwohl ist man sich darin einig, zu welchem Ergebnis sie führen soll: Die Gesellschaft behält den verdeckt eingelegten Vermögensgegenstand (Satz 2), und eine Geldleistungspflicht des Aktionärs besteht nur noch in Höhe der Differenz zwischen dem vereinbarten Geldeinlagebetrag und dem Wert des Vermögensgegenstandes. Sonstige Ansprüche des Aktionärs und der Gesellschaft begründet der Vorgang der verdeckten Sacheinlage im Ergebnis nicht.⁴¹

Vergleicht man neue und alte Rechtslage, so ergibt sich: Nach der neuen Rechtslage muss der Aktionär dem Gesellschaftsvermögen insgesamt (Gegenstand + Geldeinlage) nur einen Wert in Höhe der ursprünglich vereinbarten Geldeinlage zuführen. Nach alter Rechtslage hingegen musste der Aktionär noch einmal die gesamte Geldeinlage leisten und gleichzeitig war der

³⁷ Dazu unten S. 55 f.

³⁸ Vgl. BGHZ 166, 8 (Rdn. 13) zum Cash-Pool.

³⁹ BGH NJW 2007, 765 (zur AG) und BGH ZIP 2008, 643 (zur GmbH).

⁴⁰ Vgl. zu dieser Frage *Ulmer*, ZIP 2009, 293 und *Mayer-Reimer/Wenzel*, ZIP 2009, 1185 (jeweils zur identischen Anrechnungsvorschrift des § 19 IV 3 GmbHG). Zur Anrechnung bei gemischten verdeckten Sacheinlagen (vgl. Fn. 35) *Kersting*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2008 (Jahrestagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung), S. 101, 114 f.

⁴¹ Ausführlich dazu *Kersting*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2008 (Jahrestagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung), S. 101 ff.

Gegenstand infolge der Insolvenz häufig weitgehend verloren; insgesamt musste der Gesellschafter also oft doppelt zahlen.

⇒ vgl. Fall Nr. 4 – Elektrohandel

Liegt keine verdeckte Sacheinlage vor, muss geprüft werden, ob die Geldeinlagepflicht des Aktionärs nach der Vorschrift des § 27 IV AktG fortbesteht, die das ARUG ebenfalls neu eingeführt hat. Inhaltlich entspricht § 27 IV AktG n.F. der Vorschrift des § 19 V GmbHG, die im Rahmen der Kapitalaufbringung der GmbH ausführlich vorgestellt wird.⁴²

b) Kapitalerhaltung

Im Recht der AG gilt der **Grundsatz der strengen Kapitalbindung**. Gemäß § 57 AktG dürfen Einlagen den Aktionären nicht zurückgewährt (Abs. 1 S. 1), insbesondere keine festen Zinszusagen gegeben werden (Abs. 2). Die Ausschüttung an die Aktionäre wird auf den Bilanzgewinn der AG beschränkt (Abs. 3). Dieses Ausschüttungsverbot wirkt total: Anders als im Recht der GmbH knüpft das Ausschüttungsverbot nicht an das zur Erhaltung des Grundkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen an, sondern betrifft das gesamte Vermögen der AG.⁴³

Das MoMiG hat den Anwendungsbereich des Verbots der Einlagenrückgewähr gemäß § 57 I 1 AktG allerdings eingeschränkt: Es gilt nicht für Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 AktG)⁴⁴ erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär gedeckt sind (§ 57 I 3 AktG). Ferner ist § 57 I 1 AktG nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Aktionärsdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Aktionärsdarlehen wirtschaftlich entsprechen (§ 57 I 4 AktG). Ausführlich werden diese Einschränkungen bei der GmbH dargestellt, für die sie in § 30 I 2, 3 GmbHG ebenfalls angeordnet sind.⁴⁵

Ist § 57 I 1 AktG anwendbar, verbietet er nicht nur jede offene Ausschüttung außerhalb der Verteilung des Bilanzgewinns an Aktionäre, sondern auch jede „**verdeckte Gewinnausschüttung**“. Diese kommen in der Praxis z.B. als Austauschgeschäfte zwischen Aktionär und AG zu unangemessenen Konditionen vor oder durch Zahlung unangemessen hoher „Aufwandsentschädigungen“, „Beraterhonorare“ etc. ohne entsprechende Gegenleistung des Aktionärs.⁴⁶

Die verbotswidrige Ausschüttung – sei sie offen oder verdeckt – löst einen verschuldensunabhängigen Rückgewähranspruch der AG gegen den Aktionär aus (§ 62 I 1 AktG). Der Aktionär hat daher bei unausgeglichenen Austauschgeschäften (= teilweise objektive Unentgeltlichkeit) mit der AG den Differenzbetrag zu erstatten, um den er entweder eine Leistung zu teuer an die AG erbracht oder umgekehrt eine Leistung der AG zu günstig erhalten hat.

⇒ vgl. Fall Nr. 5 – Überbewertung

⁴² Siehe unten S. 58 ff.

⁴³ Vgl. dazu – in Abgrenzung zur GmbH und Personengesellschaft – eingehend *Bitter*, ZHR 168 (2004), 302 ff.; zur Einlagenrückgewähr an einen *faktischen* Aktionär vgl. BGH ZIP 2008, 118.

⁴⁴ Siehe zur Aufhebung der Kapitalbindung im Vertragskonzern auch § 291 III AktG; dazu und allgemein zum Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag unten S. 23 ff.

⁴⁵ Siehe unten S. 66 ff.

⁴⁶ Ausführlich zum Gesellschafterschutz vor „verdeckten Gewinnausschüttungen“ bei Kapital- und Personengesellschaften *Bitter*, ZHR 168 (2004), 302 ff.

⇒ vgl. Fall Nr. 6 – Unterbewertung

Die strenge Kapitalbindung des Aktienrechts besteht im Interesse von Gläubigern der Gesellschaft, die auf das Gesellschaftsvermögen zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten zugreifen wollen, sowie auch im Interesse der (Minderheits-)Aktionäre, die gegen eine Aushöhlung des wirtschaftlich auch ihnen gehörenden Gesellschaftsvermögens durch die Mitaktionäre (i.d.R. Mehrheitsaktionäre) geschützt werden sollen.⁴⁷

c) Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung

Bei der **Kapitalerhöhung** sind zwei Fälle zu unterscheiden:

- effektive Kapitalerhöhung = Kapitalerhöhung gegen Einlagen (§§ 182 ff. AktG)
⇒ tatsächliche Mittelzuführung an die Gesellschaft
- nominelle Kapitalerhöhung = Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (§§ 207 ff. AktG)
⇒ Umwandlung von Rücklagen in Grundkapital
⇒ Anpassung des Soll- an das Istkapital

Entsprechendes gilt umgekehrt für die **Kapitalherabsetzung**:

- effektive Kapitalherabsetzung (§§ 222 ff. AktG)
⇒ Herabsetzung des Grundkapitals durch Einzug von Aktien und Rückzahlung der Einlagen an die Aktionäre (in der Praxis sehr selten)
⇒ tatsächlicher Mittelabfluss aus der Gesellschaft
- nominelle Kapitalherabsetzung (§§ 229 ff. AktG)
⇒ Verminderung des Grundkapitals, um nach Verlusten der Gesellschaft zukünftige Dividendenauszahlungen zu ermöglichen
⇒ Anpassung des Soll- an das Istkapital

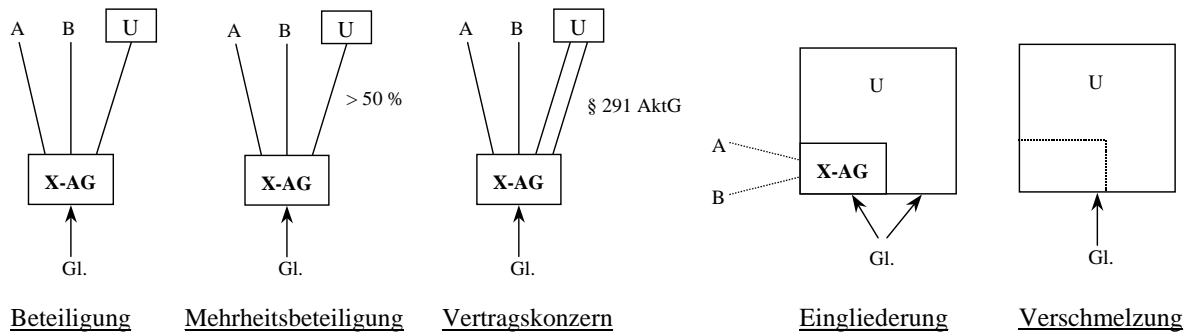
Als **Kapitalschnitt** wird die Verbindung von nomineller Kapitalherabsetzung und effektiver Kapitalerhöhung bezeichnet. Dieses Instrument wird vor allem in Sanierungsfällen genutzt. Ist beispielsweise durch einen vorherigen Verlust ein Großteil des Grundkapitals verloren und besteht jetzt aktueller Kapitalbedarf, dann wird durch den Kapitalschnitt verhindert, dass die alten Aktien durch das neue Kapital aufgewertet werden. Die Altaktionäre tragen den Verlust durch die nominelle Herabsetzung des Grundkapitals auf den Betrag des nach den Verlusten tatsächlich noch vorhandenen Kapitals. Anschließend bringen die Neuaktionäre frisches Kapital im Wege der Einlage ein.

6. Die AG im Unternehmensverbund

Das Recht der verbundenen Unternehmen (Konzernrecht)⁴⁸ ist im Aktienrecht an verschiedenen Stellen geregelt. Die Definitionen verbundener Unternehmen finden sich in §§ 15 ff. AktG, die weiteren Bestimmungen in §§ 291 ff. AktG. Die verschiedenen Stufen der Konzernintegration lassen sich wie folgt graphisch darstellen:

⁴⁷ Vgl. dazu eingehend *Bitter* (Fn. 15), S. 395 ff.; *ders.*, ZHR 168 (2004), 302 ff., gegen eine in der juristischen Literatur verbreitete Ansicht, die die Kapitalbindung des Aktienrechts nur mit dem Gläubigerschutz in Verbindung bringt.

⁴⁸ Zum Konzernrecht vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, § 17 (S. 486 ff.) und § 31 (S. 934 ff.).



Ausgangspunkt ist die Beteiligung eines Unternehmens U an einer beliebigen Aktiengesellschaft (X-AG), die weitere Aktionäre (A, B) haben kann. Ein Gläubiger der Gesellschaft (Gl.) kann hier – wie auch sonst⁴⁹ – grundsätzlich nur auf die AG, nicht aber auf die Gesellschafter (A, B und U) zugreifen. Konzernrechtlich relevant wird die Beteiligung eines Unternehmensgesellschafters (U) bei einer Mehrheitsbeteiligung (§ 16 AktG). Von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen wird nämlich gemäß § 17 II AktG vermutet, dass es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist. An die Abhängigkeit (§ 17 AktG) knüpft seinerseits die Konzernvermutung des § 18 I 3 AktG an. Es wird daher im Ergebnis bei mehrheitlicher Beteiligung vermutet, dass beide Unternehmen unter einheitlicher Leitung i.S.v. § 18 I AktG stehen.

Damit liegt ein „**faktischer Konzern**“ im Sinne der §§ 311 ff. AktG vor, d.h. ein Unternehmensverbund ohne Beherrschungsvertrag (dazu sogleich). Rechtsfolge ist ein Benachteiligungsverbot (§ 311 AktG). Das herrschende Unternehmen darf das abhängige Unternehmen nicht zu für ihn nachteiligen Maßnahmen veranlassen, es sei denn dem abhängigen Unternehmen wird für die Nachteile ein Ausgleich gewährt. Erfolgt der Nachteilsausgleich nicht, trifft das herrschende Unternehmen eine Schadensersatzpflicht (§ 317 AktG).⁵⁰ Zur Sicherung des Nachteilsausgleichs hat das herrschende Unternehmen einen Abhängigkeitsbericht (§ 312 ff. AktG) über die Beziehungen des herrschenden zum abhängigen Unternehmen vorzulegen, in dem u.a. alle zwischen den Gesellschaften geschlossenen Rechtsgeschäfte mit Leistung und Gegenleistung aufzuführen sind, um deren Angemessenheit überprüfen zu können. Durch den „Lästigkeitswert“ dieses Abhängigkeitsberichts wollte der Gesetzgeber die verbundenen Unternehmen in den Vertragskonzern drängen, der keinen Abhängigkeitsbericht kennt.

Als **Vertragskonzern** wird eine Unternehmensverbindung bezeichnet, bei der zwischen abhängigem Unternehmen (X-AG) und herrschendem Unternehmen (U) ein Unternehmensvertrag i.S.v. §§ 291 f. AktG besteht. Der **Beherrschungsvertrag** überträgt die im Normalfall beim Vorstand der abhängigen Gesellschaft (§ 76 AktG) liegende Leitungsmacht⁵¹ auf das herrschende Unternehmen (§ 291 I 1 Alt. 1 AktG). Er gibt dem herrschenden Unternehmen damit das Recht, Weisungen an den Vorstand der abhängigen Gesellschaft zu erteilen, die – wenn sie im Konzerninteresse liegen – auch nachteilig für die abhängige Gesellschaft sein können (§ 308 I AktG). Die strenge Kapitalbindung wird aufgehoben (§ 291 III AktG), das

⁴⁹ Siehe oben S. 14.

⁵⁰ Während es längere Zeit nur einen zu §§ 311, 317 AktG entschiedenen Fall gab (BGHZ 141, 79 = NJW 1999, 1706), hat sich die Rechtsprechung zuletzt mehrfach mit diesen Vorschriften beschäftigt; vgl. BGHZ 175, 365 = NJW 2008, 1583 – UMTS; BGH ZIP 2008, 1872; BGHZ 179, 71 = NJW 2009, 850 – MPS.

⁵¹ Siehe dazu oben S. 17 f.

herrschende Unternehmen aber im Gegenzug verpflichtet, den Verlust des abhängigen Unternehmens auszugleichen (§ 302 AktG).

Der Beherrschungsvertrag ist in der Praxis in aller Regel mit einem **Gewinnabführungsvertrag** (§ 291 I 1 Alt. 2 AktG) kombiniert. Man spricht dann auch von einem Ergebnisabführungsvertrag, weil das herrschende Unternehmen im positiven wie im negativen Fall das Ergebnis (Gewinn oder Verlust) der abhängigen Gesellschaft übernimmt. Aufgrund der Verlustausgleichspflicht kann die abhängige Tochtergesellschaft praktisch nicht insolvent werden, solange die Mutter noch solvent ist. Auf diese Weise sind mittelbar auch die Gläubiger der Tochtergesellschaft geschützt, die während des Bestehens des Beherrschungsvertrags zur Erfüllung ihrer Forderungen nicht direkt auf die Muttergesellschaft zugreifen können.

⇒ vgl. Fall Nr. 7 – NIVEA

Nächste Stufe der Konzernintegration ist die **Eingliederung** (§§ 319 ff. AktG). Die abhängige AG behält zwar im Außenverhältnis ihre rechtliche Eigenständigkeit, wird aber wirtschaftlich in die herrschende AG integriert, auf die auch die noch nicht in ihrer Hand befindlichen Aktien übergehen. Die außenstehenden Aktionäre (in obiger Skizze A und B) verlieren also ihre Aktionärsstellung und werden abgefunden (§ 320b AktG). Voraussetzung der Eingliederung ist eine mindestens 95 %ige Beteiligung der Hauptgesellschaft an der abhängigen AG. Die Hauptgesellschaft haftet nach der Eingliederung den Gläubigern der Tochter unmittelbar für die Verbindlichkeiten der Tochter (§ 322 AktG). Mutter und Tochter sind damit Gesamtschuldner (§ 421 BGB) im Hinblick auf die Tochterverbindlichkeiten.

Wird die Tochter mit der Mutter nach den Regeln des Umwandlungsgesetzes (UmwG) verschmolzen, bleibt nur noch ein Rechtsträger, d.h. eine Gesellschaft, übrig. Bei der **Ver-schmelzung** handelt es sich daher nicht mehr um einen Unternehmensverbund im Sinne der §§ 15 ff. AktG.

Im Dritten Buch des AktG (Verbundene Unternehmen) findet sich seit Ende 2001 in den §§ 327a ff. AktG eine im Ausland z.T. schon früher bekannte Regelung zum so genannten „**Squeeze-out**“. Dabei handelt es sich um ein im Gesetz systematisch nicht richtig eingeordnetes, weil nicht konzernrechtliches Instrument zum Ausschluss von Minderheitsaktionären aus einer AG. Hält ein Hauptaktionär Aktien in Höhe von mindestens 95 % des Grundkapitals, kann die Hauptversammlung auf sein Verlangen beschließen, dass die übrigen Aktionäre ihre Aktien gegen Barabfindung auf den Hauptaktionär zu übertragen haben. Die Minderheitsaktionäre scheiden damit aus der Gesellschaft aus und die AG wird fortan zu 100 % vom früheren Hauptaktionär kontrolliert.

7. Die Europäische Aktiengesellschaft (SE)*

Die Europäische (Aktien-)Gesellschaft (SE = Societas Europaea) ist eine supranationale Rechtsform. Sie beruht auf europäischen Rechtsgrundlagen, einerseits auf der Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft, andererseits auf einer Richtlinie, die ergänzend Fragen der Unternehmensmitbestimmung regelt. Die Verordnung enthält unmittelbar in den Mitgliedsstaaten der EG geltendes Recht und trat am 8.10.2004 in Kraft. Die SE unterliegt

* Vgl. zur SE den kurzen Überblick bei *Karsten Schmidt*, GesR, § 26 I 4 (S. 756 ff); aktuell *Hueck/Windbichler*, GesR, §§ 35-36 (S. 451 ff.) mit Literaturhinweisen.

- in erster Linie den Bestimmungen der Verordnung,
- soweit die Verordnung dies zulässt, den in der Satzung der SE getroffenen Bestimmungen,
- in den von der Verordnung nicht oder nur teilweise geregelten Bereichen den von den Mitgliedstaaten ergänzend erlassenen Bestimmungen (in Deutschland ist das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) am 29.12.2004 in Kraft getreten⁵²),
- schließlich den Bestimmungen des Sitzstaates über die jeweilige nationale Aktiengesellschaft.

Die ursprünglichen ambitionierteren Versuche, eine wirklich einheitliche Rechtsform für alle Mitgliedsstaaten zu schaffen, sind mit dieser Kompromisslösung gescheitert. Die SE hat trotz gewisser Grundregeln, die überall gelten, durch die ergänzenden nationalen Bestimmungen in jedem Mitgliedstaat ihr eigenes Gepräge. Selbst innerhalb eines Landes können Varianten auftreten, da es z.B. in Deutschland den Gründern ermöglicht wird, die SE entweder nach dem Vorbild der deutschen AG mit einem dualistischen Leitungssystem (Vorstand und Aufsichtsrat⁵³) oder nach dem anglo-amerikanischen Vorbild mit einem monistischen Board-System (= einheitlicher Verwaltungsrat) auszustatten. Die grundsätzlich mögliche freie Sitzverlegung von einem Mitgliedsstaat in einen anderen wird durch diesen Variantenreichtum faktisch doch wieder erschwert.

Die SE ist auf die Beteiligung von Gesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten ausgerichtet. Die Gründung ist daher nur grenzüberschreitend möglich. Natürliche Personen können nicht Gründer sein. Inzwischen haben sich verschiedene bekannte Großunternehmen für die Rechtsform der SE entschieden (Beispiele: Allianz SE, BASF SE, Porsche SE). Grund dafür ist in erster Linie die flexiblere Regelung zur unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer⁵⁴ und die insoweit bestehende Möglichkeit, die Größe des Aufsichtsrats zu reduzieren. Um vor diesem Hintergrund eine „Flucht aus der AG“ in die Rechtsform der SE zu verhindern, ist in jüngerer Zeit der Vorschlag unterbreitet worden, die für die SE geltenden Vergünstigungen auch bei der AG einzuführen.⁵⁵

III. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)*

1. Allgemeines

Die GmbH ist – wie die AG – eine Kapitalgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 13 I GmbHG), also eine Körperschaft. Für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet im Grundsatz nur das Gesellschaftsvermögen (§ 13 II GmbHG), soweit nicht – in sehr wenigen Ausnahmefällen – ein sog. „Durchgriff“ auf die hinter der Gesellschaft stehenden Gesellschafter

⁵² BGBl. I 2004, S. 3675. Es enthält in Art. 1 das Gesetz zur Ausführung der SE-Verordnung (SE-Ausführungsgesetz – SEAG) und in Art. 2 das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG), welches die SE-Richtlinie umsetzt.

⁵³ Vgl. dazu oben S. 17.

⁵⁴ Siehe zur AG oben S. 19.

⁵⁵ Siehe dazu den Entwurf einer Regelung zur Mitbestimmungsvereinbarung sowie zur Größe des mitbestimmten Aufsichtsrats vom Arbeitskreis „Unternehmerische Mitbestimmung“, ZIP 2009, 885.

* Zur GmbH vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, §§ 33-40 (S. 983 ff.); *Hueck/Windbichler*, GesR, §§ 20-24 (S. 191 ff.); *Grunewald*, GesR, Kap. 2. F. (S. 334 ff.).

möglich ist.⁵⁶ Die GmbH haftet für in ihrem Namen abgeschlossene Geschäfte sowie für das Verschulden ihrer Organe gemäß § 31 BGB.⁵⁷ Gemäß § 13 III GmbHG i.V.m. § 6 HGB ist die GmbH Formkaufmann.⁵⁸

Da die GmbH zwar nicht zwingend, aber doch häufig als Rechtsform für kleine Unternehmen gewählt wird, sind die Gesellschafter der GmbH in der Praxis oft identisch mit den Geschäftsführern. Dies gilt insbesondere für die typische „Einpersonen-GmbH“, in der der Alleingesellschafter zugleich alleiniger Geschäftsführer ist. Die volkswirtschaftliche Funktion der GmbH kann daher – anders als bei der AG⁵⁹ – nicht in der Förderung einer Trennung von Kapital und Management liegen. Der Sinn der Haftungsbeschränkung auch bei Einpersonengesellschaften liegt in der Investitionsförderung durch Ausschaltung der Risikoaversität natürlicher Personen bei Freihaltung ihres Privatvermögens von der Haftung.⁶⁰ Muss ein Gesellschafter befürchten, bei Misslingen seines unternehmerischen Projektes auch „Haus und Hof“ und damit die Lebensgrundlage seiner Familie zu verlieren, wird er weniger geneigt sein, in ökonomisch sinnvolle, aber risikoreiche Projekte zu investieren.

2. Gründung der GmbH

Die GmbH entsteht – wie die AG – durch Umwandlung oder Gründung. Die Gründung ist gemäß § 1 GmbHG durch eine oder mehrere Personen möglich und erfolgt durch einen notariellen Gesellschaftsvertrag (§ 2 GmbHG).

Durch das MoMiG ist ein **vereinfachtes Gründungsverfahren** eingeführt worden (§ 2 Ia GmbHG). Dieses ist zulässig, wenn die Gesellschaft höchstens drei Gesellschafter und einen Geschäftsführer hat. Für die Gründung im vereinfachten Verfahren ist ein Musterprotokoll zu verwenden, das in der Anlage zum GmbHG bestimmt ist (§ 2 Ia 2 GmbHG). Der Gesellschaftsvertrag darf darüber hinaus keine vom Gesetz abweichenden Bestimmungen treffen (§ 2 Ia 3 GmbHG). Das Musterprotokoll gilt zugleich als Gesellschafterliste im Sinne von § 40 GmbHG (§ 2 Ia 4 GmbHG). Im Übrigen sind auf das Musterprotokoll die Vorschriften des GmbHG über den Gesellschaftsvertrag entsprechend anzuwenden (§ 2 Ia 5 GmbHG).

a) Chronologie

Die Gründung der GmbH vollzieht sich in folgenden Schritten:

- (1) Die künftigen Gesellschafter entschließen sich, eine GmbH zu gründen (Gründungsentschluss). Dies kann durch formlose Absprache, aber auch durch einen schriftlichen (Vor-)vertrag geschehen. Durch den Gründungsentschluss entsteht eine sog. **Vorgründungsgesellschaft** (auch Vorvertragsgesellschaft genannt).

⁵⁶ Vgl. zu den nicht unumstrittenen Grundlagen und Fallgruppen der Durchgriffshaftung eingehend *Bitter* (o. Fn. 15), §§ 4 und 5 (S. 82 ff.); zum existenzvernichtenden Eingriff und zur materiellen Unterkapitalisierung siehe außerdem unten S. 72 ff.; zur einzigen (fast) allgemein anerkannten Fallgruppe der Vermögensvermischung zuletzt BGHZ 165, 85 = NJW 2006, 1344.

⁵⁷ Zu § 31 BGB vgl. bereits die Ausführungen zum Verein oben IV. 1 a. (S. 11 f.).

⁵⁸ Zur Kaufmannseigenschaft siehe *Bitter/Schumacher*, Skript zum Handelsrecht, 4. Aufl. 2009, S. 10 ff., zum Kaufmann kraft Rechtsform insbes. S. 14.

⁵⁹ Dazu oben S. 14 f.

⁶⁰ Vgl. eingehend zur ökonomischen Rechtfertigung der Haftungsbeschränkung in Kapitalgesellschaften *Bitter*, (o. Fn. 15), S. 150 ff., zum hier angesprochenen Aspekt der Ausschaltung der Risikoaversität insbesondere S. 168 ff.

- (2) Die Gesellschafter schließen den notariellen Gesellschaftsvertrag (zum Mindestinhalt sogleich). Es entsteht eine sog. **Vor-GmbH**. Die „fertige“ GmbH existiert noch nicht (vgl. § 11 I GmbHG); die GmbH ist aber *errichtet*.
- (3) Die Gesellschafter bestellen die Geschäftsführer. Gemäß § 6 III 2 GmbHG erfolgt die Bestellung entweder im Gesellschaftsvertrag oder in einer Gesellschafterversammlung (vgl. § 46 Nr. 5 GmbHG), die in der Regel direkt nach dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags stattfindet.
- (4) Die Gesellschafter zahlen die Mindesteinlagen gemäß § 7 II, III GmbHG.⁶¹
- (5) Sämtliche Geschäftsführer (vgl. § 78 GmbHG) melden die Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister an (§ 7 I GmbHG). Der Anmeldung sind bestimmte Unterlagen beizufügen (§ 8 I GmbHG), insbesondere auch eine Liste der Gesellschafter (§ 8 I Nr. 3 GmbHG). Nur wer in diese – bei späteren Änderungen zu aktualisierende (§ 40 GmbHG) – Liste eingetragen ist, gilt im Verhältnis zur Gesellschaft als Gesellschafter (§ 16 I GmbHG). Die Anmeldung der Geschäftsführer muss außerdem eine Versicherung enthalten, dass die Mindesteinlagen bewirkt sind und sich zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführer befinden (§ 8 II GmbHG).
- (6) Die Gesellschaft wird nach Maßgabe des § 10 GmbHG in das Handelsregister eingetragen. Damit ist die Gesellschaft als „fertige“ **GmbH entstanden** (vgl. § 11 I GmbHG).

b) Der Gesellschaftsvertrag

§ 3 GmbHG gibt als Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrags vor:

- Firma und Sitz der Gesellschaft,
- Gegenstand des Unternehmens,
- Betrag des Stammkapitals,
- die Zahl und die Nennbeträge der Geschäftsanteile, die jeder Gesellschafter gegen Einlage auf das Stammkapital (Stammeinlage) übernimmt.

Für diese zwingend erforderlichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags macht das GmbHG auch Vorgaben im Einzelnen:

In der **Firma** der GmbH muss die Bezeichnung „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder die Abkürzung „GmbH“ enthalten sein (§ 4 GmbHG), damit die Haftungsbeschränkung (§ 13 II GmbHG) für den Rechtsverkehr erkennbar ist. Wird der die Haftungsbeschränkung kennzeichnende Zusatz weggelassen, haftet der in dieser Weise für die GmbH Auftretende (= „Vertreter“) aus Rechtsscheinhaftung, weil für den Rechtsverkehr der Eindruck einer unbegrenzten persönlichen Haftung entstanden ist.⁶²

Als **Sitz** der Gesellschaft muss der Gesellschaftsvertrag einen Ort im Inland bestimmen (§ 4a GmbHG). Von diesem *Satzungssitz* zu unterscheiden ist der *Verwaltungssitz* der GmbH, der

⁶¹ Dazu unten S. 55.

⁶² Vgl. BGH ZIP 2007, 908; hatte der Vertreter Vertretungsmacht für die GmbH, tritt daneben in der Regel eine Haftung/Verpflichtung der GmbH, weil der Vertreter nach den Grundsätzen zum unternehmensbezogenen Geschäft regelmäßig in ihrem Namen gehandelt hat; vgl. dazu *Bitter/Schumacher*, Skript zum Handelsrecht, 4. Aufl. 2009, S. 19 mit Fall Nr. 7 – Nachlässigkeit.

nach Streichung des § 4a II GmbHG a.F. durch das MoMiG nun auch im Ausland liegen kann.

Zum **Gegenstand des Unternehmens** enthält das GmbHG keine Regelungen. Er wird verstanden als der Tätigkeitsbereich der Gesellschaft und kann daher zum Beispiel lauten: „Handel mit Elektroartikeln“, „Betrieb von Gaststätten“ oder „Erwerb von Beteiligungen an anderen Unternehmen“. Nach der Rechtsprechung müssen die Angaben so konkret sein, dass Interessierte aus dem Vertrag ablesen können, in welchem Geschäftszweig (Branche) und auf welche Weise sich die Gesellschaft betätigen will (Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit).⁶³ Der durch nach außen gerichtete Aktivitäten bestimmte Unternehmensgegenstand ist abzugrenzen vom Zweck der Gesellschaft i.S.v. § 1 GmbHG, der im Innenverhältnis die Geschäftsgrundlage der Gesellschaft bildet.⁶⁴ Der Zweck ist also gewissermaßen das Endziel, das die Gesellschafter durch die Gründung der Gesellschaft erreichen wollen. Hier kann vor allem zwischen einer wirtschaftlichen und einer nichtwirtschaftlichen Zielsetzung unterschieden werden (vgl. auch die §§ 21, 22 BGB zum Verein⁶⁵). Der Zweck der Gesellschaft muss nicht im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden.

Wichtig ist die Unterscheidung zwischen Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck, falls eine Änderung erfolgen soll: Während der Unternehmensgegenstand als Satzungsbestandteil mit Drei-Viertel-Mehrheit geändert werden kann (§ 53 II 1 GmbHG), müssen einer Zweckänderung alle Gesellschafter zustimmen, weil die den Verein betreffende Vorschrift des § 33 I 2 BGB dies als allgemeinen Grundsatz festschreibt.⁶⁶

Das **Stammkapital** der Gesellschaft muss – vom Ausnahmefall der UG (haftungsbeschränkt) abgesehen⁶⁷ – mindestens 25.000 Euro betragen (§ 5 I GmbHG) und ist in Geschäftsanteile zerlegt.

Die **Geschäftsanteile** der Gesellschafter können – anders als Aktien – nicht in einem Wertpapier verbrieft werden. Der Nennbetrag eines Geschäftsanteils muss auf volle Euro lauten (§ 5 II 1 GmbHG), wobei die Höhe der Nennbeträge der einzelnen Geschäftsanteile aber verschieden bestimmt werden kann (§ 5 III 1 GmbHG). In der Summe müssen die Nennbeträge aller Geschäftsanteile allerdings dem Betrag des Stammkapitals entsprechen (§ 5 III 2 GmbHG). Nach dem im Gesellschaftsvertrag festgelegten Nennbetrag des einzelnen Geschäftsanteils bestimmt sich die Höhe der Stammeinlage, die vom Gesellschafter aufgrund der Übernahme des Geschäftsanteils zu leisten ist (§ 14 GmbHG). Ein Gesellschafter kann bei der Errichtung der Gesellschaft auch mehrere Geschäftsanteile übernehmen (§ 5 II 2 GmbHG). Der Geschäftsanteil ist unter anderem für das Stimmrecht (§ 47 II GmbHG), die Gewinnverteilung (§ 29 III 1 GmbHG) und den Liquidationserlös (§ 72 GmbHG) maßgeblich.

Über den Mindestinhalt gemäß § 3 GmbHG hinaus können die Gesellschafter eine Vielzahl von weiteren Fragen im Gesellschaftsvertrag regeln.⁶⁸ Dabei gilt anders als bei der AG (§ 23 V AktG) nicht der Grundsatz der Satzungsstrenge. Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag also grundsätzlich von den Vorgaben des Gesetzes abweichen und Regelungen

⁶³ Vgl. die Nachweise bei Scholz/Emmerich, GmbHG, Band I, 10. Aufl. 2006, § 3 Rdn. 12 in Fn. 2.

⁶⁴ Karsten Schmidt, GesR, § 4 II 3.

⁶⁵ Dazu oben S. 13.

⁶⁶ Karsten Schmidt, GesR, § 4 II 3 a mit Beispielen zu möglichen Änderungen von Gegenstand und Zweck unter § 4 II 3 c.

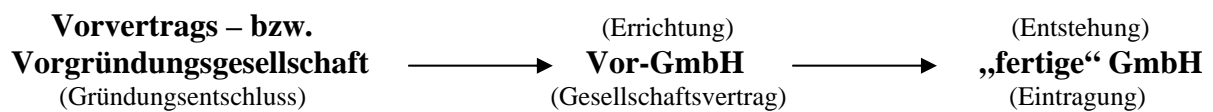
⁶⁷ Dazu unten S. 79.

⁶⁸ Zu den typischerweise in einem Gesellschaftsvertrag geregelten Punkten vgl. unten S. 81 ff. (zur GbR).

treffen, die ihren Zielen und Bedürfnissen besser Rechnung tragen (vgl. auch § 45 GmbHG für die Rechte der Gesellschafter im Innenverhältnis). Ausnahmsweise sind aber auch die Vorschriften des GmbHG zwingend; sie unterliegen dann nicht der Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter. Dies gilt insbesondere für die Regelungen, die dem Schutz Dritter oder von Minderheiten dienen. So ist es beispielsweise nicht zulässig, das im Gläubigerinteresse bestehende Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG⁶⁹ im Gesellschaftsvertrag außer Kraft zu setzen; auch das Auskunfts- und Einsichtsrecht der Gesellschafter gemäß § 51a GmbHG kann nicht abbedungen werden (vgl. § 51a III GmbHG).

c) Die Haftung im Gründungsstadium

In haftungsrechtlicher Hinsicht sind drei Phasen der GmbH-Gründung zu unterscheiden:



Für die Verbindlichkeiten der „fertigen“ GmbH, die durch die Eintragung im Handelsregister entstanden ist, haftet den Gläubigern grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen (§ 13 II GmbHG)⁷⁰; eine Haftung der Gesellschafter kommt aber zumindest im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft in Betracht. Darüber hinaus stellt sich die Frage der Haftung auch für die Phasen, die durchschritten werden, bevor die GmbH durch Eintragung entsteht, nämlich die Phase der Vorvertrags- bzw. Vorgründungsgesellschaft und die Phase der Vor-GmbH. Insoweit ist § 13 II GmbHG nicht anwendbar, der ersichtlich nur die entstandene GmbH betrifft. Die Haftungsverhältnisse vor Entstehung der GmbH sind also – mit Ausnahme von § 11 II GmbHG⁷¹ – gesetzlich nicht vorgegeben. Es war daher Aufgabe der Rechtsprechung, ein Haftungskonzept zu entwickeln. Am Ende dieses langen Prozesses steht das nachfolgend erläuterte Modell; es gilt – wie an früherer Stelle gesagt – für die AG entsprechend.

aa) Vorvertrags-/Vorgründungsgesellschaft

Indem die künftigen Gesellschafter im Gründungsentschluss vereinbaren, eine GmbH zu gründen, schließen sie sich zusammen, um einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen. Handelt es sich dabei nicht nur um ein unverbindliches Vorhaben, sondern erfolgt die Vereinbarung mit dem Willen, sich rechtsgeschäftlich zur Gründung der GmbH zu verpflichten (Rechtsbindungswille⁷²), genügt dies bereits, um in dem Gründungsentschluss den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zu sehen. Diese Gesellschaft – von *Karsten Schmidt* als „**Vorvertragsgesellschaft**“ bezeichnet⁷³ – ist eine GbR⁷⁴ und grundsätzlich reine Innengesellschaft.⁷⁵ Da der Gesellschaftsvertrag dieser GbR eine **Verpflichtung zur Gründung einer GmbH** (= Abschluss des GmbH-Gesellschaftsvertrags) beinhaltet, hat er ein *vorvertragliches* Element.⁷⁶ Aus diesem Grund ist er nur wirksam, wenn er gemäß § 2 GmbHG notariell beurkundet ist

⁶⁹ Dazu unten S. 66 ff.

⁷⁰ Siehe bereits oben S. 27.

⁷¹ Dazu unten S. 39 f.

⁷² Dazu nochmals unten S. 81 ff.

⁷³ *Karsten Schmidt*, GesR, § 34 III 2 a.

⁷⁴ Dazu unten S. 79 ff.

⁷⁵ Zur Unterscheidung zwischen Außen- und Innengesellschaft siehe unten S. 88.

⁷⁶ *Karsten Schmidt*, GesR, § 34 III 2 a.

(andernfalls Nichtigkeit gemäß § 125 BGB)⁷⁷: Das Beurkundungserfordernis gilt auch schon für die Verpflichtung zum Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrags, weil es sonst umgangen werden könnte. Ohne notarielle Beurkundung verpflichtet der Gründungsschluss die Gesellschafter demnach nicht zum Abschluss des GmbH-Gesellschaftsvertrags.⁷⁸

Probleme treten auf, wenn die künftigen GmbH-Gesellschafter bereits in diesem Stadium ein Unternehmen betreiben oder zumindest Rechtsgeschäfte für gemeinsame Rechnung eingehen. Überwiegend wird dann formuliert, die vorstehend beschriebene, durch den Gründungsschluss entstandene reine (Innen-)GbR werde zu einer Außen-Personengesellschaft; diese Außengesellschaft wird dann zumeist als Vorgründungsgesellschaft bezeichnet, wobei die Terminologie allerdings nicht einheitlich ist.⁷⁹ Um über die eigentliche Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrags (§§ 125 BGB, 2 GmbHG) hinweg zu kommen, werden sodann die an späterer Stelle noch darzustellenden Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft⁸⁰ angewendet⁸¹: weil die Außengesellschaft durch den Betrieb des Unternehmens bzw. den Abschluss von Rechtsgeschäften in Vollzug gesetzt worden ist, wird sie trotz des Verstoßes gegen § 2 GmbHG in Abweichung von § 125 BGB so behandelt, als ob sie voll wirksam entstanden wäre. Bei der Unwirksamkeit des vorvertraglichen Elements bleibt es aber, so dass auch dann keine Verpflichtung zum Abschluss des GmbH-Gesellschaftsvertrags besteht. Eine andere Auffassung trennt strikt zwischen der (Innen-)GbR – entstanden durch den Gründungsschluss – und einer Außen-Personengesellschaft (keine Identität!), die durch den Betrieb des Unternehmens bzw. Abschluss der Rechtsgeschäfte stillschweigend aufgrund Rechtsformzwanges entsteht.⁸² Nach dieser Auffassung müssen die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft nicht angewendet werden, um zur Wirksamkeit der Außengesellschaft zu kommen, weil der Abschluss *ihrer* Gesellschaftsvertrags formlos möglich war. Nur die (Verpflichtung zur) Gründung einer GmbH ist nämlich formbedürftig, nicht die Gründung einer unternehmenstragenden Personengesellschaft.

Unabhängig davon, ob man die – nachfolgend als „**Vorgründungsgesellschaft**“ bezeichnete – **Außen-Personengesellschaft** als mit der (Innen-)GbR identisch ansieht oder sie als separates Rechtsverhältnis einordnet, fragt sich, welche Art von Personengesellschaft sie ist. Dies hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Sie kann eine GbR⁸³ oder eine oHG⁸⁴ sein. OHG ist sie (nur), wenn erstens (bereits) ihr Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes (§ 1 II HGB) gerichtet und zweitens die oHG im Verhältnis zu Dritten schon wirksam durch Geschäftsaufnahme entstanden ist (§ 123 II HGB). Für Letzteres genügen auch schon bloße Vorbereitungsgeschäfte gegenüber Dritten, die auf den baldigen Betrieb eines Handelsgewerbes angelegt sind.⁸⁵

Die Unterscheidung zwischen GbR und oHG ist im Hinblick auf die unterschiedlichen Vertretungsverhältnisse wichtig: Während die GbR grundsätzlich nur durch alle Gesellschafter gemeinsam wirksam vertreten werden kann (§§ 709, 714 BGB⁸⁶), haben die Gesellschafter

⁷⁷ *Wilhelm*, KapitalGesR, Rdn. 367; *Karsten Schmidt*, GesR, § 34 III 2 a m.w.N.

⁷⁸ Eine Vertrauenshaftung aus culpa in contrahendo (§ 311 II BGB) ist aber möglich; vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, § 34 III 2 a.

⁷⁹ Vgl. die Nachweise bei *Karsten Schmidt*, GesR, § 34 III 2 a in Fn. 51.

⁸⁰ Dazu eingehend unten S. 81 ff.

⁸¹ Vgl. *Hirte*, KapitalGesR, Rdn. 2.6; *Wilhelm*, KapitalGesR, Rdn. 367.

⁸² *Karsten Schmidt*, GesR, §§ 11 III 2 c, 34 III 2 a.

⁸³ Dazu unten S. 79 ff.

⁸⁴ Dazu unten S. 109 ff.

⁸⁵ Siehe unten S. 109 f.

⁸⁶ Im Einzelnen unten S. 90 f.

bei der oHG grundsätzlich Einzelvertretungsbefugnis (§ 125 HGB⁸⁷). Liegt eine GbR vor, kann außerdem der Umfang der Vertretungsmacht begrenzt sein, zumindest wenn die Vorgründungsgesellschaft nur bestimmte Rechtsverhältnisse eingeht, also noch kein Unternehmen betreibt: Ist die Geschäftsführungsbefugnis (konkulent) auf bestimmte Geschäfte begrenzt, gilt dies gemäß § 714 BGB auch für die Vertretungsmacht. Bei der oHG stellt sich dieses Problem aus zwei Gründen nicht: Erstens liegt eine solche nur vor, wenn die Vorgründungsgesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist; dann aber gibt es auch keine (konkudente) Beschränkung im Innenverhältnis. Zweitens ist eine Beschränkung der Vertretungsmacht im Außenverhältnis ohnehin unwirksam (§ 126 II HGB).

Neben der Vertretungsmacht der handelnden Person(en) setzt eine wirksame Verpflichtung der Vorgründungsgesellschaft voraus, dass *in ihrem Namen* gehandelt wurde. Nach den im Stellvertretungsrecht näher behandelten Grundsätzen zum unternehmensbezogenen Rechtsgeschäft⁸⁸ ist dies auch bei einem Handeln im Namen der (Vor-)GmbH in der Regel zu bejahen, weil die Vorgründungsgesellschaft wahre Unternehmensträgerin ist.⁸⁹ Liegen die Voraussetzungen einer wirksamen Vertretung nicht vor, gelten die §§ 177 ff. BGB (Vertretung ohne Vertretungsmacht).⁹⁰ Weder bei wirksamer noch bei unwirksamer Vertretung gilt die in § 11 II GmbH angeordnete Haftung des Handelnden; sie kommt erst nach der Errichtung der GmbH in Betracht.⁹¹

Wurde die Vorgründungsgesellschaft wirksam vertreten, haftet sie für die begründete Verbindlichkeit. Daneben besteht aber auch eine akzessorische persönliche Haftung ihrer Gesellschafter für die Verbindlichkeit (§ 128 HGB [analog]⁹²).

Der Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrags *der GmbH*, wodurch die spätere GmbH errichtet wird und die sog. Vor-GmbH entsteht, ändert diese einmal eingetretene Rechtslage ebenso wenig nachträglich wie die Entstehung der fertigen GmbH durch Eintragung. **Die Vorgründungsgesellschaft ist nicht mit der Vor-GmbH und der späteren „fertigen“ GmbH identisch**, so dass ihre Rechte und Pflichten nicht automatisch auf die Vor-GmbH und die „fertige“ GmbH übergehen.⁹³ Die Vorgründungsgesellschaft haftet also weiter für ihre Verbindlichkeiten und es bleibt daher auch bei der Haftung ihrer Gesellschafter. Dies gilt auch dann, wenn die Vorgründungsgesellschaft nach der Errichtung/Entstehung der GmbH nicht als werbende Gesellschaft fortbesteht, sondern aufgelöst wird, weil mit der Errichtung/Entstehung der GmbH der vereinbarte Zweck erreicht ist (§ 726 Alt. 1 BGB).⁹⁴ Die Vorgründungsgesellschaft haftet nämlich auch dann weiter mit ihrem Vermögen für ihre Verbind-

⁸⁷ Dazu unten S. 111.

⁸⁸ Siehe *Bitter/Maurer/Röder*, Skript zum BGB AT – Allgemeine Rechtsgeschäftslehre, 2. Aufl. 2009, S. 126 ff.; zu Haftungsfragen in diesem Zusammenhang ferner *Bitter/Schumacher*, Skript zum Handelsrecht, 4. Aufl. 2009, S. 19 mit Fall Nr. 7 – Nachlässigkeit.

⁸⁹ *Hirte*, KapitalGesR, Rdn. 2.6.

⁹⁰ Dazu *Bitter/Maurer/Röder*, Skript zum BGB AT – Allgemeine Rechtsgeschäftslehre, 2. Aufl. 2009, S. 161 ff.

⁹¹ *Karsten Schmidt*, GesR, § 34 III 2 d.

⁹² Dazu im Einzelnen unten S. 91 ff. und S. 113 ff.

⁹³ BGH GmbHR 2001, 293.

⁹⁴ *Hueck/Windbichler*, GesR, § 21 Rdn. 17. Weil die Vorgründungsgesellschaft ein Unternehmen betreibt oder einzelne Rechte und Pflichten hat, ist allerdings in der Regel zweifelhaft, ob sie mit der Errichtung/Entstehung der GmbH tatsächlich aufgelöst sein soll. Grundsätzlich wird § 726 Alt. 1 BGB daher nur bei der Innengesellschaft bürgerlichen Rechts („Vorvertragsgesellschaft“) anzuwenden sein.

lichkeiten (vgl. § 733 I 1 BGB), so dass auch die Gesellschafter weiter haften⁹⁵; letzteres gilt auch nach Vollbeendigung der Vorgründungsgesellschaft.⁹⁶

Die Haftung der Vorgründungsgesellschaft und ihrer Gesellschafter erlischt mit der Errichtung oder Entstehung der GmbH nur ausnahmsweise dann, wenn dies mit dem konkreten Gläubiger vertraglich vereinbart wurde. Gleiches gilt für einen Übergang der Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft auf die (Vor-)GmbH: Mit dem konkreten Gläubiger muss eine Schuldübernahme (§§ 414 ff. BGB)⁹⁷ vereinbart werden. Mangels Identität zwischen Vorgründungsgesellschaft und (Vor-)GmbH müssen im Übrigen auch Rechte der Vorgründungsgesellschaft einzeln auf die (Vor-)GmbH übertragen werden.

bb) Vor-GmbH und „fertige“ GmbH

Die Haftung im Stadium der Vor-GmbH [dazu unten ccc]) ist auf den ersten Blick nicht leicht zu verstehen. Sie erschließt sich leichter, wenn man sich zunächst das Verhältnis zwischen der Vor-GmbH und der „fertigen“ GmbH [dazu sogleich unter aaa]) und sodann die für die „fertige“ GmbH geltende (Binnen-)Haftung verdeutlicht [dazu unten bbb)]. Sowohl die Haftung bei der „fertigen“ GmbH als auch die Haftung bei der Vor-GmbH setzen eine wirksame Vertretung der (Vor-)GmbH bei (verlusträchtigen) Geschäften voraus [dazu unten ddd)]. Schließlich ist die Bedeutung der Handelndenhaftung gemäß § 11 II GmbHG zu klären [dazu unten eee)].

aaa) Die Vor-GmbH und ihr Verhältnis zur „fertigen“ GmbH

Die Vor-GmbH entsteht mit Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrags. Sie wird von der Rechtsprechung als **Gesellschaft eigener Art** (sui generis) eingestuft, auf die neben den Vorschriften des Gesellschaftsvertrags auch die Vorschriften des GmbHG entsprechend anwendbar sind, soweit sie nicht gerade die Eintragung der Gesellschaft voraussetzen oder sonst mit dem Gründungsstadium nicht vereinbar sind.⁹⁸ Die Vor-GmbH ist selbständig rechtsfähig; sie kann also bereits selbst Träger von Rechten und Pflichten sein.⁹⁹ Das Vermögen der Vor-GmbH ist demnach auch strikt von dem Vermögen ihrer Gesellschafter zu trennen. Da die Vor-GmbH – wie vorstehend dargelegt – nicht mit der Vorgründungsgesellschaft identisch ist, gehören zu ihrem „Vermögen“ nicht die Rechte und Pflichten der Vorgründungsgesellschaft. Aus den §§ 18, 19 HGB, 4 GmbHG ist schließlich zu folgern, dass die Vor-GmbH ihrem Namen einen Zusatz hinzufügen muss, der Irreführungen ausschließt, zum Beispiel „in Gründung“ oder „i.Gr.“.¹⁰⁰

Nach der Rechtsprechung ist die **„fertige“ GmbH mit der Vor-GmbH identisch** (Kontinuitätsprinzip).¹⁰¹ Die „fertige“ GmbH ist also ein und dieselbe (juristische) Person, derselbe Rechtsträger, wie die Vor-GmbH; nur die Rechtsform (das „Rechtskleid“) wandelt sich. Es handelt sich dabei nicht um eine Umwandlung im Sinne des Umwandlungsgesetzes (UmwG);

⁹⁵ BGH GmbHR 2001, 293.

⁹⁶ Siehe unten S. 102 ff.

⁹⁷ Dazu *Bitter*, Skript zum Schuldrecht AT, 1. Aufl. 2008, S. 73 ff.

⁹⁸ Vgl. die Nachweise bei *Hueck/Windbichler*, GesR, § 21 Rdn. 18.

⁹⁹ Vgl. § 7 II, III GmbHG, wonach vor der Anmeldung zur Eintragung Einlagen „an die Gesellschaft“ zu bewirken sind.

¹⁰⁰ *Karsten Schmidt*, GesR, § 34 III 3 b.

¹⁰¹ Vgl. die Nachweise bei *Hirte*, KapitalGesR, Rdn. 2.29.

gleichwohl entspricht die Wirkung derjenigen eines Formwechsels gemäß §§ 190 ff. UmwG, für den § 202 I Nr. 1 UmwG eine identitätswahrende Umwandlung vorsieht.

Aus der Identität zwischen Vor-GmbH und „fertiger“ GmbH ergibt sich, dass sämtliche Vermögensgegenstände, aber auch sämtliche Verbindlichkeiten der Vor-GmbH¹⁰² im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die „fertige“ GmbH übergehen.

Die Vor-GmbH endet demnach normalerweise mit der Wandlung in die „fertige“ GmbH, ohne dass eine Liquidation stattfindet. Es ist aber auch möglich, dass die Vor-GmbH aufgelöst wird und dann zu liquidieren ist.¹⁰³ Dies ist der Fall, wenn die Eintragung der GmbH scheitert, weil über das Vermögen der Vor-GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird, das Registergericht die Eintragung der GmbH (endgültig) ablehnt oder die Gesellschafter die Eintragungsabsicht aufgeben und die Vor-GmbH liquidieren.¹⁰⁴ Schließlich ist auch möglich, dass eine Vor-GmbH aufgrund einer Kündigung aus wichtigem Grund (§ 723 I 2, 3 Nr. 1 BGB analog) aufgelöst und abzuwickeln ist.¹⁰⁵

bbb) Die Haftung bei der „fertigen“ GmbH: Vorbelastungshaftung

Die „fertige“ GmbH haftet für ihre Verbindlichkeiten mit ihrem gesamten Vermögen. Für eine daneben stehende Haftung der Gesellschafter im Außenverhältnis gegenüber den Gläubigern ist grundsätzlich kein Platz (§ 13 II GmbHG).¹⁰⁶ Jedoch kommt eine Binnenhaftung gegenüber der Gesellschaft in Betracht.

Weil die „fertige“ GmbH mit der Vor-GmbH identisch ist, entspricht ihr **Nettovermögen** (= gesamtes Aktivvermögen abzüglich Verbindlichkeiten) demjenigen der Vor-GmbH. Hieraus ergibt sich folgendes Problem: Infolge einer Geschäftstätigkeit der Vor-GmbH können schon Verluste angefallen sein. Dies hat zur Folge, dass die „fertige“ GmbH im Zeitpunkt ihrer Entstehung durch Eintragung im Handelsregister schon kein Nettovermögen in Höhe ihres Stammkapitals (ihrer Stammkapitalziffer) mehr hat. In Höhe der Differenz zwischen Nettovermögen und Stammkapitalziffer besteht dann eine sog. **Unterbilanz**.

Haben zum Beispiel bei einer GmbH mit einer Stammkapitalziffer von 25.000 Euro die Gesellschafter 12.500 Euro eingezahlt (Mindesteinzahlung gemäß § 7 II 1 GmbHG) und wurde dieses Geld sodann im Stadium der Vor-GmbH verwendet, um eine Sache im Wert von 5.000 Euro zu einem Kaufpreis von 7.000 Euro anzuschaffen (Verlustgeschäft), und hat die Vor-GmbH gleichzeitig ein Darlehen von 10.000 Euro aufgenommen, so beträgt das Nettovermögen der GmbH bei Eintragung nur noch 23.000 Euro; es besteht also eine Unterbilanz von 2.000 Euro:

- Aktivvermögen: 15.500 Euro in bar (Einzahlung - Kaufpreis + Darlehen), Sache im Wert von 5.000 Euro, Resteinlageforderung von 12.500 Euro;
- Verbindlichkeiten 10.000 Euro (Pflicht zur Rückzahlung des Darlehens).

¹⁰² Zur wirksamen Verpflichtung der Vor-GmbH siehe unten S. 38 f.

¹⁰³ Vgl. Hueck/Windbichler, GesR, § 21 Rdn. 28. Zur Liquidationspflicht bei Aufgabe der Eintragungsabsicht vgl. BGH ZIP 2008, 1025 (Rdn. 6).

¹⁰⁴ Zur faktischen Fortsetzung anstelle der gebotenen Liquidation unten S. 36 ff.

¹⁰⁵ BGHZ 169, 270 = NJW 2007, 589 – Leitsatz 1 (zur Vor-AG).

¹⁰⁶ Karsten Schmidt, GesR, § 34 III 4 b.

Eine solche Unterbilanz zum Eintragungstichtag kann im Interesse der (künftigen) Gläubiger der GmbH nicht hingenommen werden. Sie müssen darauf vertrauen können, dass die GmbH jedenfalls bei ihrer Entstehung noch ein Vermögen in Höhe der Stammkapitalziffer hat. Die GmbH darf nicht „vorbelastet“ sein. Im Interesse der Gläubiger könnte man deshalb daran denken, den Gesellschaftern bis zur Eintragung jedwede Geschäftstätigkeit zu untersagen, um so eine Vorbelastung zu verhindern.¹⁰⁷

Allerdings kann es unter Umständen nützlich sein, bereits im Stadium der Vor-GmbH Geschäfte abzuschließen. Wird ein Unternehmen eingebracht, ist dies sogar zwingend erforderlich, weil das Unternehmen nicht für die Zeit des Eintragungsverfahrens stillgelegt werden kann. Einen sinnvollen Ausgleich zwischen den gegenläufigen Gläubiger- und Gesellschafterinteressen schafft deshalb die von der Rechtsprechung in Analogie zu § 9 I GmbHG entwickelte sog. **Vorbelastungshaftung** der GmbH-Gesellschafter (auch Unterbilanz- oder Differenzhaftung genannt).¹⁰⁸ Die Gesellschafter sind danach verpflichtet, die im Zeitpunkt der Eintragung bestehende Unterbilanz der GmbH auszugleichen, indem sie dem Gesellschaftsvermögen einen Betrag in Höhe der Differenz zwischen dem Nettovermögen am Tag der Eintragung und der Stammkapitalziffer zuführen. Auch wenn die Gesellschaftsgläubiger durch diese Vorbelastungshaftung geschützt werden sollen, sind sie nicht selbst Gläubiger des Ausgleichsanspruchs, sondern der Anspruch steht der GmbH zu (Binnenhaftung). In der Insolvenz macht ihn daher der Insolvenzverwalter geltend. Außerhalb der Insolvenz müssen die Gläubiger zunächst einen Titel gegen die GmbH erwirken und sodann den Ausgleichsanspruch aus der Vorbelastungshaftung bei der GmbH pfänden (§§ 829, 835 ZPO). Es besteht auch dann keine Außenhaftung, wenn die GmbH vermögenslos ist oder nur einen Gesellschafter hat.¹⁰⁹ Die Gesellschafter haften der Gesellschaft für den Ausgleich der Unterbilanz nicht als Gesamtschuldner, sondern entsprechend ihrer Beteiligung (= anteilig, pro rata); der Höhe nach ist die Haftung aber unbeschränkt.

Hat die GmbH im oben genannten Beispiel (Unterbilanz 2.000 Euro) zwei Gesellschafter, wobei der eine zu 25%, der andere zu 75% beteiligt ist, muss also der mit 25% Beteiligte $\frac{1}{4}$ der Unterbilanz ausgleichen (= 500 Euro) und der mit 75% Beteiligte $\frac{3}{4}$ (= 1.500 Euro).

Weil die Haftung anteilig und nicht gesamtschuldnerisch ist, kann die Gesellschaft von einem Gesellschafter nicht den gesamten Betrag der Unterbilanz verlangen. Damit haften die übrigen Gesellschafter eigentlich nicht, wenn der auf einen Mitgesellschafter entfallende Teil der Unterbilanz von ihm nicht zu erlangen ist. Allerdings wird auch bei der Vorbelastungshaftung § 24 GmbHG angewendet, so dass eine anteilige Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter besteht, wenn die Voraussetzungen der Vorschrift¹¹⁰ vorliegen.¹¹¹

Der Höhe nach ist die Haftung – wie gesagt – unbeschränkt. Die Gesellschafter müssen die Unterbilanz also unabhängig von ihrer Höhe anteilig ausgleichen. Ist das Nettovermögen ne-

¹⁰⁷ Bevor der BGH die Identität zwischen Vor-GmbH und „fertiger“ GmbH auch hinsichtlich der Verbindlichkeiten anerkannt hat (einen Übergang des Aktivvermögens nahm er schon vorher an), wurde eine Vorbelastung durch das sog. Vorbelastungsverbot verhindert, wonach die Verbindlichkeiten der Vor-GmbH nicht auf die „fertige“ GmbH übergingen. Hierdurch wurde eine Geschäftstätigkeit im Stadium der Vor-GmbH zwar nicht verboten, aber doch wesentlich erschwert, weil die (potenziellen) Gläubiger der Vor-GmbH nach der Eintragung nicht auf das übergegangene Aktivvermögen der „fertigen“ GmbH zugreifen konnten und daher nur sehr schwer zu Geschäften mit der Vor-GmbH zu bewegen waren.

¹⁰⁸ Grundlegend BGHZ 89, 129; vgl. ferner *Hirte*, KapitalGesR, Rdn. 2.30.

¹⁰⁹ BGH ZIP 2005, 2257.

¹¹⁰ Zu den Voraussetzungen des § 24 GmbHG siehe unten S. 55.

¹¹¹ Scholz/*Karsten Schmidt* (Fn. 63), § 11 Rdn. 128.

gativ (= bilanzielle Überschuldung bzw. nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag i.S.v. § 268 III HGB), ist nicht nur der Betrag des Stammkapitals aufzuwenden, sondern auch der Betrag, um den das Nettovermögen im Minus ist. Bestünde im oben genannten Beispiel noch eine weitere Verbindlichkeit von 40.000 Euro und betrüge das Nettovermögen daher minus 17.000 Euro (= Unterbilanz von 42.000 Euro), hätten die beiden Gesellschafter zusammen 42.000 Euro aufzuwenden, wovon 31.500 Euro (75%) auf den einen und 10.500 (25%) auf den anderen entfielen.

ccc) Die Haftung bei der Vor-GmbH: Verlustdeckungshaftung

Weil die Vor-GmbH rechtsfähig ist, haftet sie selbst mit ihrem Vermögen für ihre Verbindlichkeiten.¹¹² Die Haftung der Gesellschafter der Vor-GmbH hat der BGH der vorstehend dargelegten Vorbelastungshaftung bei der „fertigen“ GmbH angeglichen, um zu einem konsistenten Haftungssystem zu kommen.¹¹³ Im Detail bestehen jedoch Unterschiede. Relevant wird die Gesellschafterhaftung bei der Vor-GmbH (nur), wenn es nicht zur Eintragung der GmbH kommt, ihre Eintragung also gescheitert und die Vor-GmbH daher aufgelöst ist.¹¹⁴ Dann kann die Vorbelastungshaftung nämlich nicht eingreifen.

Die Gesellschafterhaftung bei der Vor-GmbH wird vom BGH als **Verlustdeckungshaftung** bezeichnet. Sie ist, wie die Vorbelastungshaftung, eine

- anteilige
- Binnenhaftung gegenüber der Gesellschaft (in der Insolvenz macht sie der Insolvenzverwalter geltend, im Übrigen müssen Gläubiger den Anspruch bei der Gesellschaft aufgrund eines Titels gegen die Gesellschaft pfänden),
- die der Höhe nach unbeschränkt ist.¹¹⁵

Unterschiede zur Vorbelastungshaftung bestehen jedoch **in zweierlei Hinsicht**. Erstens unterscheidet sich die Verlustdeckungshaftung der Höhe nach von der Vorbelastungshaftung; zweitens haften die Gesellschafter – anders als bei der Vorbelastungshaftung – in Ausnahmefällen auch im Außenverhältnis:

Weil das Stammkapital nicht schon bei der Vor-GmbH, sondern erst bei der eingetragenen GmbH „garantiert“ ist, ist die Verlustdeckungshaftung nicht auf den Ausgleich der Unterbilanz gerichtet.¹¹⁶ Vielmehr müssen die Gesellschafter der Vor-GmbH (nur) anteilig die **zur Tilgung ihrer Verbindlichkeiten erforderlichen Mittel** zur Verfügung stellen.¹¹⁷ Die Ge-

¹¹² Zur wirksamen Verpflichtung der Vor-GmbH unten S. 38 f.

¹¹³ Grundlegend BGHZ 134, 333.

¹¹⁴ Zu den möglichen Gründen des Scheiterns der Eintragung oben S. 33 f.

¹¹⁵ Vgl. BGHZ 134, 333. Die Frage der Gesellschafterhaftung bei der Vor-GmbH ist sehr umstritten; vertreten wird auch eine generelle unmittelbare Außenhaftung der Gesellschafter [vgl. die ausführliche Darstellung der Problematik und des Streitstandes bei *Karsten Schmidt*, GesR, § 34 III 3, insbesondere unter c); zu den auch von der Rechtsprechung anerkannten (Ausnahme-)Fällen der Außenhaftung sogleich im Text].

¹¹⁶ Vgl. *Wilhelm*, KapitalGesR, Rdn. 383 („Haftung auf Deckung des Stammkapitals war wegzulassen“).

¹¹⁷ So ausdrücklich *Gehrlein*, BB 2004, 2361 unter Verweis auf BGHZ 152, 290; ferner *Wilhelm*, KapitalGesR, Rdn. 383 und *Rubner*, NJW-Spezial 2008, 303 f.: „Leistung eines für die Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Betrags“.

sellschafter haften also nur insoweit, wie infolge der Verluste die Verbindlichkeiten der Vor-GmbH nicht gedeckt sind.¹¹⁸ Die Unterschiede können beträchtlich sein:

Hat zum Beispiel eine Gesellschaft mit einer Stammkapitalziffer von 25.000 Euro ein Aktivvermögen in Höhe von 10.000 Euro und Verbindlichkeiten in Höhe von 15.000 Euro (Nettovermögen: minus 5.000 Euro)¹¹⁹, so besteht eine Unterbilanz von 30.000 Euro; die Gesellschaft hat auch einen „Verlust“ von 30.000 Euro gemacht, weil sie von einem anfänglichen Vermögen von 25.000 Euro zu einem Vermögen von minus 5.000 Euro gelangt ist. Nach der Vorbelastungshaftung (= nach Eintragung) müssen die Gesellschafter die Unterbilanz von 30.000 Euro ausgleichen. Scheitert die Eintragung der GmbH hingegen – und greift daher die Verlustdeckungshaftung –, so müssen die Gesellschafter nicht den gesamten erwirtschafteten Verlust von 30.000 Euro bzw. die entsprechend hohe Unterbilanz ausgleichen, sondern lediglich die Differenz zwischen Aktivvermögen und Verbindlichkeiten, hier 5.000 Euro, der Gesellschaft zuwenden. Die Verluste haben nämlich nur insoweit zu einer Unterdeckung der Verbindlichkeiten geführt. Nur insoweit sind Mittel zur Tilgung der Verbindlichkeiten der Vor-GmbH „erforderlich“, weil die Vor-GmbH die Tilgung im Übrigen aus eigenen Mitteln finanzieren kann. Die Auffüllung des Stammkapitals ist hier auch deshalb nicht zu verlangen, weil die Vor-GmbH nach Scheitern der Eintragung nicht mehr als werbende Gesellschaft fortbesteht, sondern aufgelöst ist und von den Gesellschaftern liquidiert wird (zur faktischen Fortsetzung anstelle der gebotenen Liquidation sogleich). Im Rahmen einer Liquidation wird nur noch insoweit neues Kapital benötigt, wie das Vermögen (infolge der Verluste) zur Berichtigung der Verbindlichkeiten nicht ausreicht (so auch § 735 I 1 BGB für die aufgelöste GbR).

Anstelle der Verlustdeckungs-*Binnenhaftung* besteht **in Ausnahmefällen** eine **unmittelbare Außenhaftung der Gesellschafter** (§ 128 HGB analog)¹²⁰:

- sog. unechte Vor-GmbH: Die Gesellschafter haben von Anfang an nicht die Absicht, die Gesellschaft ins Handelsregister eintragen zu lassen, oder geben die zunächst bestehende Eintragungsabsicht auf (Scheitern der Eintragung), ohne sofort die Geschäftstätigkeit einzustellen und die Vor-GmbH zu liquidieren (= faktische Fortführung anstelle der gebotenen Liquidation);

Argument: Bei einer Gesellschaft, deren Gesellschafter die Gründung einer GmbH nicht (mehr) beabsichtigen, handelt es sich gar nicht (mehr) um eine Vor-GmbH als notwendiges Durchgangsstadium auf dem Weg zur Eintragung der „fertigen“ GmbH, sondern um eine Personengesellschaft (GbR oder oHG).¹²¹ Daher trifft die Gesellschafter auch eine personengesellschaftsrechtliche Einstandspflicht. Auch wenn die Gesellschafter die Eintragungsabsicht erst später aufgeben, erstreckt sich ihre Außenhaftung auf *alle* Verbindlichkeiten der Vor-GmbH; sie gilt daher auch für solche Verbindlichkeiten, die *vor* Aufgabe der Eintragungsabsicht begründet wurden.¹²²

¹¹⁸ Vgl. *Wilhelm*, KapitalGesR, Rdn. 383; ferner *Rubner*, NJW-Spezial 2008, 303 f.: „Nicht durch das Stammkapital gedeckte Verluste sind (...) abzudecken“.

¹¹⁹ Dies kann zum Beispiel der Fall sein, wenn die Gesellschaft die komplette Geldeinlage erhält (25.000 Euro), zusätzlich ein Darlehen von 15.000 Euro aufnimmt und von diesen 40.000 Euro in bar eine Sache im Wert von 10.000 Euro kauft.

¹²⁰ Vgl. *Wilhelm*, KapitalGesR, Rdn. 389.

¹²¹ *Hueck/Windbichler*, GesR, § 21 Rdn. 33. Im zweiten Fall (Aufgabe der Eintragungsabsicht) erfolgt ein identitätswahrender Wechsel der Rechtsform (des „Rechtskleides“) von der Vor-GmbH in die Personengesellschaft; vgl. BGH ZIP 2008, 1025 (Rdn. 6).

¹²² Vgl. BGHZ 152, 290.

- die Gesellschaft ist – unter Außerachtlassung ihres Verlustdeckungsanspruchs – vermögenslos;
- die Gesellschaft hat nur einen Gläubiger;
- Einpersonen-Vor-GmbH.

Diese von der Rechtsprechung anerkannten „Ausnahmefälle“ sind recht umfassend, sodass es praktisch in sehr vielen Fällen – trotz des Grundsatzes einer Binnenhaftung – zur Außenhaftung der Gesellschafter bei der Vor-GmbH kommt. Diese ist – wie bereits dargelegt – (nur) dann von Bedeutung, wenn die Eintragung der GmbH scheitert. Sie **setzt** daher – nach einer Auffassung auf Tatbestandsebene, nach a.A. für die Fälligkeit – **das Scheitern der Eintragung voraus.**¹²³

Kommt es hingegen zur **Eintragung** der GmbH, erlischt die Verlustdeckungshaftung bzw. sie wird **durch** die für die „fertige“ GmbH geltende **Vorbelastungshaftung ersetzt** (mit den oben dargelegten Änderungen für den Umfang der Haftung). Dabei sei nochmals betont, dass diese nach Eintragung allein maßgebliche Vorbelastungshaftung *stets* Binnenhaftung ist, also auch dann, wenn die Gesellschaft vermögenslos ist oder sie nur einen Gesellschafter oder Gläubiger hat.¹²⁴

Teilweise wird als weitere Voraussetzung der Verlustdeckungshaftung genannt, der betreffende Gesellschafter müsse der Geschäftsaufnahme zugestimmt haben.¹²⁵ Dieser Voraussetzung kommt indes, jedenfalls soweit es um Verluste der Vor-GmbH aus Rechtsgeschäften geht, neben der Voraussetzung einer wirksamen Verpflichtung der Vor-GmbH [dazu sogleich ddd)] keine eigenständige Bedeutung zu: Mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags stimmen die Gesellschafter jedenfalls den gründungsnotwendigen Geschäften zu (dazu sogleich), so dass insoweit sowohl eine wirksame Verpflichtung der Vor-GmbH als auch die Zustimmung des betreffenden Gesellschafters vorliegt. Für alle übrigen Geschäfte besteht nach der Rechtsprechung nur dann Vertretungsmacht, wenn *sämtliche* Gesellschafter sie entsprechend erweitert haben (siehe sogleich); dann liegt zwingend auch die erforderliche Zustimmung des betreffenden Gesellschafters vor. Fehlt eine wirksame Ermächtigung des Geschäftsführers über Gründungsgeschäfte hinaus, scheitert die Verlustdeckungshaftung schon daran, dass ohne wirksame Vertretung die Vor-GmbH nicht gebunden ist und damit kein Verlust der Vor-GmbH entstehen kann; auf die fehlende Zustimmung des betreffenden Gesellschafters kommt es dann nicht an.

ddd) Wirksame Vertretung der Vor-GmbH als Haftungsvoraussetzung

Soweit die Vorbelastungshaftung (nach Eintragung) und Verlustdeckungshaftung (bei Scheitern der Eintragung) aufgrund von verlustträchtigen Geschäften bzw. rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten der Vor-GmbH bestehen sollen, setzen sie voraus, dass die Vor-GmbH wirksam vertreten wurde¹²⁶: Nur dann kann durch ein Geschäft ein Verlust eingetreten bzw. eine Verbindlichkeit begründet sein, der/die das (Netto-)Vermögen so gemindert hat, dass es

¹²³ Zu den möglichen Gründen des Scheiterns oben S. 33 f.

¹²⁴ Siehe oben S. 34 ff.

¹²⁵ *Wilhelm*, KapitalGesR, Rdn. 384.

¹²⁶ Inwieweit *sonstige* Vermögenseinbußen die Gesellschafterhaftung begründen, ist umstritten; vgl. dazu *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 63), § 11 Rdn. 129 f.

die Stammkapitalziffer (Vorbelastungshaftung) bzw. die Verbindlichkeiten (Verlustdeckungs haftung) nicht deckt.¹²⁷

Die Vertretung erfolgt auch bei der Vor-GmbH durch den Geschäftsführer (§ 35 GmbHG analog¹²⁸). Dieser muss im Namen der Vor-GmbH gehandelt haben. Früher wurde zwischen einem Handeln im Namen der Vor-GmbH und einem solchen im Namen der „fertigen“ GmbH unterschieden. Nachdem jedoch die Identität zwischen Vor-GmbH und „fertiger“ GmbH anerkannt wurde, ist diese Unterscheidung nicht mehr sachgerecht; der Geschäftsführer kann seitdem nämlich gar nicht wählen, ob er im Namen der Vor-GmbH oder der „fertigen“ GmbH auftritt, so dass es nur noch darauf ankommen kann, dass er im Namen der *einen* Gesellschaft gehandelt hat.¹²⁹ Im Namen dieser einen Gesellschaft in ihrer derzeitigen Rechtsform (= Vor-GmbH) tritt der Geschäftsführer auch dann auf, wenn er unzulässigerweise den Zusatz „in Gründung“ weglässt, also für eine vermeintlich „fertige“ GmbH auftritt.

Umstritten ist der *Umfang* der Vertretungsmacht des Geschäftsführers. Eine Auffassung geht davon aus, dass § 37 GmbHG analog gilt und die Vertretungsmacht daher unbeschränkt und unbeschränkbar ist.¹³⁰ Die Rechtsprechung nimmt demgegenüber (bisher) an, die Vertretungsmacht des Geschäftsführers sei auf gründungsnotwendige Geschäfte beschränkt, wenn die Gesellschafter die Vertretungsmacht nicht – ggf. konkludent – erweitert haben.¹³¹ Eine solche Erweiterung ist nach der Rechtsprechung nur dann wirksam, wenn ihr *sämtliche* Gründer – im Gesellschaftsvertrag oder im Rahmen einer späteren Ermächtigung – zugestimmt haben.¹³² Die Streitfrage kann dahinstehen, wenn ein Unternehmen eingebracht wird, weil dem Geschäftsführer dann jedenfalls dessen Fortführung gestattet ist.¹³³

Hatte der Geschäftsführer keine Vertretungsmacht, ist die Vor-GmbH nicht wirksam verpflichtet worden und die Vorbelastungs- oder Verlustdeckungs haftung scheidet – wie gesagt – insoweit mangels Vermögenseinbuße der Vor-GmbH bzw. „fertigen“ GmbH aus. Allerdings haftet der Geschäftsführer dem Gläubiger gemäß § 179 BGB bzw. aufgrund der nachfolgend dargestellten Handelndenhaftung.

eee) Handelndenhaftung im Stadium der Vor-GmbH

Gemäß § 11 GmbHG haftet persönlich und solidarisch, wer vor der Eintragung der GmbH im Namen der Gesellschaft gehandelt hat. Die Handelndenhaftung erfasst nur die Phase der Vor-GmbH. Sie gilt, wie aus dem Wortlaut des § 11 II GmbHG ersichtlich („im Namen der Gesellschaft gehandelt“), nur für rechtsgeschäftliches Handeln.¹³⁴

¹²⁷ Vgl. *Wilhelm*, KapitalGesR, Rdn. 384.

¹²⁸ Zur Vertretung der GmbH durch den Geschäftsführer siehe unten S. 52.

¹²⁹ *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 63), § 11 Rdn. 59. Vgl. auch *Hueck/Windbichler*, GesR, § 21 Rdn. 22 mit dem zusätzlichen Hinweis darauf, dass nach den Grundsätzen zum unternehmensbezogenen Rechtsgeschäft die Vertretung besteht, dass im Namen einer Vor-GmbH gehandelt wurde, wenn eine solche – bei Abschluss des Geschäfts – Unternehmensträger war.

¹³⁰ *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 63), § 11 Rdn. 63.

¹³¹ BGHZ 80. 182; in diesem Sinne auch BGH ZIP 2004, 1409, 1410 zur AG.

¹³² Vgl. BGH ZIP 2004, 1409, 1410 zur AG; ferner *Hirte*, KapitalGesR, Rdn. 2.23; *Hueck/Windbichler*, GesR, § 21 Rdn. 22 m.w.N.

¹³³ Vgl. *Hirte*, KapitalGesR, Rdn. 2.23.

¹³⁴ *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 63), § 11 Rdn. 106.

Handelnder ist nur, wer als Geschäftsführer gehandelt hat oder als solcher aufgetreten ist.¹³⁵ Keine Handelnden sind daher die Gesellschafter, die nur intern dem rechtsgeschäftlichen Handeln zugestimmt haben, nach außen aber nicht in Erscheinung getreten sind. Durch § 11 II GmbHG geschützt sind nach überwiegender Auffassung nur außenstehende Gläubiger, nicht aber Mitgesellschafter.¹³⁶ Letzteren gleichgestellt ist ein im Gründungsstadium bestellter und mit den internen Verhältnissen vertrauter erster (Fremd-)Geschäftsführer der GmbH: die den Anstellungsvertrag schließenden Gesellschafter haften nicht als Handelnde auf die versprochene Vergütung.¹³⁷

§ 11 GmbHG fordert ein Handeln im Namen „der Gesellschaft“. Umstritten ist, ob damit ein Handeln im Namen der künftigen, noch nicht entstandenen „fertigen“ GmbH erforderlich ist oder auch ein Handeln im Namen der Vor-GmbH ausreicht. Die Rechtsprechung verlangt ein Handeln – mindestens auch – im Namen der künftigen GmbH.¹³⁸ Allerdings stammt diese Rechtsprechung aus einer Zeit, als die Vor-GmbH und die „fertige“ GmbH noch nicht als identischer Rechtsträger angesehen wurden. Nachdem der BGH anerkannt hat, dass die Vor-GmbH und die „fertige“ GmbH dieselbe (juristische) Person sind, ist diese Rechtsprechung überholt.¹³⁹ Nunmehr schließt ein Handeln im Namen der Vor-GmbH ein solches im Namen der künftigen GmbH genauso ein, wie der Geschäftsführer, der im Namen der künftigen GmbH auftritt, für die Vor-GmbH handelt.¹⁴⁰

Nach bisher herrschender Meinung war § 11 II GmbHG unabhängig davon anwendbar, ob der Handelnde Vertretungsmacht hatte oder nicht.¹⁴¹ Zu beachten ist allerdings, dass nach Einführung der Verlustdeckungshaftung (ab Eintragung abgelöst durch die Vorbelastungshaftung) bei *wirksamer* Vertretung der Vor-GmbH bereits eine unbeschränkte Binnenhaftung der Gesellschafter besteht; daneben besteht für die Haftung der Handelnden kein wirkliches Bedürfnis mehr.¹⁴² In diesem Sinne hat der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 2004 zur AG (§ 41 I 2 AktG) den Anwendungsbereich der Handelndenhaftung auf Fälle eingegrenzt, in denen der Handelnde *keine* Vertretungsmacht hatte, weil es sich nicht um ein Gründungsgeschäft handelte und keine Ermächtigung sämtlicher Gesellschafter zu außerhalb des Gründungszwecks liegenden Geschäften¹⁴³ vorlag.¹⁴⁴ Der allein verbliebene Schutzzweck der Handelndenhaftung bestehe darin, dem Vertragspartner der Vorgesellschaft einen Schuldner zu verschaffen, wenn die Vorgesellschaft mangels wirksamer Verpflichtung nicht haftet und damit auch die Verlustdeckungs- bzw. Vorbelastungshaftung ausscheidet.¹⁴⁵ Die Handelnden-

¹³⁵ *Hirte*, KapitalGesR, Rdn. 2.32. Auch der Aufsichtsrat einer AG kann Handelnder sein, wenn er mit dem Vorstand einen Anstellungsvertrag schließt (vgl. BGH ZIP 2004, 1409); daher dürften auch die Mitglieder der Gesellschafterversammlung Handelnde sein, die gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG mit einem Geschäftsführer den Anstellungsvertrag schließen (dazu unten S. 50 f.); im Ergebnis besteht aber regelmäßig *keine* Haftung (vgl. den Text bei Fn. 137).

¹³⁶ Vgl. die Nachweise bei *Karsten Schmidt*, GesR, § 34 III 3 d cc, der für Mitgesellschafter jedoch anderer Meinung ist, wenn sie der Vor-GmbH wie Drittgläubiger gegenüberreten.

¹³⁷ Vgl. BGH ZIP 2004, 1409 zur AG: keine Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrates (Handelnde) gemäß § 41 I 2 AktG gegenüber dem ersten Vorstand der AG.

¹³⁸ Vgl. die Nachweise bei *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 63), § 11 Rdn. 107; *Karsten Schmidt*, GesR, § 34 III 3 d bb (Fn. 124).

¹³⁹ *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 63), § 11 Rdn. 107.

¹⁴⁰ Zu Letzterem siehe oben S. 38 f.

¹⁴¹ Vgl. *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 63), § 11 Rdn. 107a.

¹⁴² Vgl. *Hirte*, KapitalGesR, Rdn. 2.32.

¹⁴³ Zur grundsätzlichen Beschränkung der Vertretungsmacht auf Gründungsgeschäfte siehe oben S. 38 f.

¹⁴⁴ BGH ZIP 2004, 1409 unter Ziff. 1. und 3. b) der Gründe zur AG; zu dieser Entscheidung wie hier auch *Wilhelm*, KapitalGesR, Rdn. 380.

¹⁴⁵ BGH a.a.O.

denhaftung wird damit auf Fälle des Vertreters ohne Vertretungsmacht begrenzt. Was das Verhältnis zu § 179 BGB angeht, der in diesem Fall ebenfalls eine Haftung vorsieht, wird man wohl annehmen müssen, dass § 179 BGB durch § 11 II GmbHG als *lex specialis* verdrängt wird: Nur dann verschafft die Handelndenhaftung dem Vertragspartner nämlich einen Schuldner, den er vorher nicht hatte.¹⁴⁶

Bisher war zur Handelndenhaftung anerkannt, dass sie mit der Entstehung der „fertigen“ GmbH durch Eintragung erlischt.¹⁴⁷ Beschränkt man den Anwendungsbereich der Handelndenhaftung aber entsprechend der neuen BGH-Rechtsprechung auf Fälle eines Handelns ohne Vertretungsmacht, wird man genau umgekehrt immer dazu kommen, dass die Handelndenhaftung *nicht* mit Eintragung erlischt. Ist Zweck der Handelndenhaftung, dem Vertragspartner einen Schuldner bei fehlender Verpflichtung der Vor-GmbH zu verschaffen, muss die Haftung bestehen bleiben, weil auch die mit der Vor-GmbH identische „fertige“ GmbH nicht für das rechtsgeschäftliche Handeln ohne Vertretungsmacht eintreten muss.¹⁴⁸ Das Bedürfnis nach einer Haftung des Handelnden besteht also weiterhin.

d) Die Gründung unter Verwendung einer Vorrats- oder Mantelgesellschaft

Das Gründungsverfahren kann – auch nach dem MoMiG – einige Zeit in Anspruch nehmen. Diesen Zeitaufwand kann sich ersparen, wer von speziellen Anbietern eine Vorrats- oder Mantelgesellschaft erwirbt.

Sowohl bei der Vorrats- als auch bei der Mantelgesellschaft handelt es sich um eine „fertige“ GmbH, die jedoch kein Unternehmen (mehr) trägt, sondern sich auf die Verwaltung eigenen Vermögens beschränkt. Sie ist also eine leere „Hülle“. Der Unterschied zwischen einer Vorrats- und einer Mantelgesellschaft besteht in Folgendem: Während die Mantelgesellschaft früher einmal ein Unternehmen betrieben, dieses inzwischen aber eingestellt hat, war die Vorratsgesellschaft noch nicht unternehmerisch tätig, sondern wurde „auf Vorrat“ gegründet.¹⁴⁹ In beiden Fällen stattet der Erwerber die Gesellschaft nach dem Erwerb mit einem Unternehmen aus.

Problematisch ist die Verwendung einer Vorrats- oder Mantelgesellschaft, weil durch die Ausstattung mit einem Unternehmen eine sog. „wirtschaftliche Neugründung“ erfolgt, bei der das Nettovermögen der Gesellschaft schon unter ihre Stammkapitalziffer gesunken sein und daher eine Unterbilanz bestehen kann. Durch die Vorrats- oder Mantelgründung könnten also die Vorschriften über die Kapitalaufbringung¹⁵⁰ umgangen werden.

Aus den vorgenannten Gründen hat der BGH sowohl für die Vorrats- als auch für die Mantelgründung¹⁵¹ entschieden, dass die Vorschriften des Gründungsrechts entsprechend anzuwen-

¹⁴⁶ Für einen derartigen Vorrang des § 11 II GmbHG gegenüber § 179 BGB Hueck/Windbichler, GesR, § 21 Rdn. 27 a.E.

¹⁴⁷ Vgl. Hirte, KapitalGesR, Rdn. 2.33.

¹⁴⁸ Vgl. Hueck/Windbichler, GesR, § 21 Rdn. 27 a.E., 32.

¹⁴⁹ Die Gründung einer Gesellschaft „auf Vorrat“ ist nur wirksam, wenn dieser Zweck der Gesellschaft durch Bezeichnung des Unternehmensgegenstandes offen gelegt wird; vgl. Hirte, KapitalGesR, Rdn. 2.47 m.w.N.

¹⁵⁰ Dazu unten S. 55.

¹⁵¹ „Vorratsgründung“ meint nicht die Gründung einer GmbH „auf Vorrat“ (dazu Fn. 149), sondern die wirtschaftliche Neugründung durch Ausstattung einer zuvor „auf Vorrat“ gegründeten GmbH mit einem Unternehmen.

den sind.¹⁵² Das Stammkapital muss von den Gesellschaftern also erneut aufgebracht werden, wenn und soweit es nicht noch aus der „Erstgründung“ vorhanden ist. Die entsprechende Anwendung des Gründungsrechts erstreckt sich auch auf die registerrechtliche Kontrolle (§§ 9c GmbHG i.V.m. §§ 7 II, III, 8 I GmbHG). Damit diese durchgeführt werden kann, ist die wirtschaftliche Neugründung dem Gericht anzuzeigen. In diesem Rahmen muss der Geschäftsführer auch versichern, dass sich die Einlagen zu seiner endgültigen freien Verfügung befinden (§ 8 II GmbHG analog), wobei sich diese Versicherung auf das *satzungsmäßige* Stammkapital beziehen muss (nicht nur auf das Mindeststammkapital).

Es ist möglich, dass die Gesellschaft am Tag der Anzeige der wirtschaftlichen Neugründung kein der Stammkapitalziffer entsprechendes Nettovermögen hat und daher an diesem Tag eine Unterbilanz besteht¹⁵³: entweder weil das Vermögen der Hülle aufgebraucht und überhaupt nicht wieder aufgefüllt wurde oder weil es zwar aufgefüllt, durch eine Geschäftsaufnahme vor der Anzeige aber wieder (teilweise) verloren gegangen ist. In diesem Fall trifft die Gesellschafter die oben im Einzelnen dargelegte Vorbelastungshaftung¹⁵⁴, und zwar bezogen auf den Tag der Anzeige der Neugründung (die Anzeige entspricht also der Eintragung der GmbH bei der normalen GmbH-Gründung). Die Gesellschafter sind demnach verpflichtet, die am Tag der Anzeige bestehende Unterbilanz anteilig gegenüber der GmbH auszugleichen.

Zweifelhaft erscheint, ob neben dieser Innenhaftung auch eine direkte Inanspruchnahme der Gesellschafter durch die Gläubiger möglich ist. Dazu heißt es im 4. Leitsatz der Entscheidung BGHZ 155, 318 aus dem Jahr 2003, dass eine Handelndenhaftung analog § 11 II GmbHG in Betracht komme, wenn vor der Anzeige der wirtschaftlichen Neugründung Geschäfte getätigt werden, ohne dass dem alle Gesellschafter zugestimmt haben. Berücksichtigt man jedoch die neue Rechtsprechung des BGH zur Handelndenhaftung, wonach diese nur noch Fälle der *fehlenden* Vertretungsmacht erfasst¹⁵⁵, muss diese Aussage korrigiert werden. In Fällen der wirtschaftlichen Neugründung besteht nämlich immer schon eine *eingetragene* GmbH, weshalb ihr Geschäftsführer nach dem Gesetz (§ 37 GmbHG) unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht hat, auch wenn die GmbH kein Unternehmen betreibt. Die GmbH wird folglich auch dann, wenn es sich nicht um Geschäfte zur – hier wirtschaftlichen – Neugründung handelt, stets wirksam vertreten, womit das Bedürfnis für die Handelndenhaftung gemäß § 11 II GmbHG entfällt. Entgegen BGHZ 155, 318 kommt deshalb neben der Vorbelastungshaftung eine Handelndenhaftung analog § 1 II GmbHG auch dann nicht in Betracht, wenn vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung die Geschäfte aufgenommen werden, ohne dass alle Gesellschafter dem zugestimmt haben.

Fraglich ist die Rechtslage in Fällen, in denen es auch später nicht zur Anzeige der wirtschaftlichen Neugründung kommt, sei es, dass die Gesellschafter die wirtschaftliche Neugründung aufgeben¹⁵⁶ oder sie in Unkenntnis der Rechtsprechung die wirtschaftliche Neugründung niemals anzeigen. Dass die Gesellschafter dann nicht haftungsfrei sein können, erscheint klar. Teilweise wird deshalb der Rückgriff auf die bei normalen GmbH-Gründungen anerkannte Verlustdeckungshaftung in der Vor-GmbH befürwortet¹⁵⁷, bei der die Rechtsprechung – wie ausgeführt – in Ausnahmefällen eine Außen- statt einer Innenhaftung anerkennt.¹⁵⁸ Dies er-

¹⁵² BGHZ 153, 158 (Vorrats-GmbH); BGHZ 155, 318 (Mantel-GmbH).

¹⁵³ Zu den Begriffen Nettovermögen und Unterbilanz oben S. 34 ff.

¹⁵⁴ Siehe oben S. 34 f.

¹⁵⁵ Siehe oben S. 39 f.

¹⁵⁶ Zum Scheitern der Eintragung bei der normalen Gründung oben S. 33 f.

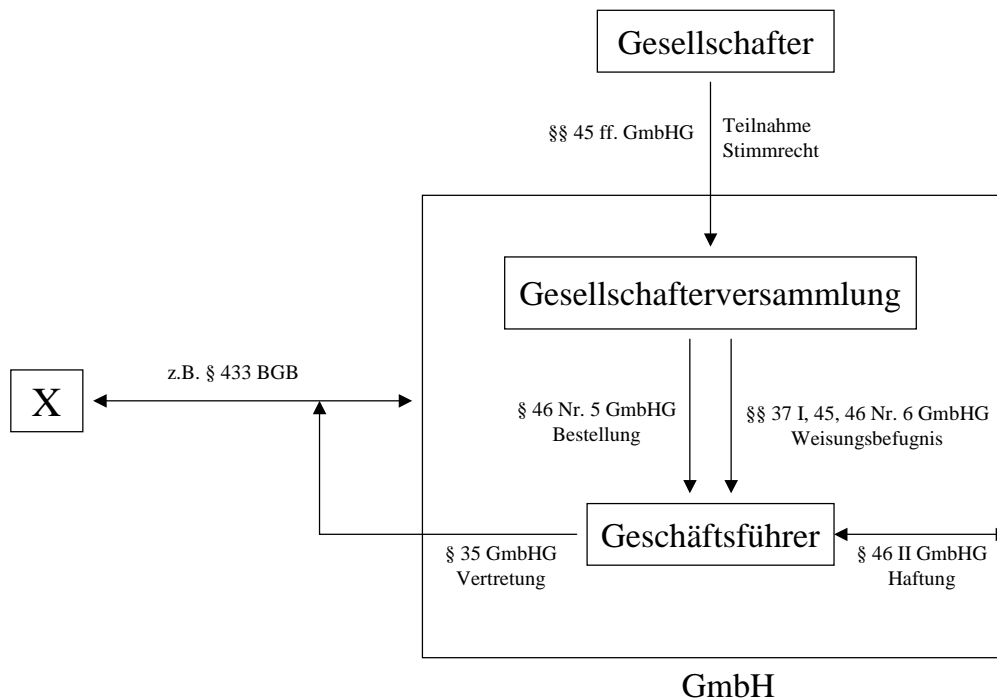
¹⁵⁷ So auch *Wilhelm*, KapitalGesR, Rdn. 399 f.

¹⁵⁸ Siehe dazu im Einzelnen oben S. 36 ff.

scheint zweifelhaft, weil bei der wirtschaftlichen Neugründung von Anfang an eine eingetragene GmbH existiert und die Rechtsprechung bei solch eingetragenen GmbH nur eine Binnenhaftung (Vorbelastungshaftung) anerkennt, sie also die Inanspruchnahme der Gesellschafter bei der GmbH kanalisieren will. Man wird deshalb davon auszugehen haben, dass die Vorbelastungshaftung jederzeit, d.h. auch schon vor Anzeige der wirtschaftlichen Neugründung, von der GmbH – und nur von dieser – geltend gemacht werden kann.

3. Organisationsverfassung der GmbH

Eine GmbH hat mindestens zwei Organe, die Gesellschafterversammlung und den/die Geschäftsführer. Daneben kann freiwillig ein Aufsichtsrat gebildet werden (§ 52 GmbHG).¹⁵⁹ In Gesellschaften, die der Unternehmensmitbestimmung unterliegen, muss ein Aufsichtsrat eingerichtet werden.¹⁶⁰ Die Struktur der GmbH mit ihren nach Gesetz zwingenden Organen zeigt das nachfolgende Schaubild:



a) Gesellschafter und Gesellschafterversammlung

aa) Rechte und Pflichten der Gesellschafter

Die Gesellschafter sind die „Eigentümer“ der GmbH. **Mitverwaltungsrechte** der GmbH-Gesellschafter sind insbesondere das Recht, an der Gesellschafterversammlung teilzunehmen und in ihr abzustimmen (§§ 45 ff. GmbHG), sowie das Auskunfts- und Einsichtsrecht (§ 51a GmbHG). Wesentliche **Vermögensrechte** sind die Ansprüche auf Teilhabe am Gewinn = Jahresüberschuss (§ 29 GmbHG) und am Liquidationserlös (§ 72 GmbHG).

¹⁵⁹ Zum Aufsichtsrat in der GmbH vgl. Nießen, NJW-Spezial 2008, 367.

¹⁶⁰ Dazu näher oben S. 19.

Ein konkreter Anspruch auf *Auszahlung* des Gewinns folgt aus dem allgemeinen mitglied-schaftlichen Gewinnbeteiligungserst, wenn folgendes Prozedere durchlaufen ist¹⁶¹:

- Aufstellung des Jahresabschlusses durch die Geschäftsführer (§ 42a GmbHG),
- Feststellung des Jahresabschlusses durch die Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 1 GmbHG),
- Ergebnisverwendungsbeschluss der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 1 GmbHG).

Die Hauptpflicht des GmbH-Gesellschafters besteht in der **Pflicht zur Erbringung der** auf den Geschäftsanteil versprochenen **Stammeinlage** (§ 14 S. 1 GmbHG). Eine Nachschusspflicht trifft die Gesellschafter nur, wenn sie im Gesellschaftsvertrag vereinbart ist (§ 26 GmbHG); nachträglich kann sie nur mit Zustimmung aller Gesellschafter begründet werden (§ 53 III GmbHG). Von einer unbeschränkten Nachschusspflicht kann sich der Gesellschafter, der seine Stammeinlage vollständig erbracht hat, befreien, indem er seinen gesamten Geschäftsanteil aufgibt (§ 27 GmbHG).

Anerkannt ist, dass den einzelnen Gesellschafter auch Treuepflichten treffen, und zwar sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch gegenüber den Mitgesellschaftern.¹⁶² Die Treuepflichten sind bei der GmbH tendenziell stärker ausgeprägt als bei der AG, weil die GmbH in der Regel stärker personalistisch geprägt ist. Die Treuepflichten beinhalten¹⁶³:

- ein Verbot, die Gesellschaft und die Mitgesellschafter zu schädigen,
- die Pflicht der Mehrheit, bei Abstimmungen auch die Interessen der Minderheit zu berücksichtigen,
- im Einzelfall eine Pflicht zur Anpassung des Gesellschaftsvertrags an geänderte Umstände.

bb) Kompetenzen und Ablauf der Gesellschafterversammlung; Beschlussfassung und -anfechtung

In der Gesellschafterversammlung als oberstem Organ der GmbH erfolgt die Willensbildung der Gesellschafter (§ 48 I GmbHG). Bestimmte Beschlussgegenstände sind der Gesellschafterversammlung zwingend zugewiesen:

- die Einforderung von Nachschüssen (§ 26 I GmbHG),
- Satzungsänderungen (§ 53 I GmbHG),
- die Auflösung der Gesellschaft (§ 60 I Nr. 2 GmbHG).

Welche sonstigen Gegenstände eines Gesellschafterbeschlusses bedürfen, bestimmt sich vorrangig nach dem Gesellschaftsvertrag (§ 45 I GmbHG). Trifft dieser keine Bestimmung, gilt § 46 GmbHG (vgl. § 45 II GmbHG). Danach gehören zu den Aufgaben der Gesellschafterversammlung unter anderem:

- die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verwendung des Ergebnisses (Nr. 1),

¹⁶¹ Vgl. Hueck/Windbichler, GesR, § 22 Rdn. 30.

¹⁶² Karsten Schmidt, GesR, § 35 2 d.

¹⁶³ Vgl. dazu die Beispiele bei Karsten Schmidt, GesR, § 35 2 d.

- die Einforderung von Einzahlungen auf die Stammeinlagen (Nr. 2),
- die Teilung, Zusammenlegung und Einziehung von Geschäftsanteilen (Nr. 4),
- die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern sowie deren Entlastung (Nr. 5),
- die Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung (Nr. 6),
- die Bestellung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten (Nr. 7),
- die Geltendmachung von Ersatzansprüchen, welche der Gesellschaft aus der Gründung oder Geschäftsführung gegen Geschäftsführer oder Gesellschafter zustehen, sowie die Vertretung der Gesellschaft in Prozessen, welche sie gegen die Geschäftsführer zu führen hat (Nr. 8).

Wie die Kompetenzen der Gesellschafterversammlung so kann auch das Verfahren ihrer Einberufung von den Gesellschaftern abweichend vom Gesetz geregelt werden (§ 45 GmbHG). Fehlt eine solche Regelung, gelten die §§ 49-51 GmbHG:

Die **Einberufung** der Gesellschafterversammlung erfolgt durch die Geschäftsführer mittels eingeschriebener Briefe und mit einer Mindestfrist von einer Woche (§§ 49 I, 51 I GmbHG). Der Geschäftsführer hat die Gesellschafterversammlung in den ausdrücklich bestimmten Fällen sowie dann einzuberufen, wenn es im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist (§ 49 II GmbHG). Ausdrücklich bestimmt sein kann die Pflicht vor allem im Gesellschaftsvertrag. Eine gesetzliche Pflicht ist anzunehmen, wenn über einen Jahresabschluss beschlossen werden muss.¹⁶⁴ Außerdem besteht eine gesetzliche Pflicht, wenn sich aus der Bilanz ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren ist (§ 49 III GmbHG). Schließlich können Gesellschafter, deren Geschäftsanteile zusammen 10% des Stammkapitals ausmachen, die Einberufung verlangen (§ 50 I GmbHG) und – falls sich der Geschäftsführer weigert – auch selbst einberufen (§ 50 III GmbHG). Jede Einberufung sollte eine Tagesordnung enthalten (§ 51 II GmbHG). Es genügt aber auch, wenn sie wenigstens drei Tage vor der Versammlung in der Form der Einberufung mitgeteilt wird (§ 51 IV GmbHG). Gesellschafter, die zusammen 10 % des Stammkapitals halten, können verlangen, dass bestimmte Punkte auf die Tagesordnung genommen werden (§ 50 II GmbHG). Werden die Vorschriften über die Einberufung verletzt, können Gesellschafterbeschlüsse nur gefasst werden, wenn sämtliche Gesellschafter anwesend sind (§ 51 III GmbHG).

Das Gesetz enthält keine Regelung über die **Beschlussfähigkeit** der Gesellschafterversammlung. Es entspricht daher allgemeiner Meinung, dass die Gesellschafterversammlung auch dann beschlussfähig ist, wenn nur ein einziger Gesellschafter anwesend ist.¹⁶⁵ Um dies zu verhindern, enthalten Gesellschaftsverträge in der Praxis häufig Bestimmungen zur Beschlussfähigkeit.

Für eine **wirksame Beschlussfassung** genügt grundsätzlich eine **einfache Kapitalmehrheit** der abgegebenen Stimmen (§§ 47 I, II GmbHG). Bei Änderungen des Gesellschaftsvertrags (Satzungsänderung) bedarf der Beschluss ausnahmsweise einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit (§ 53 II 1 GmbHG). Der Beschluss muss grundsätzlich *nicht* schriftlich fixiert werden, sondern ist formlos möglich. Das Gesetz schreibt nur dann eine Form vor, wenn sich alle Geschäftsanteile der Gesellschaft in einer Hand befinden (Niederschrift gemäß § 48 III GmbHG) oder eine Satzungsänderung erfolgt (notarielle Beurkundung gemäß § 53 II 1 GmbHG). Während ein

¹⁶⁴ Karsten Schmidt, GesR, § 36 III 3 a; zum Prozedere siehe oben S. 43.

¹⁶⁵ Vgl. nur Scholz/Karsten Schmidt, GmbHG, Band II, 10. Aufl. 2007, § 48 Rdn. 43.

Verstoß gegen § 53 II 1 GmbHG zwingend zur Nichtigkeit der Satzungsänderung führt, sind die Folgen eines Verstoßes gegen § 48 III GmbHG unklar.¹⁶⁶ In der Praxis werden Beschlüsse selten formlos gefasst: In der Regel wird über die Versammlung ein Protokoll geführt, das die gefassten Beschlüsse dokumentiert.

In der **Stimmabgabe** ist der Gesellschafter grundsätzlich frei. Nur im Einzelfall kann sich aus der Treupflicht die Verpflichtung ergeben, in einer bestimmten Weise abzustimmen.¹⁶⁷

Während das Recht zur Teilnahme an der Gesellschafterversammlung im Kern unentziehbar ist¹⁶⁸, sieht das Gesetz in § 47 IV GmbHG für bestimmte Fälle einen **Entzug des Stimmrechts** vor, nämlich bei einem Beschluss über:

- die Entlastung des Gesellschafters,
- die Befreiung des Gesellschafters von einer Verbindlichkeit,
- den Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit dem Gesellschafter,
- die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits gegenüber dem Gesellschafter.

Aus § 47 IV GmbHG wird über die ausdrücklich geregelten Fälle hinaus der allgemeine Grundsatz abgeleitet, dass das Stimmrecht eines Gesellschafters immer dann ausgeschlossen ist, wenn er „Richter in eigener Sache“ wäre.¹⁶⁹ Eine Ausnahme hiervon gilt grundsätzlich bei körperschaftlichen Maßnahmen (sog. Sozialakten), wie zum Beispiel der Bestellung zum Geschäftsführer oder der Abberufung; ein Stimmverbot gibt es aber ausnahmsweise auch bei Sozialakten, wenn sie aus wichtigem Grund erfolgen.¹⁷⁰

Beispiel: A ist mit 60 %, B und C sind jeweils mit 20 % an einer GmbH beteiligt. In der Gesellschafterversammlung zur Bestellung des Geschäftsführers (vgl. § 46 Nr. 5 GmbHG) kann A mit seinen eigenen Stimmen zum Geschäftsführer gewählt werden. Würde man ihm insoweit ein Stimmverbot auferlegen, könnte A trotz Kapitalmehrheit und damit entgegen dem Grundprinzip der Kapitalgesellschaft die Herrschaft in der GmbH nicht übernehmen. Veruntreut A allerdings im Rahmen der Geschäftsführung Gelder der GmbH, kann er nicht verhindern, dass B und C ihn gegen seinen Willen aus wichtigem Grund als Geschäftsführer abberufen, weil er insoweit einem Stimmverbot unterliegt.

Eine Regelung über **fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse** enthält das GmbHG nicht. Daher werden bei der GmbH die Vorschriften über die Anfechtung von Beschlüssen der Hauptversammlung einer AG (§§ 241 ff. AktG) entsprechend angewandt, wobei jedoch stets die Besonderheiten der GmbH zu beachten sind.¹⁷¹ So kann die Monatsfrist des § 246 AktG zur Erhebung der Anfechtungsklage im Einzelfall zu kurz sein, so dass nur eine Klage „binnen angemessener Frist“ zu verlangen ist.¹⁷² Außerdem kann in Abweichung von § 245 Nr. 1 AktG

¹⁶⁶ Zu § 48 III vgl. Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 165), § 48 Rdn. 73.

¹⁶⁷ Siehe oben S. 43.

¹⁶⁸ Vgl. Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 165), § 48 Rdn. 13 ff.

¹⁶⁹ Hueck/Windbichler, GesR, § 22 Rdn. 34.

¹⁷⁰ Hueck/Windbichler, GesR, § 22 Rdn. 34.

¹⁷¹ Hueck/Windbichler, GesR, § 22 Rdn. 17; zur Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten bei der GmbH vgl. BGH ZIP 2009, 1003 – Schiedsfähigkeit II.

¹⁷² Hueck/Windbichler, GesR, § 22 Rdn. 17.

auch ein Gesellschafter klagten, der nicht bei der Gesellschafterversammlung anwesend war.¹⁷³

cc) Änderungen des Gesellschafterbestandes

Änderungen im Bestand der Gesellschafter können sich entweder durch Erbgang oder in verschiedener Weise durch Rechtsgeschäft vollziehen. Die Geschäftsanteile sind gemäß § 15 I GmbHG grundsätzlich veräußerlich und vererblich.

aaa) Abtretung des Geschäftsanteils

Ein rechtsgeschäftlicher Gesellschafterwechsel vollzieht sich durch **Abtretung** (§§ 413, 398 BGB) des Geschäftsanteils von einem Gesellschafter an einen anderen Gesellschafter oder einen außenstehenden Dritten. Sind die Voraussetzungen des § 33 GmbHG erfüllt¹⁷⁴, kann auch die Gesellschaft selbst Erwerber sein (sog. Erwerb eigener Anteile). Die Abtretung des Geschäftsanteils ist nur wirksam, wenn sie **in einem notariellen Vertrag** erfolgt (§ 15 III GmbHG). Auch eine Verpflichtung zur Abtretung eines Geschäftsanteils – etwa im Rahmen eines Kauf- oder Schenkungsvertrags – kann nur in einem notariellen Vertrag wirksam begründet werden (§ 15 IV 1 GmbHG). Ein etwaiger Formmangel des Verpflichtungsgeschäfts wird aber durch eine formgerechte Abtretung (§ 15 III GmbHG) geheilt (§ 15 IV 2 GmbHG). Der Erwerber gilt im Verhältnis zur Gesellschaft erst dann als Inhaber des Geschäftsanteils, wenn er in die aus Anlass der Abtretung neu erstellte Gesellschafterliste (vgl. § 40 I 1 GmbHG) eingetragen und diese ins Handelsregister aufgenommen ist (§ 16 I 1 GmbHG).

Grundsätzlich ist ein Gesellschafter in der Abtretung seines Geschäftsanteils frei; er muss also nicht die Zustimmung der Gesellschaft oder seiner Mitgesellschafter einholen. Etwas anderes gilt aber, wenn der Gesellschaftsvertrag die Abtretung des Geschäftsanteils an bestimmte Voraussetzungen knüpft, zum Beispiel die Zustimmung der Gesellschaft (15 V GmbHG). Solche Verfügungsbeschränkungen nennt man **Vinkulierung**. Eine nachträgliche Vinkulierung kann nur mit Zustimmung des davon betroffenen Gesellschafters wirksam in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden.¹⁷⁵

Durch das MoMiG neu eingeführt worden ist die Möglichkeit eines **gutgläubigen Erwerbs eines Geschäftsanteils** vom Nichtberechtigten (§ 16 III GmbHG). Rechtsscheinträger ist dabei die ins Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste (§§ 8 I Nr. 3, 40 GmbHG). In sie muss der Veräußerer als Inhaber des Geschäftanteils eingetragen sein (§ 16 III 1 GmbHG). Außerdem muss die Liste zum Zeitpunkt des Erwerbs mehr als drei Jahre unrichtig sein; ist dies (noch) nicht der Fall, genügt es auch, wenn die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten zuzurechnen ist (§ 16 III 2 GmbHG). Ein gutgläubiger Erwerb scheidet aus, wenn der Erwerber die mangelnde Berechtigung gekannt oder grob fahrlässig verkannt hat oder der Liste ein Widerspruch zugeordnet ist (§ 16 III 3 GmbHG). Ein Widerspruch wird zugeordnet aufgrund einer einstweiligen Verfügung oder einer Bewilligung desjenigen, gegen dessen Berechtigung sich der Widerspruch richtet (§ 16 III 4 GmbHG).

¹⁷³ Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 165), § 45 Rdn. 129.

¹⁷⁴ Zu § 33 GmbHG siehe unten S. 74.

¹⁷⁵ Vgl. OLG München GmbHR 2008, 541 m.w.N.

bbb) Einziehung des Gesellschaftsanteils/Ausschluss von Gesellschaftern

Ein Verlust der Mitgliedschaft in der GmbH kann nicht nur durch die Abtretung des Geschäftsanteils eintreten. Möglich ist auch die **Einziehung** des Geschäftsanteils (Amortisation), wenn der Gesellschaftsvertrag diese zulässt (§ 34 I GmbHG). Weitere – ungeschriebene – Wirksamkeitsvoraussetzung der Einziehung ist, dass die Einlagen auf den eingezogenen Geschäftsanteil vollständig eingezahlt sind.¹⁷⁶ Durch die Einziehung geht der Geschäftsanteil des betroffenen Gesellschafters unter. Dies führt dazu, dass die Summe der Nennbeträge der verbliebenen Geschäftsanteile nicht mehr dem Stammkapital entspricht. Vor dem MoMiG wurde dies für zulässig erachtet.¹⁷⁷ Durch das MoMiG hat der Gesetzgeber in § 5 III 2 GmbHG nun aber ausdrücklich angeordnet, dass die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile mit dem Stammkapital übereinstimmen muss. Ausweislich der Gesetzesbegründung bezieht sich dieses Gebot nicht nur auf die Gründung, sondern ausdrücklich auch auf die Einziehung; auch durch eine solche darf keine Divergenz zwischen der Summe der Nennbeträge der verbliebenen Geschäftsanteile und dem Stammkapital entstehen.¹⁷⁸ Um eine solche unzulässige Abweichung zu vermeiden, stehen den Gesellschaftern laut Gesetzesbegründung drei Wege offen¹⁷⁹: sie können (1) das Stammkapital auf die Summe der verbliebenen Geschäftsanteile herabsetzen, (2) die Summe der Nennbeträge der verbliebenen Geschäftsanteile bis zur Höhe des Stammkapitals (nominell) aufstocken oder (3) einen neuen Geschäftsanteil bilden.¹⁸⁰

Zuständig für die Einziehung ist gemäß § 46 Nr. 4 GmbHG die Gesellschafterversammlung, deren Beschluss allerdings noch der Ausführung durch eine Einziehungserklärung gegenüber dem Gesellschafter bedarf.¹⁸¹ Eine Einziehung ohne die Zustimmung des Gesellschafters (Zwangseinziehung) ist nur möglich, wenn ihre Voraussetzungen in dem Zeitpunkt, in dem der Gesellschafter den Geschäftsanteil erworben hat, im Gesellschaftsvertrag festgesetzt waren (§ 34 II GmbHG). Nachträglich kann eine Zwangseinziehung für bestehende Anteile nur wirksam eingeführt werden (Satzungsänderung), wenn die betroffenen Gesellschafter zustimmen.¹⁸² Die im Gesellschaftsvertrag genannten Voraussetzungen der Einziehung müssen grundsätzlich einen wichtigen Grund bilden, weil nach der Rechtsprechung eine Klausel grundsätzlich unwirksam ist, die einen Verlust der Gesellschafterstellung ohne wichtigen Grund vorsieht.¹⁸³

Ob und inwieweit der betroffene Gesellschafter für den verlorenen Geschäftsanteil als Entgelt eine Abfindung erhält, kann bei einer freiwilligen Einziehung vertraglich geklärt werden.¹⁸⁴ Bei einer Zwangseinziehung ist die Frage meist in der Einziehungsklausel geregelt; fehlt eine solche Regelung, ist die Einziehungsklausel jedoch nicht unwirksam, sondern der Gesellschafter hat Anspruch auf eine vollwertige Abfindung (Verkehrswert).¹⁸⁵ Regelt der Gesellschaftsvertrag die Abfindung und liegt die Abfindung danach unter dem Verkehrswert oder ist sie gänzlich ausgeschlossen, muss im Einzelfall die Wirksamkeit der Regelung geprüft

¹⁷⁶ Karsten Schmidt, GesR, § 35 III 2 c; Hueck/Windbichler, GesR, § 22 Rdn. 25. Die Voraussetzung wird aus § 19 II 1 GmbHG abgeleitet (dazu unten S. 55 ff.).

¹⁷⁷ Vgl. Hueck/Windbichler, GesR, § 22 Rdn. 25.

¹⁷⁸ Vgl. Begründung zu Art. 1 Ziff. 5 RegE-MoMiG (BT-Drucks. 16/6140, S. 31).

¹⁷⁹ Vgl. Begründung zu Art. 1 Ziff. 5 RegE-MoMiG (BT-Drucks. 16/6140, S. 31).

¹⁸⁰ Zur Kapitalherabsetzung und -erhöhung unten S. 76.

¹⁸¹ Karsten Schmidt, GesR, § 35 III 2 a.

¹⁸² Vgl. Hueck/Windbichler, GesR, § 22 Rdn. 25.

¹⁸³ Vgl. BGHZ 112, 103; ferner Karsten Schmidt, GesR, § 35 III 1 c und IV 2 a.

¹⁸⁴ Karsten Schmidt, GesR, § 35 III 1 d.

¹⁸⁵ Scholz/H.P. Westermann (Fn. 63), § 34 Rdn. 25.

werden.¹⁸⁶ Eine Abfindung darf keinesfalls aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen gezahlt werden (§ 34 III GmbHG i.V.m. § 30 GmbHG¹⁸⁷). Ein gegen § 30 GmbHG verstoßender Einziehungsbeschluss wird sogar für unwirksam erachtet.¹⁸⁸

Auch wenn der Gesellschaftsvertrag keine Einziehungsklausel oder „Ausschlussklausel“¹⁸⁹ enthält, ist anerkannt, dass ein Gesellschafter **aus der GmbH ausgeschlossen** werden kann, wenn in seiner Person ein wichtiger Grund vorliegt, der eine Fortsetzung der Gesellschaft unter seiner Beteiligung als untragbar erscheinen lässt.¹⁹⁰ Weil die GmbH in der Regel personalistisch geprägt ist, gleicht sie insoweit den Personengesellschaften, für die in den §§ 737 BGB, 140 HGB ein Ausschluss aus wichtigem Grund vorgesehen ist.¹⁹¹ Diese Vorschriften werden daher auf die GmbH analog angewendet. Außerdem ergibt sich aus § 314 BGB das allgemeine Prinzip, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund beendet werden können.

Das **Ausschlussverfahren** beginnt mit einem **Gesellschafterbeschluss**, der nach der Rechtsprechung mit 3/4-Mehrheit¹⁹², nach anderer Auffassung¹⁹³ mit einfacher Mehrheit gefasst werden muss. Obwohl es sich bei der Ausschließung um einen Sozialakt handelt, hat der betroffene Gesellschafter kein Stimmrecht, weil es um eine Maßnahme aus wichtigem Grund gegen ihn geht.¹⁹⁴ Anschließend muss die Gesellschaft analog § 140 HGB eine Ausschließungsklage gegen den Gesellschafter erheben. Mit Rechtskraft des Ausschließungsurteils, das auch eine Regelung zur Abfindung des ausgeschlossenen Gesellschafters trifft, ruhen zwar die Mitgliedschaftsrechte des Gesellschafters; formal besteht der Geschäftsanteil aber weiter (kein automatischer Verlust und keine automatische Aufteilung auf die übrigen Gesellschafter).¹⁹⁵

Der Ausschluss bedarf deshalb noch des **Vollzugs**.¹⁹⁶ Er erfolgt entweder durch Einziehung des Geschäftsanteils oder durch Abtretung des Geschäftsanteils an die Gesellschaft oder eine andere Person (Gesellschafter oder externer Dritter).¹⁹⁷ Die Einziehung ist in diesem Fall auch ohne gesellschaftsvertragliche Bestimmung i.S.v. § 34 GmbHG zulässig. Die Einziehung scheidet aber ebenso wie die Abtretung an die Gesellschaft aus, wenn die Einlage auf den betreffenden Anteil nicht voll eingezahlt ist¹⁹⁸; beide Wege sind auch dann nicht gangbar, wenn die Gesellschaft zur Zahlung der Abfindung (des Erwerbspreises) ihr Stammkapital

¹⁸⁶ Vgl. dazu *Karsten Schmidt*, GesR, § 35 IV 2 d und ausführlich *Scholz/H.P. Westermann* (Fn. 63), § 34 Rdn. 23, 29 ff.; siehe auch die Ausführungen auf den S. 102 ff. zur GbR, die hier entsprechend gelten.

¹⁸⁷ Zu § 30 GmbHG siehe unten S. 66 ff.

¹⁸⁸ BGH ZIP 2009, 314; *Karsten Schmidt*, GesR, § 35 III 2 c m.w.N.

¹⁸⁹ Eine gesellschaftsvertragliche „Ausschlussklausel“ ist in der Regel eine Einziehungsklausel nach § 34 GmbHG, so dass sich das Verfahren und die Rechtsfolgen nach § 34 GmbHG richten; vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, § 35 IV 2 a. Zulässig ist aber auch eine Ausschließungsklausel, die keine Einziehungsklausel ist (so kann der Gesellschaftsvertrag z.B. ein zweistufiges Vorfahren vorsehen: Ausschluss mit anschließender Verwertung des Geschäftsanteils); Verfahren und Rechtsfolgen bestimmen sich dann nach dem Gesellschaftsvertrag (vgl. zum Beispiel BGH ZIP 2009, 314).

¹⁹⁰ *Karsten Schmidt*, GesR, § 35 IV 2 b; *Hueck/Windbichler*, GesR, § 22 Rdn. 26.

¹⁹¹ Dazu unten S. 102 ff. und S. 119 ff.

¹⁹² BGHZ 153, 285 (Leitsatz 1).

¹⁹³ *Karsten Schmidt*, GesR, § 35 IV 2 c m.w.N.

¹⁹⁴ Siehe oben S. 44 ff.

¹⁹⁵ *Karsten Schmidt*, GesR, § 35 IV 2 c.

¹⁹⁶ Vgl. *Gehrlein*, BB 2004, 2361, 2367.

¹⁹⁷ Vgl. *Hueck/Windbichler*, GesR, § 22 Rdn. 27.

¹⁹⁸ Zur Einziehung siehe oben im Text, zur Abtretung an die Gesellschaft siehe § 33 I GmbHG.

antasten müsste.¹⁹⁹ In diesen Fällen bleibt nur, die Ausschließung durch Abtretung an eine andere Person zu vollziehen. Zu einer solchen Abtretung wird die GmbH durch das Ausschließungsurteil ermächtigt (§ 185 I BGB).²⁰⁰

Die im Ausschließungsurteil zu regelnde Abfindung des betroffenen Gesellschafters bemisst sich nach dem Verkehrswert seines Anteils.²⁰¹ Nach der Rechtsprechung steht die Wirksamkeit der Ausschließung *und* einer etwaigen Einziehung unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlung der Abfindung, wenn dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes entnommen werden kann.²⁰²

ccc) Austritt aus der Gesellschaft

Ein Gesellschafter kann nicht nur aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, sondern auch aus wichtigem Grund austreten.²⁰³ Dies setzt voraus, dass ihm der weitere Verbleib in der Gesellschaft unzumutbar ist (vgl. auch § 314 BGB). Der Austritt ist – als letztes reguläres Mittel – subsidiär gegenüber anderen Möglichkeiten der Problemlösung, etwa einer Anteilsveräußerung (auch zu ungünstigen Bedingungen), nicht aber gegenüber einer Auflösungsklage gemäß § 61 GmbHG²⁰⁴; diese ist vielmehr ihrerseits ultima ratio.²⁰⁵ Der Austritt erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung gegenüber der Gesellschaft. Eine Klage ist also nicht erforderlich. Wie die Ausschließung so führt auch der Austritt nicht zum automatischen Verlust des Geschäftsanteils, sondern ein Vollzug des Austritts ist erforderlich. Er kann wiederum durch Einziehung oder Abtretung des Geschäftsanteils erfolgen.²⁰⁶

b) Geschäftsführer

Gemäß § 6 I GmbHG muss die GmbH einen oder mehrere Geschäftsführer haben. Hat sie gleichwohl keinen Geschäftsführer (Führungslosigkeit), wird sie beim Empfang von Willenserklärungen und Schriftstücken durch die Gesellschafter vertreten (§ 35 I 2 GmbHG).

aa) Eignung, Bestellung und Abberufung; Anstellungsvertrag

Geschäftsführer kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein (§ 6 II 1 GmbHG). Gemäß § 6 III 1 GmbHG kann diese Person Gesellschafter (sog. Gesellschafter-Geschäftsführer) oder Nichtgesellschafter (sog. Fremdgeschäftsführer) sein. Als Geschäftsführer scheidet aus, wer einen der in § 6 II 2 Nrn. 1-3 GmbHG genannten Ausschlussstatbestände erfüllt, also insbesondere einem einschlägigen Berufs-/Gewerbeverbot unterliegt oder wegen der vorsätzlichen Verletzung eines gläubigerschützenden Straftatbestandes verurteilt

¹⁹⁹ Zur Einziehung vgl. § 34 III GmbHG, zur Abtretung an die Gesellschaft § 33 II GmbHG.

²⁰⁰ *Karsten Schmidt*, GesR, § 35 IV 2 c.

²⁰¹ *Karsten Schmidt*, GesR, § 35 IV 2 d.

²⁰² Vgl. *Gehrlein*, BB 2004, 2361, 2367; bei einer Abtretung des Geschäftsanteils anstelle seiner Einziehung wird eine aufschiebende Bedingung meist aus dem Vertrag über die Abtretung folgen.

²⁰³ Vgl. *Hueck/Windbichler*, GesR, § 22 Rdn. 28; *Karsten Schmidt*, GesR, § 35 IV 3 b; ein Austrittsrecht ohne wichtigen Grund wird dem Gesellschafter von der h.M. nicht zugestanden (vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, § 35 IV 3 a).

²⁰⁴ *Karsten Schmidt*, GesR, § 35 IV 3 b; *Hueck/Windbichler*, GesR, § 22 Rdn. 28.

²⁰⁵ *Scholz/Karsten Schmidt/Bitter*, Band III, 10. Aufl. 2010, § 61 Rdn. 3.

²⁰⁶ Vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, § 35 IV 3 d (auch zum „Status“ der Mitgliedschaftsrechte zwischen Austrittserklärung und Einziehung/Abtretung).

ist. Eine gleichwohl erfolgte Bestellung ist nichtig. Gesellschafter, die vorsätzlich oder grob fahrlässig einer ungeeigneten Person „die Führung der Geschäfte überlassen“, haften der Gesellschaft gegenüber auf Ersatz des Schadens, der dadurch entsteht, dass diese Person die ihr gegenüber der Gesellschaft bestehenden Obliegenheiten verletzt (§ 6 V GmbHG).

Seine **Stellung als Organ der Gesellschaft** erlangt der Geschäftsführer durch die Bestellung. Sie kann im Gesellschaftsvertrag erfolgen (§ 6 III 2 GmbHG) oder durch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Der Geschäftsführer muss die Bestellung annehmen. Die Bestellung des Geschäftsführers ist eine in das Handelsregister einzutragende (eintragungspflichtige) Tatsache (§§ 10, 39 GmbHG i.V.m. § 15 HGB²⁰⁷). Die Organstellung des Geschäftsführers endet wieder, wenn er durch die Gesellschafterversammlung abberufen wird (ebenfals § 46 Nr. 5 GmbHG). Die Abberufung ist zu jeder Zeit möglich (§ 38 I GmbHG). Sie bedarf keines wichtigen Grundes, sofern der Gesellschaftsvertrag einen solchen nicht zur Voraussetzung der Abberufung macht (vgl. § 38 II GmbHG). Neben der Abberufung kommt jederzeit auch eine Niederlegung des Amtes des Geschäftsführers in Betracht. Handelt es sich allerdings um einen Alleingeschäftsführer, ist die Amtsniederlegung rechtsmissbräuchlich und daher unwirksam, wenn nicht gleichzeitig ein neuer Geschäftsführer bestellt wird.²⁰⁸ Ist die Organstellung wirksam erloschen, ist dies ebenfalls in das Handelsregister einzutragen (§ 39 GmbHG i.V.m. § 15 HGB).

Von der Organstellung des Geschäftsführers, die ihm durch den gesellschaftsrechtlichen (korporativen) Akt der Bestellung verliehen wird, strikt zu trennen ist die schuldrechtliche Anstellung des Geschäftsführers, indem er mit der Gesellschaft einen **Anstellungsvertrag** schließt. Der Anstellungsvertrag ist in der Regel ein Geschäftsbesorgungsvertrag, der eine Dienstleistung zum Gegenstand hat (§§ 675, 611 ff. BGB).²⁰⁹ Arbeitsvertrag ist der Anstellungsvertrag grundsätzlich nicht (vgl. § 5 I 3 Arbeitsgerichtsgesetz [ArbGG]).²¹⁰ Er bildet die alleinige Grundlage eines Vergütungsanspruchs des Geschäftsführers. Beim Abschluss wird die Gesellschaft von der Gesellschafterversammlung vertreten (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Der Anstellungsvertrag endet nicht automatisch mit der Abberufung des Geschäftsführers als Organ, sondern er muss separat beendet werden. Hierfür muss die Gesellschafterversammlung den Anstellungsvertrag grundsätzlich ordentlich (§ 620 ff. BGB) oder außerordentlich aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) kündigen. Obwohl der Geschäftsführer in der Regel kein Arbeitnehmer ist, gilt für die ordentliche Kündigung die Frist des § 622 I, II BGB.²¹¹ Das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) ist hingegen nicht anwendbar (vgl. § 14 I 1 KSchG).²¹² Eine außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags setzt keine vorherige Abmahnung voraus.²¹³

Einer Kündigung bedarf es – ausnahmsweise – nicht, wenn als auflösende Bedingung des Anstellungsvertrags die Abberufung als Organ vereinbart ist (vertragliche Verknüpfung). Auch in diesem Fall endet der Anstellungsvertrag aber nur dann unmittelbar mit der Abberufung, wenn die Umstände, die zur Abberufung geführt haben, einen wichtigen Grund i.S.v.

²⁰⁷ Zur daraus folgenden Publizität des Handelsregisters siehe *Bitter/Schumacher*, Skript zum Handelsrecht, 4. Aufl. 2009, S. 22 ff.

²⁰⁸ Vgl. OLG Köln ZIP 2008, 646 sowie die Nachweise zur ständigen Rechtsprechung bei *Hirte*, KapitalGesR, Rdn. 3.18.

²⁰⁹ *Hirte*, KapitalGesR, Rdn. 3.10.

²¹⁰ Zu Ausnahmen vgl. *Hirte*, KapitalGesR, Rdn. 3.22 und Palandt/*Weidenkaff*, vor § 611 Rdn. 23.

²¹¹ Vgl. Palandt/*Weidenkaff*, § 622 Rdn. 4.

²¹² OLG Hamm GmbHR 2007, 820.

²¹³ BGH WM 2007, 1613.

§ 626 BGB bilden; andernfalls läuft auch in diesem Fall die ordentliche Kündigungsfrist des § 622 BGB.²¹⁴

bb) Stellung und Aufgaben

Der Geschäftsführer ist, wie der Name schon sagt, zunächst für die (interne) **Geschäftsführung** der Gesellschaft zuständig. Darüber hinaus vertritt er die Gesellschaft (extern) gerichtlich und außergerichtlich (§ 35 GmbHG). Im Innenverhältnis ist eine Beschränkung der **Vertretungsmacht** des Geschäftsführers möglich; er kann insbesondere für bestimmte Geschäfte an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung gebunden werden (§ 37 I GmbHG). Anders als bei der AG²¹⁵ hat die Gesellschafterversammlung damit eine Weisungsbefugnis gegenüber den Geschäftsführern (vgl. § 46 Nr. 6 GmbHG). Die GmbH ist deshalb nicht durch das Prinzip der Aufgabenteilung geprägt, sondern durch ein klares **Ober-/Untergeordnetungsverhältnis**: Die Gesellschafterversammlung ist das oberste Organ der GmbH und ihr sind die Geschäftsführer untergeordnet, wobei sich die Weisungen auch auf Details der Geschäftsführung beziehen können. Die Beschränkungen durch Weisungen, die der Geschäftsführer im Innenverhältnis beachten muss, wirken aber – ähnlich wie bei der Prokura – nicht im Außenverhältnis gegenüber Dritten (§ 37 II GmbHG). Der Geschäftsführer vertritt die Gesellschaft also in der Regel auch dann wirksam im Außenverhältnis, wenn er damit seine Befugnisse im Innenverhältnis überschreitet. Etwas anderes gilt nur, wenn der Geschäftsführer bewusst mit dem Gegenüber zusammenwirkt (sittenwidrige Kollusion i.S.v. § 138 BGB) oder wenn sein Handeln im Außenverhältnis für den Dritten ersichtlich über seine internen Befugnisse hinausgeht und sich dem Dritten deshalb aufdrängen musste, dass der Geschäftsführer seine internen Befugnisse überschreitet (evidenter Missbrauch der Vertretungsmacht²¹⁶). *Nicht* zusätzlich erforderlich ist in diesen Fällen, dass der Geschäftsführer (bewusst) zum Nachteil der Gesellschaft handelt.²¹⁷

cc) Haftung

Für Pflichtverletzungen bei Ausübung ihres Geschäftsführeramtes haften die Geschäftsführer der Gesellschaft auf Schadensersatz (§ 43 II GmbHG), so etwa, wenn sie die Gesellschaft im Außenverhältnis wirksam verpflichten, obwohl sie dies im Innenverhältnis nicht dürfen, wenn sie nutzlose Verträge für die Gesellschaft abschließen²¹⁸, wenn sie Angebotspreise falsch kalkulieren²¹⁹ oder überhöhte Vergütungen auszahlen.²²⁰ Nicht anders als der Vorstand der AG (vgl. § 93 I 2 AktG) unterliegen die Geschäftsführer bei Ausübung ihres nicht immer einfachen, weil von Unsicherheiten der ex-ante-Beurteilung geprägten Amtes allerdings einer Haftungsprivilegierung, wenn sie sich im Rahmen ihres unternehmerischen Ermessens bewegen (sog. Business Judgement Rule). Erforderlich dafür ist allerdings immer, dass sie die Ent-

²¹⁴ Scholz/Schneider (Fn. 165), § 38 Rdn. 36 m.w.N.

²¹⁵ Siehe oben S. 17 f.

²¹⁶ Siehe dazu allgemein *Bitter/Mauer/Röder*, Skript zum BGB AT – Allgemeine Rechtsgeschäftslehre, 2. Aufl. 2009, S. 158 ff. mit Fall Nr. 64 – Mieser Enkel; *Bitter/Schumacher*, Skript zum Handelsrecht, 4. Aufl. 2009, S. 35 ff. mit Fall Nr. 18 – Missbrauch der Vertretungsmacht.

²¹⁷ BGH NJW 2006, 2776.

²¹⁸ BGH DB 2005, 821.

²¹⁹ BGH ZIP 2008, 736.

²²⁰ BGH ZIP 2008, 117.

scheidungsgrundlagen durch Auswertung verfügbarer Informationen und Abwägung der Vor- und Nachteile sorgsam ermittelt haben.²²¹

Einen besonderen Fall der Geschäftsführerhaftung regelt das Gesetz in § 43 III GmbHG ausdrücklich: Der Geschäftsführer ist zum Ersatz verpflichtet, wenn er Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft getätigt hat, obwohl dies gemäß § 30 GmbHG verboten war²²², oder er unter Verstoß gegen § 33 GmbHG eigene Geschäftsanteile der Gesellschaft erworben hat. Auf diesen im Gläubigerinteresse begründeten Ersatzanspruch kann die Gesellschaft grundsätzlich nicht verzichten (§§ 43 III 2, 9b I GmbHG). Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist, entfällt die Haftung nicht deshalb, weil der Geschäftsführer mit seiner Handlung einen Beschluss der Gesellschafter befolgt hat (§ 43 III 3 GmbHG).

Die Vorschrift des § 43 III 3 GmbHG ist Anlass einer Kontroverse über den Ausschluss der Geschäftsführerhaftung. Aus einem Umkehrschluss zu § 43 III 3 GmbHG ergibt sich im Grundsatz zweierlei: Erstens, dass die Haftung grundsätzlich ausgeschlossen ist, wenn der Geschäftsführer zu einer Handlung von den Gesellschaftern angewiesen wurde; zweitens, dass das Interesse der Gläubiger eine Ausnahme von diesem Grundsatz *nur dann* rechtfertigt, wenn es um die in § 43 III 1 beschriebenen Pflichtverletzungen geht. Trotz dieser ziemlich klaren gesetzlichen Bestimmung wird vertreten, eine Weisung entfalte *immer dann* keine (!) Ausschlusswirkung für die Geschäftsführerhaftung, wenn der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung benötigt werde; § 43 III 3 GmbHG sei also, um einen weitergehenden Gläubigerschutz sicherzustellen, auch auf die gewöhnliche Geschäftsführerhaftung gemäß § 43 II GmbHG zu übertragen und somit gewissermaßen als ein selbständiger Absatz 5 zu lesen.²²³ Die Rechtsprechung hatte sich dieser Auffassung – bezogen auf die parallele Frage der Zulässigkeit einer Abkürzung der Verjährungsfrist – zunächst angeschlossen²²⁴, sodann aber entschieden, die Geschäftsführerhaftung außerhalb des § 43 III 1 GmbHG der Disposition der Gesellschafter zu überlassen.²²⁵

Wird die Gesellschaft insolvent, ist sie also zahlungsunfähig i.S.v. § 17 InsO oder überschuldet i.S.v. § 19 InsO²²⁶, müssen die Geschäftsführer – wie auch alle anderen Unternehmensleiter einer juristischen Person (z.B. der Vorstand einer AG) – gemäß § 15a InsO spätestens nach drei Wochen einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens beim zuständigen Amtsgericht stellen. Versäumen sie diese Pflicht, was in der Praxis sehr häufig vorkommt²²⁷, unterliegen sie der so genannten **Insolvenzverschleppungshaftung**²²⁸: Gemäß § 64 Satz 1 GmbHG haften sie der GmbH persönlich auf Erstattung aller nach dem Zeitpunkt der Insolvenzreife noch geleisteten Zahlungen, wobei der Haftungsumfang in Rechtsprechung und Literatur umstritten ist.²²⁹

²²¹ Dazu BGH ZIP 2008, 1675; zu aktuellen Entwicklungen der Managerhaftung ausführlich *Fleischer*, NJW 2009, 2337.

²²² Zum Verbot des § 30 GmbHG unten S. 66.

²²³ Vgl. die ausführliche Darstellung der Problematik und des Meinungsstandes bei Roth/*Altmeyen*, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 43 Rdn. 118 ff.

²²⁴ BGH NJW 2000, 576.

²²⁵ BGH NJW 2002, 3777.

²²⁶ Ausführlich zu den Insolvenztatbeständen Scholz/*Karsten Schmidt/Bitter* (Fn. 205), Vor § 64 Rdn. 6 ff.

²²⁷ Vgl. dazu die Umfrage unter Insolvenzverwaltern bei *Bitter/Röder*, ZInsO 2009, 1283, 1286 f.

²²⁸ Dazu ausführlich Scholz/*Karsten Schmidt* (Fn. 205), § 64 und Anhang § 64.

²²⁹ Zur Insolvenzverschleppungshaftung nach § 64 II GmbH a.F. (jetzt § 64 GmbHG) vgl. BGHZ 143, 184 = NJW 2000, 668 und BGH NJW 2001, 304 = WM 2000, 2158 (mit krit. Besprechung von *Bitter*, WM 2001, 666 ff. sowie *ders.*, WuB II C. § 64 GmbHG 1.01); BGHZ 146, 264 = NJW 2001, 1280 (Leitsatz 3) und wieder mit

Beispiel: Die GmbH ist insolvent. Gleichwohl erfüllt der Geschäftsführer G noch den bestehenden Kaufpreisanspruch des Gläubigers X i.H.v. 10.000 Euro durch Zahlung an X. G ist der GmbH gemäß § 64 S. 1 GmbHG zur Erstattung der 10.000 Euro verpflichtet. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens macht diesen Anspruch der Insolvenzverwalter für die GmbH geltend.

Die Erstattungspflicht ist ausgeschlossen, wenn die konkrete Zahlung auch nach Insolvenzreife noch mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar, sie insbesondere erforderlich war, um den Geschäftsbetrieb bis zur Übergabe an den Insolvenzverwalter aufrecht zu erhalten (§ 64 Satz 2 GmbHG).²³⁰ Durch das MoMiG wurde eine weitergehende Erstattungspflicht des Geschäftsführers für Zahlungen an *Gesellschafter* vor Eintritt der Insolvenzreife eingeführt: Die Geschäftsführer haften insoweit nun auch für Zahlungen, durch die überhaupt erst die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft i.S.v. § 17 InsO herbeigeführt wird (§ 64 Satz 3 GmbHG). Diese *Insolvenzverursachungshaftung* nach § 64 Satz 3 GmbHG entfällt nur dann, wenn der Geschäftsführer auch bei Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nicht erkennen konnte, dass die Zahlungen die Zahlungsunfähigkeit bewirken.

Bei Insolvenzverschleppung droht den Geschäftsführern jedoch nicht nur diese in § 64 GmbHG geregelte Erstattungspflicht gegenüber der Gesellschaft (Binnenhaftung), sondern auch eine Schadensersatzpflicht gegenüber den Gläubigern (Außenhaftung): Durch die Insolvenzverschleppung geschädigte Gläubiger haben Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO.²³¹

Beispiel: Die Bau-GmbH ist insolvent. Der Geschäftsführer G unterlässt den Insolvenzantrag, weil er noch auf neue Aufträge hofft. Gläubiger X schließt nun einen Kaufvertrag mit der GmbH und liefert dieser Baumaterialien. In dem später doch eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH fällt er mit dem Kaufpreisanspruch i.H.v. 10.000 Euro aus. Für diesen Vertrauensschaden kann er G gemäß § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO unmittelbar persönlich in Anspruch nehmen, weil er bei rechtzeitiger Antragstellung die Lieferung unterlassen hätte.

Details dieser beiden Haftungsansätze der Insolvenzverschleppungshaftung sowie weitere in Insolvenzsituationen relevante Haftungstatbestände werden in der Vertiefungsveranstaltung zum Schwerpunkt Wirtschaftsrecht BT „Insolvenz und Sanierung“ behandelt.

dd) Weitere gesetzliche Vorgaben

Die Gesellschaft darf dem Geschäftsführer keinen Kredit aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen gewähren (§ 43a S. 1 GmbHG). Ein danach unzulässiger Kredit ist ohne Rücksicht auf entgegenstehende Vereinbarungen sofort zurückzugewähren (§ 43a S. 2 GmbHG).

deutlicher Schärfe BGH NJW 2003, 2316 (mit krit. Anm. *Bitter*, WuB II C. § 64 GmbHG 1.03); einschränkend jetzt BGH WM 2008, 1227 (mit Anm. *Bitter*, WuB II C. § 64 GmbHG); nachdrücklich kritisch zur Rechtsprechung auch *Karsten Schmidt*, ZIP 2008, 1401 m.w.N. (sehr lesenswert!).

²³⁰ Siehe dazu BGH WM 2008, 27 mit Anm. *Bitter/Schumacher*, WuB II C. § 64 GmbHG 2.08.

²³¹ Zur Insolvenzverschleppungshaftung nach § 823 II BGB i.V.m. § 64 I GmbH a.F. (jetzt § 15a InsO) vgl. BGHZ 126, 181, 192 ff. = NJW 1994, 2220, 2222 ff. (Aufgabe der Beschränkung auf den so genannten Quotenschaden für die Neugläubiger); nachfolgend bestätigend BGHZ 138, 211, 214 = NJW 1998, 2667; aus der Literatur siehe die Zusammenfassung bei *Hirte*, KapitalGesR, Rdn. 2.113 ff.

4. Die Finanzverfassung der GmbH

Da die GmbH – nicht anders als die AG – eine Kapitalgesellschaft ist, wird der Gläubigerschutz über die Aufbringung und Erhaltung eines Kapitalstocks gewährleistet.

a) Kapitalaufbringung

aa) Grundlagen

Der Mindestbetrag des Stammkapitals ist 25.000 Euro (§ 5 I GmbHG). Von den Gesellschaftern können Geld- oder Sacheinlagen übernommen werden. Eine Sacheinlage muss im Gesellschaftsvertrag als solche wirksam gemäß § 5 IV GmbHG vereinbart sein²³²; andernfalls besteht eine Geldeinlagepflicht. Jeweils sind die Gesellschafter aufgrund der Übernahme des Geschäftsanteils im Gesellschaftsvertrag verpflichtet, die versprochene Einlage auf den Geschäftsanteil zu leisten (§ 14 GmbHG). Von der Pflicht zur Leistung der Einlagen können die Gesellschafter nicht befreit werden (§ 19 II 1 GmbHG). Der Einlageanspruch der Gesellschaft verjährt nach zehn Jahren ab seiner Entstehung, bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens aber nicht vor Ablauf von sechs Monaten ab der Eröffnung (§ 19 VI GmbHG).

Kommt ein Gesellschafter seiner Einlagepflicht nicht nach, droht ihm die sog. Kaduzierung seines Geschäftsanteils (§ 21 GmbHG). Er wird dann aus der Gesellschaft ausgeschlossen und verliert geleistete Teilzahlungen (§ 21 II GmbHG). Gleichwohl haftet er weiter für die Einlage (§ 21 III GmbHG). Auch etwaige Rechtsvorgänger des ausgeschlossenen Gesellschafters haften nach Maßgabe von § 22 GmbHG. Gibt es keine Rechtsvorgänger oder ist der Betrag auch von ihnen nicht zu erlangen, kann die Gesellschaft den Geschäftsanteil öffentlich versteigern (§ 23 GmbHG). Soweit die Einlage nicht gemäß §§ 21 III, 22, 23 GmbHG zu erlangen ist, trifft die Mitgesellschafter – zwingend (§ 25 GmbHG) – eine Ausfallhaftung (§ 24 GmbHG).²³³ Veräußert ein Gesellschafter einen Geschäftsanteil, so haftet neben dem Veräußerer auch der Erwerber für rückständige Einlageverpflichtungen (§ 16 II GmbHG).

Die Gesellschaft darf erst dann zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet werden, wenn auf jeden einzelnen Geschäftsanteil, soweit nicht Sacheinlagen vereinbart sind, ein Viertel des Nennbetrags eingezahlt ist (§ 7 II 1 GmbHG). Sacheinlagen muss der Gesellschafter vor der Anmeldung komplett zur freien Verfügung des Geschäftsführers leisten (§ 7 III GmbHG). Außerdem muss insgesamt auf das Stammkapital mindestens soviel eingezahlt sein, dass der Gesamtbetrag aus den eingezahlten Geldeinlagen und dem Gesamtnennbetrag der Geschäftsanteile, für die Sacheinlagen zu leisten sind, die Hälfte des Mindeststammkapitals von 25.000 Euro erreicht (§ 7 II 2 GmbHG); die Mindesteinlage vor der Anmeldung beträgt also 12.500 Euro.

Beispiel: Eine GmbH mit zwei Gesellschaftern hat ein Stammkapital von 80.000 Euro und jeder Gesellschafter hat einen Geschäftsanteil von 40.000 Euro gegen Geldeinlage übernommen. Gemäß § 7 II 2 GmbHG wären nur 12.500 Euro einzuzahlen (Hälfte des gesetzlichen Mindeststammkapitals); § 7 II 1 GmbHG fordert aber, dass jeder der Gesellschafter mindestens 10.000 Euro einzahlt (1/4 von 40.000 Euro), so dass im Ergebnis vor der Anmeldung 20.000 Euro einzuzahlen sind.

²³² Zu den Anforderungen im Einzelnen sogleich S. 56.

²³³ Zur Beweislast vgl. OLG Köln NZG 2009, 505.

Der Teil der Geldeinlage, der noch nicht bei Anmeldung geleistet sein muss, ist erst nach der Einforderung durch die Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 2 GmbHG) fällig. Eine Ausnahme gilt allerdings in der Insolvenz: Der Insolvenzverwalter kann die restliche Einlage auch ohne Gesellschafterbeschluss einfordern und damit fällig stellen.²³⁴

Gemäß § 8 II GmbHG muss der Geschäftsführer in der Anmeldung zum Handelsregister versichern, dass die Einlagen auf die Geschäftsanteile entsprechend § 7 II, III GmbHG bewirkt sind und sich zu seiner endgültigen freien Verfügung befinden.

Werden zum Zweck der Errichtung der Gesellschaft falsche Angaben gemacht, so haben die Gesellschafter und Geschäftsführer der Gesellschaft als Gesamtschuldner fehlende Einzahlungen zu leisten, eine Vergütung, die nicht unter den Gründungsaufwand aufgenommen ist, zu ersetzen und für den sonst entstehenden Schaden Ersatz zu leisten (§ 9a I GmbHG).

bb) Sacheinlagen

In entsprechender Anwendung von § 27 II Hs. 1 AktG kommen für eine Sacheinlage nur Vermögensgegenstände mit einem feststellbaren wirtschaftlichen Wert in Betracht. Als Sacheinlage kann der Gesellschafter daher leisten:

- Eigentum an beweglichen oder unbeweglichen Sachen,
- Forderungen, und zwar sowohl solche gegen Dritte als auch solche gegen die Gesellschaft selbst. In letzterem Fall handelt es sich um Forderungen des Gesellschafters, die ihm gegen die mit der „fertigen“ GmbH identische Vor-GmbH²³⁵ zustehen. Mit der Einbringung durch Forderungsabtretung, die vor der Anmeldung erfolgen muss (§ 7 III GmbHG), erlöschen diese Forderungen durch Konfusion: Die Gesellschaft ist Gläubiger und Schuldner der Forderungen. Besonders relevant ist die Sacheinlage einer Forderung gegen die Gesellschaft im Rahmen einer Kapitalerhöhung: hier können die Gesellschafter insbesondere Gewinnauszahlungs- oder Darlehensrückzahlungsansprüche gegen die Gesellschaft als Sacheinlage erbringen²³⁶,
- Immaterialgüterrechte (z.B. Urheber-, Verlags- und Markenrechte) sowie Lizenzen an solchen Rechten,
- Unternehmen oder Unternehmensteile als Sach- und Rechtsgesamtheiten,
- die Übernahme einer Schuld der Gesellschaft (§ 414 BGB).

Nicht sacheinlagefähig sind demgegenüber:

- Dienstleistungen oder die Verpflichtung zu solchen (§ 27 II Hs. 2 AktG analog)²³⁷; möglich ist aber, die Pflicht zu Dienstleistungen als sog. Nebenleistungspflicht im Gesellschaftsvertrag zu begründen (§ 3 II GmbHG),
- ganz allgemein Forderungen gegen den Gesellschafter.²³⁸ Nicht möglich ist es also, dass der Gesellschafter als Sacheinlage verspricht, gegenüber der Gesellschaft eine (neue)

²³⁴ OLG Jena ZIP 2007, 1571 (Leitsatz 1) m.w.N.

²³⁵ Zum identitätswahrenden Wechsel der Rechtsform siehe oben S. 27.

²³⁶ Siehe unten S. 76 f.

²³⁷ BGH ZIP 2009, 713 (Rdn. 9) – Qivive.

²³⁸ BGH ZIP 2009, 713 (Rdn. 10) – Qivive.

Verbindlichkeit einzugehen, und seine Sacheinlagenschuld sodann dadurch erfüllt, dass er die versprochene Verbindlichkeit tatsächlich zugunsten der Gesellschaft begründet.

Ist eine Sacheinlage vereinbart, muss sie nicht nur vollständig vor der Anmeldung erbracht sein (§ 7 III GmbHG), sondern das Gesetz stellt weitere strenge Regeln auf. Der Wert von Sacheinlagen ist nämlich schwer zu bemessen, weshalb es einer genauen Dokumentation und Prüfung bedarf. Außerdem führen Sacheinlagen der Gesellschaft keine unmittelbare Liquidität zu; im Gläubigerinteresse muss eine Sacheinlage daher erkennbar sein. Der Gesellschaftsvertrag hat daher den Gegenstand der Sacheinlage und den Nennbetrag des Geschäftsanteils festzulegen, auf den sich die Sacheinlage bezieht (§ 5 IV 1 GmbHG). In einem Sachgründungsbericht müssen die Gesellschafter die Umstände darlegen, aus denen sich ergibt, dass die Sacheinlage „angemessen“ ist, d.h. einen Wert in Höhe des Nennbetrags des Geschäftsanteils hat, auf den sie erfolgt; wird ein Unternehmen eingelegt, sind die Jahresergebnisse der letzten beiden Jahre anzugeben (§ 5 IV 2 GmbHG). Bei der Anmeldung müssen verschiedene Unterlagen vorgelegt werden, anhand derer das Registergericht die Sacheinlage und deren Werthaltigkeit überprüfen kann (§ 8 I Nr. 4, 5 GmbHG). Gemäß § 9c I 2 GmbHG hat es nämlich die Eintragung abzulehnen, wenn die Sacheinlagen nicht unwesentlich überbewertet worden sind. Wird erst später festgestellt, dass der Wert der Sacheinlage im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister nicht den Nennbetrag des dafür übernommenen Geschäftsanteils erreicht, hat der Gesellschafter in Höhe des Fehlbetrags eine Einlage in Geld zu leisten (§ 9 Satz 1 GmbHG).²³⁹

cc) Geldeinlagen

Neben § 7 II GmbHG enthält vor allem § 19 GmbHG Vorgabe für Geldeinlagen. Die Einzahlungen auf die Geschäftsanteile sind nach dem Verhältnis der Geldeinlagen zu leisten (§ 19 I GmbHG). Die Gesellschaft muss die Gesellschafter also gleichmäßig behandeln, wenn sie die Geldeinlagen einfordert: Fehlt eine abweichende Vereinbarung, muss sie von jedem Gesellschafter den gleichen prozentualen Anteil des übernommenen Geschäftsanteils verlangen.

Oft stellt sich die Frage, ob die Geldeinlagepflicht des Gesellschafters durch Erfüllung (§ 362 I BGB) erloschen ist. Grundsätzlich erlischt die Geldeinlagepflicht, wenn der Gesellschafter den geschuldeten Betrag in Geld (bar oder bargeldgleich durch Überweisung) an die Gesellschaft zahlt. Problematisch ist allerdings eine Überweisung auf ein Konto der Gesellschaft, das im Minus ist (debitorisches Konto).²⁴⁰ Hier wird die eingehende Zahlung mit der aus dem Minus folgenden Darlehensschuld der Gesellschaft gegenüber der Bank verrechnet; die Leistung wird also automatisch dazu genutzt, das Minus zurückzuführen. Diese zwingende Verwendung der Leistung steht einer realen Mittelzuführung im Sinne neuer Liquidität und damit der freien Verfügbarkeit der Einlage im Sinne von § 8 II GmbHG nur dann *nicht* entgegen, wenn die Bank nach der Rückführung des Minus' Abhebungen zulassen muss. Die Leistung hat daher nur dann Erfüllungswirkung, wenn durch die Einlage eine eingeräumte Kreditlinie zurückgeführt wird, die die Gesellschaft sodann wieder in Anspruch nehmen kann.²⁴¹ Hinge-

²³⁹ Beruht die fehlende Wertdeckung auf einem Sachmangel, so stehen der Gesellschaft neben dem Einlagenergänzungsanspruch gemäß § 9 GmbHG auch Ansprüche gemäß dem analog anzuwendenden kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht zu (vgl. Scholz/H. Winter/Veil [Fn. 63], § 9 Rdn. 23 sowie Scholz/H. P. Westermann [Fn. 63], § 5 Rdn. 66 ff.); deckt der Sachwert trotz eines Sachmangels den Nennbetrag des Geschäftsanteils – hätte der Sachwert also ohne Mangel über dem Nennbetrag gelegen –, kommt ein Anspruch gemäß § 9 GmbHG nicht in Betracht, sondern die Gesellschaft kann nur Gewährleistungsansprüche erheben.

²⁴⁰ Dazu jüngst OLG Oldenburg ZIP 2009, 424.

²⁴¹ Vgl. BGHZ 150, 197.

gen wird die Einlageschuld nicht erfüllt, wenn eine eingeräumte Kreditlinie auch nach der Leistung überschritten ist.

Auch in anderen Fällen kann die Geldeinlagepflicht trotz der Geldzahlung – ausnahmsweise – fortbestehen, nämlich wenn die Geldeinlage als verdeckte Sacheinlage zu werten ist [dazu sogleich unten aaa)] oder wirtschaftlich gesehen an den Gesellschafter zurückfließt [dazu unten bbb)]. Nach den Vorschriften des BGB kann eine Geldschuld nicht nur durch tatsächliche Geldzahlung, sondern auch durch eine Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB) und eine Leistung an Erfüllung statt (§ 364 I BGB) erlöschen; es fragt sich, inwieweit diese Erfüllungssurrogate für die Einlageverpflichtung anzuerkennen sind [dazu unten ccc) und ddd)].

aaa) Verdeckte Sacheinlage (§ 19 IV GmbHG)

Für die verdeckte Sacheinlage gelten bei der GmbH dieselben Grundsätze, die für die AG bereits dargelegt wurden.²⁴² Die oben im Einzelnen vorgestellte Vorschrift des § 27 III AktG n.F. ist nämlich der Regelung des § 19 IV GmbHG nachempfunden, durch die das MoMiG die verdeckte Sacheinlage für die GmbH geregelt hat und die in der Rechtsfolge vorsieht, dass die Geldeinlagepflicht trotz einer Geldzahlung an die Gesellschaft (partiell) fortbesteht.²⁴³

⇒ vgl. Fall Nr. 8 – Fuhrunternehmen

In Ergänzung zu den Ausführungen zur AG ist darauf hinzuweisen, dass der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage bei sämtlichen Gegenständen in Betracht kommt, die sacheinlagefähig sind.²⁴⁴ Erwirbt die Gesellschaft im wirtschaftlichen Ergebnis hingegen „Gegenstände“, die der Gesellschafter gar nicht nach den Vorschriften zur Sacheinlage hätte einbringen können, kann ihm der Vorwurf einer Umgehung dieser Vorschriften nicht gemacht werden; die Grundsätze zur verdeckten Sacheinlage sind daher nicht anzuwenden.²⁴⁵ Weil **Dienstleistungen** nicht sacheinlagefähig sind²⁴⁶, liegt daher nach einer neuen Entscheidung des BGH („Qivive“) **keine verdeckte Sacheinlage** vor, wenn der Gesellschafter aus seiner Geldeinlage – wie schon bei der Geldeinlage verabredet – für erbrachte Dienstleistungen bezahlt wird.²⁴⁷

Problematisch ist dies, wenn die Vergütung für die Dienstleistung über ihren wahren Marktwert hinausgeht, das Geschäft also unausgeglichen ist (im vom BGH entschiedenen Fall stellte sich dieses Problem nicht, weil die Vergütung marktgerecht war = ausgeglichenes Geschäft).²⁴⁸ Einerseits kann man argumentieren, weil die *Kapitalaufbringungsregeln* nicht verletzt seien, müsse das „schlechte Geschäft“ insoweit anerkannt werden, wie auch andere unausgeglichene Geschäfte der GmbH mit einem Gesellschafter nach den sogleich noch darzulegenden Grundsätzen zur *Kapitalerhaltung* anerkannt werden.²⁴⁹ Danach wird ein unausgeglichenes Geschäft im Gläubigerinteresse sanktioniert, wenn es das Stammkapital antastet (§§ 30, 31 GmbHG)²⁵⁰; sind Minderheitsgesellschafter vorhanden, ergeben sich auch außer-

²⁴² Siehe oben S. 19 f.

²⁴³ Zur besonderen Bedeutung der verdeckten Sacheinlage bei Kapitalerhöhungen unten S. 76.

²⁴⁴ Dazu oben S. 56 f.

²⁴⁵ BGH ZIP 2009, 713 (Rdn. 11 f.) – Qivive.

²⁴⁶ Siehe oben S. 56 f.

²⁴⁷ BGH ZIP 2009, 713 (Rdn. 9) – Qivive.

²⁴⁸ Auf dieses ungelöste Problem weisen auch *Pluskat/Marquardt*, NJW 2009, 2353, 2355 hin.

²⁴⁹ Die *Kapitalerhaltungsregeln* könnten auf das unausgeglichene Geschäft bereits angewendet werden, weil die *Kapitalaufbringung* ja ordnungsgemäß erfolgt wäre.

²⁵⁰ Dazu unten S. 66 ff.

halb der §§ 30, 31 GmbHG Ersatzansprüche in Höhe der Wertdifferenz.²⁵¹ Darüber hinaus kann der Gesellschaft ggf. auch ein Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsführer zustehen: Er haftet für den Schaden aus dem unausgeglichenen Geschäft dann, wenn er durch den Abschluss seine Pflichten eines ordentlichen Kaufmanns verletzt hat (§ 43 II GmbHG), was wohl zumindest dann der Fall wäre, wenn die Unausgeglichenheit erkennbar war.²⁵² Andererseits könnte man aber auch anführen, die Unausgeglichenheit des Geschäfts sei schon bei der *Kapitalaufbringung* zu berücksichtigen, weil das Geschäft ja bereits bei der Begründung der Geldeinlagepflicht verabredet wurde. Zur Sicherung der realen Kapitalaufbringung könne der Gesamtvorgang daher nur in Höhe des Wertes der Dienstleistung anerkannt werden, so dass in Höhe der Differenz zwischen Geldeinlagebetrag und Dienstleistungswert die Einlageforderung fortbestehe. Dies wäre freilich eine analoge Anwendung der Vorschriften über die verdeckte Sacheinlage, die nach dem Urteil des BGH in Sachen „Qivive“ eher fern liegt.

bbb) Vereinbarungsgemäße Rückzahlung der Einlage (§ 19 V GmbHG)

Greift der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage nicht ein, kann die Geldeinlagepflicht gleichwohl nach der durch das MoMiG eingeführten Vorschrift des § 19 V GmbHG fortbestehen. Ihr lässt sich für das Verhältnis der beiden Tatbestände entnehmen, dass vorrangig eine verdeckte Sacheinlage gemäß § 19 IV GmbHG zu prüfen ist.

Durch § 19 V GmbHG sollen die Fälle des „Hin- und Herzählens“ geregelt werden, in denen die Geldeinlage auf Grund vorheriger Absprache – insbesondere als Darlehen – wieder an den Gesellschafter zurückfließt. Hier hatte die Rechtsprechung vor dem MoMiG einen Verstoß gegen das Erfordernis der „endgültigen freien Verfügung“ gemäß § 8 II 1 GmbHG angenommen und daher die Erfüllungswirkung der Geldeinlageleistung verneint.²⁵³ § 19 V GmbHG schreibt für diese Fälle jetzt eine „bilanzielle Betrachtungsweise“ vor: Ist (1) vor der Geldeinlage eine Leistung an den Gesellschafter vereinbart worden, die (2) wirtschaftlich einer Rückzahlung der Einlage entspricht und die (3) nicht als verdeckte Sacheinlage zu beurteilen ist, so befreit die Geldzahlung den Gesellschafter nur von seiner Geldeinlagepflicht, wenn die Leistung durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist, der jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig werden kann (§ 19 V 1 GmbHG).²⁵⁴ Bei der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister (§ 8 GmbHG) ist eine solche Leistung oder die Vereinbarung einer solchen Leistung anzugeben

²⁵¹ Siehe unten S. 71.

²⁵² Hat der Geschäftsführer auf Weisung der Gesellschafter gehandelt, entfällt seine Haftung allerdings. Etwas anderes würde nur gelten, wenn der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist und man annähme, dass in diesem Fall trotz der Weisung eine Haftung besteht (dazu oben S. 52 f.).

²⁵³ Vgl. BGHZ 165, 113; BGHZ 165, 352. Inwieweit nach dem MoMiG noch auf dieses Kriterium zurückzugreifen ist, ist unklar (vgl. insbesondere Fn. 260). Es scheint zumindest bei der Zahlung auf ein debitorisches Konto noch von Bedeutung (dazu oben S. 57). Auch im Urteil „Qivive“ (BGH ZIP 2009, 713; dazu nochmals S. 61) hat der BGH darauf zurückgegriffen (dazu Fn. 270); weil der BGH den Fall nach alter und neuer Rechtslage geprüft hat, ist allerdings unklar, ob sich seine Ausführungen überhaupt auf die neue Rechtslage beziehen (an dieser Stelle trennt er nicht eindeutig). Nach *Pluskat/Marquardt*, NJW 2009, 2353, 2354 f. ist das Kriterium der „endgültig freien Verfügung“ nach dem MoMiG nicht mehr relevant, was in dieser Allgemeinheit jedoch zu weit geht.

²⁵⁴ § 19 V GmbHG beschränkt sich nach seinem Wortlaut nicht auf Geldeinlagepflichten des Gesellschafters, so dass er grundsätzlich auch angewendet werden kann, wenn eine Leistung an den Gesellschafter vereinbart wird, die wirtschaftlich der „Rückzahlung“ einer *Sacheinlage* entspricht. Dafür genügt allerdings wohl nicht, wenn die Gesellschaft die Sache an den Gesellschafter zurück vermietet: es bleibt nicht nur das rechtliche Eigentum, sondern auch der wirtschaftliche Wert der Sache bei der Gesellschaft, weil der Gesellschafter Miete zu zahlen hat.

(§ 19 V 2 GmbHG). Nach der Rechtsprechung des BGH ist neben den Bedingungen des § 19 V 1 GmbHG auch die Angabe bei der Anmeldung gemäß § 19 V 2 GmbHG Voraussetzung für die Erfüllung der Einlageforderung durch die Geldzahlung.²⁵⁵

§ 19 V GmbHG hat vor allem Fälle im Auge, in denen die Gesellschaft mit dem Gesellschafter vor seiner Geldeinlage einen Darlehensvertrag schließt, ihm das Darlehen sodann vor²⁵⁶ oder nach seiner Geldeinlage auszahlt und hierdurch einen Anspruch auf Darlehensrückgewähr erwirbt. In diesen Fällen sind die Regeln über die verdeckte Sacheinlage nicht vorrangig, weil eine verdeckte Sacheinlage schon grundsätzlich nicht in Betracht kommt. Gegenstand einer verdeckten Sacheinlage kann nämlich nur ein grundsätzlich sacheinlagefähiger Gegenstand sein.²⁵⁷ Ein solcher fehlt, weil der Gesellschafter den Anspruch gegen sich selbst auf Darlehensrückgewähr, den die GmbH im wirtschaftlichen Ergebnis erwirbt, nicht als Sacheinlage hätte erbringen können: Forderungen gegen den Gesellschafter sind nicht sacheinlagefähig.²⁵⁸ Die vor der Geldeinlage vereinbarte Auszahlung des Darlehens (= Leistung i.S.v. § 19 V 1 GmbHG) entspricht wirtschaftlich der Rückzahlung der Einlage, weil dadurch zunächst nicht der Gesellschafter den Einlagebetrag finanziert, sondern die Gesellschaft.²⁵⁹ Im wirtschaftlichen Ergebnis wird lediglich die Geldeinlageforderung durch einen Darlehensrückgewähranspruch ausgetauscht. Dies ist nur hinzunehmen, wenn die Gesellschaft ihre (Vor-)Finanzierung sicher vom Gesellschafter zurückerlangen kann, daher im Endergebnis der Gesellschafter den Einlagebetrag zu tragen hat und der Darlehensrückgewähranspruch, der die Darlehensauszahlung i.S.v. § 19 V 1 GmbHG „deckt“, den Verlust der Einlageforderung auch im Übrigen ausgleicht. Die Einlageforderung erlischt daher gemäß § 19 V 1 GmbHG nur, wenn der Darlehensrückgewähranspruch vollwertig und fällig ist bzw. jederzeit fällig gestellt werden kann.²⁶⁰ Außerdem ist nach der Rechtsprechung – wie gesagt – die Anmeldung gemäß § 19 V 2 GmbHG erforderlich. Ist eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, bleibt die Einlageforderung der Gesellschaft in voller Höhe bestehen. Sie erlischt also nicht (!) etwa, *soweit* die Forderung der Gesellschaft werthaltig ist.²⁶¹

Bleibt der Einlageanspruch bestehen, fragt sich, was mit dem Darlehensrückzahlungsanspruch der Gesellschaft ist. Früher ging die Rechtsprechung davon aus, dass ein Darlehensvertrag unwirksam ist, auf den eine nach dem Kapitalaufbringungsrecht unzulässige, den Fortbestand des Einlageanspruchs begründete Rückzahlung der Einlage (= „Darlehensauszahlung“) erfolgt.²⁶² Daher bestand kein paralleler Anspruch der Gesellschaft auf Darlehensrückzahlung; zahlte der Gesellschafter aber später mit der Tilgungsbestimmung „Darlehensrückzahlung“ an die Gesellschaft – eigentlich eine Zahlung auf Nichtschuld –, so erfüllte er dadurch die fortbe-

²⁵⁵ BGH ZIP 2009, 713 (Rdn. 16) – Qivive; bestätigend BGH ZIP 2009, 1561 (Rdn. 25) – Cash-Pool II.

²⁵⁶ Ein Fall des § 19 V GmbHG liegt auch vor, wenn erst die Gesellschaft vereinbarungsgemäß an den Gesellschafter leistet und der Gesellschafter sodann seine Einlage erbringt (= Vereinbarung *und* Erbringung der Leistung der Gesellschaft vor der Geldeinlage). Wirtschaftlich gesehen liegt nämlich auch in diesen Fällen des sog. „Her- und Hinzahlens“ eine Rückzahlung der Einlage vor. Die zeitliche Reihenfolge ist also irrelevant.

²⁵⁷ Siehe zuvor S. 58 f.

²⁵⁸ Siehe oben S. 56 f. und BGHZ 165, 113 (Rdn. 8).

²⁵⁹ Nach der Rechtsprechung genügt auch der Rückfluss der Einlage aufgrund einer Treuhandabrede; vgl. BGHZ 165, 352.

²⁶⁰ Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann die Erfüllungswirkung der Geldeinlageleistung nicht über das Merkmal der „endgültigen freien Verfügung“ gemäß § 8 II GmbHG wieder in Zweifel gezogen werden; vgl. Begründung zu Art. 1 Ziff. 17 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum MoMiG (BT-Drucks. 16/9737, S. 56).

²⁶¹ Zur Rechtfertigung einer anderen Rechtsfolge als bei einer verdeckten Sacheinlage, wo der Wert auf die Geldeinlagepflicht angerechnet wird, vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung zu Nummer 13 der Stellungnahme des Bundesrates zum RegE-MoMiG, Anlage 3 zu BT-Drucks. 16/6140 (S. 76).

²⁶² BGHZ 165, 113 (Leitsatz 1).

stehende Einlageschuld.²⁶³ Ob diese Grundsätze auf § 19 V GmbHG zu übertragen sind, ist fraglich.²⁶⁴ Konsequenz wäre, dass der Darlehensvertrag unwirksam wäre und daher gar kein (Darlehens-)Rückgewähranspruch der Gesellschaft bestünde, wenn die Voraussetzungen des § 19 V GmbHG nicht erfüllt sind, weil der im (vermeintlichen) Darlehensvertrag begründete Anspruch nicht vollwertig und fällig ist bzw. nicht jederzeit fällig gestellt werden kann. Gleichzeitig würde aber die „Darlehensrückzahlung“ den fortbestehenden Einlageanspruch tilgen. Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob § 19 V GmbHG tatsächlich Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Darlehensvertrags aufstellt. Vom Wortlaut her nahe liegender ist, dass er nur bestimmte Anforderungen an den Anspruch formuliert, der aus einem wirksamen (!) Darlehensvertrag folgt, damit die Einlageforderung erfüllt ist. In einer neuen Entscheidung prüft der BGH in diesem Sinne die Erfüllung der Einlageforderung nach den Vorgaben, die § 19 V GmbHG für den Anspruch auf Darlehensrückzahlung macht, ohne zu sagen, dass Konsequenz der Nichteinhaltung der Vorgaben das gänzliche Fehlen des Darlehensrückzahlungsanspruchs wegen Unwirksamkeit des Darlehensvertrags wäre.²⁶⁵ Ginge man dementsprechend davon aus, der Anspruch auf Darlehensrückzahlung bestünde neben der Einlageforderung, so müsste man trotzdem zu dem Ergebnis kommen, dass der Gesellschafter nur einmal zahlen muss: Er soll nicht die Einlage leisten *und* das Darlehen zurückzahlen, sondern der Gesellschaft den zurückgezahlten Betrag nur einmal gesetzeskonform zur Verfügung stellen. Die Zahlung auf den einen Anspruch müsste also stets dazu führen, dass der andere erloschen ist (wechselseitige Erfüllung analog § 422 I 1 BGB).

Im Urteil „Qivive“ hat der BGH entschieden, dass kein Fall des § 19 V GmbHG vorliegt, wenn ein Gesellschafter nach seiner Geldeinlageleistung eine schon vorher vereinbarte Vergütung für der Gesellschaft erbrachte Dienstleistungen erhält, sofern er seine Geldeinlage nicht für diese Vergütung „reserviert“.²⁶⁶ In diesem Fall geht es nämlich nicht um eine verdeckte Finanzierung der Einlage oder den bloßen Austausch von Forderungen, sondern die Gesellschaft bezahlt hier für *zusätzlichen* „Input“, den sie andernfalls extern hätte einkaufen müssen.²⁶⁷ Der Tatbestand des § 19 V 1 GmbHG ist also deshalb nicht erfüllt, weil die Bezahlung der Dienstleistungen wirtschaftlich gesehen nicht einer Rückzahlung der Einlage entspricht, sondern der Gesellschaft zusätzliche Leistungen verschafft.

Dies gilt entgegen der Feststellung des BGH im zweiten Leitsatz des Urteils „Qivive“ auch dann, wenn der Gesellschafter seine Geldeinlage für die Vergütung dieser zusätzlichen Leistungen „reserviert“. In den Entscheidungsgründen führt der BGH selbst aus²⁶⁸, schuldrechtliche Verwendungsabsprachen seien aus Sicht der Kapitalaufbringung unschädlich, wenn sie allein der Umsetzung von Investitionsentscheidungen der Gesellschafter oder sonstiger ihrer Weisung unterliegender geschäftspolitischer Zwecke dienen. Etwas anderes gelte nur, wenn die Abrede darauf gerichtet sei, die Einlagemittel unter Umgehung der Kapitalaufbringungsregeln an den Gesellschafter zurückfließen zu lassen, und zwar im Wege eines Darlehens²⁶⁹ oder einer verdeckten Sacheinlage. Da im entschiedenen Fall weder ein darlehensweiser Rückfluss noch eine verdeckte Sacheinlage vorlag – so ausdrücklich der BGH –, müsste die

²⁶³ BGHZ 165, 113 (Leitsatz 2).

²⁶⁴ Die Bundesregierung geht davon wohl aus; vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung zu Nummer 13 der Stellungnahme des Bundesrates zum RegE-MoMiG, Anlage 3 zu BT-Drucks. 16/6140 (S. 76).

²⁶⁵ Vgl. BGH ZIP 2009, 1561 (Rdn. 25) – Cash-Pool II.

²⁶⁶ BGH ZIP 2009, 713 (Leitsatz 2) – Qivive.

²⁶⁷ Vgl. BGH ZIP 2009, 713 (Rdn. 17) – Qivive.

²⁶⁸ BGH ZIP 2009, 713 (Rdn. 18) – Qivive.

²⁶⁹ Auch der Rückfluss der Einlage aufgrund einer Treuhandabrede genügt; vgl. BGHZ 165, 352.

in einer „Reservierung“ liegende Verwendungsabsprache eigentlich für die Erfüllungswirkung unschädlich sein.²⁷⁰

ccc) Aufrechnung

Eine Erfüllung der Einlageforderung durch Aufrechnung ist einerseits in der Weise denkbar, dass der Gesellschafter *gegen* die Einlageforderung aufrechnet; andererseits kann auch die Gesellschaft *mit* der Einlageforderung aufrechnen.

Für beide Alternativen gilt zunächst, dass eine Aufrechnung unzulässig ist, soweit es um den gemäß § 7 II 1 GmbHG zu leistenden Mindestbetrag geht. Aus § 7 II 1 GmbHG wird nämlich abgeleitet, dass insoweit eine bare oder barzahlungsgleiche Zahlung zwingend erforderlich ist.²⁷¹ Eine Aufrechnung kommt also immer nur hinsichtlich der über den Mindestbetrag hinausgehenden Geldeinalgeforderung in Betracht. Hier ist sodann zwischen der Aufrechnung des Gesellschafters und derjenigen der Gesellschaft zu unterscheiden:

Der Gesellschafter kann mit seinen Forderungen grundsätzlich nicht gegen die Einlageforderung aufrechnen; eine Ausnahme gilt nur für Forderungen des Gesellschafters aus der Überlassung von Vermögensgegenständen, wenn deren Anrechnung auf die Einlageverpflichtung nach den Vorschriften über Sacheinlagen vereinbart wurde (vgl. § 19 II 2 GmbHG).

Eine Aufrechnung der Gesellschaft mit der Einlageforderung verbietet § 19 II 2 GmbHG hingegen nicht. Gleichwohl ist die Aufrechnung der Gesellschaft nicht stets zulässig. Es stellt sich nämlich folgendes Problem: Die Einlageforderung der Gesellschaft ist in der Regel werthaltig. Die Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft hingegen ist häufig nicht voll werthaltig, weil das Vermögen der Gesellschaft nicht ihre sämtlichen Verbindlichkeiten deckt. Könnte nun die Gesellschaft mit ihrer werthaltigen Einlageforderung gegen die nicht (voll) werthaltige Forderung des Gesellschafters aufrechnen, würde sie eine vollwertige Forderung verlieren, dafür aber nur die Befreiung von einer nicht (voll) werthaltigen Forderung erlangen; der Nachteil der Gesellschaft aus der Aufrechnung würde nicht durch einen korrespondierenden Vorteil ausgeglichen. Gleichzeitig hätte der Gesellschafter für die Befreiung von der Einlagepflicht nur seine nicht (voll) werthaltige Forderung aufgegeben; weil hierin kein tatsächlicher (voller) wirtschaftlicher Wert liegt, hätte er die Einlage faktisch ohne Gegenleistung erbracht und stünde daher so, wie wenn ihn die Gesellschaft von seiner Einlagepflicht einfach befreit hätte.²⁷² Eine solche Befreiung verbietet § 19 II 1 GmbHG aber. Vielmehr **soll das Stammkapital real aufgebracht werden**. Um eine solche reale Kapitalaufbringung zu sichern, muss also die Aufrechnungsbefugnis der Gesellschaft auf Fälle begrenzt werden, in denen dem Nachteil aus der Aufrechnung ein entsprechender Vorteil korrespon-

²⁷⁰ So im Ergebnis zur neuen Rechtslage auch *Pluskat/Marquardt*, NJW 2009, 2353, 2354 (auf „Reservierung“ wird es nicht mehr ankommen). Zum Urteil „Qivive“ ist im Übrigen zu bedenken, dass nach den Entscheidungsgründen (Rdn. 17) eine „Reservierung“ anscheinend nur die „endgültige freie Verfügung“ des Geschäftsführers gemäß § 8 II GmbHG hindern soll; diese aber ist – so der BGH ausdrücklich – nur für den Betrag der Mindesteinzahlung (§ 7 II GmbHG) erforderlich (zweifelnd *Pluskat/Marquardt*, NJW 2009, 2353, 2355). Der zweite Leitsatz, der bei einer „Reservierung“ der *gesamten* Einzahlung die Erfüllungswirkung abspricht, ist also wohl zumindest zu weit geraten. Weil der BGH den Fall nach alter und neuer Rechtslage prüft, ist schließlich fraglich, inwieweit das Kriterium der endgültig freien Verfügung, aus dem der BGH die Schädlichkeit der „Reservierung“ ableitet, nach neuem Recht überhaupt noch von Bedeutung ist (vgl. dazu Fn. 253).

²⁷¹ *Wilhelm*, KapitalGesR, Rdn. 339 m.w.N.

²⁷² Vgl. *Wilhelm*, KapitalGesR, Rdn. 347.

diert. Anerkannt ist daher, dass die Gesellschaft nur dann mit der Einlageforderung aufrechnen darf, wenn die **Forderung des Gesellschafters fällig, liquide und vollwertig** ist.²⁷³

Die gleichen Voraussetzungen wie für eine Aufrechnung der Gesellschaft gelten auch für eine **Aufrechnungsvereinbarung** zwischen Gesellschaft und Gesellschafter.²⁷⁴

Besonderheiten ergeben sich, wenn die Aufrechnung der Gesellschaft/Aufrechnungsvereinbarung im Zusammenhang mit einem Vorgang steht, der den Tatbestand der verdeckten Sacheinlage erfüllt (§ 19 IV GmbHG). Dies kommt bei einem **Austauschgeschäft** in Betracht, das **bei Begründung der Geldeinlageforderung abgesprochen** und danach abgeschlossen wird.²⁷⁵ In diesem Fall kann der Gesellschafter zunächst tatsächlich Geld an die Gesellschaft zahlen und dieses sodann als Vergütung für die im Austauschgeschäft versprochene Sache zurückerhalten. Stattdessen ist aber auch eine Vereinbarung denkbar, nach der die Geldeinlageforderung der Gesellschaft und die Vergütungsforderung des Gesellschafters direkt miteinander verrechnet oder von der Gesellschaft aufgerechnet werden (hiernach: „Verrechnung“) und der Gesellschafter außerdem die Sache an die Gesellschaft überträgt. Auch in diesem Fall, in dem beim Gesellschafter noch nicht einmal vorübergehend Geld abfließt, hat der Gesellschafter objektiv wirtschaftlich betrachtet und nach der Absprache nur eine Sacheinlage erbracht. Er hat damit die im Austauschgeschäft versprochene Sache verdeckt eingelegt. Der Fall ist von der Wertung des § 19 IV GmbHG erfasst. Er ist daher anzuwenden, obwohl sein Wortlaut auch so verstanden werden könnte, dass der Gesellschafter zunächst tatsächlich gezahlt haben muss.

Aus § 19 IV GmbHG ergibt sich als Rechtsfolge: Die Geldeinlageforderung der Gesellschaft besteht trotz der Verrechnung grundsätzlich fort (§ 19 IV 1 GmbHG). Weil dies schon § 19 IV 1 GmbHG anordnet, kommt es auf die (Un-)Zulässigkeit der Verrechnung nach den oben dargelegten Grundsätzen zur Aufrechnung nicht an. Für die Vergütungsforderung des Gesellschafters ist die Verrechnung hingegen beachtlich, weil (1) § 19 IV 1 GmbHG deren Fortbestand nicht anordnet, sie (2) auch in dem wertungsmäßig gleichen Fall des tatsächlichen Geldaustauschs erloschen wäre und (3) die oben dargelegten Beschränkungen der Aufrechnungsbefugnis nur dem bereits durch § 19 IV 1 GmbHG gesicherten Fortbestand der Einlageforderung dienen. Gemäß § 19 IV 3 GmbHG ist nunmehr der Wert der im Austauschgeschäft versprochenen und tatsächlich geleisteten Sache auf die fortbestehende Geldeinlageforderung anzurechnen. Die Geldeinlageforderung besteht daher nur noch, soweit der Sachwert hinter dem vereinbarten Geldeinlagebetrag zurückbleibt. Auf drei Punkte ist in diesem Zusammenhang noch hinzuweisen:

- Die Anrechnung gemäß § 19 IV 3 GmbHG ist unabhängig davon, ob die Vergütungsforderung des Gesellschafters aus dem Austauschgeschäft fällig, liquide und vollwertig ist und damit die grundsätzlichen Voraussetzungen für eine *Aufrechnung* der Gesellschaft vorliegen. Zum einen kommt es auf diese Voraussetzungen nicht an, weil vorrangig (und abschließend) § 19 IV 1 GmbHG den Fortbestand der Einlageforderung sichert (siehe oben). Zum anderen ist nicht die Vergütungsforderung Gegenstand der verdeckten Sacheinlage, sondern die im Austauschgeschäft versprochene Sache. § 19 IV 3 GmbHG ordnet ausdrücklich an, dass es bei der Anrechnung auf den Wert der verdeckt eingelegten Sache ankommt und nicht auf den Wert der Forderung des Gesellschafters aus dem Austausch-

²⁷³ Vgl. *Wilhelm*, KapitalGesR, Rdn. 348 m.w.N.

²⁷⁴ *Wilhelm*, KapitalGesR, Rdn. 346.

²⁷⁵ Zum Tatbestand der verdeckten Sacheinlage oben S. 19 ff.

geschäft (die Vergütungsforderung aus dem Austauschgeschäft ist nur „Mittel zum Zweck“).

- Erreicht der Sachwert den vereinbarten Geldeinlagebetrag, erlischt die eigentlich fortbestehende Geldeinlageforderung der Gesellschaft infolge der in § 19 IV 3 GmbHG angeordneten *Anrechnung* komplett. Es ist also nicht etwa so, dass in Höhe des gemäß § 7 II 1 GmbHG zu leistenden Mindestbetrags der für die *Aufrechnung* geltende Grundsatz übertragen wird, wonach insoweit eine bare oder barzahlungsgleiche Zahlung zwingend erforderlich ist (siehe oben), und daher die Geldeinlageforderung in Höhe des Mindestbetrags trotz entsprechenden Sachwertes fortbesteht. Offensichtliches Regelungsziel des § 19 IV 3 GmbHG ist nämlich, dass bei ausreichendem Sachwert gar keine Geldforderung mehr besteht. Dies wird nur erreicht, wenn es – ausnahmsweise – genügt, dass der Mindestbetrag der Geldeinlage durch einen Sachwert gedeckt ist. § 19 IV 3 GmbHG enthält also gewissermaßen eine abschließende Sonderregelung.
- Es erscheint vertretbar, auch dann zu den oben dargelegten Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage zu kommen, wenn bei der Übernahme der Geldeinlage nicht vereinbart wird, dass die Gesellschaft aufrechnet oder eine Aufrechnungsvereinbarung geschlossen wird, sondern die Parteien übereinkommen, dass *der Gesellschafter* mit seiner Vergütungsforderung gegen die Einlageforderung aufrechnet. Zwar verbietet § 19 II 2 GmbHG eigentlich die Aufrechnung, weil die Anrechnung der Vergütungsforderung (= „Forderung aus der Überlassung von Vermögensgegenständen“) auf die Einlageforderung nicht nach den Sacheinlagevorschriften vereinbart wurde. Würde man § 19 II 2 GmbHG entsprechend strikt anwenden, ergäbe sich: Die Vergütungsforderung und die Einlageforderung bestehen fort und der vom Gesellschafter erbrachte Sachwert wird nicht auf die Einlageforderung angerechnet. In der Insolvenz der Gesellschaft müsste der Gesellschafter die Geldeinlage in voller Höhe leisten, könnte seine Vergütungsforderung nur zur Tabelle anmelden und bekäme die Sache nicht zurück (der Vertrag ist wirksam, weshalb ein Bereicherungsanspruch nicht besteht). Im Ergebnis hätte er den Sachwert *und* den vollen Betrag der Geldeinlage aufgewendet, abzüglich seiner Quote auf die Vergütungsforderung.

Dieses Ergebnis erscheint wertungsmäßig nicht sachgerecht, wenn man es mit dem Ergebnis in den Fällen des tatsächlichen Geldaustauschs und der Aufrechnung durch die Gesellschaft/Aufrechnungsvereinbarung vergleicht, in denen der Gesellschafter im Ergebnis nur den Sachwert und einen Geldbetrag in Höhe der Differenz zwischen vereinbarter Geldeinlage und Sachwert aufwendet. Auch bei einer Aufrechnung *des Gesellschafters* ist nämlich eine Sacheinlage gewollt und wirtschaftlich verwirklicht. Der Tatbestand des § 19 IV 1 GmbHG ist erfüllt. Daher kann man argumentieren, auch bei einer Aufrechnung des Gesellschafters sei seine Vergütungsforderung erloschen und gemäß § 19 IV 3 GmbHG der Sachwert auf die gemäß § 19 IV 1 GmbHG fortbestehende Geldeinlageforderung anzurechnen.²⁷⁶ Dogmatisch ließe sich die Nichtanwendung von § 19 II 2 GmbHG damit erklären, dass die Einlageforderung bei einer verdeckten Sacheinlage ausschließlich nach Maßgabe von § 19 IV GmbHG geschützt sei und andere Vorschriften, die auch dem Schutz der Einlageforderung dienen, deshalb unanwendbar seien. Für die Unzulässigkeit der Aufrechnung gemäß § 19 II 2 GmbHG bliebe dann immerhin noch der Fall, dass bei der Übernahme der Geldeinlage keine Vereinbarung über das Austauschgeschäft und die Aufrechnung durch den Gesellschafter getroffen wird, sondern das Austauschgeschäft erst später als ohne weiteres zulässiges („normales“) Verkehrsgeschäft

²⁷⁶ In diesem Sinne auch *Wicke*, GmbHG, 1. Aufl. 2008, § 19 Rdn. 12.

schäft geschlossen wird. Dann liegt keine verdeckte Sacheinlage vor, so dass § 19 II 2 GmbHG die Aufrechnung des Gesellschafters mit seiner Vergütungsforderung verbietet. Dieses Ergebnis ist freilich insofern paradox, als der Gesellschafter bei einer Umgehung der Sacheinlagevorschriften durch verdeckte Sacheinlage besser steht, als wenn er nach Erbringung der Geldeinlage ein zulässiges Verkehrsgeschäft mit der Gesellschaft geschlossen hat. Die weitere Entwicklung ist abzuwarten.

Auch **bei einer Kapitalerhöhung** kann eine **Aufrechnung im Zusammenhang mit einer verdeckten Sacheinlage** stehen. Dort kommt vor allem in Betracht, dass der Gesellschafter eine (Alt-)Forderung gegen die Gesellschaft verdeckt einlegt.²⁷⁷

ddd) Leistung an Erfüllungs statt

Vor dem MoMiG war es ausdrücklich unzulässig, auf die Geldeinlagepflicht eine Leistung an Erfüllungs statt (§ 364 I BGB) zu erbringen, wenn sie nicht nach den Sacheinlagevorschriften vereinbart worden war (§ 19 V Alt. 1 GmbHG a.F.). Dieses grundsätzliche Verbot der Leistung an Erfüllungs statt ist im neuen Recht nicht mehr explizit enthalten.²⁷⁸ Fraglich ist daher, ob und wann die Leistung an Erfüllungs statt nach neuem Recht unzulässig ist.

Ist die spätere Leistung an Erfüllungs statt schon bei der Übernahme der Geldeinlage vereinbart worden (was bei einem engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang vermutet wird²⁷⁹), so ist wirtschaftlich eine Sacheinlage gewollt und auch verwirklicht. Es liegt eine verdeckte Sacheinlage gemäß § 19 IV 1 GmbHG vor, so dass die Geldeinlageforderung fortbesteht, aber der Wert der Leistung an Erfüllungs statt angerechnet wird (§§ 19 IV 1, 3 GmbHG). Auch hier ist aber zu beachten, dass die Regeln über die verdeckte Sacheinlage nur bei Gegenständen anwendbar sind, die grundsätzlich sacheinlagefähig sind.²⁸⁰ Erbringt der Gesellschafter an Erfüllungs statt eine Dienstleistung²⁸¹, hindert § 19 IV 1 GmbHG die Erfüllungswirkung dieser Leistung daher nicht, ohne dass es auf ihren Wert ankommt, der gemäß § 19 IV 3 GmbHG angerechnet werden würde, wenn es sich um eine verdeckte Sacheinlage handelte. Ein Problem ergibt sich, wenn der Wert der Dienstleistung unter dem Betrag der Geldeinlageverpflichtung liegt. Das Problem ist dasselbe, wie wenn der Gesellschafter zunächst seine Geldeinlage zahlt und sodann eine überhöhte Vergütung für die Dienstleistung bezieht.²⁸²

Wird die Leistung an Erfüllungs statt nicht „im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage“ abgesprochen, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt, hindert § 19 IV GmbHG die Erfüllungswirkung nicht. Fraglich ist, ob die Leistung an Erfüllungs statt daher wirksam ist.

In einem besonderen Fall hilft § 19 V GmbHG: Wird in der Erfüllungs statt Abrede (= „vor der Einlage“) vereinbart, dass der Gesellschafter an Erfüllungs statt eine neue Forderung gegen sich begründet (Novation), gilt diese Vorschrift entsprechend, weil das wirtschaftliche Ergebnis dasselbe ist, wie wenn der Gesellschafter zunächst zahlt und sodann eine Leistung

²⁷⁷ Siehe ausführlich unten S. 76 f.

²⁷⁸ *Wilhelm*, KapitalGesR, Rdn. 283.

²⁷⁹ Siehe oben S. 19 f.

²⁸⁰ Siehe oben S. 58 ff.

²⁸¹ Auch eine Dienstleistung kann an Erfüllungs statt erbracht werden; vgl. *Palandt/Grüneberg*, BGB, § 364 Rdn. 3.

²⁸² Dazu oben S. 58 ff.

der Gesellschaft erhält, die für die Gesellschaft einen Rückgewähranspruch begründet (z.B. Darlehensauszahlung).²⁸³ Die Neubegründung hat also Erfüllungswirkung, wenn die neue Forderung vollwertig und fällig ist bzw. sofort fällig gestellt werden kann (§ 19 V 1 GmbHG). Außerdem muss die Vereinbarung bei der Anmeldung offen gelegt werden (§ 19 V 2 GmbHG). Sind die Voraussetzungen des § 19 V GmbHG nicht erfüllt, besteht die Einlageforderung fort. Für die neue Forderung gelten die oben dargelegten Grundsätze.²⁸⁴

In sonstigen Fällen, in denen die Erfüllung statt Abrede erst nach der Übernahme der Geldeinlage vereinbart wird, ergibt sich aus dem Gesetz nicht (mehr) die Unzulässigkeit der Leistung an Erfüllung statt. Ob der Gesetzgeber dies wollte, kann zumindest bezweifelt werden. Es ist abzuwarten, welcher Meinungsstand sich hier entwickelt, insbesondere für Leistungen an Erfüllung statt, deren (Markt-)Wert unter dem vereinbarten Geldeinlagebetrag liegt.

b) Kapitalerhaltung

Bei der GmbH sind die grundsätzliche Vermögensbindung durch die Vorschriften der §§ 30, 31 GmbHG und das Sondervorteilsverbot einerseits [dazu aa)] und die flankierende Sanktion eines existenzvernichtenden Eingriffs andererseits [dazu bb)] zu unterscheiden. Abgerundet wird die Kapitalerhaltung, indem die Gesellschaft eigene Anteile nur unter bestimmten Voraussetzungen erwerben darf [dazu cc)].

aa) Vermögensbindung in der GmbH

Die Vermögensbindung in der GmbH unterscheidet sich von derjenigen bei der AG. Während für die AG eine umfassende, auf das ganze Gesellschaftsvermögen bezogene Vermögensbindung festgestellt werden konnte, die gleichzeitig dem Gläubiger- und Minderheitenschutz dient (§ 57 AktG mit der Rechtsfolge des § 62 AktG)²⁸⁵, ist bei der GmbH zwischen der auf das Stammkapital beschränkten Vermögensbindung im Gläubigerinteresse (§§ 30, 31 GmbHG) und der umfassenden Vermögensbindung im Interesse der Mitgesellschafter zu unterscheiden.²⁸⁶

aaa) Beschränkte Vermögensbindung im Gläubigerinteresse (§§ 30, 31 GmbHG)

Die dem Gläubigerinteresse dienenden Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbH-Rechts (§§ 30, 31 GmbHG) sind weniger streng als die des Aktienrechts. § 30 I 1 GmbHG verbietet nur die Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens. Der Begriff der „Auszahlung“ ist dabei – wie im Aktienrecht – im weiteren Sinne zu verstehen und nicht auf Leistungen von Bar- oder Buchgeld beschränkt.²⁸⁷ Nur soweit eine **offene oder verdeckte Ausschüttung von Vermögen** allerdings das Stammkapital angreift, trifft den GmbH-Gesellschafter im Interesse der auf das Stammkapital vertrauenden Gläubiger die verschuldensunabhängige Rückgewährpflicht des § 31 GmbHG.

²⁸³ § 19 IV GmbHG (verdeckte Sacheinlage) kommt in diesem Fall auch dann nicht zur Anwendung, wenn eine anfängliche Absprache vorliegt: eine Forderung gegen den Gesellschafter ist nicht sacheinlagefähig (siehe oben S. 56 f.).

²⁸⁴ Siehe oben S. 58 ff.

²⁸⁵ Siehe oben S. 22 f.

²⁸⁶ Umfassend zur Vermögensbindung bei Kapital- und Personengesellschaften *Bitter*, ZHR 168 (2004), 302 ff.

²⁸⁷ Vgl. BGH NJW 1887, 1194; hierfür spricht nach dem MoMiG auch § 30 I 2 GmbHG, der den Begriff „Leistung“ verwendet.

(1) Schutz des Stammkapitals (Haftung bei Unterbilanz)

Ob eine Zuwendung der Gesellschaft gemäß § 30 I 1 GmbHG verboten ist, weil sie das Stammkapital angreift, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen. Dafür erforderlich ist zweierlei: Die Zuwendung muss erstens auf Basis des Gesellschaftsverhältnisses (*causa societatis*) erfolgen; zweitens muss sie eine Unterbilanz herbeiführen oder eine bestehende Unterbilanz vertiefen.²⁸⁸

Eine Zuwendung erfolgt ohne weiteres *causa societatis*, wenn die Zuwendung ihren Grund unmittelbar in dem Gesellschaftsverhältnis hat, also zum Beispiel als „Gewinnauszahlung“, „Sonderzuwendung“ oder schlicht als „Rückzahlung der Einlage“ deklariert ist; auch die an einen ausgeschiedenen Gesellschafter gezahlte Abfindung ist eine Leistung *causa societatis* (vgl. auch § 34 III GmbHG). Die Voraussetzung ist aber regelmäßig auch erfüllt, wenn im Rahmen von Austauschgeschäften, die zum Nachteil der Gesellschaft unausgeglichen sind, eine **verdeckte Gewinnausschüttung** erfolgt, die Gesellschaft also eine Leistung zu günstig erbringt oder eine Leistung zu teuer erwirbt (= teilweise objektive Unentgeltlichkeit).²⁸⁹ Ist die Unausgewogenheit des Austauschgeschäfts nicht ausnahmsweise durch besondere, vom Gesellschafter darzulegende Umstände im Einzelfall gerechtfertigt, ist nämlich (im Zweifel) anzunehmen, dass die Unausgewogenheit aus dem Gesellschaftsverhältnis herrührt, dass also die Gesellschaft die Unausgewogenheit bei einem externen Dritten nicht hingenommen hätte.²⁹⁰

Eine **Unterbilanz** wird herbeigeführt oder vertieft, wenn das Nettovermögen der GmbH (Differenz zwischen Aktivvermögen und Verbindlichkeiten) durch die Zuwendung unter den Betrag des Stammkapitals (Stammkapitalziffer) fällt oder schon vorher darunter gelegen hat. Im ersten Fall ist die Zuwendung unzulässig, *soweit* sie eine Unterbilanz herstellt; im zweiten Fall ist sie verboten, *soweit* sie die bestehende Unterbilanz vertieft.

Beispiel: Eine GmbH mit einem Stammkapital von 40.000 Euro hat ein Nettovermögen von 50.000 Euro. Ein Gesellschafter erhält ohne Gegenleistung eine Sonderzuwendung von 20.000 Euro. Hierdurch sinkt das Nettovermögen auf 30.000 Euro. Die Sonderzuwendung hat daher in Höhe von 10.000 Euro eine Unterbilanz herbeigeführt (= Differenz zwischen Stammkapitalziffer und Nettovermögen) und ist daher insoweit verboten. Hätte das Nettovermögen bereits vor der Sonderzuwendung nur noch 30.000 Euro betragen, würde sie eine bestehende Unterbilanz um 20.000 Euro vertiefen (von 10.000 Euro auf 30.000 Euro) und wäre daher in voller Höhe verboten.

Das Auszahlungsverbot ist nicht auf den Betrag der Stammkapitalziffer begrenzt, sondern greift *erst recht* ein, wenn das zur Deckung des Stammkapitals erforderliche Vermögen bereits aufgebraucht ist, das Nettovermögen also durch die Auszahlung negativ wird (bilanzielle Überschuldung bzw. durch Eigenkapital nicht gedeckter Fehlbetrag i.S.v. § 268 III HGB). Im

²⁸⁸ Zum Begriff der Unterbilanz schon oben S. 34 ff.

²⁸⁹ Ausführlich *Bitter* (Fn. 15), S. 234 ff., zur objektiven Abgrenzung insbes. S. 239 ff.

²⁹⁰ Vgl. *Scholz/H.P. Westermann* (Fn. 63), § 30 Rdn. 32. BGH und h.M. stellen darauf ab, ob ein gewissenhaft nach kaufmännischen Grundsätzen handelnder Geschäftsführer das Geschäft unter sonst gleichen Umständen zu gleichen Bedingungen mit einem Nichtgesellschafter nicht abgeschlossen hätte (sog. Drittvergleich; vgl. z.B. BGH NJW 1987, 1194, 1195; WM 1996, 116, 117 = NJW 1996, 589 f.). Damit wird jedoch kein subjektives Merkmal in den Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung eingeführt (vgl. *Bitter* [Fn. 15], S. 240 f. m.w.N.; gegen die rein objektive Betrachtung allerdings *Wilhelm*, KapitalGesR, Rdn. 441).

Zustand der Überschuldung kann nämlich die Zahlung überhaupt nur noch aus Fremdmitteln, also unmittelbar auf Kosten der Gesellschaftsgläubiger geleistet werden.²⁹¹

Beispiel: Beträgt die Sonderzuwendung in dem o.g. Beispielsfall (Stammkapitalziffer: 40.000 Euro; Nettovermögen: 50.000 Euro) nicht 20.000, sondern 100.000 Euro, so dass das Nettovermögen danach bei minus 50.000 Euro steht (Überschuldung), erfasst das Verbot nicht nur das (komplett) verlorene Stammkapital (= 40.000 Euro), sondern erst recht auch die weiteren 50.000 Euro, um die das Nettovermögen negativ ist. Die verbotene Auszahlung beträgt also insgesamt 90.000 Euro.

Eine Unterbilanz kann auch durch eine verdeckte Gewinnausschüttung im Rahmen eines unausgeglichenen Austauschgeschäfts hergestellt oder vertieft werden.

Beispiel: Verkauft im o.g. Beispielsfall (Stammkapitalziffer: 40.000 Euro; Nettovermögen: 50.000 Euro) ein Gesellschafter der Gesellschaft einen Gegenstand im Wert von 5.000 Euro für 20.000 Euro und werden die Leistungen ausgetauscht, so hat die Gesellschaft dem Gesellschafter im Saldo 15.000 Euro (Differenzbetrag) als verdeckte Gewinnausschüttung zugewendet (teilweise objektive Unentgeltlichkeit). Nunmehr ist zu prüfen, inwieweit diese verdeckte Gewinnausschüttung zulasten des gemäß § 30 I 1 GmbHG geschützten Stammkapitals geht (d.h. eine Unterbilanz herstellt) und daher verboten ist. Durch die verdeckte Gewinnausschüttung ist das Nettovermögen der Gesellschaft auf 35.000 Euro gemindert worden. In Höhe von 5.000 Euro hat die verdeckte Gewinnausschüttung also eine Unterbilanz hergestellt; insoweit ist sie daher gemäß § 30 I 1 GmbHG verboten. Hätte das Nettovermögen bereits vor dem Austauschgeschäft nur 35.000 Euro betragen, würde die verdeckte Gewinnausschüttung die Unterbilanz um 15.000 Euro vertiefen (von 5.000 Euro auf 20.000 Euro) und wäre daher in voller Höhe verboten.

Für ein *ausgeglichenes* Austauschgeschäft gilt hingegen: Weil sich die Werte der erbrachten Leistungen entsprechen, liegt keine verbotene Auszahlung gemäß § 30 GmbHG vor, auch wenn schon eine Unterbilanz besteht: sie wird nämlich durch das Geschäft nicht vertieft.

Nach § 30 GmbHG verbotene Leistungen sind der Gesellschaft vom Gesellschafter zu erstatten, lösen also den **verschuldensunabhängigen Rückgewähranspruch** des § 31 I GmbHG aus.²⁹² War der Empfänger allerdings gutgläubig, gilt dies nur insoweit, wie die Rückgewähr zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist (§ 31 II GmbHG). Der Anspruch gemäß § 31 GmbHG entfällt nicht nachträglich wieder, wenn das Nettovermögen zwischenzeitlich anderweit bis zur Höhe der Stammkapitalziffer nachhaltig wiederhergestellt ist.²⁹³ Es kommt also ausschließlich darauf an, dass die Zuwendung im Zeitpunkt der Leistung unzulässig war.

Ist die Erstattung von dem Empfänger nicht zu erlangen, begründet § 31 III 1 GmbHG eine **Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter** für den zu erstattenden Betrag nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile, soweit die Erstattung zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Soweit einer dieser übrigen Gesellschafter ausfällt, wird sein Anteil wiederum anteilmäßig auf die restlichen Gesellschafter verteilt (§ 31 III 2 GmbHG). Für diese Ausfallhaftung ist allerdings zu beachten, dass sie nach der Rechtsprechung **auf den**

²⁹¹ Zur Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG bei Überschuldung siehe BGH NJW 1990, 1730, 1732; näher *Bitter* (Fn. 15), S. 233 f.

²⁹² Zur Haftung des *Geschäftsführers* für verbotene Auszahlungen (§ 43 III GmbHG) siehe oben S. 52 f.

²⁹³ BGHZ 144, 336 (Leistsatz 1).

Betrag der Stammkapitalziffer begrenzt ist und daher nicht auch den Betrag umfasst, um den das Nettovermögen durch eine verbotene Auszahlung negativ geworden ist (Überschuldung).²⁹⁴

Beispiel: In dem o.g. Beispielsfall (Stammkapitalziffer: 40.000 Euro; Nettovermögen: 50.000) muss zwar der eine Zuwendung von 100.000 Euro empfangende Gesellschafter 90.000 Euro erstatten (siehe oben). Die Ausfallhaftung aller Gesellschafter gemeinsam beschränkt sich hingegen auf das verlorene Stammkapital von 40.000 Euro. Der jeweilige Anteil eines einzelnen Gesellschafters an dieser Ausfallhaftung bestimmt sich nach seinem Geschäftsanteil. Sind etwa der Gesellschafter, der die 100.000 Euro erhalten hat, zur Hälfte und zwei weitere Gesellschafter zu je 1/4 beteiligt, so haften die beiden weiteren Gesellschafter nicht auf jeweils 40.000 Euro, sondern der Betrag von 40.000 Euro, auf den sie *in der Summe* haften, ist hälftig auf sie aufzuteilen, weil ihre Beteiligungen gleich hoch sind (je 1/4). Jeder haftet also auf 20.000 Euro. Ist dieser Betrag von einem der beiden allerdings nicht zu erlangen, so muss ihn der andere tragen (§ 31 III 2 GmbHG).

Die Gesellschafter, die gemäß § 31 III GmbHG Beträge erstattet haben, können von Geschäftsführern, die ein Verschulden an den Zahlungen trifft, Ersatz verlangen (§ 31 VI GmbHG).

Die Erstattungsansprüche verjähren gemäß § 31 V GmbH erst nach zehn bzw. bei Mitgesellschaftern nach fünf Jahren.

(2) Ausnahmefälle

Wie bei der AG (§ 57 I 3, 4 AktG) hat das MoMiG den Anwendungsbereich des Kapitalerhaltungsgebots auch bei der GmbH für bestimmte Ausnahmefälle eingeschränkt.

(a) Erstens gilt das Zahlungsverbot des § 30 GmbHG nicht, wenn die Leistung bei **Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags** (§ 291 AktG) erbracht wird (§ 30 I 2 Alt. 1 GmbHG)²⁹⁵. Damit wird die für den AG-Vertragskonzern in § 291 III AktG angeordnete und nach h.M. schon vor dem MoMiG analog beim GmbH-Vertragskonzern geltende²⁹⁶ Aufhebung der Kapitalbindung nun ausdrücklich in § 30 GmbHG festgeschrieben.²⁹⁷

(b) Das Zahlungsverbot gilt zweitens nicht, wenn die Leistung durch einen **vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter** gedeckt ist (§ 30 I 2 Alt. 2 GmbHG). Diese Neuregelung ist vor dem Hintergrund des sog. November-Urteils des BGH zu sehen.²⁹⁸ Die Entscheidung betraf den Fall, dass die Gesellschaft einem Gesellschafter ein Darlehen aus dem gebundenen Vermögen der GmbH gewährt und der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter vollwertig ist. Betrachtet man diesen Vorgang rein wertmäßig, so wird das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen nicht angetastet, weil der Abfluss aus dem gebundenen Vermögen (Darlehensauszahlung) durch einen Vermögenszufluss (vollwertiger Rückzahlungsanspruch in Höhe der Auszahlung) vollständig kompensiert wird. Bilanziell betrachtet ist das Vermögen der GmbH nicht reduziert, sondern es

²⁹⁴ BGHZ 150, 61 (Leitsatz 1).

²⁹⁵ Zum Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag oben S. 23 f.

²⁹⁶ Wilhelm, KapitalGesR, Rdn. 417; a.A. Bitter (Fn. 15), S. 359 f. m.w.N.

²⁹⁷ Zu § 291 III AktG oben S. 23 f.

²⁹⁸ BGHZ 157, 72 ff.

hat ein bloßer Aktivtausch stattgefunden (Bargeld gegen vollwertige Forderung). Gleichwohl hatte der BGH im November-Urteil auch bei einem vollwertigen Rückzahlungsanspruch einen Verstoß gegen § 30 I 1 GmbHG grundsätzlich bejaht, unter anderem mit dem Argument, Bargeld sei *faktisch* mehr wert als eine Forderung.²⁹⁹ Der BGH hatte damit § 30 I 1 GmbHG über einen bilanziellen (wertmäßigen) Vermögensschutz hinaus zu einem gegenständlichen Vermögensschutz ausgeweitet. Diese Entwicklung will der Gesetzgeber mit § 30 I 2 Alt. 2 GmbHG korrigieren und eindeutig zu einem **bilanziellen Denken** zurückkehren; das Stammkapital soll, wie es der Wortlaut von § 30 I 1 GmbHG nahe legt, eine rein bilanzielle (vermögensmäßige) Ausschüttungssperre sein.³⁰⁰

Über die Kreditgewährung an Gesellschafter hinaus gewinnt § 30 I 2 Alt. 2 GmbHG auch in Fällen eines Austauschgeschäfts zwischen Gesellschaft und Gesellschafter Bedeutung: Verkauft und übereignet die Gesellschaft einem Gesellschafter zum Beispiel einen Gegenstand zulasten des gebundenen Vermögens, liegt in der Übereignung keine verbotene „Auszahlung“³⁰¹, wenn der Kaufpreisanspruch der Gesellschaft (= „Gegenleistungsanspruch“) vollwertig ist *und* den Verlust des Gegenstandes wertmäßig komplett „deckt“ (Vollwertigkeits- und Deckungsgebot).³⁰² Erstens muss also das Vermögen des Gesellschafters alle seine Verbindlichkeiten abdecken (Vollwertigkeit) und zweitens muss der Kaufpreis dem Marktwert des weggegebenen Gegenstandes entsprechen (wertmäßige Deckung).

Noch offen ist hingegen, ob und ggf. welche Bedeutung § 30 I 2 Alt. 2 GmbHG bei sog. verdeckten Gewinnausschüttungen zukommt, wenn also das Austauschgeschäft unausgeglichen ist. Weil in diesem Fall die Forderung gegen den Gesellschafter hinter der Leistung der Gesellschaft zurückbleibt (keine wertmäßige Deckung), greift § 30 I 2 Alt. 2 GmbHG unabhängig von der Vollwertigkeit der Forderung nicht ein. Andererseits kann § 30 I 2 Alt. 2 GmbHG aber zumindest für den Fall der Vollwertigkeit der Forderung auch nicht so verstanden werden, dass wegen der fehlenden wertmäßigen Deckung die gesamte Leistung der Gesellschaft gegen § 30 I 1 GmbHG verstößt: gerade wegen der Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise muss die vollwertige Forderung auf die Gegenleistung genauso berücksichtigt werden wie eine später erbrachte Gegenleistung. Daher liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung auch bei noch nicht erbrachter Gegenleistung des Gesellschafters nur in Höhe der Wertdifferenz vor; sie ist gemäß § 30 I 1 GmbHG verboten, soweit sie das Stammkapital antastet.

Ebenfalls nicht anwendbar ist § 30 I 2 Alt. 2 GmbHG im umgekehrten Fall eines Austauschgeschäftes, in dem zwar die wertmäßige Deckung gegeben ist (fehlende Unausgeglichenheit), die Forderung gegen den Gesellschafter auf Erbringung der noch ausstehenden Gegenleistung aber nicht vollwertig ist, weil das Vermögen des Gesellschafters nicht seine gesamten Verbindlichkeiten deckt. Zweifelhaft mag in diesem Fall sein, ob die Vorleistung der Gesellschaft in diesem Fall in voller Höhe oder nur insoweit als Verstoß gegen § 30 I 1 GmbHG anzusehen ist, wie die Forderung gegen den Gesellschafter nicht werthaltig ist. Davon unabhängig ist dem Gesellschafter jedenfalls die Möglichkeit zuzusprechen, den Verbotstatbestand dadurch *vollständig* zu beseitigen, dass er die geschuldete Gegenleistung erbringt. Wird nämlich die wertmäßig ausgeglichene Leistung tatsächlich in das Gesellschaftsvermögen erbracht, spielt der Vermögensstand des Gesellschafters (Vollwertigkeit) keine Rolle mehr.

²⁹⁹ Inzwischen ist der BGH – auch unter Hinweis auf das MoMiG – von dieser Sichtweise wieder abgerückt und nimmt bei einem vollwertigen Rückgewähranspruch keine verbotene Auszahlung an; vgl. BGHZ 179, 71 = NJW 2009, 850 (Leitsatz 1) – MPS.

³⁰⁰ Vgl. Begründung zu Art. 1 Ziff. 20 RegE-MoMiG (BT-Drucks. 16/6140, S. 41).

³⁰¹ Zur weiten Auslegung des Begriffs der „Auszahlung“ siehe Fn. 287.

³⁰² Vgl. Begründung zu Art. 1 Ziff. 20 RegE-MoMiG (BT-Drucks. 16/6140, S. 41).

Sowohl in Fällen der Kreditgewährung als auch bei Austauschgeschäften wird die „Auszahlung“ nicht deshalb nachträglich unzulässig, weil spätere, nicht vorhersehbare negative Entwicklungen dazu führen, dass die Forderung gegen den Gesellschafter bilanziell abgewertet werden muss.³⁰³

(c) Ebenfalls nur bei Kenntnis der früheren BGH-Rechtsprechung zu verstehen ist die dritte Ausnahme vom Zahlungsverbot: Gemäß § 30 I 3 GmbHG ist dieses nicht anzuwenden auf die **Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens** oder Leistungen auf Forderung aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen. Durch diesen sog. Nichtanwendungserlass will der Gesetzgeber des MoMiG in Fällen, in denen Gesellschafter ihre GmbH nicht durch Eigenkapital, sondern durch Gesellschafterdarlehen oder vergleichbare Mittelzuführung finanzieren, verhindern, dass dieses Fremdkapital dem gemäß § 30 GmbHG gebundenen Vermögen zugeordnet wird mit der Folge, dass eine Rückzahlung der Finanzierung aus dem gebundenen Vermögen einen Erstattungsanspruch gemäß § 31 GmbHG auslöst. Vor dem MoMiG hat der BGH nämlich eine solche Zuordnung vorgenommen und mit diesen sog. „Rechtsprechungsregeln“ ein zweites Schutzinstrumentarium geschaffen, das neben die gesetzlichen Regeln für Gesellschafterdarlehen trat. In Zukunft sollen für Gesellschafterdarlehen nicht mehr die §§ 30, 31 GmbHG, sondern nur noch die – durch das MoMiG ebenfalls reformierten und in der Insolvenzordnung zusammengefassten – Vorgaben der §§ 39, 135 InsO gelten, die an späterer Stelle noch darzustellen sein werden.³⁰⁴

bbb) Umfassende Vermögensbindung im Minderheitsinteresse

Über die Erhaltung des Stammkapitals gemäß § 30 GmbHG hinaus besteht nicht nur bei der AG, sondern auch bei der GmbH eine umfassende Vermögensbindung, wenn Minderheitsgesellschafter vorhanden sind. Verschafft sich ein Gesellschafter durch eine offene oder verdeckte Vermögensverlagerung zulasten der Mitgesellschafter einen Sondervorteil, löst dies zwei verschiedene Ansprüche aus:

- einen verschuldensabhängigen Anspruch auf Schadensersatz wegen Treuepflichtverletzung, der letztlich dem zivilrechtlichen Anspruch wegen Vertragsverletzung (§§ 280, 241 II BGB) gleicht³⁰⁵, sowie
- einen verschuldensunabhängigen, gesellschaftsrechtlichen Anspruch auf Rückgewähr des Sondervorteils. Diesem Anspruch liegt die Wertung zugrunde, dass das Vermögen der Gesellschaft aufgrund der gemeinsamen Zweckbindung im Grundsatz allen Gesellschaftern in gleicher Weise zusteht und die Gesellschafter Anspruch auf Gleichbehandlung haben. Da die gemeinsame Zweckverfolgung nur durch Rückgewähr des Sondervorteils sichergestellt werden kann, folgt der Anspruch letztlich aus einer interessengerechten Auslegung des Gesellschaftsvertrags.³⁰⁶

³⁰³ Begründung zu Art. 1 Ziff. 20 RegE-MoMiG (BT-Drucks. 16/6140, S. 41).

³⁰⁴ Siehe unten S. 74 f.

³⁰⁵ Dazu eingehend *Bitter* (Fn. 15), S. 272 ff.

³⁰⁶ Vgl. dazu eingehend *Bitter* (Fn. 15), S. 286 ff.; *ders.*, ZHR 168 (2004), 302 ff. in Auseinandersetzung mit einer verbreiteten Ansicht, die auf einen Kompetenzverstoß der Geschäftsführer abstellt und den Anspruch wegen angeblicher Unwirksamkeit des Geschäfts auf § 812 BGB stützt. Unabhängig von der richtigen Anspruchgrundlage kommt der verschuldensunabhängige Rückgewähranspruch in der Praxis wegen des meist ohnehin vorliegenden Verschuldens des Gesellschafters nicht zum Tragen, ist aber in einer gutachtlichen Prüfung (z.B. in der Klausur) ergänzend heranzuziehen.

Der Unterschied zwischen beiden Ansprüchen besteht – von der Voraussetzung des Verschuldens abgesehen – in der Rechtsfolge. Rückgewähr bedeutet, dass nur derjenige Betrag vom Gesellschafter zu zahlen ist, den er tatsächlich erhalten hat. Schadensersatz bedeutet, dass auch darüber hinausgehende Beträge zu zahlen sind, wenn der Vorgang neben dem reinen Vermögensabfluss weitere (Folge-)Schäden verursacht hat.

⇒ vgl. Fall Nr. 9 – ITT

bb) Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs

Da im GmbH-Recht – anders als im Aktienrecht – nicht jede Auszahlung verboten ist, sondern bei den Anspruchsgrundlagen jeweils differenziert werden muss, ob Minderheitsgesellschafter vorhanden sind (dann umfassender Vermögensbestandsschutz) oder nicht (dann nur beschränkter Stammkapitalschutz), können Lücken im Gläubigerschutz auftreten. Handelt es sich nämlich um eine Einpersonen-GmbH oder handeln alle Gesellschafter einverständlich, gibt es keinen Schadensersatzanspruch wegen Treuepflichtverletzung der Gesellschaft.³⁰⁷ Der im Interesse der Gläubiger bestehende Anspruch aus § 31 GmbHG ist jedoch nur auf Rückgewähr des Vermögensvorteils gerichtet, den der Gläubiger empfangen hat. Erleidet die Einpersonen-GmbH aufgrund einer nachteiligen Maßnahme des Alleingeschafters einen Schaden, der über den gewährten Vermögensvorteil hinausgeht oder handelt es sich bei dem Eingriff überhaupt nicht um einen Fall der offenen oder verdeckten Einlagenrückgewähr, steht der GmbH kein Anspruch gegen den Gesellschafter zu.³⁰⁸ Der Insolvenzverwalter im Verfahren über das Vermögen der GmbH kann dann aber keine Ansprüche gegen den/die Gesellschafter geltend machen, um die Masse zu Gunsten der Gläubiger aufzufüllen.

Um diese Lücke im gesetzlichen Schutzsystem zu schließen, hat der Bundesgerichtshof zunächst einen konzernrechtlichen Haftungsansatz entwickelt (sog. Haftung im qualifiziert faktischen Konzern)³⁰⁹, diesen dann allerdings in den Urteilen „Bremer-Vulkan“³¹⁰ und „KBV“³¹¹ zugunsten einer allgemeinen, nicht von Konzernsachverhalten abhängigen Missbrauchshaftung der Gesellschafter wegen „**existenzvernichtenden Eingriffs**“ aufgegeben. Diese „Existenzvernichtungshaftung“ soll eingreifen, wenn die GmbH aufgrund der missbräuchlichen Eingriffe des Gesellschafters ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann. Die Gesellschafter missachten durch solche zur Insolvenz der GmbH führende oder diese vertiefende (kompensationslose) Eingriffe nämlich die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens, das vorrangig dazu dient, die Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen.

Ein solcher Vorwurf kann den Gesellschaftern bei bloßen Managementfehlern nicht gemacht werden.³¹² Hingegen kann ein zur Haftung führendes missbräuchliches Verhalten vorliegen, wenn der Gesellschafter die GmbH durch Abzug aller Ressourcen quasi „auf kaltem Wege liquidiert“. Meist werden die Vermögenswerte in diesen Fällen auf eine neu gegründete GmbH übertragen (sog. GmbH-Stafette). Es ist aber auch an Fälle zu denken, in denen ein

³⁰⁷ BGHZ 142, 92 = NJW 1999, 2817; BGH NJW 2000, 1571 = WM 2000, 575; BGH ZIP 2008, 308 = WM 2008, 302 (Rdn. 15); eingehend *Bitter* (Fn. 15), S. 304 ff.

³⁰⁸ Ansprüche gegen den Geschäftsführer (!) aus § 43 GmbHG sind allerdings möglich (vgl. § 43 III GmbHG).

³⁰⁹ BGHZ 95, 330 = NJW 1986, 188 – Autokran; BGHZ 107, 7 = NJW 1989, 1800 – Tiefbau; BGHZ 115, 187 = NJW 1991, 3142 – Video; dazu umfassend *Bitter* (Fn. 15), S. 432 ff.

³¹⁰ BGHZ 149, 10 = NJW 2001, 3622 – Bremer Vulkan; dazu *Bitter*, WM 2001, 2133; vgl. auch BGH WM 2002, 960 m. Anm. *Bitter*, WuB II C. § 13 GmbHG 2.02.

³¹¹ BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024 – KBV.

³¹² BGH ZIP 2005, 250 (Leitsatz 1).

risikoreiches Projekt auf eine Tochter-GmbH ausgelagert wird, wenn die Verluste im Fall des Fehlschlagens wegen Unterkapitalisierung der GmbH notwendig die Gläubiger treffen. Die hier vorliegende „einseitige Spekulation auf Kosten der Gläubiger“ ist verboten.³¹³ In einem neuen Urteil hat es der BGH zwar abgelehnt, aufgrund einer zur Insolvenz der GmbH führenden materiellen Unterkapitalisierung, also einer für die Geschäftstätigkeit unzureichenden Kapitalausstattung, eine Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs anzunehmen: In diesem Fall fehle der für die Haftung erforderliche kompensationslose Eingriff in das im Gläubigerinteresse zweckgebundene Gesellschaftsvermögen der GmbH und ein Haftungsdurchgriff auf den Gesellschafter wegen materieller Unterkapitalisierung sei nicht anzuerkennen.³¹⁴ Doch überzeugt diese Ablehnung einer Durchgriffshaftung wegen Missbrauchs der Rechtsform jedenfalls für Fälle eindeutiger Unterkapitalisierung nicht. Insbesondere kann aus der Beschränkung des GmbHG auf eine Regelung zum Mindestkapital kein Freibrief hergeleitet werden, nach Aufbringung dieses „Eintrittsgeldes“ frei zu Lasten der Gläubiger zu spekulieren.³¹⁵

Bei der Frage, welche Rechtsfolgen ein existenzvernichtender Eingriff eines Gesellschafters auslöst, war der BGH zunächst mit Recht davon ausgegangen, der Gesellschafter könne sich wegen eines Missbrauchs der Rechtsform der GmbH nicht auf die Haftungsbeschränkung des § 13 II GmbHG berufen und es werde daher auf sein Privatvermögen „durchgegriffen“; der Gesellschafter haftete danach unbeschränkt persönlich für die Verbindlichkeiten der GmbH (Außenhaftung).³¹⁶ Die Existenzvernichtungshaftung war danach nur eine **Fallgruppe der allgemeinen Durchgriffshaftung**, wie sie die Rechtsprechung insbesondere in Fällen der umfassenden Vermischung von Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen anerkennt.³¹⁷

Jüngst hat der BGH eine wenig überzeugende Wende vollzogen³¹⁸: Er sieht existenzvernichtende Eingriffe des Gesellschafters in das Gesellschaftsvermögen ausschließlich als besondere **Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung** (§ 826 BGB) *der Gesellschaft* an und beschränkt ihre Rechtsfolgen daher auf eine schadensersatzrechtliche Haftung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft (Binnenhaftung).³¹⁹ Damit werden die Rechtsfolgen eines existenzvernichtenden Eingriffs denen eines Verstoßes gegen die gesetzlichen Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG angeglichen. Nach der neuen Rechtsprechung sind die Schadensersatzansprüche aus Existenzvernichtungshaftung gemäß § 826 BGB auch nicht mehr subsidiär gegenüber Erstattungsansprüchen aus §§ 31, 30 GmbHG, sondern es besteht zwischen ihnen – soweit sie sich überschneiden – Anspruchsgrundlagenkonkurrenz.³²⁰ Die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs flankiert damit gewissermaßen die Vorschriften der §§ 30, 31 GmbHG. Die Anspruchsgrundlagenkonkurrenz führt freilich nicht

³¹³ BGH NJW 1994, 446, 447 – EDV; BGH NJW 2000, 1571, 1572; dazu *Bitter*, WM 2001, 2133, 2136 f.

³¹⁴ BGHZ 176, 204 = NJW 2008, 2437 = ZIP 2008, 1232 = WM 2008, 1220 – Gamma; dazu *Veil*, NJW 2008, 3265.

³¹⁵ Dazu eingehend *Bitter*, in: Bachmann/Casper/Schäfer/Veil (Hrsg.), Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2007, S. 57 ff.; *Bitter* (Fn. 15), S. 110 ff., 531 ff.; ein existenzvernichtender Eingriff fehlt allerdings, wenn das Verhalten des Gesellschafters bei einer Gesamtschau als Rettungsversuch zu werten ist (vgl. BGH ZIP 2008, 1329).

³¹⁶ So BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024 – KBV; für die Durchgriffshaftung zuvor schon *Bitter* (o. Fn. 15), S. 490 ff.; *ders.*, WM 2001, 2133.

³¹⁷ BGHZ 22, 226, 230 = WM 1057, 59, 60; BGHZ 95, 330 = NJW 1986, 188 – Autokran; BGH WM 1994, 896; umfassend zu den Grundlagen und Fallgruppen der Durchgriffshaftung *Bitter* (Fn. 15), S. 82 ff.

³¹⁸ Nachdrücklich zustimmend hingegen *Weller*, ZIP 2007, 1681 ff. („dogmatisches Kabinettstück“).

³¹⁹ BGHZ 173, 246 = NJW 2007, 2689 = ZIP 2007, 1552 = WM 2007, 1572 (Leitsatz 2) – Trihotel.

³²⁰ BGHZ 173, 246 = NJW 2007, 2689 = ZIP 2007, 1552 = WM 2007, 1572 (Leitsatz 3) – Trihotel.

dazu, dass der Gesellschafter doppelt zahlen muss, sondern die Erfüllung des einen Anspruchs lässt auch den anderen entfallen.

Der wesentliche Unterschied zwischen dem alten und dem neuen Haftungsmodell liegt darin, dass die neue Binnenhaftung auf den Schaden begrenzt ist, der der Gesellschaft durch den Eingriff zurechenbar entstanden ist, während die alte Außenhaftung zu einer unbeschränkten Haftung für sämtliche (!) Verbindlichkeiten der GmbH führte. Ihr Nachteil besteht jedoch darin, dass der neuerdings der GmbH zugesprochene Anspruch in den praktisch häufigen Fällen, in denen mangels Masse kein Insolvenzverfahren eröffnet wird (§ 26 InsO), nicht von einem Insolvenzverwalter geltend gemacht werden kann und der Gläubiger dann auf den in der Praxis sehr umständlichen Umweg verwiesen ist, den Anspruch der GmbH pfänden zu müssen. Zudem fehlt eine dogmatische Begründung dafür, warum ein durch das Verhalten der Gesellschafter sittenwidrig geschädigter Gläubiger nicht zumindest aus § 826 BGB unmittelbar auf den Schadensverursacher soll zugreifen können, wie dies außerhalb der Existenzvernichtungshaftung auch vom BGH anerkannt wird.³²¹

Die Existenzvernichtungshaftung kommt nicht nur bei einer werbenden Gesellschaft, sondern (erst recht) auch im Stadium der Liquidation der Gesellschaft (§§ 69 ff. GmbHG) in Betracht.³²² Dabei genügt bereits eine vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung des zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens; die speziellen „Zusatzkriterien“ einer Insolvenzverursachung oder -verschleppung müssen nicht erfüllt sein.³²³

cc) Erwerb eigener Anteile

Der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die GmbH ist eine Art der Einlagerückgewähr. § 33 GmbHG lässt ihn daher nur unter bestimmten Voraussetzungen zu. Zunächst muss die Einlage auf den Geschäftsanteil voll eingezahlt sein (§ 33 I GmbHG). Außerdem muss die Gesellschaft den Erwerb aus freiem Vermögen finanzieren können, der Kaufpreis darf also nicht zulasten des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens gehen; auch eine gesellschaftsvertraglich vorgesehene Rücklage, die nicht zur Zahlung an den Gesellschafter genutzt werden darf, muss unangetastet bleiben (§ 33 II 1 GmbHG).

Aus einem zulässigerweise erworbenen eigenen Geschäftsanteil kann die Gesellschaft keine mitgliedschaftlichen Rechte ausüben.³²⁴

c) Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Rechtshandlungen

Vor dem MoMiG sah das GmbHG in den §§ 32a, 32b GmbHG a.F. Regelungen für sog. eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen vor, die nunmehr gestrichen wurden. Das Recht der Gesellschafterdarlehen ist seit dem MoMiG ausschließlich in der Insolvenzordnung (InsO) geregelt (§§ 39, 44a, 135 InsO).³²⁵

³²¹ Vgl. z.B. BGH NJW 1979, 2104 und NJW-RR 1988, 1181 zur sozialwidrigen Risikoabwälzung auf Dritte; BGH NJW 1984, 2284 und NJW-RR 1991, 1312 zur Täuschung über die Bereitschaft/Fähigkeit der GmbH zur Erfüllung von Verträgen.

³²² BGH NJW 2009, 2127 (Leitsatz 1) – Sanitary.

³²³ BGH NJW 2009, 2127 (Leitsatz 2) – Sanitary.

³²⁴ Hueck/Windbichler, GesR, §§ 22 Rdn. 21 a.E. m.w.N.

³²⁵ Ausführlich zur Neuregelung *Altmeyen*, NJW 2008, 3601.

Diese Regelungen für Gesellschafterdarlehen sind vor folgendem Hintergrund zu sehen: Grundsätzlich kann ein Gesellschafter, der – z.B. aus Warenlieferung – eine Forderung gegen „seine“ GmbH hat, an einem Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH wie jeder andere Gläubiger teilnehmen, d.h. seine Forderung zur Insolvenztabelle anmelden. Genau von diesem Grundsatz macht die Insolvenzordnung allerdings eine Ausnahme für Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Rechtshandlungen:

Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, **sind nachrangig** (§ 39 I Nr. 5 InsO). Der Nachrang bedeutet, dass die betreffenden Forderungen erst und nur dann befriedigt werden, wenn alle Gläubiger voll befriedigt wurden, die keine nachrangigen, sondern normale Insolvenzforderungen haben. Da in der Praxis schon auf reguläre Insolvenzforderungen regelmäßig nur eine geringe Quote ausgeschüttet wird, bedeutet dies faktisch, dass für nachrangige Gläubiger nichts mehr zur Verteilung übrig bleibt, deren Forderungen in der Insolvenz also gänzlich wertlos sind. Eine Ausnahme von diesem Nachrang gilt, wenn ein Gläubiger bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder bei Überschuldung Anteile zum Zweck ihrer Sanierung erwirbt (sog. Sanierungsprivileg gemäß § 39 IV 2 InsO); allerdings endet dieses Privileg mit der nachhaltigen Sanierung der Gesellschaft. *Nicht* nachrangig gemäß § 39 I Nr. 5 InsO sind auch die Forderungen eines nicht geschäftsführenden Gesellschafters, der mit 10 Prozent oder weniger am Haftkapital beteiligt ist (sog. Zwergsanteilsprivileg gemäß § 39 V InsO).

Der Gesellschafter steht auch dann nicht einem „normalen“ Darlehensgläubiger gleich, wenn er vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch eine Leistung auf seinen Darlehensrückgewähranspruch oder seine gleichgestellte Forderung von der Gesellschaft erlangt hat. In diesem Fall **unterliegt die Rückzahlung** der sog. **Insolvenzanfechtung**³²⁶ durch den Insolvenzverwalter: Gemäß § 135 I Nr. 2 InsO i.V.m. § 143 InsO muss der Gesellschafter die Leistung zurückgewähren, wenn er sie binnen eines Jahres vor dem Insolvenzantrag oder danach erhalten hat. Auf diese insolvenzrechtliche Rückgewährpflicht des Gesellschafters gemäß §§ 135, 143 InsO sind die Rechtsfolgen der Gesellschafterdarlehen seit dem MoMiG allerdings auch beschränkt. Der früher von der Rechtsprechung befürworteten analogen Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften (§§ 30, 31 GmbHG) bei Rückzahlung sog. eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen aus gebundenem Vermögen (sog. Rechtsprechungsregeln) hat der Gesetzgeber – wie schon erwähnt – nunmehr einen Riegel vorgeschoben: In § 30 I 3 GmbHG wird das Auszahlungsverbot des § 30 I 1 GmbHG ausdrücklich für unanwendbar erklärt, wenn ein Gesellschafterdarlehen zurückgeführt oder Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen erbracht werden, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen.³²⁷

Eine besondere Regelung trifft § 135 III InsO für den Fall, dass ein Gesellschafter der Gesellschaft einen Gegenstand zum Gebrauch oder zur Ausübung überlassen hat (früher sog. eigenkapitalersetzende **Nutzungsüberlassung**): Der Aussonderungsanspruch des Gesellschafters (§ 47 InsO) kann während der Dauer des Insolvenzverfahrens, höchstens aber für eine Zeit von einem Jahr ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht geltend gemacht werden, wenn der Gegenstand für die Fortführung des Unternehmens des Schuldners von erheblicher

³²⁶ Die Insolvenzanfechtung ist nicht mit der Anfechtung von Willenserklärungen gemäß §§ 119 ff., 142 BGB zu verwechseln, die zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt. Die Insolvenzanfechtung bewirkt nur, dass ein aus der Insolvenzmasse fortgegebener Gegenstand haftungsrechtlich noch zur Masse gezählt wird und folglich von dem Empfänger zur Masse zurückzugewähren ist.

³²⁷ Zu § 30 I 3 GmbHG näher oben S. 66 ff.

Bedeutung ist (Satz 1). Für den Gebrauch oder die Ausübung des Gegenstandes gebührt dem Gesellschafter allerdings ein Ausgleich, bei dessen Berechnung der Durchschnitt der im letzten Jahr vor Verfahrenseröffnung geleisteten Vergütung in Ansatz zu bringen ist, bei kürzerer Dauer der Überlassung der Durchschnitt während dieses Zeitraums (Satz 2).

Hinter den gesetzlichen Regelungen zu Darlehen und Gebrauchsüberlassungen des Gesellschafters steht folgende Idee: Der Gesellschafter steht der Gesellschaft näher als sonstige Gläubiger; er hat Einblick in die internen Verhältnisse der Gesellschaft und ist für deren Finanzierung verantwortlich. Dies rechtfertigt es, dass er im Falle des Scheiterns der Gesellschaft mit denjenigen Forderungen/Rechten hinten an steht, welche aus Handlungen resultieren, die der Finanzierung der Gesellschaft gedient haben.

Die Forderung des Gesellschafters auf Rückgewähr des Gesellschafterdarlehens bzw. aus der gleichgestellten Rechtshandlung ist trotz des Nachrangs gemäß § 39 I Nr. 5 InsO grundsätzlich bei der Beurteilung einer Überschuldung der Gesellschaft (Insolvenzgrund nach § 19 InsO) als Verbindlichkeit zu berücksichtigen. Etwas anders gilt gemäß § 19 II 2 InsO nur, wenn der Gesellschafter mit der Gesellschaft gemäß § 39 II InsO den Nachrang der Forderung im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO bezeichneten Forderungen vereinbart hat (Rangrücktritt).

d) Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung

Für Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung (§§ 55 ff. GmbHG) gelten die gleichen begrifflichen Differenzierungen wie bei der AG. Auch hier ist jeweils die Unterscheidung nominell – effektiv zu beachten.³²⁸

Für Kapitalerhöhungen gelten die Grundsätze zur Kapitalaufbringung³²⁹ entsprechend (§§ 56 II, 56a GmbHG). Dies gilt auch für § 19 II 1 GmbHG (keine Befreiung des Gesellschafters von der Einlageleistung), obwohl die §§ 56, 56a GmbHG nicht auf ihn verweisen. Als allgemeine Vorschrift gilt § 19 II 1 GmbHG nämlich für sämtliche Einlageverpflichtungen. Auf die in §§ 56 II, 56a GmbHG genannten Vorschriften musste hingegen für die Kapitalerhöhung explizit verwiesen werden, weil sie nach ihrem Wortlaut nur die Gründung der Gesellschaft betreffen.³³⁰ Für die Verweisung des § 56 II GmbHG auf § 19 II 2 GmbHG (Beschränkung der Aufrechnung) ist zu beachten, dass die Vorgabe, die der von § 19 II 2 GmbHG in Bezug genommene § 5 IV 1 GmbHG für die Gründung macht, für die Kapitalerhöhung separat in § 56 I 1 GmbHG festgeschrieben ist. Daher bezieht sich § 19 II 2 GmbHG in diesem Fall auf § 56 I 1 GmbHG.

Besondere Bedeutung bei der Kapitalerhöhung hat der Verweis in § 56 II GmbHG auf die Regeln zur **verdeckten Sacheinlage** (§ 19 IV GmbHG). Praxisrelevant ist die verdeckte Einlage einer Forderung *gegen die Gesellschaft* im Rahmen einer Kapitalerhöhung. Der typische Vorgang ist folgender: Der Gesellschafter hat gegen die Gesellschaft eine Forderung, z.B. auf Rückzahlung eines Darlehens, das er der Gesellschaft gewährt hat. Im Kapitalerhöhungsbeschluss übernimmt er eine Geldeinlage, gleichzeitig wird aber abgesprochen, dass die Gesellschaft das eingezahlte Geld nutzt, um das Darlehen zu tilgen. Anschließend wird das Geld

³²⁸ Siehe oben S. 23.

³²⁹ Siehe oben S. 55 ff.

³³⁰ Vgl. Begründung zu Art. 1 Ziff. 33 RegE-MoMiG (BT-Drucks. 16/6140, S. 45).

wie geplant hin- und hergezahlt.³³¹ Wirtschaftlich gesehen hat der Gesellschafter hier lediglich seine Forderung auf Darlehensrückzahlung eingebracht, weil er am Ende nur sie und kein Geld verloren hat. Da dieses wirtschaftliche Ergebnis auch verabredet war, ist der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage erfüllt (§ 19 IV 1 GmbHG). Der Gesellschafter hat seine Forderung verdeckt eingelegt. Seine Einlageverpflichtung besteht daher grundsätzlich fort (§ 19 IV 1 GmbHG), jedoch ist der Wert der verdeckt eingelegten Forderung auf sie anzurechnen (§ 19 IV 3 GmbHG). Entspricht der Nennbetrag der Forderung des Gesellschafters demjenigen seiner Einlageverpflichtung aus der Kapitalerhöhung, und war die Forderung darüber hinaus vollwertig (Deckung sämtlicher Verbindlichkeiten durch das Vermögen der Gesellschaft), entfällt seine Einlageverpflichtung infolge der Anrechnung komplett. War die (verdeckt eingelegte) Forderung des Gesellschafters teilweise wertlos, besteht seine Einlageverpflichtung trotz Anrechnung im Umfang der Wertlosigkeit fort.

Die Grundsätze zur verdeckten Sacheinlage gelten auch, wenn im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage anstelle des oben geschilderten tatsächlichen Hin- und Herzahlens vereinbart wird, dass die Gesellschaft direkt die Aufrechnung der gegenseitigen Forderungen erklärt oder eine Aufrechnungsvereinbarung geschlossen wird: Gerade in diesem Fall hat der Gesellschafter nämlich wirtschaftlich gesehen nur seine Forderung gegen die Gesellschaft für die Einlage aufgewendet.³³² Auch wenn eine Aufrechnung des Gesellschafters vereinbart wird, erscheint es vertretbar, anstelle von § 19 II 2 GmbHG, auf den § 56 II GmbHG auch verweist, § 19 IV GmbHG anzuwenden.³³³

5. Die GmbH im Unternehmensverbund

Ein gesetzlich geregeltes Konzernrecht gibt es nur für die Aktiengesellschaft.³³⁴ Für die GmbH ist das Konzernrecht durch Rechtsprechung und Literatur entwickelt worden. Die Grundbegriffe über verbundene Unternehmen (§§ 15 ff. AktG) kommen auch hier zur Anwendung. Daher ist nach h.M. auch bei der GmbH zu unterscheiden zwischen faktischem Konzern und Vertragskonzern.

Ein **faktischer Konzern** besteht, wenn ein Unternehmensgesellschafter aufgrund seiner Mehrheits- oder Alleingesellschafterstellung auf eine abhängige GmbH bestimmenden Einfluss nehmen kann. Besondere Haftungsregeln gibt es für diesen Fall nicht, insbesondere kommen die §§ 311 ff. AktG nicht analog zur Anwendung. Die durch § 311 AktG eröffnete Möglichkeit nachteiliger Einflussnahme bei gleichzeitigem Ausgleich der Nachteile (so genanntes Schädigungsprivileg) ist bei der GmbH nicht anwendbar, weil die Treuepflicht jeden Sondervorteil zulasten der Mitgesellschafter verbietet.³³⁵ Es kommen also die normalen, zuvor dargestellten Kapitalerhaltungsregeln³³⁶ zur Anwendung.

³³¹ Gleiches gilt, wenn die Gesellschaft zuerst das Darlehen tilgt und der Gesellschafter anschließend die Einlage zahlt. Die zeitliche Reihenfolge ist also irrelevant (vgl. zu § 19 V GmbHG, wo dasselbe gilt Fn. 256). § 19 V GmbHG kommt in diesen Fällen nicht zur Anwendung, weil die Vorschriften über die verdeckte Sacheinlage vorgehen (vgl. den Wortlaut des § 19 V GmbHG).

³³² Siehe oben S. 58 ff.

³³³ Siehe oben S. 58 ff.; so für den hier geschilderten Fall der verdeckten Sacheinlage einer Forderung auch *Wicke*, GmbHG, 1. Aufl. 2008, § 19 Rdn. 12.

³³⁴ Dazu oben S. 23 ff.; das Konzernrecht der GmbH wird hier der Vollständigkeit halber kurz dargestellt, um die Unterschiede zum Aktienkonzernrecht aufzuzeigen; ausführlich zum Konzernrecht der GmbH *Karsten Schmidt*, GesR, § 39 (S. 1210 ff.)

³³⁵ Vgl. dazu den ITT-Fall oben S. 66

³³⁶ Siehe oben S. 66 ff.

Bereits vor dem MoMiG wurde ein **Vertragskonzern** von der h.M. auch im GmbH-Recht für möglich erachtet. Dieser h.M. hat sich der Gesetzgeber nunmehr angeschlossen, indem er durch das MoMiG in § 30 I 2 GmbHG ausdrücklich eine Regelung für den Fall getroffen hat, dass ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag besteht. Als einen Beherrschungsvertrag wollen der BGH und die h.L. die in der Praxis häufig anzutreffenden steuerlichen Organschaftsverträge qualifizieren.³³⁷ Durch einen solchen Organschaftsvertrag (§§ 14, 17 Satz 2 Nr. 2 KStG) wird das körperschaftsteuerliche Ergebnis der GmbH dem herrschenden Unternehmen zugerechnet, wodurch die Möglichkeit der Verrechnung von Gewinnen und Verlusten der organschaftlich verbundenen Gesellschaften geschaffen wird. Da nur auf das Gesamtergebnis Steuern zu zahlen sind, können erhebliche Steuerbeträge eingespart werden, wenn eine Konzerngesellschaft Verlust und eine andere Gewinn macht. Rechtsfolge des Beherrschungsvertrags ist – wie bei der AG – eine Verlustausgleichspflicht analog § 302 AktG. Diese *gesetzliche* Verlustausgleichspflicht ist allerdings bei den steuerlichen Organschaftsverträgen ohne praktische Bedeutung, weil die Verträge ohnehin schon zur Erfüllung der steuerrechtlichen Anforderungen eine vertragliche Verlustübernahmepflicht enthalten müssen.

Umstritten war früher, ob es noch eine weitere Form des GmbH-Konzerns mit dem Namen „**qualifiziert faktischer Konzern**“ gibt. Die Rechtsprechung hatte diese Rechtsfigur ab Mitte der 80er Jahre³³⁸ entwickelt, um angeblich vorhandene Schutzlücken im (GmbH-)Konzernrecht zu schließen.³³⁹ Ausgangspunkt war die Überlegung, dass es einen Zustand der faktischen Beherrschung einer GmbH – aber auch einer AG – geben kann, in dem das auf den Ausgleich von Einzelmaßnahmen angelegte gesetzliche Kapitalerhaltungssystem nicht mehr funktionstüchtig ist, insbesondere die Konzernverbindung so eng ist, dass einzelne „verdeckte Gewinnausschüttungen“ nicht mehr nachvollziehbar sind. In diesen Fällen wollte man auf den pauschalen Ersatz im Wege des Verlustausgleichs analog § 302 AktG zurückgreifen. Aufgrund eines verfehlten dogmatischen Konzeptes gipfelte die Rechtsprechung 1991 in dem für die Unternehmenspraxis katastrophalen „Video-Urteil“³⁴⁰, das auf eine weitgehende Abschaffung der Haftungsbeschränkung im GmbH-Recht hinauslief. Nachdem die Rechtsprechung diesen Fehler durch das 1993 erlassene „TBB-Urteil“³⁴¹ korrigiert hat, sprach sie anschließend nur noch formal vom „qualifiziert faktischen Konzern“, obwohl der in diesem Urteil neu entwickelte Haftungstatbestand des „objektiven Missbrauchs der beherrschenden Gesellschafterstellung“ im Grunde gar keine konzernrechtliche Besonderheit mehr war. Mit Recht hat daher der Bundesgerichtshof den konzernrechtlichen Ansatz in dem bereits im Zusammenhang mit der Existenzvernichtungshaftung³⁴² genannten Urteil „Bremer Vulkan“ ganz aufgegeben und stattdessen eine allgemeine, nicht an Konzerntatbestände anknüpfende Missbrauchshaftung anerkannt, die Schutzlücken im Kapitalschutzsystem der GmbH schließt. Die Rechtsfigur des „qualifiziert faktischen Konzerns“ gehört damit der Geschichte an.³⁴³

³³⁷ Eingehende Kritik an diesem Standpunkt der h.M. bei *Bitter*, ZIP 2001, 265 ff.

³³⁸ BGHZ 95, 330 = NJW 1986, 188 – Autokran; BGHZ 107, 7 = NJW 1989, 1800 – Tiefbau.

³³⁹ Siehe dazu schon oben S. 72.

³⁴⁰ BGHZ 107, 7 = NJW 1991, 3142 – Video.

³⁴¹ BGHZ 122, 123 = NJW 1993, 1200 – TBB.

³⁴² Dazu oben S. 72 ff.

³⁴³ Vgl. ausdrücklich BGH NJW 2002, 1803, 1805 = WM 2002, 960, 962 m. Anm. *Bitter*, WuB II C. § 13 GmbHG 2.02.

6. Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

Das MoMiG hat die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) eingeführt (§ 5a GmbHG).³⁴⁴ Dabei handelt es sich zunächst einmal um eine ganz normale GmbH. Die UG kann allerdings mit einem geringeren Stammkapital als 25.000 Euro gegründet werden (§ 5a I 1 GmbHG); es genügt bereits ein Euro. Dadurch soll die GmbH für wenig kapitalintensive Unternehmungen attraktiv und zugleich die im Vordringen befindliche Verwendung englischer Limiteds zurückgedrängt werden. Aufgrund der geringeren Kapitalausstattung der UG macht § 5a GmbHG einige besondere Vorgaben:

- Die Einlagen müssen bei der Anmeldung komplett eingezahlt sein und Sacheinlagen sind ausgeschlossen (§ 5a II GmbHG).
- Erforderlich ist eine besondere Firmierung als „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder als „UG (haftungsbeschränkt)“ (§ 5a I 2 GmbHG).
- Die Gesellschafterversammlung ist bei drohender Zahlungsunfähigkeit unverzüglich einzuberufen (§ 5a IV GmbHG).
- Es besteht die Verpflichtung, aus dem Jahresüberschuss kontinuierlich eine gesetzliche Rücklage zu bilden (§ 5a III 1 GmbHG). Die Verpflichtung endet (erst), wenn die Gesellschaft ihr Stammkapital auf den Betrag des Mindeststammkapitals erhöht (§ 5a V GmbHG). Dies ist durch eine Umwandlung der gebildeten Rücklage in Stammkapital oder eine effektive Kapitalerhöhung möglich.

§ 5 Personengesellschaften

Personengesellschaften eignen sich als Rechtsform vor allem für kleine und mittelständische Unternehmen. Sie sind einfach in der Gründung und offen in der Gestaltung des Innenverhältnisses, da die gesetzlichen Regeln fast ausnahmslos zur Disposition der Parteien stehen. Kapitalerhaltungsvorschriften im Interesse der Gläubiger existieren nicht³⁴⁵, da der Gläubigerschutz nach dem gesetzlichen Modell über die persönliche Haftung der Gesellschafter sichergestellt wird. Diese Außenhaftung ist sicher ein Nachteil der Personengesellschaften, der allerdings in der Rechtsform der KG für die als Kommanditisten beteiligten Gesellschafter ausgeschlossen werden kann.

I. Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)*

1. Allgemeines

Die in §§ 705 ff. BGB geregelte Gesellschaft bürgerlichen Rechts, auch BGB-Gesellschaft genannt, ist die Grundform der Personengesellschaften. Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in

³⁴⁴ Dazu *Weber*, BB 2009, 842.

³⁴⁵ Eine gewisse Ausnahme gilt für die Kommanditistenhaftung: Zwar gibt es auch bei der KG kein Ausschüttungsverbot. Auszahlungen an den Kommanditisten können aber seine Haftung im Außenverhältnis wieder aufleben lassen (dazu unten 122 ff.).

* Zur GbR vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, §§ 58-60 (S. 1689 ff.); *Hueck/Windbichler*, GesR, §§ 5-11 (S. 45 ff.); *Grunewald*, GesR, Kap. 1. A. (S. 5 ff.).

der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.

Die Rechtsform der GbR kommt für ganz unterschiedliche Zwecke zur Anwendung, z.B. als Organisationsform für eine Arbeitsgemeinschaft (ARGE) bei Großprojekten im Baugewerbe³⁴⁶, als Bauherrengemeinschaft mit dem Zweck der Errichtung eines Gebäudes und Bildung von Wohnungseigentum zu Gunsten der einzelnen Bauherren, als Interessen- und Werbegemeinschaft eines Einkaufszentrums, als Lotto-Tippgemeinschaft etc.

In der Praxis kommt die GbR häufig als Rechtsform für Bürogemeinschaften von Freiberuflern³⁴⁷ vor (z.B. Rechtsanwaltssozietät, Steuerberaterbüro, Gemeinschaftspraxis von Ärzten), obwohl ihnen auch die Rechtsform der Partnerschaftsgesellschaft nach dem PartGG offen steht.³⁴⁸ Entscheidend für das Vorliegen einer GbR ist allein, dass der gemeinsame Zweck nicht auf den Betrieb eines (vollkaufmännischen) Handelsgewerbes im Sinne des § 1 HGB gerichtet ist.³⁴⁹ Liegt ein Handelsgewerbe vor, das gemäß § 1 II HGB kaufmännische Einrichtungen erfordert, dann wird aus der GbR per Gesetz (§ 105 HGB), also unabhängig vom Willen der Gesellschafter, eine oHG („Ist-Kaufmann“).³⁵⁰ Die Gesellschaft bleibt zwar dieselbe (Identitätswahrung), weshalb Rechte und Pflichten nicht (einzeln) übertragen werden müssen; sie ändert aber ihr „Rechtskleid“.³⁵¹

Neben den vorstehend beschriebenen Erscheinungsformen der GbR kommen weitere in Betracht. Gegenstand der Gesellschaft kann nämlich **jeder erlaubte, dauernde oder vorübergehende, wirtschaftliche oder ideelle Zweck** sein.³⁵² Die GbR kann dabei als Innen- oder Außengesellschaft ausgestaltet sein.³⁵³ Zwingende Voraussetzung für das Vorliegen einer GbR ist, dass der allen Gesellschaftern gemeinsame Zweck von diesen zusammenwirkend verfolgt wird und sich alle Gesellschafter mit gesellschaftsrechtlicher Bindung zur Förderung des Zwecks verpflichtet haben (**Förderungspflicht**).³⁵⁴ Es fehlt an diesen Voraussetzungen, sofern die beteiligten Personen zwar gleichgerichtete Interessen haben, sie zur Verwirklichung dieser Interessen aber nicht zusammenwirken oder sich nicht zu ihrer Förderung verpflichtet haben. In diesem Fall kann nur ein sog. **partiarisches Rechtsverhältnis** vorliegen.³⁵⁵ Dabei ist eine Gewinnbeteiligung gegeben, es fehlt indes an der gemeinsamen Verfolgung und insbesondere Förderung eines Zwecks. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist damit, ob die Beteiligten zur Erreichung eines Zwecks zusammenwirken, zu dessen Förderung sie sich verpflichtet haben, oder ob der Zweck nur von einem Beteiligten gefördert wird bzw. werden muss, obwohl ein gemeinsames Interesse besteht, ihn zu erreichen.

³⁴⁶ Die ARGE ist i.d.R. GbR und nicht oHG (dazu unten S. 109 ff.), weil es an den Merkmalen des Gewerbebegriffs fehlt. Die ARGE ist nicht planmäßig anbietend an einem Markt tätig, weil sie entweder gar nicht als Anbieter von Leistungen am Markt auftritt (Anbieter sind in diesem Fall die in der ARGE zusammengeschlossenen Gesellschaften) oder nur einmalig gegenüber einem einzigen Bauherrn (vgl. dazu ausführlich *Karsten Schmidt*, DB 2003, 703 ff.).

³⁴⁷ Freiberufler üben nach dem traditionellen Kaufmannsrecht kein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 HGB aus.

³⁴⁸ Vgl. dazu unten S. 132.

³⁴⁹ Zur Kaufmannseigenschaft i.S.v. §§ 1 ff. HGB siehe *Bitter/Schumacher*, Skript zum Handelsrecht, 4. Aufl. 2009, S. 10 ff.

³⁵⁰ Vgl. zur oHG unten S. 109 ff.

³⁵¹ Dieselbe Wirkung hat eine Eintragung im Partnerschaftsregister; diese muss allerdings von den Gesellschaftern betrieben werden. Zur Partnerschaftsgesellschaft vgl. unten S. 132.

³⁵² *Hueck/Windbichler*, GesR, § 5 Rdn. 3; *Palandt/Sprau*, BGB, § 705 Rdn. 20.

³⁵³ Siehe hierzu unten S. 88.

³⁵⁴ *Hueck/Windbichler*, GesR, § 5 Rdn. 3 ff.; diese Anforderungen gelten auch für die Innen-GbR (vgl. BGH ZIP 2008, 24).

³⁵⁵ *Hueck/Windbichler*, GesR, § 5 Rdn. 5.

Eine GbR entsteht nicht durch das gemeinsame Halten von Vermögensgegenständen und die damit notwendig verbundene gemeinsame Vornahme von Verwaltungshandlungen. Sofern zwischen den Mitberechtigten nicht ein über die Verwaltung des Vermögensgegenstandes hinausgehender Zweck vereinbart wurde, liegt „nur“ eine (Rechts-) Gemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB vor.³⁵⁶ Die Mitberechtigten bilden lediglich eine Interessen- und keine Zweckgemeinschaft, da der Zweck der Beteiligung für jeden Mitberechtigten ein anderer sein kann.

2. Entstehung und Grundlagen der Gesellschaft

a) Gründung

Die Gründung einer GbR erfolgt durch den **Abschluss des Gesellschaftsvertrags** im Sinne des § 705 BGB. Bei dem Gesellschaftsvertrag handelt es sich – wie aus der Systematik des BGB erkennbar – um einen Schuldvertrag. Gleichzeitig ist er aber auch **Organisationsvertrag**: Er gestaltet das Innenrecht der Gesellschaft näher aus. Am Vertragsschluss können natürliche und juristische Personen, oHGs und KGs sowie Außen-GbRs selbst³⁵⁷ beteiligt sein. Hingegen kann eine Erbengemeinschaft nicht Gesellschafterin werden, da sie auf Auflösung ausgerichtet ist, was mit einer nachhaltigen Verfolgung des Gesellschaftszwecks nicht zu vereinbaren ist.³⁵⁸

Für die GbR existiert kein dem Handelsregister (für die oHG, KG) vergleichbares Register. Ihre Gesellschafter müssen sie daher nicht zur Eintragung in ein Register anmelden. Dennoch kann die GbR einen eigenen **Gesamtnamen** bilden und führen, der allerdings nicht Firma im technischen Sinn des HGB ist.³⁵⁹ Der Name sollte dabei stets klarstellen, dass die Gesellschaft eine GbR ist; entsteht im Rechtsverkehr nämlich der Eindruck einer Handelsgesellschaft (oHG, KG), sind – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – Rechtscheingrundsätze mit der Folge anzuwenden, dass sich die Gesellschaft und ihre Gesellschafter nach den Vorschriften über die Handelsgesellschaft behandeln lassen müssen.

Der **Gesellschaftsvertrag** kann grundsätzlich **formlos und konkludent** geschlossen werden. Ausnahmsweise ist jedoch seine notarielle Beurkundung erforderlich, wenn ein Gesellschafter als Einlage in das Gesellschaftsvermögen verspricht, der GbR ein Grundstück zu übereignen (§ 311 b I BGB)³⁶⁰ oder einen GmbH-Anteil abzutreten (§ 15 IV GmbHG). Verstoßen die Gesellschafter gegen das Formerfordernis, sind ihre Willenserklärungen grundsätzlich nichtig (§ 125 BGB). Ist die Gesellschaft in Vollzug gesetzt, gelten allerdings – sofern nicht lediglich Teilnichtigkeit nach § 139 BGB anzunehmen ist – die sogleich noch darzulegenden Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft³⁶¹; auch sie führen aber nicht dazu, dass die Einlageverpflichtung wirksam wird, sondern lassen „nur“ die Gesellschaft voll wirksam entstehen.³⁶² Soll ein konkludenter Vertragsschluss angenommen werden, so ist im Einzelfall zu prüfen, ob

³⁵⁶ Palandt/Sprau, BGB, § 705 Rdn. 3, 20; Hueck/Windbichler, GesR, § 5 Rdn. 5.

³⁵⁷ BGH NJW 1998, 376; vgl. zur Rechtsfähigkeit der Außen-GbR unten S. 88.

³⁵⁸ Hueck/Windbichler, GesR, § 13 Rdn. 5 für die Gesellschafterstellung in der OHG.

³⁵⁹ BGHZ 136, 254; Hueck/Windbichler, GesR, § 5 Rdn. 7.

³⁶⁰ Zur Grundbuchfähigkeit der GbR und zur Form der Eintragung vgl. unten S. 88.

³⁶¹ Siehe hierzu sogleich S. 83.

³⁶² Vgl. Hueck/Windbichler, GesR, § 13 Rdn. 17: Allgemein gilt bei der fehlerhaften Gesellschaft, dass die von dem Fehler (Unwirksamkeitsgrund) unmittelbar betroffenen Vertragsklauseln nicht oder nur in dem für den Bestand der Gesellschaft unverzichtbaren Umfang durchgeführt werden.

ein objektiver Dritter aus dem Verhalten der potenziellen Gesellschafter auf deren entsprechenden **Rechtsbindungswillen** schließen würde. Wegen der – durchaus auch nachteiligen – Folgen der Gesellschaftsgründung darf ein konkludenter Vertragschluss nicht vorschnell bejaht werden. Bei einer Betrachtung aus dem objektiven Empfängerhorizont muss sich ergeben, dass die Parteien die enge gesellschaftsrechtliche Bindung (mit ihren Konsequenzen, z.B. den Treuepflichten) wollten.

Das Problem des konkludenten Vertragsschlusses stellt sich u.a. regelmäßig unter Ehegatten. Nach der Rechtsprechung des BGH entsteht eine Ehegatteninnengesellschaft in Form der GbR, wenn die Partner einen über den typischen Rahmen der Lebens- bzw. Familiengemeinschaft hinausgehenden Zweck verfolgen.³⁶³ Nicht ausreichend ist deshalb, wenn die gemeinsame Tätigkeit nur dazu dient, die Voraussetzungen für die Verwirklichung der Lebensgemeinschaft zu schaffen.³⁶⁴

Folgende Punkte sind **typischerweise** in einem (GbR-)Gesellschaftsvertrag geregelt:

- Rechtsform der Gesellschaft,
- Zweck der Gesellschaft,
- Sitz und Name/Firma der Gesellschaft,
- Dauer der Gesellschaft,
- Gesellschafter,
- Einlagen der Gesellschafter und Beteiligungsverhältnisse,
- Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft,
- Gewinn- und Verlustverteilung,
- Entnahmerechte und Tätigkeitsvergütungen,
- Geschäftsjahr, Buchführungspflichten sowie Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses,
- Gesellschafterversammlung: Einberufung, Beschlussgegenstände und -fassung, Stimmrechte, Mehrheiten,
- Informations- und Kontrollrechte,
- Wettbewerbsverbote (ggf. auch nachvertragliche),
- Übertragung/-tragbarkeit von Gesellschaftsanteilen,
- Ausschluss von Gesellschaftern („Hinauskündigung“) und Folgen des Ausschlusses (z.B. Fortsetzungsklausel),
- Kündigung der Gesellschaft/der Gesellschafterstellung durch einen Gesellschafter und Folgen der Kündigung (z.B. Fortsetzungsklausel),
- Abfindung ausgeschiedener/ausgeschlossener Gesellschafter,

³⁶³ BGH NJW 1999, 2962; zur Anwendung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze und weiterer Rechtsinstitute (Wegfall der Geschäftsgrundlage, Bereicherungsrecht) bei der Beendigung *nicht*ehelicher Lebensgemeinschaften vgl. BGHZ 177, 193.

³⁶⁴ Ausreichend kann der gemeinsame Aufbau eines Unternehmens sein; hingegen dient der Bau eines Familienheims regelmäßig nur der Verwirklichung der Lebensgemeinschaft, weshalb ein Vertragsschluss nur ausdrücklich erfolgen kann.

- Tod/Insolvenz eines Gesellschafters sowie Nachfolgeregelung,
- Liquidation der Gesellschaft,
- Salvatorische Klausel (für den Fall der Unwirksamkeit einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrags),
- (qualifizierte) Schriftformklausel,
- Gerichtsstands- oder Schiedsgerichtsvereinbarung.

b) Fehlerhafte Gesellschaft

Schwierigkeiten ergeben sich bei nichtigen Gesellschaftsverträgen. In diesem Fall gelten die **Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft**, die auch auf die oHG und KG übertragbar sind.³⁶⁵

Nach den §§ 104 ff. BGB sind Willenserklärungen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen nichtig. Sie entfalten keine Rechtswirkungen. Für das Zustandekommen eines Gesellschaftsvertrags und damit für die Entstehung der Gesellschaft sind jedoch wirksame Willenserklärungen der (zukünftigen) Gesellschafter erforderlich. Liegt bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags ein Nichtigkeitsgrund der §§ 104 ff. BGB bezüglich der Willenserklärung eines Gesellschafters vor, so ergibt sich als Rechtsfolge, dass die Willenserklärung nichtig und damit auch der Gesellschaftsvertrag unwirksam ist. Es entsteht keine Gesellschaft. Diese Lösung führt zu erheblichen rechtlichen und praktischen Schwierigkeiten, sofern die Gesellschaft trotz der Fehlerhaftigkeit des Gesellschaftsvertrags in Vollzug gesetzt wurde. Im Innenverhältnis müsste die Gesellschaft nach §§ 812 ff. BGB rückabgewickelt werden, was angesichts der vielen rechtserheblichen Vorgänge (z.B. Gewinnauszahlung, Leistung der Einlagen) sehr kompliziert würde. Im Außenverhältnis müssten die Gesellschafter nach Rechtscheingrundsätzen behandelt werden. Dies wird von der überwiegenden Literatur und Rechtsprechung als unzureichend angesehen und würde zu „unerträglichen und mit dem richtig verstandenen Zweck der Vorschriften über die rückwirkende Kraft der Nichtigkeit von Verträgen nicht mehr zu vereinbarenden Ergebnissen führen“.³⁶⁶ Die Regeln über die Rechtsfolgen der Vertragsnichtigkeit müssen deshalb bei mitgliedschaftlichen Rechtsverhältnissen modifiziert werden, da eine **in Vollzug gesetzte Gesellschaft** nicht einfach aus Rechtsgründen als inexistent behandelt werden kann.³⁶⁷ Die Rückabwicklung der Mitgliedschaft in einer tatsächlich durchgeführten Gesellschaft ist nicht möglich.

Aus diesen Gründen wurde die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft entwickelt: Eine fehlerhafte Gesellschaft liegt vor, wenn der zugrunde liegende Gesellschaftsvertrag unwirksam ist. Eine fehlerhafte Gesellschaft, die bereits in Vollzug gesetzt wurde, wird für die Vergangenheit wie eine fehlerfrei gegründete Gesellschaft behandelt; sie ist nach innen und nach außen voll wirksam begründet und kann nicht rückwirkend (*ex tunc*) beseitigt, sondern **nur**

³⁶⁵ Zu den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft vgl. grundlegend *Carsten Schäfer*, Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 2002; zur Geschichte *Oechsler*, NJW 2008, 2471.

³⁶⁶ BGH NJW 1983, 748.

³⁶⁷ *Karsten Schmidt*, GesR, § 6 I 3.

für die Zukunft (ex nunc) aufgelöst werden.³⁶⁸ Es besteht aufgrund des Zustands, der durch den Vollzug geschaffen wurde, ein rechtlich anzuerkennendes Gesellschaftsverhältnis.³⁶⁹

Es handelt sich dabei nicht um eine Fiktion oder einen Rechtsschein- bzw. Vertrauenstatbestand; vielmehr ist die Gesellschaft, wenn auch fehlerhaft, voll rechtswirksam entstanden. Bis zur Wirksamkeit der Kündigung (GbR) bzw. der Rechtskraft des Auflösungsurteils (oHG) gelten für Innen- und Außenverhältnis der Gesellschaft umfassend die gesetzlichen Bestimmungen für die jeweilige Gesellschaft.³⁷⁰ Es kann weder im Außenverhältnis geltend gemacht werden, die Gesellschaft sei nie entstanden, noch erfolgt eine Rückabwicklung der Gesellschaft im Innenverhältnis nach §§ 812 ff. BGB.³⁷¹ Die Fehlerhaftigkeit des Gesellschaftsvertrags begründet lediglich die Möglichkeit der Vernichtbarkeit für die Zukunft.

Von der bloßen Scheingesellschaft unterscheidet sich die fehlerhafte Gesellschaft im tatsächlichen Bereich darin, dass ein (fehlerhafter) Gesellschaftsvertrag abgeschlossen wurde, während es bei der Scheingesellschaft an einem Vertragsschluss gänzlich fehlt. In rechtlicher Hinsicht besteht der Unterschied, dass die Gesellschafter bei Vorliegen einer Scheingesellschaft lediglich nach Rechtsscheingrundsätzen gegenüber gutgläubigen Dritten haften, während bei der fehlerhaften Gesellschaft die Gutgläubigkeit bzw. das Vertrauen Dritter unerheblich ist.³⁷²

Die Gesellschafter können das Gesellschaftsverhältnis durch wirksame außerordentliche **Kündigung aus wichtigem Grund** (GbR, § 723 I S. 2, 3 BGB) bzw. durch **Auflösungsklage** (oHG, § 133 HGB) beenden. Fällt der Nichtigkeitsgrund nur einzelnen Gesellschaftern gegenüber anderen zur Last (z.B. ein Gesellschafter hat einen anderen arglistig getäuscht), kommt bei der oHG auch eine Ausschließungs- bzw. Übernahmeklage (§ 140 I HGB) in Betracht.³⁷³ Die Auseinandersetzung richtet sich nach den diesbezüglichen gesellschaftsvertraglichen Regelungen bzw. bei Fehlen solcher Regelungen nach den gesetzlichen Vorschriften.³⁷⁴

Es ist strittig, ob der wichtige Grund bereits in dem die Fehlerhaftigkeit des Gesellschaftsvertrags begründenden Umstand liegt oder ob er von Fall zu Fall festzustellen ist. Nach überwiegender Auffassung reicht der die Fehlerhaftigkeit begründende Umstand aus, sofern er bis in die Gegenwart fortwirkt.³⁷⁵

Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft finden somit Anwendung, wenn

- ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen wurde, der an rechtlichen Mängeln leidet und deshalb an sich unwirksam wäre und
- die Gesellschaft nach innen oder nach außen bereits in Vollzug gesetzt ist.

³⁶⁸ Ständige Rspr., BGHZ 44, 235; 153, 222; *Karsten Schmidt*, GesR, § 6 III 2; einzelne Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags können aber gleichwohl unwirksam bleiben (siehe Fn. 362).

³⁶⁹ BGH NJW 1983, 748; *Karsten Schmidt*, GesR, § 6 II 2 a; *Hueck/Windbichler*, GesR, § 13 Rdn. 13, 15 f., 19; umstritten ist die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf die fehlerhafte Innengesellschaft, siehe hierzu *Karsten Schmidt*, GesR, § 6 II 3.

³⁷⁰ *Hueck/Windbichler*, GesR, § 13 Rdn. 16, 19.

³⁷¹ *Karsten Schmidt*, GesR, § 6 I 1.

³⁷² BGH NJW 1983, 748; *Karsten Schmidt*, GesR, § 6 I 2 c d; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rdn. 85.

³⁷³ *Hueck/Windbichler*, GesR, § 13 Rdn. 15 a.E.; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rdn. 88.

³⁷⁴ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rdn. 90; sehr strittig ist, ob ein durch arglistige Täuschung erlangter, besonders günstiger Liquidationsanteil bei der Auseinandersetzung entfällt: die überwiegende Auffassung bejaht dies nur, falls der Anteil ausschließlich dem Betrüger zugute kommt.

³⁷⁵ *Karsten Schmidt*, GesR, § 6 III 2; *Hueck/Windbichler*, GesR, § 13 Rdn. 15.

Auch wenn beide Voraussetzungen vorliegen, werden die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft nach überwiegender Auffassung nicht angewendet, wenn die volle Wirksamkeit der Gesellschaft mit **vorrangigen Interessen der Allgemeinheit oder schutzwürdiger Personen** unvereinbar ist.³⁷⁶ Dies gilt bei der Beteiligung von nicht (voll) geschäftsfähigen Personen am Vertragsschluss³⁷⁷ und wenn der Gesellschaftszweck sittenwidrig ist oder gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.³⁷⁸ Hingegen gelten die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft, wenn ein Gesellschafter seine auf Abschluss des Gesellschaftsvertrags gerichtete Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung wirksam anfecht (§§ 142 I, 123 I BGB).³⁷⁹ Seine Schutzbedürftigkeit tritt hinter den Bestandsschutz der Gesellschaft und den Verkehrsschutz zurück; die arglistige Täuschung wird lediglich im Innenverhältnis berücksichtigt.³⁸⁰

Das Tatbestandsmerkmal der **Invollzugsetzung** nach innen oder nach außen ist erfüllt, wenn Rechtstatsachen geschaffen werden, an denen die Rechtsordnung nicht vorbeigehen kann (z.B. Rechtsgeschäfte mit Dritten, Leistung der Einlagen).³⁸¹ Unabhängig davon, ob die Invollzugsetzung nach innen oder nach außen erfolgt, wird die Wirksamkeit insgesamt hergestellt.³⁸² Ist die fehlerhafte Gesellschaft noch nicht in Vollzug gesetzt, wirken die Unwirksamkeitsgründe entsprechend der gesetzlichen Regelung ex tunc.

Auch bei nachträglichen Änderungen eines fehlerfrei geschlossenen Gesellschaftsvertrags können Nichtigkeitsgründe nach den §§ 104 ff. BGB vorliegen. Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft gelten grundsätzlich auch für **fehlerhafte Vertragsänderungen** verschiedenster Art, wenn die Vertragsänderung in Vollzug gesetzt wurde und damit eine Rückabwicklung erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringt.³⁸³ Dies gilt insbesondere für den fehlerhaften Beitritt zu einer Gesellschaft.³⁸⁴ Der fehlerhaft beigetretene Gesellschafter ist voll wirksam Gesellschafter der Gesellschaft, sofern sein Beitritt in Vollzug gesetzt wurde (z.B. Beitragszahlung, Ausübung von Gesellschafterrechten). Auf ihn finden die gesetzlichen Bestimmungen wie auf einen fehlerfrei beigetretenen Gesellschafter Anwendung; die Gesellschafterstellung kann nur ex nunc beendet werden. Der fehlerhaft beigetretene Gesellschafter haftet nach § 130 HGB (analog bei der GbR) auch für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft und nicht nur für Verbindlichkeiten gegenüber den auf seinen Beitritt vertrauenden Neugläubigern. Hier wird der Unterschied zur Rechtsscheinhaftung besonders deutlich: Bei einer reinen Rechtsscheinhaftung wäre die Haftung auf Ansprüche von Neugläubigern beschränkt, die auf den Rechtsschein des Beitritts vertraut haben.³⁸⁵

³⁷⁶ Ständige Rspr., vgl. nur BGHZ 75, 214; siehe auch Hueck/Windbichler § 13 Rdn. 17; Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rdn. 83; a.A. Karsten Schmidt, GesR, § 6 III 1 3.

³⁷⁷ BGH NJW 1983, 748; es ist zu beachten, dass die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft weiterhin zwischen den verbleibenden (voll geschäftsfähigen) Gesellschaftern gelten: die „Restgesellschaft“ ist zwischen diesen Personen wirksam begründet und lediglich für die Zukunft auflösbar.

³⁷⁸ BGHZ 62, 234; BGHZ 75, 214.

³⁷⁹ BGHZ 26, 330; Hueck/Windbichler, GesR, § 13 Rdn. 17.

³⁸⁰ Karsten Schmidt, GesR, § 6 III 3 c bb.

³⁸¹ BGH NJW 1978, 2505; Hueck/Windbichler, GesR, § 13 Rdn. 14; welche Handlungen im Einzelnen erforderlich sind, ist streitig, vgl. hierzu Karsten Schmidt, GesR, § 6 III 1 b; Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rdn. 82.

³⁸² Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rdn. 82, 85.

³⁸³ Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rdn. 91; vgl. zum Ganzen Karsten Schmidt, GesR, § 6 IV V; ob die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft umfassend auf fehlerhafte Änderungen des Gesellschaftsvertrags oder nur in bestimmten Fällen Anwendung finden, ist sehr strittig, vgl. hierzu Baumbach/Hopt, HGB, § 105 Rdn. 91 ff.

³⁸⁴ BGHZ 26, 330, 334 ff.; 63, 338, 344.

³⁸⁵ Karsten Schmidt, GesR, § 6 V 1 a.

Entsprechend ist auch das **fehlerhafte Ausscheiden** aus der Gesellschaft nicht ex tunc unwirksam, sondern wird nur ex nunc berichtigt.³⁸⁶ Der fehlerhaft ausgetretene Gesellschafter ist im Verhältnis zu Dritten erst ab Wiederaufnahme in die Gesellschaft erneut Gesellschafter und für die Zwischenzeit ausgeschieden; im Innenverhältnis ist er allerdings so zu stellen, als sei er die ganze Zeit Gesellschafter gewesen.³⁸⁷ Auch in diesem Zusammenhang sind allerdings die Grundsätze zur Unanwendbarkeit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft zu beachten: Ist der Gesellschafter, um dessen Ausscheiden es geht, zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht voll geschäftsfähig, ist und bleibt der Austritt unwirksam; die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft kann in diesem Fall nicht damit begründet werden, dass den nicht voll Geschäftsfähigen bei einem Verbleib in der Gesellschaft die Haftung gegenüber den Gläubigern³⁸⁸ trifft.³⁸⁹

Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft gelten nicht bei der fehlerhaften Übertragung des Gesellschaftsanteils durch Verfügungsgeschäft über die Mitgliedschaft gem. §§ 413, 398 BGB³⁹⁰, da die Anteilsübertragung den Gesellschaftsvertrag und damit die Gesellschaftsstruktur nicht berührt.³⁹¹

⇒ vgl. Fall Nr. 10 – Der junge Autohändler

c) Innenverhältnis der Gesellschafter

Aus einem wirksam abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag sind die Gesellschafter verpflichtet, den Gesellschaftszweck zu fördern (siehe oben), was insbesondere durch die **Leistung der versprochenen Beiträge** erfolgen soll (§ 705 BGB). Bei Fehlen einer gesellschaftsvertraglichen Regelung sind die Beitragspflichten identisch (§ 706 BGB). Hat ein Gesellschafter die von ihm versprochene Einlage erbracht, ist er zu **Nachschüssen** nicht verpflichtet (§ 707 BGB); etwas anderes gilt nur bei einer anderweitigen gesellschaftsvertraglichen Regelung³⁹² oder nach § 735 BGB bei der Auflösung der Gesellschaft.

Auf die Beitragspflichten der Gesellschafter sind die §§ 320 ff. BGB grundsätzlich nicht anwendbar, da der Gesellschaftsvertrag **kein gegenseitiger Vertrag** ist. Die Gesellschafter leisten nämlich nicht, um eine Gegenleistung zu erhalten, sondern um den Gesellschaftszweck zu fördern bzw. zu erreichen. Etwas anderes kann bei zweigliedrigen Gesellschaften gelten.³⁹³

Die **Beitragspflichten** der Gesellschafter können inhaltlich u.a. wie folgt ausgestaltet sein (sie werden im Einzelnen regelmäßig durch die gesellschaftsvertragliche Regelung bestimmt):

- Geldzahlungen,
- Übereignung von beweglichen und unbeweglichen Sachen,
- Gebrauchsüberlassung,
- Abtretung von Forderungen,

³⁸⁶ BGH NJW-RR 2003, 533; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rdn. 95; *Karsten Schmidt*, GesR, § 6 V 1 b.

³⁸⁷ *Karsten Schmidt*, GesR, § 6 V 1 b.

³⁸⁸ Zur Haftung bei der GbR siehe unten S. 91 ff.

³⁸⁹ BGH NJW 1992, 1503.

³⁹⁰ Siehe hierzu unten S. 97.

³⁹¹ *Karsten Schmidt*, GesR, § 6 V 2 b aa; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rdn. 94.

³⁹² Vgl. zu den Anforderungen an eine solche Fn. 470.

³⁹³ BGHZ 10, 44; eine zweigliedrige Gesellschaft liegt bei nur zwei Gesellschaftern vor.

- Nutzungserlaubnis für Lizenzen und Patente,
- persönliche Dienstleistung (Verpflichtung, die eigene Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen).

Mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags wird zwischen den Gesellschaftern ein **Gesellschaftsverhältnis** begründet. Der einzelne Gesellschafter ist Mitglied der GbR. Die Mitgliedschaft (häufig auch Gesellschaftsanteil genannt) bezeichnet seine Stellung im Ganzen in der Gesellschaft und umfasst daher alle persönlichen, vermögensrechtlichen und korporativen Rechte und Pflichten des Gesellschafters.³⁹⁴ Nach § 717 Satz 1 BGB kann ein Gesellschafter die aus der Mitgliedschaft folgenden Ansprüche nicht übertragen³⁹⁵, sofern kein Fall des § 717 Satz 2 BGB vorliegt (im Fall des § 717 Satz 2 BGB sind die Ansprüche dann auch pfändbar, vgl. § 851 I ZPO; zur Pfändbarkeit des Gesellschaftsanteils insgesamt vgl. §§ 859 I ZPO, 725 BGB). Insgesamt können einzelne Befugnisse der Gesellschafter, die aus ihrer Gesellschafterstellung folgen, nicht durch Übertragung auf einen Dritten von der Gesellschafterstellung getrennt werden (**sog. Abspaltungsverbot**), weil ein Fremder nicht ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter in das Gesellschaftsverhältnis eindringen soll.³⁹⁶ Das Abspaltungsverbot gilt vor allem für die den Gesellschaftern zustehenden Verwaltungsrechte (z.B. das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung, das aus § 716 BGB folgende Kontrollrecht sowie das aus der Gesellschafterstellung folgende „organschaftliche“ Recht zur Geschäftsführung und Vertretung).³⁹⁷

Verletzt ein Gesellschafter schuldhaft seine aus dem Gesellschaftsverhältnis folgenden **Pflichten**, so ist er der Gesellschaft zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet (§ 280 I BGB). Relevant werden in diesem Zusammenhang häufig die gesellschaftsrechtlichen **Treuepflichten**: der Gesellschafter hat danach alles zu tun, was den Gesellschaftszweck fördert und alles zu unterlassen, was ihm schadet.³⁹⁸ Auch hat er bei der Ausübung seiner gesellschaftsrechtlichen Rechte auf die Gesellschaft und seine Mitgesellschafter in gewissem Umfang Rücksicht zu nehmen; an der Wahrnehmung eigener berechtigter Interessen ist er dadurch natürlich nicht gehindert. Die Treuepflichten können im Einzelfall auch ein Wettbewerbsverbot für einzelne Gesellschafter begründen, obwohl ein solches im Gegensatz zur oHG (§ 112 HGB)³⁹⁹ nicht gesetzlich normiert ist.

Bei Schadenersatzansprüchen der Mitgesellschafter bzw. der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter aus § 280 I BGB ist die Regelung des **§ 708 BGB** zu beachten: ein Gesellschafter muss bei Erfüllung der ihm im Innenverhältnis obliegenden Pflichten nur die **eigenübliche Sorgfalt** anwenden. § 708 BGB greift allerdings nie im Verhältnis zu Dritten und schließt nach § 277 BGB nicht die Haftung für grobe Fahrlässigkeit aus. Die Haftungsprivilegierung resultiert aus der personalistischen Struktur der GbR; Grundgedanke ist, dass die Gesellschafter „einander so nehmen müssen, wie sie sind“. § 708 BGB gilt jedoch nicht im Straßenverkehr⁴⁰⁰ (dies ist kein Raum für individuelle Sorglosigkeit) und bei Publikumsgesellschaft-

³⁹⁴ Palandt/Sprau, BGB, § 717 Rdn. 1.

³⁹⁵ Dies führt auch dazu, dass die Ansprüche nicht pfändbar sind; pfändbar sind nur die nach § 717 Satz 2 BGB auch abtretbaren Ansprüche, vgl. Palandt/Sprau, BGB, § 717 Rdn. 9.

³⁹⁶ BGHZ 3, 354.

³⁹⁷ Palandt/Sprau, BGB, § 717 Rdn. 4; möglich ist nur, die Rechte mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter einem Dritten zur Ausübung zu überlassen, vgl. Palandt/Sprau BGB, § 717 Rdn. 4.

³⁹⁸ Vgl. zu den Treuepflichten insgesamt Hueck/Windbichler, GesR, § 7 Rdn. 3 ff., und ausführlich Karsten Schmidt, GesR, § 20 IV.

³⁹⁹ Vgl. hierzu unten S. 116.

⁴⁰⁰ BGHZ 46, 313.

ten⁴⁰¹; bei Bankenkonsortien wird seine Anwendung zumindest auf den Konsortialführer teilweise bestritten, weil Bankenkonsortien ähnlich wie Publikumsgesellschaften keine personalistische Struktur aufweisen und der Konsortialführer für seine Tätigkeit eine gesonderte Vergütung erhält.⁴⁰²

d) Gesellschaftsvermögen

Gesellschaftsvermögen entsteht durch die Einlageleistungen der Gesellschafter und jeden sonstigen Rechtserwerb durch die Gesellschaft (z.B. Übereignung eines Kaufgegenstandes an die Gesellschaft). Es ist nach § 718 I BGB gemeinschaftliches Vermögen und unterliegt nach § 719 I BGB einer **gesamthänderischen Bindung**. Inhaber des Vermögens sind die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit. Bei einer rechtsfähigen Außen-GbR wird allerdings nach neuerer Rechtsansicht diese selbst als Rechtsträger (z.B. Eigentümer) angesehen.⁴⁰³ Das Gesamthandsvermögen ist ein **dinglich gebundenes Sondervermögen**, das von dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter strikt zu trennen und ausschließlich der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks zu dienen bestimmt ist.⁴⁰⁴ Dies hat zur Folge, dass ein Gesellschafter nicht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen insgesamt oder an einzelnen Gegenständen verfügen kann (§ 719 I BGB). Der jedem Gesellschafter zustehende Anteil am Gesellschaftsvermögen ist vielmehr untrennbarer Bestandteil der umfassenden Mitgliedschaft.⁴⁰⁵ Über die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden einzelnen Gegenstände können die Gesellschafter nur gemeinsam – „mit gesamter Hand“ – verfügen. Ob eine wirksame Verfügung durch die GbR/Gesamthand vorliegt, ist davon abhängig, ob der bzw. die vertretungsberechtigte(n) Gesellschafter die Willenserklärung abgegeben hat/haben und die Willenserklärung von seiner/ihrer Vertretungsmacht gedeckt war.⁴⁰⁶

Vorstehende Grundsätze betreffend das Gesellschaftsvermögen gelten auch bei der oHG.⁴⁰⁷

3. Rechtsfähigkeit der Außen-GbR

Die §§ 705 ff. BGB gehen im Grundsatz davon aus, dass die GbR, insbesondere im Rahmen der Verwaltung des Gesellschaftsvermögens, durch ihre vertretungsberechtigten Gesellschafter als solche, d.h. als GbR, am Rechtsverkehr teilnimmt (**Außengesellschaft**). Beispiel für eine solche Außengesellschaft ist z.B. die Arbeitsgemeinschaft (ARGE), die unter dieser Bezeichnung (z.B. ARGE Potsdamer Platz) gegenüber Dritten auftritt. Bei einer **Innengesellschaft** haben sich die Gesellschafter zwar auch zu einem gemeinsamen Zweck zusammengeschlossen, jedoch fehlt nach außen die Vertretungsmacht und die Gesellschafter treten bei Geschäften mit Dritten im eigenen Namen auf. Beispiel für eine solche Innengesellschaft ist die typische Lotto-Tippgemeinschaft, die als „GbR“ im Rechtsverkehr nicht in Erscheinung tritt, also z.B. die Lottoscheine nicht als „Tippgemeinschaft Müller, Meier, Schulze“ kauft.

⁴⁰¹ BGHZ 69, 207; vgl. zu den Publikumsgesellschaften unten S. 126.

⁴⁰² Vgl. hierzu *Schwintowski/Schäfer*, Bankrecht, 2. Auflage, § 23 Rn. 31.

⁴⁰³ Die GbR kann z.B. Eigentümer eines Grundstücks sein (vgl. BGHZ 179, 102).

⁴⁰⁴ *Hueck/Windbichler*, GesR, § 3 Rdn. 9.

⁴⁰⁵ *Hueck/Windbichler*, GesR, § 3 Rdn. 5; möglich ist daher nur die Übertragung der Mitgliedschaft als Ganzes, vgl. hierzu unten S. 97.

⁴⁰⁶ Nur in diesem Fall wirkt die Willenserklärung nach § 164 I BGB unmittelbar für und gegen die GbR/Gesamthand; für den Umfang der Vertretungsmacht ist der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis maßgeblich, § 714 BGB, vgl. unten S. 90 und S. 111 zur oHG.

⁴⁰⁷ Vgl. zur oHG unten S. 109 ff.

Während eines der charakteristischen Merkmale der GbR früher in der fehlenden Rechtsfähigkeit gesehen wurde, hat der BGH – wie schon ausgeführt⁴⁰⁸ – im Urteil vom 29.1.2001⁴⁰⁹ seine Rechtsprechung zur **Rechtsfähigkeit der GbR** geändert. Nach diesem neuen Urteil besitzt die (Außen-)GbR Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet. In diesem Rahmen ist sie zugleich im Zivilprozess aktiv und passiv parteifähig. Die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR wird vor allem damit begründet, dass diese hinreichend körperschaftlich organisiert und verselbständigt ist; sie ist in gewissem Maße von ihren Gesellschaftern losgelöst. Außerdem implizieren verschiedene gesetzliche Vorschriften die Rechtsfähigkeit der GbR, so zum Beispiel § 11 II Nr. 1 InsO, wonach über das Vermögen einer GbR das Insolvenzverfahren eröffnet werden kann⁴¹⁰, oder § 191 II 1 UmwG, wonach die GbR bei einer Umwandlung neuer „Rechtsträger“ sein kann.

Der wesentliche praktische Vorteil dieser neuen Rechtsprechung liegt darin, dass die GbR als solche verklagt werden kann, während früher wegen der fehlenden Rechtsfähigkeit alle einzelnen Gesellschafter in der Klageschrift aufgeführt werden mussten. Dies konnte bei Gesellschaften mit großem oder z.T. unbekanntem Gesellschafterkreis für den Gläubiger schwierig bis unmöglich sein. Folge der Parteifähigkeit der Außen-GbR ist, dass ein Gesellschafterwechsel während eines Prozesses die Parteistellung der GbR im Gesellschaftsprozess nicht berührt.⁴¹¹ Erstreitet man allerdings ein Urteil gegen die GbR als solche, dann kann mit dem Titel auch nur in das Vermögen der GbR, nicht auch in das Vermögen der Gesellschafter vollstreckt werden.⁴¹² Es empfiehlt sich daher in der Praxis, neben der GbR zumindest auch diejenigen Gesellschafter zu verklagen, die dem Gläubiger bekannt sind, um auch in deren Vermögen vollstrecken zu können.

Lange Zeit umstritten war die **Registerfähigkeit**, insbesondere Grundbuchfähigkeit der Außen-GbR. Die überwiegende Ansicht hat sie bis vor kurzem abgelehnt.⁴¹³ Für diese Auffassung spricht, dass Register der Publizität dienen und bei ausschließlicher Eintragung der GbR dieses Ziel der öffentlichen Nachvollziehbarkeit unterlaufen würde, da die hinter der GbR stehenden Personen mangels GbR-Register nicht erkennbar sind (anders bei der oHG oder KG, wo ein Blick ins Handelsregister möglich ist). Gleichwohl hat der BGH kürzlich die Registerfähigkeit der GbR bejaht.⁴¹⁴ Er begründet dies vor allem damit, dass die (Außen-)GbR aufgrund ihrer Rechtsfähigkeit „materiell“ grundbuchfähig ist, also Eigentümerin eines Grundstücks sein kann; dann müsse sie – zwangsläufig – aber auch „formell“ grundbuchfähig sein, weil sich die formelle Grundbuchfähigkeit nach der materiellen richte.⁴¹⁵ Im Grundbuch wird die GbR unter der Bezeichnung eingetragen, die die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag für sie vorgesehen haben; sieht der Gesellschaftsvertrag keine Bezeichnung vor, wird die GbR als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehend aus ...“ und den Namen ihrer Gesellschafter eingetragen.⁴¹⁶ Eine erneute Änderung hinsichtlich der Grundbucheintragung bringt

⁴⁰⁸ Siehe oben S. 8.

⁴⁰⁹ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; dazu *Karsten Schmidt*, NJW 2001, 993.

⁴¹⁰ Eigentümlicherweise spricht § 11 II Nr. 1 InsO dabei aber gerade von einer „Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit“.

⁴¹¹ Palandt/*Sprau*, BGB, § 714 Rdn. 23.

⁴¹² Vgl. zur Vollstreckung im Einzelnen unten S. 101.

⁴¹³ Vgl. etwa BayObIG NZG 2003, 26; OLG Celle NJW 2006, 2194; OLG Schleswig, NJW 2008, 306.

⁴¹⁴ BGHZ 179, 102; dazu *Karsten Schmidt*, JuS 2009, 278. Zur Grundbuchfähigkeit der GbR auch *Steffek*, ZIP 2009, 1445.

⁴¹⁵ Vgl. BGHZ 179, 102 (Rdn. 13) sowie die Entscheidungsbesprechung von *Karsten Schmidt*, JuS 2009, 278.

⁴¹⁶ Vgl. BGHZ 179, 102 – Leitsätze 1 und 2.

ab dem 1.10.2009 allerdings § 47 II GBO n.F.⁴¹⁷ Danach sind neben der Gesellschaft (stets) auch die Gesellschafter im Grundbuch einzutragen.

Hat ein Gesellschafter ein Grundstück als Einlage versprochen, wird die GbR nach den vorstehenden Ausführungen dessen Eigentümer, indem der Gesellschafter das Grundstück an die GbR auflässt und die entsprechende Umschreibung im Grundbuch erfolgt. Das Grundstück fällt dann in das Gesellschaftsvermögen.⁴¹⁸

Trotz ihrer Rechtsfähigkeit kann die (Außen-)GbR nicht Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft (WEG) sein.⁴¹⁹

4. Geschäftsführung und Vertretung der GbR

Die Geschäftsführung in der GbR erfolgt – anders als bei der oHG⁴²⁰ – im Grundsatz gemeinschaftlich = **Gesamtgeschäftsführung**. Dies bedeutet, dass jede Entscheidung in Angelegenheiten der Gesellschaft der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf (§ 709 I BGB). Im Gesellschaftsvertrag kann aber auch Stimmenmehrheit vorgesehen (§ 709 II BGB) oder die Geschäftsführung einzelnen Gesellschaftern übertragen werden (§ 710 BGB). Auch möglich ist eine Aufteilung der Geschäftsführungsbefugnis nach Geschäftsbereichen.

Die Geschäftsführung ist von Geschäften abzugrenzen, welche die Grundlagen der Gesellschaft selbst oder die Beziehungen der Gesellschafter zueinander betreffen, z.B. Änderungen des Gesellschaftsvertrags oder -zwecks, der Organisation (Geschäftsführungs- und Vertretungsverhältnisse), der Gewinnverteilung oder die Aufnahme eines neuen Gesellschafters. **Grundlagengeschäfte** führen zu einer Änderung des Gesellschaftsverhältnisses und -vertrags, bedürfen daher der Zustimmung aller Gesellschafter (sofern der Gesellschaftsvertrag nicht Mehrheitsbeschlüsse als ausreichend bestimmt⁴²¹) und sind **nicht Teil der Geschäftsführung**.⁴²²

§ 712 I BGB sieht vor, dass die übrigen Gesellschafter einem Gesellschafter die Befugnis zur Geschäftsführung durch Beschluss entziehen können, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher kann insbesondere in einer groben Pflichtverletzung oder der Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung liegen. Im Übrigen liegt ein wichtiger Grund vor, wenn das Verhältnis der übrigen Gesellschafter zu dem Geschäftsführer nachhaltig zerstört und es den Gesellschaftern deshalb nicht zumutbar ist, dass der geschäftsführende Gesellschafter weiterhin auf die alle Gesellschafter betreffenden Belange der Gesellschaft Einfluss nehmen kann.⁴²³ Auch der Gesellschafter kann die Geschäftsführung aus wichtigem Grund kündigen (§ 712 II BGB).

⁴¹⁷ Eingefügt durch das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG) (BGBl I 2009, 2713). Vgl. zu § 47 II GBO n.F. und weiteren Änderungen durch das ERVGBG NJW-Spezial 2009, 545.

⁴¹⁸ Vgl. zu den Folgen oben S. 88.

⁴¹⁹ BGH NJW 2006, 2189.

⁴²⁰ Siehe unten S. 111 f.

⁴²¹ Siehe hierzu unten S. 94 ff.

⁴²² Hueck/Windbichler, GesR, § 8 Rn. 1.

⁴²³ BGH ZIP 2008, 597.

Die (organschaftliche) **Vertretung der Gesellschaft** im Außenverhältnis richtet sich gemäß § 714 BGB nach der Geschäftsführungsbefugnis. Sind also nach der gesetzlichen Grundstruktur alle Gesellschafter gemeinschaftlich zur Geschäftsführung befugt, haben sie auch gemeinschaftliche Vertretungsmacht im Sinne der §§ 164 ff. BGB. Schließt in einem solchen Fall ein einzelner Gesellschafter ein Geschäft im Namen der GbR, wird die GbR und damit das Gesellschaftsvermögen nicht verpflichtet. Anderes gilt, wenn – wie in der Praxis häufig – Einzelgeschäftsführung vereinbart ist. Dann gilt über § 714 BGB auch Einzelvertretungsbefugnis für die GbR. Ist die Geschäftsführung nach Geschäftsbereichen aufgeteilt, gilt dasselbe für die Vertretungsbefugnis.

Möglich ist auch, die Vertretungsmacht von der Geschäftsführungsbefugnis zu entkoppeln, z.B. Einzelgeschäftsführung, aber Gesamtvertretung zu vereinbaren. Insgesamt können die Gesellschafter hier eine ausdifferenzierte und ihren Bedürfnissen angepasste Regelung treffen, z.B. bis zu einem Geschäftswert von 10.000 Euro Einzelgeschäftsführung und darüber hinaus Gesamtgeschäftsführung vereinbaren sowie gleichzeitig Einzelvertretungsmacht bis zu einem Geschäftswert von 5.000 Euro und darüber hinaus Gesamtvertretung vereinbaren. Für den Dritten, der der GbR im Geschäftsverkehr gegenübertritt, ergibt sich hieraus eine erhebliche Rechtsunsicherheit, da er sich der Vertretungsmacht seines Gegenübers nie sicher sein kann, solange er den Gesellschaftsvertrag nicht kennt.

Schließlich ist zu beachten, dass neben der organschaftlichen auch eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht möglich ist. Organschaftliche und rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht sind voneinander zu trennen. Während erstere aus der Gesellschafterstellung als solcher folgt, ergibt sich letztere aus einer Bevollmächtigung (§ 167 BGB). In der Klausur ist bei der Frage der Vertretungsmacht daher – wenn der Sachverhalt Anhaltspunkte liefert – nach der Verneinung der organschaftlichen Vertretungsmacht zu prüfen, ob der handelnde Gesellschafter die Gesellschaft aufgrund einer ihm erteilten Vollmacht wirksam verpflichten konnte. Insbesondere eine konkludente Vollmachtserteilung kommt im Einzelfall in Betracht.⁴²⁴ Auch sie setzt natürlich aber eine wirksame Vertretung der Gesellschaft *bei der Vollmachtserteilung* voraus.

5. Haftung der GbR und der Gesellschafter

Schließt ein Gesellschafter im Namen der GbR mit der erforderlichen Vertretungsmacht (im Zweifel gilt § 714 BGB, ansonsten der Gesellschaftsvertrag, siehe oben) ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten, so haften aus diesem Geschäft die GbR und zugleich auch die Gesellschafter. Die Haftung der Gesellschafter wird dabei seit der oben beschriebenen Rechtsprechungsänderung⁴²⁵ nicht mehr über die so genannte Doppelverpflichtungslehre (danach verpflichtete der geschäftsführende Gesellschafter zugleich das Gesellschaftsvermögen und alle Gesellschafter persönlich), sondern über die so genannte **Akzessorietätstheorie** begründet. Verpflichtet wird danach (nur) die GbR als solche, für deren Verbindlichkeiten die Gesellschafter wie bei der oHG gemäß § 128 HGB⁴²⁶ akzessorisch mithaften.⁴²⁷

⁴²⁴ Vgl. BGH ZIP 2005, 524.

⁴²⁵ BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483; BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

⁴²⁶ Siehe dazu unten S. 113.

⁴²⁷ Ein Treugeber, der nicht selbst Gesellschafter wird, sondern für den ein Gesellschafter den Geschäftsanteil treuhänderisch hält, haftet für Gesellschaftsschulden nicht analog §§ 128 HGB persönlich; vgl. BGHZ 178, 271 = ZIP 2008, 2354 = NJW-RR 2009, 254 (Leitsatz 1); bestätigt in BGH ZIP 2009, 1266 mit Anm. *Bitter/Maurer* (demnächst in WuB); dazu auch *Armbrüster*, NJW 2009, 2167; kritisch *Kindler*, ZIP 2009, 1146.

Früher versuchten viele GbR-Gesellschafter, ihre Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken, indem sie im Rechtsverkehr mit der Bezeichnung „GbRmbH“ = „Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung“ auftraten. Grundlage dieses Versuchs war die alte Doppelverpflichtungslehre, nach der die Haftung der Mitgesellschafter von deren jeweiliger Verpflichtung durch den die GbR vertretenden Gesellschafter abhing. Hatten ein oder alle Gesellschafter diese Vertretungsmacht dahingehend beschränkt, dass nur das Gesellschaftsvermögen verpflichtet werden darf, konnte so die Haftung im Außenverhältnis beschränkt werden. Der Bundesgerichtshof hat diesem Versuch der Haftungsbeschränkung jedoch mit Urteil vom 27.9.1999⁴²⁸ eine Absage erteilt und entschieden:

„Für die im Namen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründeten Verpflichtungen haften die Gesellschafter kraft Gesetzes auch persönlich. Diese Haftung kann nicht durch einen Namenszusatz oder einen anderen, den Willen, nur beschränkt für diese Verpflichtungen einzustehen, verdeutlichenden Hinweis beschränkt werden, sondern nur durch eine individualvertragliche Vereinbarung ausgeschlossen werden.“

Ein Gläubiger der GbR kann daher grundsätzlich unbeschränkt auf alle Gesellschafter zugreifen. Diese haften nicht nur anteilig, sondern jeweils auf die ganze Leistung und sind damit untereinander Gesamtschuldner i.S.v. §§ 421 ff. BGB.⁴²⁹ Nimmt der Gläubiger nur einen Gesellschafter in Anspruch, kann dieser im Innenverhältnis bei den anderen Gesellschaftern anteilig Regress nehmen (§ 426 BGB).⁴³⁰

In der Konsequenz seiner Linie hat der BGH durch Urteil vom 24.2.2003⁴³¹ entschieden, dass sich die GbR zu Schadensersatz verpflichtendes Handeln ihrer (geschäftsführenden) Gesellschafter entsprechend § 31 BGB zurechnen lassen muss und die Gesellschafter für die gesetzlich begründeten Verbindlichkeiten der GbR persönlich und als Gesamtschuldner haften. Die entsprechende Anwendung des § 31 BGB betrifft darüber hinaus auch (vor-)vertragliche Beziehungen der GbR, so dass § 31 BGB ebenso im Rahmen der Prüfung eines Schadensersatzanspruchs gegen die GbR gemäß § 280 I BGB anzuwenden ist, und zwar sowohl hinsichtlich der Zurechnung der Handlung (Pflichtverletzung) als auch des Verschuldens des Gesellschafters.

Schließlich steht seit dem Urteil vom 7.4.2003⁴³² für die Praxis fest, dass auch der in eine GbR eintretende Gesellschafter grundsätzlich für vor seinem Eintritt begründete (vertragliche und gesetzliche) Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich und als Gesamtschuldner mit den Altgesellschaftern einzustehen hat. Die Rechtslage bei der GbR wurde also auch insoweit derjenigen bei der oHG angepasst, wo eine Haftung für Altverbindlichkeiten in § 130 HGB bestimmt ist. § 130 HGB kann nach einem weiteren Urteil des BGH auch bei Gesellschafterbeitritten analog gelten, die vor der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR durch die Rechtsprechung des BGH und der Rechtsprechung zur analogen Anwendung der §§ 128, 130 HGB auf die GbR erfolgten.⁴³³ Ob Vertrauensschutz gewährt wird, ist jeweils im Einzel-

⁴²⁸ BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483.

⁴²⁹ Zur Gesamtschuld siehe *Bitter*, Skript zum Schuldrecht AT, 1. Aufl. 2008, S. 60 ff.

⁴³⁰ Ausführlich zu den Folgen der Inanspruchnahme eines Gesellschafters unten S. 99 ff. sowie Fall Nr. 20 – Scherben bringen Glück (Abwandlung 3).

⁴³¹ BGHZ 154, 88 = NJW 2003, 1445.

⁴³² BGHZ 154, 370 = NJW 2003, 1803.

⁴³³ BGH NJW 2006, 765.

fall abzuwägen (Kenntnis oder Kennenmüssen der Verbindlichkeit); es besteht jedenfalls kein absolutes Rückwirkungsverbot.⁴³⁴

Es ergibt sich folgendes **Prüfungsschema** für eine *Gesellschafterhaftung*⁴³⁵:

- (1) **Haftung der Gesellschaft**; dabei sind (ggf.) zu erörtern: Rechtsfähigkeit der Gesellschaft, wirksame Vertretung der Gesellschaft, Zurechnung von Handeln und Verschulden ihrer Gesellschafter analog § 31 BGB bzw. ihrer Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB.
- (2) **Haftung der Gesellschafter**: Anwendung der §§ 128-130 HGB analog.⁴³⁶ Ist der Gläubiger ein Gesellschafter, sind die dann geltenden Besonderheiten (Differenzierung zwischen Sozial- und Drittverpflichtungen, bei letzteren vorrangige Inanspruchnahme der Gesellschaft und Abzug des eigenen Verlustanteils) zu beachten.⁴³⁷ Untereinander sind die haftenden Gesellschafter Gesamtschuldner (§§ 421 ff. BGB); zur Haftung der Gesellschaft besteht ein Akzessorietätsverhältnis.

Umstritten und noch nicht höchstrichterlich entschieden ist, ob die handelsrechtliche Haftungsnorm des § 28 I HGB⁴³⁸ analog anzuwenden ist, wenn durch die Beteiligung einer Person an dem Geschäft eines Einzelunternehmers, das – z.B. mangels ausreichenden Umfangs der gewerblichen Tätigkeit – kein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 HGB ist, eine GbR und keine oHG oder KG gegründet wird. Eine Meinung wendet § 28 I HGB analog an, weil nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR auch die Gesellschaft selbst haftet und damit die Rechtsfolge des § 28 I HGB auch bei der GbR passe.⁴³⁹ Im Übrigen sei die Außen-GbR der oHG stark angenähert, so dass eine Gleichstellung und einheitliche Regelung für alle Personengesellschaften gerechtfertigt sei. Dagegen wird eingewandt, eine Beschränkung der Haftung durch Eintragung nach § 28 II HGB könne bei einer GbR mangels GbR-Register nicht erfolgen, so dass letztlich die GbR schlechter als die oHG stünde, obwohl sie kein Handelsgewerbe betreibt.⁴⁴⁰ Der BGH hat die Frage offen gelassen, aber betont, dass § 28 I HGB ausdrücklich die Kaufmannseigenschaft des Einzelunternehmers voraussetze.⁴⁴¹ Rechtsfolge der analogen Anwendung von § 28 I HGB wäre, dass (auch) die neu gegründete GbR für die Verbindlichkeiten des Einzelunternehmers haftet, was zwangsläufig auch die Haftung ihrer Gesellschafter über § 128 HGB analog nach sich zöge. Dies wäre für den neu Hinzugekommenen nachteilig, für den Einzelunternehmer hingegen keine weitere Belastung, da er für seine bisher begründeten Verbindlichkeiten ohnehin weiter haftet.

⁴³⁴ *Segna* NJW 2006, 1566 ff.

⁴³⁵ Ausführlich zur Haftung der Gesellschafter einer Sozietät von Freiberuflern *Römermann*, NJW 2009, 1560, auch zu teilweise von der Rechtsprechung angenommenen Privilegierungen von *Scheingesellschaftern*, die aber – wie *Römermann* im Einzelnen darlegt – in Anbetracht der Akzessorietätstheorie nicht überzeugen können.

⁴³⁶ Zu den Einwendungen des Gesellschafters analog § 129 HGB siehe unten S. 113 ff.

⁴³⁷ Dazu im Einzelnen unten S. 99 ff.

⁴³⁸ Zur Haftung aus § 28 HGB siehe *Bitter/Schumacher*, Skript zum Handelsrecht, 4. Aufl. 2009, S. 30 f. mit Fall Nr. 16 – Syntec KG.

⁴³⁹ *Karsten Schmidt*, HandelsR, § 8 III 1 b.

⁴⁴⁰ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 28 Rdn. 2; hiergegen spricht allerdings, dass z.B. auch im Fall der zeitlichen Begrenzung der Nachhaftung nach § 736 II BGB i.V.m. § 160 HGB statt auf die Eintragung im Handelsregister auf die Kenntnisnahme des Gläubigers für den Fristbeginn abgestellt wird; entsprechend könnte an die Stelle der Eintragung im Handelsregister eine Benachrichtigung des Gläubigers treten.

⁴⁴¹ BGHZ 143, 314; vgl. aber auch OLG Naumburg, NZG 2006, 711, das § 28 I HGB analog anwendet.

6. Gesellschafterbeschlüsse

Die innere Willensbildung einer Gesellschaft erfolgt durch ihre Willensbildungsorgane, welche – sofern es sich um Kollektivorgane⁴⁴² handelt – durch Beschluss entscheiden.⁴⁴³ Neben der Geschäftsführung ist **Willensbildungsorgan** der GbR und der oHG die **Gesellschafterversammlung**. Gesellschafterbeschlüsse im Rahmen der Gesellschafterversammlung sind bei Grundlagengeschäften, Änderungen des Gesellschaftsvertrags und dann erforderlich, wenn sie von dem Gesellschaftsvertrag oder gesetzlich (§§ 709, 710 S. 2, 712, 715, 737 BGB, 116 II HGB) vorgesehen sind.⁴⁴⁴ Dabei sind grundsätzlich alle Gesellschafter zur Abstimmung befugt, außer das Gesetz sieht eine Abstimmung der „übrigen“ Gesellschafter vor (z.B. §§ 712 I, 715, 737 S. 2 BGB). Ein Stimmverbot kann darüber hinaus – wie bei der GmbH⁴⁴⁵ – bei Interessenkonflikten oder dann gegeben sein, wenn der Gesellschafter durch seine Teilnahme an der Abstimmung zum „Richter in eigener Sache“ würde.⁴⁴⁶

Der Gesellschafterbeschluss ist seiner Rechtsnatur nach ein mehrseitiges Rechtsgeschäft⁴⁴⁷, bei dem jeder Gesellschafter durch Abgabe seiner Stimme sein Recht auf Mitgestaltung und Mitverwaltung der Gesellschaftsangelegenheiten wahrnimmt.⁴⁴⁸ Sowohl bei der GbR (§ 709 I BGB) als auch bei der oHG (§ 119 I HGB) gilt nach der gesetzlichen Konzeption das **Einstimmigkeitsprinzip**. Gesellschafterbeschlüsse müssen demnach einstimmig gefasst werden, um wirksam zu sein, d.h. Rechtswirkungen zu entfalten.⁴⁴⁹ Dies folgt daraus, dass GbR und oHG personalistisch geprägte Zusammenschlüsse sind und daher jeder Gesellschafter grundsätzlich nur an Beschlüsse gebunden ist, denen er selbst zugestimmt hat. Da die gesetzlichen Regelungen dispositiv sind, kann der Gesellschaftsvertrag jedoch jeweils auch **Mehrheitsbeschlüsse** vorsehen. Eine Zustimmung der Mehrheit der Gesellschafter ist dann für die Wirksamkeit und damit Verbindlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses ausreichend. Im Zweifel wird die Mehrheit nach Köpfen berechnet (§§ 709 II BGB, 119 II HGB). Der Gesellschaftsvertrag kann aber auch bestimmen, dass die Kapitalmehrheit maßgeblich ist.⁴⁵⁰

Genügt die Zustimmung der Mehrheit der Gesellschafter zur Verbindlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses, besteht für eine Minderheit das Risiko, überstimmt zu werden. Es können Leistungspflichten der Gesellschafter und sonstige für manche Gesellschafter nachteilige Maßnahmen gegen den Willen der Minderheit beschlossen werden. Um die Minderheit vor unerwarteten Verpflichtungen zu schützen und einem Machtmissbrauch der Mehrheit vorzubeugen, wurden der **Bestimmtheitsgrundsatz** und die **Kernbereichslehre** entwickelt. Nur im Rahmen dieser Vorgaben ist eine Abweichung vom Einstimmigkeitsprinzip möglich:

⁴⁴² Organe mit mehr als einem Mitglied.

⁴⁴³ Vgl. zu den Gesellschafterbeschlüssen *Karsten Schmidt*, GesR, §§ 13, 14 und *Hueck/Windbichler*, GesR, § 14 Rdn. 9 ff. Zur GmbH oben S. 44 ff.

⁴⁴⁴ *Hueck/Windbichler*, GesR, § 14 Rdn. 9.

⁴⁴⁵ Siehe oben S. 44 f.

⁴⁴⁶ *Karsten Schmidt*, GesR, § 21 II 2; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 119 Rdn. 8; *Hueck/Windbichler*, GesR, § 14 Rdn. 10.

⁴⁴⁷ Zu den Arten der Rechtsgeschäfte siehe *Bitter/Maurer/Röder*, Skript zum BGB AT – Allgemeine Rechtsge-
schäftslehre, 2. Aufl. 2009, S. 24 f.

⁴⁴⁸ *Palandt/Sprau*, BGB, Vorb v § 709 Rdn. 11; die Rechtsnatur des Beschlusses ist im Einzelnen umstritten, vgl.
Karsten Schmidt, GesR, § 15 I 2.

⁴⁴⁹ *Palandt/Sprau*, BGB, Vorb v § 709 Rdn. 16.

⁴⁵⁰ Maßgeblich ist dann, dass den zustimmenden Gesellschaftern ein Kapitalanteil von mehr als 50 % zukommt; der Kapitalanteil ist eine Rechnungsziffer, die das Verhältnis der Beteiligungen der verschiedenen Gesellschafter zueinander ausdrückt, auf einen bestimmten Geldbetrag lautet und infolge von Zu- und Abschreibungen Veränderungen unterliegen kann; er wird auf einem Buchungskonto (sog. Kapitalkonto) geführt, vgl. hierzu *Hueck/Windbichler*, GesR, § 14 Rdn. 16 ff.

- Eine Mehrheitsentscheidung zu einem bestimmten Gegenstand ist nur zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag diesen **Beschlussgegenstand eindeutig als durch Mehrheitsentscheidung regelbar bestimmt**.⁴⁵¹ Es muss aus dem Gesellschaftsvertrag unzweideutig hervorgehen, dass für den in Frage stehenden Beschlussgegenstand das Einstimmigkeitsprinzip nicht gelten soll.⁴⁵² Dabei ist jedoch keine Einzelaufzählung der Beschlussgegenstände erforderlich, sondern es genügt, wenn eine Auslegung eindeutig ergibt, dass gerade der in Frage stehende Beschlussgegenstand der Mehrheitsentscheidung unterliegt.⁴⁵³ Der so gefasste **allgemeine Bestimmtheitsgrundsatz** dient allein der Prüfung einer *formellen* Legitimation von Mehrheitsbeschlüssen.⁴⁵⁴ Der BGH spricht folgerichtig von einer „Eingangsvoraussetzung für die Gültigkeit einer Mehrheitsentscheidung“ und hält den Bestimmtheitsgrund mit dieser Maßgabe aufrecht.⁴⁵⁵ Ist nach der oben stehenden Auslegungsregel ein Mehrheitsbeschluss dann *formell* legitimiert, wenn sich eindeutig ergibt, dass ein Beschlussgegenstand einer Mehrheitsklausel unterfällt, so dürfte eine **allgemeine Mehrheitsklausel**, die keine einzelnen Beschlussgegenstände nennt, aber auch keinerlei (!) Ausnahmen zulässt, *sämtliche* Beschlussgegenstände erfassen.⁴⁵⁶ Die Klausel ist dann nämlich ohne Zweifel auf alle Beschlussgegenstände bezogen. Es ist also nicht (mehr) so, dass eine bloß allgemeine Mehrheitsklausel nur allgemeine Geschäftsführungsmaßnahmen oder gewöhnliche Vertragsänderungen erfasst, sondern sie gilt – weil der Gesellschaftsvertrag dies eindeutig bestimmt – ebenso für ungewöhnliche Vertragsänderungen und Grundlagengeschäfte (z.B. Änderung der Gewinnverteilung, Nachschusspflichten).⁴⁵⁷

Mit der Einhaltung dieses allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatzes ist allerdings noch nichts über die Wirksamkeit eines *konkreten* Mehrheitsbeschlusses gesagt, sondern es ist nur eine *formelle* Hürde für einen Mehrheitsbeschluss genommen (1. Stufe = Ermächtigungsebene).⁴⁵⁸ Auf einer nächsten Ebene erfolgt sodann eine *materielle* Überprüfung des konkreten Mehrheitsbeschlusses auf seine Rechtmäßigkeit (inhaltliche Wirksamkeits- bzw. Rechtmäßigkeitsprüfung als 2. Stufe).⁴⁵⁹ Hierbei kann sich ergeben, dass der konkrete Mehrheitsbeschluss *trotz formeller Legitimation* unwirksam ist, weil er die Grenzen der Mehrheitsmacht überschreitet und daher der Zustimmung aller Gesellschafter bzw.

⁴⁵¹ Hueck/Windbichler, GesR, § 6 Rdn. 9, § 14 Rdn. 11.

⁴⁵² Palandt/Sprau, BGB, § 705 Rdn. 16.

⁴⁵³ So jetzt ausdrücklich BGHZ 170, 283 (Rdn. 9) – Otto in Anlehnung an Karsten Schmidt, GesR, § 16 II 2 b; bestätigt durch BGHZ 179, 13 (Rdn. 15) – Schutzgemeinschaftsvertrag II; dazu ausführlich Karsten Schmidt, ZGR 2008, 1; ders., ZIP 2009, 737.

⁴⁵⁴ Karsten Schmidt, GesR, § 16 II 2 c, d, III 3 b dd; auch der BGH spricht in Leitsatz 1 der Entscheidung BGHZ 170, 283 – Otto von einer „Legitimation für Mehrheitsentscheidungen“; ausdrücklich von einer „formellen“ Legitimation spricht jetzt BGHZ 179, 13 (Rdn. 16, 25) – Schutzgemeinschaftsvertrag II.

⁴⁵⁵ BGHZ 170, 283 (Rdn. 9) – Otto.

⁴⁵⁶ Vgl. ausführlich Karsten Schmidt, ZGR 2008, 1 ff.; ders. ZIP 2009, 737, 738 („umfassende Generalklausel“); Formulierungsempfehlung bei Karsten Schmidt, ZGR 2008, 1, 10.

⁴⁵⁷ In diesem Sinne jetzt auch BGHZ 179, 13 (Rdn. 15, 16 a.E.) – Schutzgemeinschaftsvertrag II. In der Tendenz anders Palandt/Sprau, BGB, § 705 Rdn. 16: In der Regel (!) erfasse eine allgemeine Mehrheitsklausel nur gewöhnliche Beschlussgegenstände (insbesondere Akte der Geschäftsführung), nicht hingegen Grundlagengeschäfte. Sprau sagt aber gleichzeitig, dass bei Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes (ausnahmsweise) etwas anderes gilt. Nach der Darlegung im Text erfüllt eine allgemeine, keine Ausnahmen enthaltende Mehrheitsklausel genau diese Voraussetzung für *alle* Beschlussgegenstände.

⁴⁵⁸ In diesem Sinne ist die Mehrheitsklausel lediglich eine „wertneutrale Verfahrensregel“, die nicht unwirksam sein kann; vgl. BGHZ 179, 13 (Rdn. 15 ff.) – Schutzgemeinschaftsvertrag II.

⁴⁵⁹ BGHZ 170, 283 (Rdn. 10) – Otto; BGHZ 179, 13 (Rdn. 17, 25) – Schutzgemeinschaftsvertrag II; Karsten Schmidt, GesR, § 16 II 2 c, d, III 3 b dd.

des betroffenen Gesellschafters bedurft hätte.⁴⁶⁰ Auf dieser zweiten Stufe geht es also um den Schutz des einzelnen (Minderheits-)Gesellschafters (Individualschutz).⁴⁶¹ Er wird insbesondere durch die Treuepflichten⁴⁶², den Grundsatz der Gleichbehandlung und die sog. Kernbereichslehre gewährleistet.⁴⁶³ Unabhängig vom Individualschutz darf der Beschluss natürlich auch keinen gesetzeswidrigen Inhalt haben.⁴⁶⁴

- Die Kernbereichslehre besagt: Durch einen Mehrheitsbeschluss erfolgende **Eingriffe in den Kernbereich der Gesellschafterrechte** sind trotz einer Mehrheitsklausel, die dem Bestimmtheitsgrundsatz genügt (= 1. Stufe), **nicht ohne Zustimmung des Betroffenen** möglich (2. Stufe).⁴⁶⁵ Auch ein formell legitimierter Mehrheitsbeschluss kann also nie in elementare Gesellschafterrechte eingreifen. Dies ergibt sich daraus, dass jedem Gesellschafter ein unentziehbarer/mehrheitsfester Kern von Mitgliedschaftsrechten zusteht.⁴⁶⁶ Zum Kernbereich zählen unter anderem das Stimm-, Gewinn- und Informationsrecht sowie die Befugnis, über die Zusammensetzung der Gesellschaft zu entscheiden⁴⁶⁷; nicht zum Kernbereich gehört dagegen die Feststellung des Jahresabschlusses.⁴⁶⁸

Einem Eingriff in den Kernbereich durch Mehrheitsbeschluss kann der Gesellschafter auch schon vorab (mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags) zustimmen (**antizipierte Zustimmung**). Hierfür bedarf es allerdings einer hinreichend eindeutigen Regelung im Gesellschaftsvertrag.⁴⁶⁹ Dabei sind die Anforderungen *wesentlich* höher als diejenigen nach dem allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatz zur grundsätzlichen formellen Legitimation einer Mehrheitsentscheidung.⁴⁷⁰ Die Anforderungen an eine antizipierte Zustimmung zu Eingriffen in den Kernbereich dürfen also keinesfalls mit denen nach dem allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatz verwechselt oder gleichgesetzt werden.⁴⁷¹

⁴⁶⁰ Vgl. Palandt/*Sprau*, BGB, § 705 Rdn. 16a unter Verweis auf BGHZ 170, 283 (Rdn. 10) – Otto; zu den Grenzen der Mehrheitsmacht ausführlich *Karsten Schmidt*, GesR, § 16 II 4 und III.

⁴⁶¹ Zu weiteren Differenzierungen innerhalb der zweiten Stufe vgl. *Karsten Schmidt*, ZIP 2009, 737 (738 ff.).

⁴⁶² Dazu oben S. 81 ff.

⁴⁶³ Vgl. BGHZ 170, 283 (Rdn. 10) – Otto; BGHZ 179, 13 (Rdn. 17) – Schutzgemeinschaftsvertrag II. Ferner *Hueck/Windbichler*, GesR, § 14 Rdn. 11 a.E.

⁴⁶⁴ Vgl. BGHZ 179, 13 (Rdn. 25) – Schutzgemeinschaftsvertrag II.

⁴⁶⁵ *Hueck/Windbichler*, GesR, § 14 Rdn. 11; BGH NJW 1995, 194 ff.

⁴⁶⁶ *Karsten Schmidt*, GesR, § 16 III 3.

⁴⁶⁷ Palandt/*Sprau*, BGB, § 705 Rdn. 16a; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 119 Rdn. 36.

⁴⁶⁸ BGHZ 170, 283 (Leitsatz 2 und Rdn. 12 ff.) – Otto.

⁴⁶⁹ Palandt/*Sprau*, BGB, § 705 Rdn. 16a; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 119 Rdn. 36; zu den unterschiedlichen Anforderungen für verschiedene Beschlussgegenstände vgl. *Karsten Schmidt*, ZIP 2009, 737 (739 f.).

⁴⁷⁰ Vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, § 16 III 3 b dd; *ders.*, ZIP 2009, 737 (739 f.), wo er insofern von „qualifizierten Bestimmtheitsanforderungen“ spricht; sie ordnet er als zwischen den beiden vom BGH benannten Stufen stehend ein, weil es einerseits noch um eine Legitimation der Mehrheitsentscheidung gehe, andererseits aber bereits Individualschutz bezweckt sei.

⁴⁷¹ Besondere Bedeutung haben die Anforderungen an die antizipierte Zustimmung für *Nachschusspflichten*. Hier gilt grundsätzlich das sog. Belastungsverbot. Eine wirksame antizipierte Zustimmung zur Begründung einer Nachschusspflicht durch Mehrheitsbeschluss enthält ein Gesellschaftsvertrag nach der Rechtsprechung des BGH daher nur, wenn Ausmaß und Umfang einer möglichen zusätzlichen Belastung erkennbar sind, indem der Vertrag eine Obergrenze oder sonstige Kriterien festlegt, die das Erhöhungsrisiko eingrenzen; die Gesellschafter sollen erkennen können, was „schlimmstenfalls“ an neuen Verpflichtungen auf sie zukommen kann (vgl. BGH ZIP 2006, 562 ff. und jüngst BGH ZIP 2009, 864 [Rdn. 14] sowie BGH ZIP 2009, 1373 [Rdn. 18] zur KG). Weil die Frage der antizipierten Zustimmung eine solche des *materiellen* Individualschutzes und nicht des *formellen* Bestimmtheitsgrundsatzes ist (vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, § 16 III 3 b dd), gelten die vorgenannten Erfordernisse konsequenterweise auch für Publikumsgesellschaften, bei denen regelmäßig vom Einstimmigkeitsprinzip zugunsten von Mehrheitsbeschlüssen abgewichen wird und der Bestimmtheitsgrundsatz grundsätzlich nicht gilt (vgl. BGH ZIP 2006, 562 ff.). Fehlt eine wirksame antizipierte Zustimmung, ist ein – formell legitimierter (1. Stufe) – (Mehrheits-)Beschluss, der eine Nachschusspflicht begründen soll, gegenüber den *nicht*

Grundsätzlich sind die Gesellschafter bei ihrer Stimmabgabe nicht zu einem bestimmten Stimmverhalten verpflichtet, sondern können entsprechend ihrer Auffassung und ihren Interessen abstimmen. Allerdings kann für einen Gesellschafter aus den sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Treuepflichten ausnahmsweise eine **Zustimmungspflicht** folgen⁴⁷², sofern der Gesellschafterbeschluss Maßnahmen betrifft, die dringend geboten sind und dem Gesellschafter die Zustimmung zumutbar ist.⁴⁷³ Dies gilt auch für einen Beschluss, der Nachschusspflichten begründet, wobei jedoch sehr hohe Anforderungen zu stellen sind, da ein Gesellschafter wegen der eindeutigen Regelung des § 707 BGB grundsätzlich nicht zu neuen Vermögensopfern veranlasst werden kann.⁴⁷⁴

⇒ vgl. Fall Nr. 11 – Zerstrittene Gesellschafter

7. Gesellschaftereintritt und -wechsel

GbR und oHG sind als **personenbezogene Zusammenschlüsse** und Personengesellschaften auf einen unveränderten personellen Bestand angelegt. Der Beitritt eines neuen Gesellschafters und der Gesellschafterwechsel sind Grundlagengeschäfte.⁴⁷⁵ Sie führen zu einer Änderung des Gesellschaftsvertrags und bedürfen daher der Zustimmung aller Gesellschafter.⁴⁷⁶ Dies gilt auch dann, wenn der Bestimmtheitsgrundsatz eingehalten und damit eine Mehrheitsentscheidung formell legitimiert ist. Das Recht, über die Zusammensetzung der Gesellschaft zu entscheiden, gehört nämlich zum Kernbereich der Gesellschafterrechte. Bei einer hinreichend eindeutigen Regelung kann allerdings eine antizipierte Zustimmung vorliegen.

Der **Beitritt eines neuen Gesellschafters** erfolgt durch Aufnahmevertrag des Neugesellschafters mit allen bisherigen Gesellschaftern, ein **Gesellschafterwechsel** durch Übertragung des Gesellschaftsanteils des Altgesellschafters auf den Neugesellschafter oder die Kombination von Austritt des alten und Eintritt des neuen Gesellschafters. Die Identität der Gesellschaft wird sowohl bei einem Gesellschafterbeitritt als auch bei einem Gesellschafterwechsel nicht berührt.⁴⁷⁷

Die Übertragung eines Gesellschaftsanteils ist ein **Verfügungsgeschäft** im Sinne der §§ 413, 398 BGB⁴⁷⁸, dem ein Verpflichtungsgeschäft zwischen Alt- und Neugesellschafter zugrunde liegt.⁴⁷⁹ Der Neugesellschafter übernimmt den Gesellschaftsanteil des Altgesellschafters und

zustimmenden Gesellschafter materiell unwirksam (2. Stufe), weil § 707 BGB insoweit eine Mehrheitsmacht ausschließt (vgl. BGH ZIP 2009, 864 [Rdn. 15] m.w.N.). Zum Nachschuss sind aufgrund eines solchen Beschlusses daher nur diejenigen Gesellschafter wirksam verpflichtet worden, die dem Beschluss zugestimmt haben (BGH ZIP 2009, 864 [Rdn. 15]), sofern der Beschluss die nach dem Gesellschaftsvertrag erforderliche Mehrheit erhalten hat (BGH ZIP 2009, 1373 [Leitsatz 2] zur KG).

⁴⁷² Karsten Schmidt, GesR, § 21 II 3 c.

⁴⁷³ BGH ZIP 2005, 25.

⁴⁷⁴ BGH ZIP 2006, 562; nicht ausreichend sind z.B. die Sanierungsbedürftigkeit oder wirtschaftliche Erfolglosigkeit der Gesellschaft, OLG München DB 2004, 1878, Palandt/Sprau, BGB, § 705 Rdn. 15.

⁴⁷⁵ Siehe hierzu oben S. 90.

⁴⁷⁶ Vgl. zum Gesellschaftereintritt und -wechsel Karsten Schmidt, GesR, § 45 II, III; Hueck/Windbichler, GesR, § 10 I, III.

⁴⁷⁷ Karsten Schmidt, GesR, § 45 II 4; Hueck/Windbichler, GesR, § 10 Rdn. 4.

⁴⁷⁸ Karsten Schmidt, GesR, § 45 III 3.

⁴⁷⁹ Es kann sich z.B. um einen Rechtskauf (§§ 433, 453 BGB) oder um eine Schenkung handeln. In letzterem Fall bedarf das sonst grundsätzlich formlos mögliche Kausalgeschäft ausnahmsweise der Form des § 518 I BGB. Hingegen ist eine notarielle Beurkundung auch dann nicht durch § 311b I BGB geboten, wenn das Gesell-

tritt mit Wirksamwerden der Verfügung unmittelbar in dessen Rechtsstellung ein.⁴⁸⁰ Eine zunächst ohne die erforderliche Zustimmung der übrigen Gesellschafter vorgenommene Verfügung ist solange schwebend unwirksam, bis der letzte Gesellschafter zustimmt.⁴⁸¹ Verweigert ein Gesellschafter seine Zustimmung, ist die Übertragung endgültig unwirksam. § 719 I BGB steht der Übertragung nicht entgegen, da der Gesellschafter nicht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen, sondern über die Mitgliedschaft insgesamt verfügt.⁴⁸² Zwischen dem Alt- und dem Neugesellschafter gelten die §§ 738 ff. BGB nicht, da der Neu- dem Altgesellschafter i.d.R. einen Kaufpreis zahlt oder die Zuwendung unentgeltlich erfolgen soll, der Verlust der Gesellschafterstellung des Altgesellschafter also durch den Neugesellschafter und nicht durch die übrigen Gesellschafter ausgeglichen wird. Diese Form des Gesellschafterwechsels ist in der Praxis häufiger anzutreffen als die Kombination von Ein- und Austritt, weil sie einfacher durchzuführen ist.

Bei der Kombination von Aus- und Eintritt (**Doppelvertrag**) erlischt demgegenüber zunächst die Gesellschafterstellung des Altgesellschafter durch Abschluss des Austrittsvertrags mit den verbleibenden Gesellschaftern und sein Gesellschaftsanteil wächst diesen nach § 738 I 1 BGB an. Anschließend wird durch den Aufnahmevertrag zwischen den verbliebenen Gesellschaftern und dem Neugesellschafter dessen Gesellschafterstellung begründet, d.h., jedem verbliebenen Gesellschafter wächst ein Teil seines Gesellschaftsanteils zugunsten des Neugesellschafter wieder ab.⁴⁸³

Während bei der Übertragung des Gesellschaftsanteils demnach nur eine schuldrechtliche Beziehung zwischen Neu- und Altgesellschafter besteht, ist eine solche bei der Kombination von Aus- und Eintritt nicht gegeben, sondern Neu- und Altgesellschafter schließen jeweils einen Vertrag mit den übrigen Gesellschaftern ab und es erfolgt keine unmittelbare Rechtsnachfolge.⁴⁸⁴

Für die **Haftung** im Außenverhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern gilt bei beiden Gestaltungen das Folgende: Der **Altgesellschafter** haftet unter Geltung der Enthaltungsfrist des § 160 HGB⁴⁸⁵ für *bis zu seinem Ausscheiden* begründete Verbindlichkeiten (Nachhaftung); der **Neugesellschafter** haftet für *Altverbindlichkeiten* nach § 130 HGB (analog bei der GbR⁴⁸⁶), für *Neuverbindlichkeiten* normal nach § 128 HGB (analog wiederum bei der GbR⁴⁸⁷).

⇒ vgl. Fall Nr. 12 – Altersruhestand

schaftsvermögen ausschließlich oder überwiegend aus Grundstücken besteht, vgl. Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 311b Rdn. 9.

⁴⁸⁰ Hueck/*Windbichler*, GesR, § 10 Rdn. 15.

⁴⁸¹ BGHZ 13, 179.

⁴⁸² Hueck/*Windbichler*, GesR, § 3 Rdn. 5; der Anteil am Gesellschaftsvermögen verkörpert nur die vermögensrechtliche Seite der von ihm zu unterscheidenden umfassenden Mitgliedschaft; vgl. Palandt/*Sprau*, BGB, § 717 Rdn. 1.

⁴⁸³ Hueck/*Windbichler*, GesR, § 10 Rdn. 14.

⁴⁸⁴ Hueck/*Windbichler*, GesR, § 10 Rdn. 14.

⁴⁸⁵ Bei der GbR gilt § 160 HGB nach § 736 II BGB entsprechend.

⁴⁸⁶ BGHZ 154, 370 = NJW 2003, 1803.

⁴⁸⁷ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

8. Gewinn- und Verlustverteilung

Das Gesetz bestimmt, dass jedem Gesellschafter ein gleich hoher Anteil am Gewinn und Verlust zusteht (§ 722 I BGB).⁴⁸⁸ Diese gesetzliche Regelung ist dispositiv und greift (nur) beim Fehlen einer gesellschaftsvertraglichen Regelung ein. In der Praxis sehen die Gesellschaftsverträge regelmäßig eine **abweichende Gewinn- und Verlustbeteiligung** vor, die z.B. dem Umfang der Beitragspflichten der einzelnen Gesellschafter entspricht. Häufig ist für die Gewinnverteilung der Kapitalanteil eines Gesellschafters maßgeblich.⁴⁸⁹ Auch wenn der Gesellschaftsvertrag keine Regelung betreffend die Gewinn- und Verlustbeteiligung enthält, kann bei erheblich voneinander abweichenden Beitragspflichten eine anderweitige Gewinn- und Verlustbeteiligung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gewonnen werden.⁴⁹⁰ Die Verlustbeteiligung stellt immer nur einen internen Rechenvorgang dar und führt nicht zu einem Zahlungsanspruch gegen einzelne Gesellschafter, da ein solcher nicht mit § 707 BGB vereinbar wäre.⁴⁹¹ Die Gesellschafter müssten die entstandenen Verluste nämlich durch Nachzahlungen ausgleichen, die § 707 BGB gerade verhindern will. Nachschussverpflichtungen der Gesellschafter sind erst in der Liquidation vorgesehen (§ 735 BGB).

Aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt sich für die Gesellschafter ein Anspruch auf die Feststellung und Verteilung des Gewinns (**Auszahlungsanspruch**).⁴⁹² Der Anspruch besteht nach § 721 I BGB erst nach Auflösung der Gesellschaft, außer es liegt eine Dauergesellschaft vor, bei der der Anspruch nach § 721 II BGB jährlich gegeben ist. Häufig sehen die Gesellschaftsverträge eine monatliche Zahlung an die Gesellschafter vor, die dann auf den Gewinnanteil und den Auszahlungsanspruch der Gesellschafter angerechnet wird.

9. Sozialansprüche/-verpflichtungen: actio pro socio, Gesellschafter-Gläubiger, Haftungsregress⁴⁹³

Als **Sozialansprüche** werden Ansprüche der Gesellschaft gegen Gesellschafter bezeichnet, die aus dem Gesellschaftsverhältnis herrühren (z.B. Anspruch auf Beitragszahlung aus § 705 BGB). **Sozialverpflichtungen** sind Verpflichtungen der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsverhältnis gegenüber Gesellschaftern (z.B. Anspruch des geschäftsführenden Gesellschafters auf Aufwendungsersatz, §§ 713 i.V.m. 670 BGB bei der GbR, § 110 HGB bei der oHG). Sozialansprüche und -verpflichtungen sind von **Drittansprüchen und -verpflichtungen** abzugrenzen. Bei solchen handelt es sich um Ansprüche gegen bzw. Verpflichtungen gegenüber Gesellschafter(n), die nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis, sondern aus anderen zwischen der Gesellschaft und Gesellschaftern abgeschlossenen Rechtsgeschäften stammen (z.B. Ansprüche auf Kaufpreiszahlung aus einem zwischen der Gesellschaft und einem Gesellschafter geschlossenen Kaufvertrag). Der Gesellschafter tritt in diesem Fall als außenstehender Dritter gegenüber der Gesellschaft auf.

Die Abgrenzung ist unter anderem im Hinblick auf die sog. actio pro socio (auch Gesellschafterklage oder Einzelklagebefugnis genannt), die persönliche Haftung der Gesellschafter und den Regress eines in Anspruch genommenen Gesellschafters relevant:

⁴⁸⁸ Vgl. zur Gewinn- und Verlustbeteiligung Hueck/Windbichler, GesR, § 7 Rdn. 8.

⁴⁸⁹ Vgl. zum Kapitalanteil oben Fn.450.

⁴⁹⁰ BGH NJW-RR 1990, 736.

⁴⁹¹ Karsten Schmidt, GesR, § 59 III 1 a.

⁴⁹² Palandt/Sprau, BGB, § 721 Rdn. 2.

⁴⁹³ Vgl. hierzu auch Hueck/Windbichler, GesR, § 7, § 9, § 15 III 5.

Grundsätzlich können nur die geschäftsführungsbefugten Gesellschafter die der Gesellschaft zustehenden Ansprüche gerichtlich geltend machen, da nur sie nach § 714 BGB vertretungsbefugt sind. Dies würde allerdings dazu führen, dass z.B. der allein geschäftsführungsbefugte Gesellschafter Sozialansprüche der Gesellschaft gegen ihn wohl niemals durchsetzen würde. Die **actio pro socio** ermöglicht es einem Gesellschafter deshalb unabhängig von seiner Geschäftsführungsbefugnis, Sozialansprüche der Gesellschaft gegen seine Mitgesellschafter alleine einzuklagen. Der Gesellschafter klagt dabei ein **fremdes Recht im eigenen Namen** ein, wobei er, da der Anspruch materiell der Gesellschaft zusteht, nur auf *Leistung an die Gesellschaft* klagen kann.⁴⁹⁴ Die actio pro socio ist allerdings nur bei einem Bedürfnis nach der Geltendmachung des Anspruchs durch den Gesellschafter zulässig (**Subsidiarität**); ein solches besteht, wenn die Gesamtwillensbildung innerhalb der Gesellschaft nicht funktioniert.⁴⁹⁵ Bei Ansprüchen der Gesellschaft gegen Gesellschafter aus Drittgeschäften besteht die Möglichkeit der actio pro socio hingegen grundsätzlich nicht. Diese Ansprüche können nur von dem geschäftsführungs- und damit vertretungsberechtigten Gesellschafter (vgl. § 714 BGB) im Namen der Gesellschaft eingeklagt werden. Davon ist eine Ausnahme zu machen, sofern der Gesellschaftsvertrag keine Vertretungsregelung enthält und damit Gesamtvertretungsbefugnis nach §§ 709, 714 BGB besteht. Der Einzelgesellschafter kann dann analog §§ 432, 2039 BGB auf Leistung in das Gesellschaftsvermögen klagen.⁴⁹⁶

⇒ vgl. Fall Nr. 13 – Gutes Geschäft

Für die Haftung der (Mit-)Gesellschafter gegenüber einem **Gesellschafter-Gläubiger** ist zwischen Sozial- und Drittverpflichtungen der Gesellschaft zu differenzieren: Für **Sozialverpflichtungen** haften die Mitgesellschafter grundsätzlich *nicht* nach § 128 HGB (analog bei der GbR) persönlich gegenüber dem Gesellschafter-Gläubiger, da sie dies im Ergebnis zu einem Nachschuss verpflichten würde, was dem Grundgedanken des § 707 BGB widerspricht.⁴⁹⁷ Hingegen haften die Mitgesellschafter dem Gesellschafter-Gläubiger für **Drittverpflichtungen** nach h.M. analog § 128 HGB persönlich als Gesamtschuldner.⁴⁹⁸ An seine Mitgesellschafter kann sich der Gesellschafter wegen der zwischen den Gesellschaftern bestehenden Treuepflichten allerdings nur wenden, sofern der Rückgriff bei der Gesellschaft misslingt; weiterhin muss er von der Forderung seinen eigenen Verlustanteil abziehen.⁴⁹⁹

Wird ein Gesellschafter durch einen Gläubiger der Gesellschaft aus § 128 HGB (analog) persönlich in Anspruch genommen, hat er gegen die Gesellschaft einen Rückgriffsanspruch aus

⁴⁹⁴ Vgl. Hueck/Windbichler, GesR, § 7 Rdn. 6, die auch die verschiedenen dogmatischen Begründungen darstellen. Im Rahmen der Zulässigkeit der Klage des Gesellschafters ist die actio pro socio bei der Prozessführungsbefugnis anzusprechen, vgl. Oberheim, Zivilprozessrecht für Referendare, § 2 Rdn. 24.

⁴⁹⁵ Hueck/Windbichler, GesR, § 7 Rdn. 6; der Gesellschafter muss daher grundsätzlich zunächst versuchen, die Durchsetzung des Anspruchs im gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Weg zu erreichen (z.B. durch die Einberufung einer Gesellschafterversammlung); nur sofern dieser Weg nicht zum Ziel geführt hat oder von vorneherein aussichtslos erscheint, ist er zur actio pro socio befugt.

⁴⁹⁶ Karsten Schmidt, GesR, § 21 IV 7.

⁴⁹⁷ BGHZ 37, 299; Baumbach/Hopt, HGB, § 128 Rdn. 22.

⁴⁹⁸ BGH NJW 1983, 749; Hueck/Windbichler, GesR, § 9 Rdn. 10 m.w.N.; nach a.A. haften die Mitgesellschafter nur pro rata, als Teilschuldner (vgl. die Nachweise bei Karsten Schmidt, GesR, § 49 I 2 b in Fn. 12); die Unterscheidung zwischen Gesamtschuldner- und pro rata Haftung wirkt sich auf das Endergebnis dann aus, wenn ein Mitgesellschafter ausfällt; ausführlich zur Haftung gegenüber einem Gesellschafter-Gläubiger für eine Drittverpflichtung Altmeyden, NJW 2009, 2241.

⁴⁹⁹ BGH NJW 1983, 749; Baumbach/Hopt, HGB, § 128 Rdn. 24; der Rückgriff bei der Gesellschaft ist bereits dann als erfolglos anzusehen, wenn die Gesellschaft auf eine Aufforderung hin nicht zahlt, vgl. BGH DB 2002, 318.

§§ 713, 670 BGB (GbR) bzw. § 110 HGB (oHG), da die Zahlung an den Gläubiger im Verhältnis zur Gesellschaft eine erstattungsfähige Aufwendung darstellt (Haftungsregress). Für diesen Aufwendungsersatzanspruch haften die Mitgesellschafter allerdings nicht nach § 128 HGB (analog) persönlich, weil er eine Sozialverbindlichkeit der Gesellschaft ist, für die die Mitgesellschafter nicht persönlich haften (siehe oben).⁵⁰⁰ Weil der Gesellschafter (1) nicht über Gebühr belastet werden soll, der Gläubiger (2) ebenso gut jeden anderen Gesellschafter hätte in Anspruch nehmen können und (3) nun einmal ein Gesamtschuldverhältnis unter den Gesellschaftern besteht, hat der betroffene Gesellschafter aber einen Anspruch gemäß § 426 I BGB (Gesamtschuldnerausgleich).⁵⁰¹ Danach kann er subsidiär von den Mitgesellschaftern entsprechend ihrer Beteiligung am Verlust anteilmäßig Ersatz verlangen.⁵⁰² Die Mitgesellschafter haften für den Regressanspruch also nicht als Gesamtschuldner, sondern nur pro rata (als Teilschuldner). Subsidiär bedeutet, dass der Gesellschafter zunächst versuchen muss, bei der Gesellschaft Befriedigung zu erlangen, bevor er seine Mitgesellschafter in Anspruch nimmt. Dies folgt wie bei den Drittverpflichtungen aus den Treuepflichten. Der Gesellschafter muss allerdings nicht zunächst versuchen, gerichtlich gegen die Gesellschaft vorzugehen.

⇒ vgl. Fall Nr. 20 – Scherben bringen Glück (Abwandlung 3)

10. Zwangsvollstreckung

Die **Zwangsvollstreckung** in das Vermögen eines Schuldners setzt stets einen Titel voraus. Dies können z.B. Endurteile (§ 704 ZPO) oder vollstreckbare Urkunden sein (§ 794 I Nr. 5 ZPO). Um in das Gesellschaftsvermögen einer GbR vollstrecken zu können, muss ein Gläubiger nach § 736 ZPO einen Titel gegen sämtliche Gesellschafter erwirken. Zur Vollstreckung in das Vermögen einer oHG ist hingegen ein Titel gegen die Gesellschaft ausreichend (§ 124 II HGB); lediglich der Zugriff auf das Privatvermögen eines Gesellschafters ist damit nicht möglich (§ 129 IV HGB). Hierzu bedarf es eines Titels gegen den Gesellschafter selbst.

Da die Außen-GbR vom BGH inzwischen als rechtsfähig und parteifähig gem. § 50 ZPO anerkannt wurde⁵⁰³, kann die GbR selbst verklagt und ein Titel gegen sie erwirkt werden. Dementsprechend ist § 736 ZPO nun so auszulegen, dass ein Titel gegen alle Gesellschafter eine mögliche Grundlage für die Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen bildet, daneben aber auch ein Titel gegen die Gesellschaft selbst ausreicht.⁵⁰⁴ Allerdings muss dann auch § **129 IV HGB** für den Zugriff auf das Privatvermögen eines Gesellschafters **entsprechend Anwendung** finden. Besitzt ein Gläubiger somit einen Titel gegen alle Gesellschafter, kann er sowohl in das Gesellschafts- als auch in das Gesellschaftervermögen vollstrecken; ein Titel gegen die Gesellschaft ermöglicht hingegen nur eine Vollstreckung in deren Vermögen.

⁵⁰⁰ BGH DB 2002, 318; strittig ist, ob der Anspruch des befriedigten Gläubigers gegen die Gesellschaft auf den zahlenden Gesellschafter übergeht: überwiegend wird die *cessio legis* mangels Gesamtschuldschuldverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter (es besteht ein Akzessorietätsverhältnis) abgelehnt, teilweise wird sie auf § 426 II BGB oder § 774 I BGB gestützt (vgl. hierzu *Karsten Schmidt*, GesR, § 49 V 1).

⁵⁰¹ Während die Gründe unter (1) und (2) eine Wertung enthalten, ist das Argument unter (3) das einfachste, aber überzeugendste: Bei Gesamtschuldnern besteht zwingend eine Ausgleichspflicht; die Frage der Haftung für Sozialverbindlichkeiten spielt dabei keine Rolle (vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, § 49 V 2).

⁵⁰² BGH DB 2002, 318; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 128 Rdn. 27; *Karsten Schmidt*, GesR, § 49 V 2.

⁵⁰³ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; *Palandt/Sprau*, BGB, § 714 Rdn. 23; dazu oben S. 88.

⁵⁰⁴ *Palandt/Sprau*, BGB, § 718 Rdn. 7.

11. Kündigung, Auflösung, Auseinandersetzung und Beendigung der Gesellschaft, Ausscheiden/Ausschluss eines Gesellschafters⁵⁰⁵

Ist die Gesellschaft nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen, so ist sie von jedem Gesellschafter jederzeit kündbar, § 723 I 1 BGB (**ordentliche Kündigung**). Eine Gesellschaft kann aber auch auf bestimmte Zeit eingegangen werden. Die Gesellschafter sind dann für eine beschränkte Zeit ohne Beendigungsmöglichkeit an die Gesellschaft gebunden. Eine ordentliche Kündigung kann daher nicht erfolgen, sofern die vertraglich vorgesehene Bindung nicht übermäßig lang und damit unbillig ist.⁵⁰⁶ Es verbleibt jedoch stets die Möglichkeit einer **Kündigung aus wichtigem Grund** (§ 723 I 2 BGB). Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Gesellschafter bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände im Einzelfall nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses bis zum vertragsgemäß vorgesehenen Ende oder bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin nicht mehr zugemutet werden kann.⁵⁰⁷ Ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes darf ein Gesellschafter die Gesellschaft in keinem Fall zur Unzeit kündigen, wenn er sich nicht schadensersatzpflichtig machen will (§ 723 II BGB). Die o.g. Kündigungsrechte dürfen nicht ausgeschlossen werden (§ 723 III BGB). § 723 III BGB steht auch einer gesellschaftsvertraglichen Beschränkung des Kündigungsrechtes entgegen, sofern diese nicht ausschließlich in einer vereinbarten Kündigungsfrist oder einer festen zeitlichen Bindung (= auf bestimmte Zeit) besteht.⁵⁰⁸ Kündigen kann die Gesellschaft auch der Privatgläubiger eines Gesellschafters, der aufgrund eines gegen den Gesellschafter gerichteten Vollstreckungstitels den Anteil des Gesellschafters an der GbR gepfändet hat (§ 725 BGB).

Neben der Kündigung bestehen folgende weitere **Auflösungsgründe**:

- Erreichen oder Unmöglichwerden des Gesellschaftszwecks (§ 726 BGB),
- Tod eines Gesellschafters (§ 727 BGB),
- Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GbR (§ 728 I BGB),
- Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters (§ 728 II BGB),
- Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in einer Hand (in diesem Fall erfolgt ausnahmsweise keine Liquidation, siehe unten),
- Auflösungsbeschluss der Gesellschafter.

Der Ablauf der Beendigung einer GbR stellt sich wie folgt dar:

Auflösung —————> Auseinandersetzung —————> Vollbeendigung

⁵⁰⁵ Vgl. hierzu auch *Karsten Schmidt*, GesR, § 45 und § 59 V; *Hueck/Windbichler*, GesR, § 10.

⁵⁰⁶ *Palandt/Sprau*, BGB, § 723 Rdn. 2, 3; vgl. zum Beispiel BGH NJW 2007, 295: unzulässig ist bei einer Rechtsanwaltssozietät eine Bindung von 30 Jahren. Im Einzelnen ist insbesondere bei der OHG, für die § 723 BGB über § 105 III HGB auch gilt, umstritten, wie lange eine Bindung zulässigerweise erfolgen kann; es kommt dabei immer auf die Umstände des Einzelfalls an; eine Gesellschaft auf Lebenszeit ist jedenfalls nicht möglich (§ 724 BGB); vgl. hierzu insgesamt *Baumbach/Hopt*, HGB, § 132 Rdn. 13.

⁵⁰⁷ *Hueck/Windbichler*, GesR, § 11 Rdn. 4; es handelt sich um denselben Maßstab wie in §§ 314, 626 BGB.

⁵⁰⁸ *Hueck/Windbichler*, GesR, § 11 Rdn. 4; die Kündigungsfrist darf allerdings nicht überlang sein.

Auflösung bedeutet nicht, dass die Gesellschaft infolge des Eintritts des Auflösungsgrundes inexistent wird. Sie bleibt vielmehr zunächst als sog. Abwicklungsgesellschaft bestehen. Folge der Auflösung ist allerdings, dass der Zweck der Gesellschaft nunmehr ihre sog. Vollbeendigung ist: die Gesellschaft wird von einer werbenden zu einer „sterbenden“. Die **Vollbeendigung** der Gesellschaft steht erst am Ende der aufgrund der Auflösung zu erfolgenden Auseinandersetzung, bildet also den Abschluss des Vorgangs, der durch die Auflösung eingeleitet wird. Die GbR wird folglich erst mit ihrer Vollbeendigung inexistent (sie ist erst dann „gestorben“).

Zu beachten ist, dass die Gesellschafter während des gesamten Beendigungsvorgangs die Möglichkeit haben, die bereits in der Auflösung befindliche Gesellschaft wieder zu einer werbenden Gesellschaft werden zu lassen. Hierzu ist ein grundsätzlich einstimmig zu fassender Fortsetzungsbeschluss aller Gesellschafter erforderlich.⁵⁰⁹

Die Auseinandersetzung (**Liquidation**) der Gesellschaft richtet sich nach §§ 730 ff. BGB, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag dies im Einzelnen anderweitig regelt.

Im Rahmen der Auseinandersetzung sind Gegenstände, die der Gesellschaft zur Nutzung überlassen wurden, zurückzugeben (§ 732 BGB), Gesellschaftsschulden zu bezahlen (§ 733 I, III BGB) und die Einlagen der Gesellschafter zurückzugewähren (§ 733 II, III BGB). Zudem werden schwebende Geschäfte zu Ende geführt (§ 730 II BGB). Reicht das Vermögen der Gesellschaft nicht aus, um vorgenannte Maßnahmen durchzuführen, so sind die Gesellschafter nach § 735 BGB entgegen der Regelung des § 707 BGB zu Nachschüssen verpflichtet. Bleibt hingegen noch Vermögen übrig, wird es an die Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Anteile am Gewinn ausbezahlt (§ 734 BGB). Geschäftsführer der Liquidationsgesellschaft sind alle Gesellschafter gemeinschaftlich, selbst wenn zuvor andere Geschäftsführungsregeln vereinbart waren (§ 730 II 2 BGB). Auch nach der Vollbeendigung der Gesellschaft, die erst dann eintritt, wenn alle obigen Maßnahmen getroffen wurden (der GbR dürfen insbesondere keinerlei Rechte, z.B. Eigentum oder Forderungen, mehr zustehen), haften die Gesellschafter weiter persönlich für unter Umständen noch nicht beglichene (vergesse- ne/unbekannte) Verbindlichkeiten der Gesellschaft.⁵¹⁰

In der Praxis bestehen für den Fall des Todes, der Kündigung oder der Insolvenz eines Gesellschafters häufig **Fortsetzungsklauseln**, um die Auflösung und Auseinandersetzung der Gesellschaft in diesen Fällen zu verhindern. Für die übrigen Gesellschafter als auch für die Erben eines verstorbenen Gesellschafters kann nämlich ein großes Interesse an der Fortsetzung der Gesellschaft bestehen, weil sie z.B. Träger eines profitablen Unternehmens ist und die Gesellschafter auf die Einkünfte angewiesen sind. Der betroffene Gesellschafter scheidet dann mit Eintritt des das Ausscheiden begründenden Ereignisses aus der Gesellschaft aus (§ 736 I BGB), sein Anteil am Gesellschaftsvermögen wächst den anderen Gesellschaftern zu (§ 738 I 1 BGB) und die Gesellschaft wird von den übrigen Gesellschaftern unter Wahrung der Identität fortgeführt.⁵¹¹

⁵⁰⁹ Hueck/Windbichler, GesR, § 11 Rdn. 7.

⁵¹⁰ Palandt/Sprau, BGB, Vorb vor § 723 Rdn. 3; Baumbach/Hopt, HGB, § 159 Rdn. 1; bei der GbR gilt § 159 HGB entsprechend, so dass Ansprüche gegen einen Gesellschafter in 5 Jahren ab Auflösung verjähren; mangels Eintragung der Auflösung beginnt die Verjährungsfrist hier mit Kenntnis des Gläubigers von der Auflösung.

⁵¹¹ Palandt/Sprau, BGB, § 736 Rdn. 3; den Fall einer Kündigung erfassende Fortsetzungsklauseln gelten bei Fehlen einer anderweitigen Regelung auch dann, wenn die Mehrheit der Gesellschafter kündigt (vgl. BGH NJW 2008, 2987 [Leitsatz 1]).

Der ausgeschiedene Gesellschafter haftet für die *bis zu seinem Ausscheiden* begründeten Verbindlichkeiten weiterhin persönlich (Nachhaftung); eine Haftung für danach begründete Verbindlichkeiten besteht nicht. Begründet ist eine Verbindlichkeit vor dem Ausscheiden, wenn ihr Rechtsgrund noch vorher gelegt wurde.⁵¹² Allerdings erlischt die Nachhaftung mit dem Ablauf einer fünfjährigen Frist entsprechend den Regeln für die oHG (§ 736 II BGB i.V.m. § 160 I HGB = Enthaftung), wobei diese Frist bei der GbR zu laufen beginnt, sobald der jeweilige Gläubiger von dem Ausscheiden des Gesellschafters positive Kenntnis erlangt hat.⁵¹³ Auch wenn der Gesellschafter danach für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet, steht ihm gegen die Gesellschaft im Innenverhältnis ein Freistellungsanspruch zu (§ 738 I 2 BGB).⁵¹⁴

Scheiden so viele Gesellschafter aus einer Gesellschaft aus, dass nur ein Gesellschafter verbleiben würde, so führt dies zwingend zum *Erlöschen der Gesellschaft ohne Liquidation*, da es eine Einpersonen-GbR bzw. Personengesellschaft insgesamt nicht gibt.⁵¹⁵ Die Gesellschaft kann also nicht – wie in der Fortsetzungsklausel vorgesehen – fortgesetzt werden. Stattdessen führt die Fortsetzungsklausel dazu, dass das bisherige Gesellschaftsvermögen automatisch (!) als Ganzes auf den einen „verbliebenen“ Gesellschafter übergeht; er übernimmt das Gesellschaftsvermögen dann im Wege der Gesamtrechtsnachfolge.⁵¹⁶ Ist nicht gewollt, dass die Gesamtrechtsnachfolge aufgrund einer Fortsetzungsklausel automatisch eintritt, kann der Gesellschaftsvertrag für den Fall, dass in der Person des *vorletzten* Gesellschafters ein Ausscheidensgrund eintritt, eine andere Regelung treffen. Er kann zum Beispiel vorsehen, dass eine Gesamtrechtsnachfolge eine Übernahmemeerkklärung des „verbliebenen“ Gesellschafters binnen einer bestimmten Frist voraussetzt. In diesem Fall scheidet der vorletzte Gesellschafter nicht mit Eintritt des Ausscheidensgrundes aus, sondern erst mit der Übernahmemeerkklärung. Die Gesellschaft bleibt also solange noch bestehen, weil sie zwei Gesellschafter hat. Für den Fall, dass eine (fristgerechte) Übernahmemeerkklärung ausbleibt, ergibt die Auslegung einer Übernahmeklausel, dass die Gesellschaft infolge des Eintritts des eigentlichen Ausscheidensgrundes aufgelöst und von den zwei verbliebenen Gesellschaftern abzuwickeln ist.

Insbesondere das **Ausscheiden** eines Gesellschafters **durch Kündigung** bedarf der näheren Betrachtung. Liegt eine gesellschaftsvertragliche Fortsetzungsklausel vor, die (auch) für den Fall der Kündigung gilt, kann ein Gesellschafter nämlich durch die übrigen Gesellschafter (§ 737 S. 2 BGB) aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, sofern in seiner Person ein zur Kündigung nach § 723 I 2 BGB berechtigender Umstand eintritt.⁵¹⁷ Der betroffene Gesellschafter scheidet mit Zugang der rechtsgestalteten Erklärung aus der Gesellschaft aus. Bei einer zweigliedrigen Gesellschaft besteht ein Übernahmerecht kraft Gesetzes analog § 140 I 2 HGB, wenn in der Person eines Gesellschafters ein wichtiger Grund eintritt und der

⁵¹² BGHZ 142, 324; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 128 Rdn. 29; besonders gefährlich ist dies für den ausscheidenden Gesellschafter bei Dauerschuldverhältnissen (z.B. Miet- oder Versorgungsverträge), aus denen ständig neue Verbindlichkeiten herrühren, da ihr Rechtsgrund schon mit Vertragsschluss gelegt ist und die Nachhaftung daher sehr lang fortbestehen kann, vgl. *Palandt/Sprau*, BGB, § 736 Rdn. 10.

⁵¹³ BGH NJW 2007, 3784; *Palandt/Sprau*, BGB, § 736 Rdn. 14; bei der OHG ist nach § 160 I 2 HGB der Tag der Eintragung des Ausscheidens des Gesellschafters im Handelsregister maßgeblich.

⁵¹⁴ *Karsten Schmidt*, GesR, § 51 III 2 a; *Palandt/Sprau*, BGB, § 738 Rdn. 3; *Hueck/Windbichler*, GesR, § 10 Rdn. 13.

⁵¹⁵ *Hueck/Windbichler*, GesR, § 10 Rdn. 10; die Gesellschaft wird aufgelöst und zugleich beendet (vgl. Bay-OblG NZG 2001, 889).

⁵¹⁶ Vgl. BGH ZIP 2008, 1677 = NJW 2008, 2992 (Leitsatz 1); ferner *Palandt/Sprau*, BGB, § 736 Rdn. 4.

⁵¹⁷ Obwohl das Gesetz von Ausschließung spricht, wird der Fall des § 737 BGB als „Hinauskündigung“ behandelt.

Gesellschaftsvertrag ein Übernahmerecht vorsieht.⁵¹⁸ Im Übrigen entsprechen die Wirkungen denen eines Ausscheidens nach § 736 I BGB. Für die oHG sieht § 140 I HGB die sog. Ausschließungsklage der übrigen Gesellschafter vor, sofern in der Person eines Gesellschafters ein wichtiger Grund i.S.v. § 133 HGB eintritt.

Da § 737 BGB dispositiv ist, kann der Gesellschaftsvertrag auch weniger hohe Voraussetzungen als § 737 BGB aufstellen, unter denen die Ausschließung/der Ausschluss eines Gesellschafters möglich ist. Ein Problem ergibt sich allerdings, sofern die Ausschließungsklauseln für den Ausschluss durch die übrigen Gesellschafter keine Bedingungen stellen. Nach der Rechtsprechung des BGH, die solche sog. **Hinauskündigungsklauseln** einer Inhaltskontrolle unterzieht, verstößt ein ins freie Ermessen der übrigen Gesellschafter gestelltes Ausschließungsrecht im Regelfall gegen § 138 BGB, da über dem davon betroffenen Gesellschafter das „Damoklesschwert“ der Hinauskündigung schwebt und er deshalb an der Ausübung seiner mitgliedschaftlichen Rechte gehindert sei.⁵¹⁹ Muss der betroffene Gesellschafter jederzeit mit der Kündigung rechnen, übt er seine Mitgliedschaftsrechte in der Regel nicht entsprechend seinen Interessen, sondern so aus, dass er den übrigen Gesellschaftern keinen Anlass zur Kündigung gibt.⁵²⁰ Das Ausschließungsrecht würde zum willkürlichen Instrument gegen unerwünschte und unangenehme Mitgesellschafter. Eine Hinauskündigungsklausel, die keinen wichtigen (teilweise auch „sachlichen“) Grund für die Ausschließung verlangt, ist daher nur ausnahmsweise dann zulässig, wenn für die Klausel sachlich gerechtfertigte Gründe bestehen.⁵²¹ So hat der BGH entschieden, dass die im Rahmen von Manager- und Arbeitnehmermodellen vorgesehenen Ausschließungsrechte wirksam sind.⁵²² Bei solchen Modellen wird dem Manager/Arbeitnehmer zu Motivationszwecken eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung gewährt, die allerdings an das Bestehen der Organstellung oder des Anstellungsvertrags gekoppelt ist. Besteht für die Klausel, wie im Regelfall, kein hinreichender sachlicher Grund, erfolgt eine **geltungserhaltende Reduktion** dahingehend, dass eine **Ausschließung nur aus wichtigem Grund** erfolgen kann.⁵²³

Die Rechtsprechung des BGH zur Hinauskündigung wird von der Literatur teilweise wegen einer zu starken Einschränkung der Privatautonomie kritisiert.⁵²⁴ Statt einer Inhalts- soll (nur) eine Ausübungskontrolle erfolgen: die gesellschaftsvertragliche Ausschließungsklausel als solche ist wirksam; es wird jedoch überprüft, ob die Ausübung des Ausschließungsrechts im konkreten Fall aus sachlichen oder sachfremden Erwägungen erfolgte. Zudem wird bemängelt, dass der BGH die Ausschließungsklauseln losgelöst von der Höhe des Abfindungsanspruchs des ausgeschlossenen Gesellschafters beurteilt, obwohl gerade ein gerechter Abfindungsanspruch ein jederzeitiges Ausschließungsrecht angemessen erscheinen lassen und die übrigen Gesellschafter von der willkürlichen Ausübung ihres Ausschließungsrechts abhalten kann.⁵²⁵

⁵¹⁸ Palandt/Sprau, BGB, § 737 Rdn. 1.

⁵¹⁹ BGHZ 81, 263, 266 = NJW 1981, 2565; BGH NZG 2004, 569.

⁵²⁰ Die Hinauskündigungsklausel wirkt als „Disziplinierungsmittel“, vgl. BGHZ 81, 263, 268.

⁵²¹ BGHZ 81, 263; Karsten Schmidt, GesR, § 50 III 3 a.

⁵²² BGH, NJW 2005, 3641 und NJW 2005, 3644 für die GmbH, auf die der BGH seine Rspr. zu den Hinauskündigungsklauseln erstreckt hat.

⁵²³ BGHZ 107, 251; Karsten Schmidt, GesR, § 50 III 3 a.

⁵²⁴ Vgl. Drinkuth, NJW 2006, 410; vgl. zum Meinungsstand mit ausführlicher Darstellung der Argumente, Müller-Laube, 20 Probleme aus dem Handels- und Gesellschaftsrecht, 2001, 17. Problem, S. 95.

⁵²⁵ Drinkuth NJW 2006, 410, 411.

⇒ vgl. Fall Nr. 14 – Abruptes Ende

Dem nach § 736 BGB ausgeschiedenen oder nach § 737 BGB ausgeschlossenen Gesellschafter steht als Ausgleich für die Anwachsung ein **Abfindungsanspruch** zu (§ 738 I 2 BGB).⁵²⁶ § 738 I 2 BGB gewährt darüber hinaus einen Anspruch auf Befreiung von den Gesellschaftsschulden und die Rückgabe von überlassenen Vermögensgegenständen. Die Ansprüche aus § 738 I 2 BGB stehen dem ausgeschiedenen Gesellschafter trotz des Wortlauts der Vorschrift **gegen die Gesellschaft** zu.⁵²⁷ § 738 I 2 BGB gilt nur, wenn der Anteil des Ausscheidenden den anderen Gesellschaftern zuwächst und nicht im Fall der Anteilsübertragung nach §§ 413, 398 BGB.

Der Abfindungsanspruch soll dem Gesellschafter grundsätzlich die Stellung einräumen, die er bei Auflösung der Gesellschaft inne hätte. Für den Abfindungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafter haften die verbleibenden Gesellschafter mit dem Gesellschafts- und ihrem Privatvermögen, obwohl es sich um eine Sozialverbindlichkeit handelt.⁵²⁸ Die Höhe des Abfindungsanspruchs bestimmt sich nach einer Abschichtungsbilanz zum Stichtag des Ausscheidens.⁵²⁹ Es wird der Verkehrswert des lebenden Unternehmens und davon ausgehend der Wert der Beteiligung des ausscheidenden Gesellschafter ermittelt.

Häufig enthalten Gesellschaftsverträge einen vollständigen Ausschluss oder eine **Beschränkung des Abfindungsanspruchs**; andere legen fest, dass der Wert der Beteiligung anhand bestimmter Kennzahlen bzw. Methoden ermittelt wird.⁵³⁰ Dahinter steht das legitime Interesse der übrigen Gesellschafter, die Handlungs- und Lebensfähigkeit der Gesellschaft nicht durch überhöhte Abfindungsverpflichtungen zu gefährden und aufwändige Bewertungsverfahren zu verhindern. Die Wirksamkeit von den Abfindungsanspruch beschränkenden gesellschaftsvertraglichen Klauseln ist bei wirtschaftlichen Verbänden problematisch und Frage des Einzelfalls, da der Abfindungsanspruch grundsätzlich den vollen Wert der Beteiligung des ausscheidenden Gesellschafter widerspiegeln soll.⁵³¹

Grundsätzlich ist von ihrer Wirksamkeit auszugehen; ihre Unwirksamkeit bedarf der Begründung.⁵³² Jedoch sind ein kompletter Ausschluss oder eine deutliche Beschränkung des Abfindungsanspruchs sowie eine Abfindung unter dem Buchwert grundsätzlich unzulässig.⁵³³ Ent-

⁵²⁶ Im Fall des Todes eines Gesellschafter fällt der Abfindungsanspruch in den Nachlass und steht damit den Erben zu.

⁵²⁷ Karsten Schmidt, GesR, § 50 IV 1, § 51 III 2 a.

⁵²⁸ BGHZ 148, 201; Palandt/Sprau, BGB, § 738 Rdn. 2; zur grundsätzlichen Nichthaftung für Sozialverbindlichkeiten siehe oben S. 99 ff.

⁵²⁹ Hueck/Windbichler, GesR, § 16 Rdn. 18.

⁵³⁰ Häufig enthält der Gesellschaftsvertrag sog. Buchwertklauseln: die Höhe des Abfindungsanspruchs des ausscheidenden Gesellschafter bemisst sich nach dem Buchwert seiner Beteiligung; er nimmt in diesem Fall nicht an den stillen Reserven teil, wodurch sein Abfindungsanspruch wesentlich unter dem eigentlichen Wert seiner Beteiligung liegen kann; vgl. zur Behandlung von Buchwertklauseln Leuering, NJW-Spezial 2008, 239.

⁵³¹ Hueck/Windbichler, GesR, § 16 Rdn. 18; bei ideellen Gesellschaften kann der Abfindungsanspruch ausgeschlossen werden, da ein Gesellschafter hier nicht aus wirtschaftlichen Gründen beteiligt ist und daher nicht in den Genuss einer Abfindung kommen muss, vgl. BGHZ 135, 387; auch kann der Abfindungsanspruch der Erben ausgeschlossen werden: hier kann die Unwirksamkeit nicht aus § 723 III BGB folgen, da der Abfindungsanspruch im Todesfall und nicht bei einer Kündigung entstehen würde, h.M., vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 131 Rdn. 62.

⁵³² Karsten Schmidt, GesR, § 50 IV 2 c; so sind Buchwertklauseln grundsätzlich zulässig, vgl. BGH BB 1978, 1333.

⁵³³ Karsten Schmidt, GesR, § 50 IV 2 c cc; Baumbach/Hopt, HGB, § 131 Rdn. 63.

scheidend ist eine Gesamtwürdigung der Verhältnisse im Zeitpunkt der Vereinbarung.⁵³⁴ Anknüpfungspunkt ist dabei § 723 III BGB: Wäre ein wirtschaftlich denkender (objektiver) Gesellschafter bei der jeweiligen Abfindungsregelung nicht bereit, von seinem Kündigungsrecht Gebrauch zu machen, weil die Abfindung unangemessen gering ist, liegt wegen eines faktischen Ausschlusses bzw. einer zu weitgehenden Beschränkung des Kündigungsrechts ein Verstoß gegen die zwingende Regelung des § 723 III BGB vor.⁵³⁵ Die Freiheit eines Gesellschafters, sich zu einer Kündigung zu entschließen, darf nicht unvertretbar eingeeengt werden.⁵³⁶ Im Einzelfall kann die Klausel auch nach § 138 I BGB unter dem Aspekt der Knebelung oder insoweit unwirksam sein, wie sie für den Fall der Ausschließung ohne wichtigen Grund (sofern diese wiederum wirksam ist⁵³⁷) gelten soll.⁵³⁸ Wegen Gläubigerbenachteiligung sittenwidrig und daher nach § 138 I BGB nichtig sind überdies Klauseln, die den Abfindungsanspruch beschränken, falls ein Privatgläubiger die Gesellschaft nach § 725 BGB kündigt.⁵³⁹

Ist die Klausel nichtig, gilt die gesetzliche Regelung.⁵⁴⁰ Sofern die Klausel zunächst nicht gegen §§ 138, 723 III BGB verstieß, es aber wegen der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens zu einem übermäßigen Auseinanderfallen von Abfindungsanspruch und wirklichem Wert der Beteiligung gekommen ist, erfolgt eine Neuermittlung des Inhalts der Abfindungsklausel durch ergänzende Vertragsauslegung.⁵⁴¹ Eine zunächst wirksame Klausel wird durch veränderte Umstände also nicht unwirksam.

Ein neueres Urteil des BGH verdeutlicht dessen **Einzelfallbetrachtung**: Obwohl der Wert eines Unternehmens grundsätzlich nach dessen Ertragswert bemessen wird⁵⁴², hält der BGH eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung, nach der für die Höhe der Abfindung der Ertragswert des Gesellschaftsunternehmens maßgeblich ist, für unwirksam, wenn der Liquidationwert der Gesellschaft den Ertragswert erheblich überschreitet.⁵⁴³ Es kommt also immer entscheidend auf die Angemessenheit der Abfindung im Einzelfall an: die Beschränkung des Abfindungsanspruchs darf unabhängig von der Bewertungsmethode nicht zu einem faktischen Ausschluss des Kündigungsrechts des Gesellschafters führen.

⇒ vgl. Fall Nr. 15 – Ertragswert

Für den **Tod eines Gesellschafters** kann der Gesellschaftsvertrag *über reine Fortsetzungsklauseln hinaus* weitere Regelungen treffen. § 736 BGB steht nämlich zur Disposition der Gesellschafter.

⁵³⁴ BGHZ 123, 281; BGHZ 116, 359; Palandt/Sprau, BGB, § 738 Rdn. 7; vgl. Karsten Schmidt, GesR, § 50 IV 2 c cc mit Aufführung von Einzelfällen.

⁵³⁵ BGH NJW 2008, 2987 (Leitsatz 3 und Rdn. 19); BGH ZIP 2006, 851.

⁵³⁶ BGH WM 1984, 1506.

⁵³⁷ Vgl. dazu S. 105.

⁵³⁸ Hueck/Windbichler, GesR, § 10 Rdn. 9.

⁵³⁹ BGHZ 65, 22.

⁵⁴⁰ BGH NJW 2008, 2987 – Leitsatz 4; Palandt/Sprau, BGB, § 738 Rdn. 7.

⁵⁴¹ BGHZ 123, 281; Baumbach/Hopt, HGB, § 131 Rdn. 70.

⁵⁴² Die sog. Ertragswertmethode ist die gängigste Unternehmensbewertungsmethode und grundsätzlich im Rahmen der Abschichtungs Bilanz anzuwenden, also gerade auch bei fehlender gesellschaftsvertraglicher Regelung; vgl. Hueck/Windbichler, GesR, § 16 Rdn. 18.

⁵⁴³ BGH NZG 2006, 425.

Durch eine **Eintrittsklausel** erhält ein Dritter, der Nicht- oder Mitgesellschafter sein kann, das Recht, durch Erklärung in die Gesellschafterstellung des Verstorbenen einzurücken.⁵⁴⁴ Die verbliebenen Gesellschafter sind dann verpflichtet, mit dem Eintrittsberechtigten einen Aufnahmevertrag abzuschließen.

Davon zu unterscheiden sind **Nachfolgeklauseln**, bei denen die Nachfolge des/der Dritten in die Gesellschafterstellung des Verstorbenen automatisch erfolgt. Es können erbrechtliche⁵⁴⁵ und rechtsgeschäftliche⁵⁴⁶ Nachfolgeklauseln im Gesellschaftsvertrag enthalten sein:

- Enthält der Gesellschaftsvertrag eine **einfache erbrechtliche Nachfolgeklausel**, werden alle Erben im Wege der *Sonderrechtsnachfolge* jeweils einzeln Gesellschafter. Die Erbengemeinschaft wird nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge Gesellschafterin, weil ihr überwiegend die Fähigkeit abgesprochen wird, Gesellschafterin einer verbodend tätigen Gesellschaft zu sein.⁵⁴⁷ Insofern geht das Gesellschaftsrecht dem Erbrecht vor.⁵⁴⁸
- Bei einer **qualifizierten erbrechtlichen Nachfolgeklausel** folgen nur bestimmte Erben in die Gesellschafterstellung des Verstorbenen nach. Die Bestimmung des Nachfolgeberechtigten kann durch gesellschaftsvertraglich vorgesehene Kriterien oder nach Belieben des Gesellschafters erfolgen. Problematisch ist der Fall, dass die gesellschaftsvertraglich vorgesehene Person gar nicht Erbe des Gesellschafters wird. Eine erbrechtliche Nachfolge scheidet mangels Erbenstellung offensichtlich aus. Die Klausel kann nach § 140 BGB aber unter Umständen in eine Eintrittsklausel umgedeutet werden.⁵⁴⁹ Allerdings kann eine qualifizierte erbrechtliche Nachfolgeklausel auch vorsehen, dass die Gesellschaft unter den verbliebenen Gesellschaftern fortgesetzt wird, wenn der Erbe nicht nachfolgeberechtigt im Sinne des Gesellschaftsvertrags ist (z.B. wenn dieser nur Abkömmlinge des Gesellschafters für nachfolgeberechtigt bestimmt, der Erbe aber kein Abkömmling ist). In diesem Fall ist für eine Umdeutung in eine Eintrittsklausel kein Raum, sondern die Rechtsfolgen entsprechen denen einer reinen Fortsetzungsklausel: Der verstorbene Gesellschafter scheidet aus; seinen Erben bleibt nur der Abfindungsanspruch, den der Gesellschaftsvertrag aber auch vollständig ausschließen kann.⁵⁵⁰
- Bei einer **rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel** rückt ein Dritter aufgrund der Regelung im Gesellschaftsvertrag in die Gesellschafterstellung des Verstorbenen automatisch ein. Da mit der Gesellschafterstellung auch Pflichten verbunden sind, kann eine solche gesellschaftsrechtliche Nachfolge nur unter Beteiligung des Nachfolgers wirksam vereinbart werden (z.B. der Nachfolger ist Gesellschafter und damit am Vertragsschluss beteiligt); andernfalls liegt nach h.M. ein unzulässiger Vertrag zugunsten Dritter vor.⁵⁵¹ Jedoch besteht auch hier, wie bei der fehlgegangenen qualifizierten erbrechtlichen Nachfolgeklausel, die Möglichkeit einer Umdeutung nach § 140 BGB in eine Eintrittsklausel.

⇒ vgl. Fall Nr. 16 – Autounfall

⁵⁴⁴ Hueck/Windbichler, GesR, § 16 Rdn. 5.

⁵⁴⁵ Der Eintritt des Dritten vollzieht sich durch Erbfolge.

⁵⁴⁶ Der Eintritt des Dritten vollzieht sich durch Gesellschaftsvertrag.

⁵⁴⁷ Karsten Schmidt, GesR, § 45 V 4 a; siehe hierzu oben S. 81.

⁵⁴⁸ Hueck/Windbichler, GesR, § 16 Rdn. 3, 4.

⁵⁴⁹ BGHZ 68, 225.

⁵⁵⁰ Vgl. Fn. 531.

⁵⁵¹ Hueck/Windbichler, GesR, § 16 Rdn. 6.

12. Zusammenfassung der wichtigsten Merkmale der GbR

Die wichtigsten Merkmale der GbR lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- formlos wirksamer Gesellschaftsvertrag,
- Verpflichtung zur Förderung der Erreichung eines gemeinsamen Zwecks,
- kein Betrieb eines (vollkaufmännischen) Handelsgewerbes i.S.v. § 1 II HGB,
- keine juristische Person; aber Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR,
- keine Firma,
- Haftung der Gesellschafter analog §§ 128-130 HGB.

II. Offene Handelsgesellschaft (oHG)*

Die in §§ 105 ff. HGB geregelte oHG ist eine handelsrechtliche Personengesellschaft, die sich von der GbR dadurch unterscheidet, dass sie auf den Betrieb eines Handelsgewerbes⁵⁵² unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist. Die oHG ist immer Außengesellschaft.

Die oHG ist zwar wie alle Personengesellschaften keine juristische Person, aber aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung in § 124 HGB teilrechtsfähig: Die Vorschrift lautet:

- (1) Die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.
- (2) Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schultitel erforderlich.

1. Entstehung, Handelsregistereintragung

Die oHG entsteht im **Innenverhältnis** durch Abschluss des Gesellschaftsvertrags. Für das Innenverhältnis der oHG gelten die §§ 109 – 122 HGB, wobei das Gesetz den Gesellschaftern Gestaltungsspielraum belässt (§ 109 HGB), so dass die Regelung des Innenverhältnisses weitgehend zur Disposition der Gesellschafter steht. Soweit das HGB keine abweichenden Bestimmungen trifft, ist ergänzend das Recht der GbR (§§ 705 ff. BGB) heranzuziehen (§ 105 III HGB).

Die **Wirksamkeit im Verhältnis zu Dritten** tritt mit der Eintragung im Handelsregister oder mit der Aufnahme der Geschäfte ein (§ 123 HGB). Letzteres gilt allerdings nur, wenn die oHG ein Handelsgewerbe mit kaufmännischem Geschäftsbetrieb i.S.v. § 1 II HGB betreibt („Ist-Kaufmann“), also nicht in den Fällen der §§ 2, 105 II HGB, in denen die Kaufmannseigenschaft nicht schon per Gesetz, sondern erst nach der (freiwilligen) Eintragung im Handelsregister besteht („Kann-Kaufmann“).⁵⁵³ Die Geschäftsaufnahme muss einvernehmlich erfolgen.⁵⁵⁴ Sie liegt bereits dann vor, wenn bloße Vorbereitungsgeschäfte gegenüber Dritten vor-

* Zur oHG vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, §§ 46-52 (S. 1355 ff.); *Hueck/Windbichler*, GesR, §§ 12-16 (S. 93 ff.); *Grunewald*, GesR, Kap. 1. B. (S. 96 ff.).

⁵⁵² Zur Kaufmannseigenschaft im Sinne des Handelsrechts und zum dafür erforderlichen Betrieb eines Handelsgewerbes siehe *Bitter/Schumacher*, Skript zum Handelsrecht, 4. Aufl. 2009, S. 10 ff.

⁵⁵³ Zur Kaufmannseigenschaft (§§ 1 ff. HGB) siehe *Bitter/Schumacher*, a.a.O.

⁵⁵⁴ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 123 Rdn. 12, str.

genommen werden, die auf den baldigen Betrieb eines Handelsgewerbes angelegt sind; die Geschäfte müssen noch nicht in vollem Umfang betrieben werden.⁵⁵⁵

Die Handelsregistereintragung wirkt also bei einer oHG, die ein Handelsgewerbe betreibt, deklaratorisch, sofern bereits vorher eine Geschäftsaufnahme erfolgt ist, andernfalls konstitutiv.⁵⁵⁶ Bei einem Kann-Kaufmann wirkt die Eintragung hingegen immer konstitutiv. Nimmt ein Kann-Kaufmann seine Geschäfte vor der Eintragung auf, existiert zunächst eine Außen-GbR und mit Eintragung dann eine oHG, wobei die Gesellschaftsidentität gewahrt wird.

Auch wenn die Handelsregistereintragung nur deklaratorisch wirkt, sind die Gesellschafter verpflichtet, die oHG **zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden** (§ 106 I HGB). Es handelt sich also um eine eintragungspflichtige Tatsache mit der Publizitätswirkung des § 15 HGB.⁵⁵⁷ Die Anmeldung muss nach § 106 II HGB enthalten:

- Namen, Vornamen, Geburtsdatum und Wohnort jedes Gesellschafters,
- die Firma und den Sitz der Gesellschaft,
- Angaben zu den Vertretungsverhältnissen.

Spätere Änderungen der von der Eintragungspflicht erfassten Umstände sind ebenfalls zur Eintragung anzumelden (§ 107 HGB).

2. Kaufmannseigenschaft

Die oHG ist bereits per Definition Kaufmann (vgl. § 105 I i.V.m. § 1 HGB). Strittig ist, ob dies auch für ihre Gesellschafter gilt. Nach der Rechtsprechung des BGH sind die Gesellschafter einer oHG sowie die Komplementäre einer KG Kaufleute⁵⁵⁸, während die Kommanditisten einer KG keine Kaufleute sein sollen.⁵⁵⁹ Teile der Literatur stellen hingegen auf den Einzelfall ab, indem sie nach dem Zweck der jeweiligen – nur für Kaufleute geltenden – Norm fragen und danach über deren Anwendung entscheiden.⁵⁶⁰ Klausurrelevant dürfte insbesondere der Fall sein, in dem sich ein oHG-Gesellschafter/KG-Komplementär formlos für eine Gesellschaftsschuld verbürgt⁵⁶¹: die Rechtsprechung gelangt zur Wirksamkeit der Bürgschaftserklärung, weil § 350 HGB die Anwendung von § 766 BGB wegen der Kaufmannseigenschaft ausschließt; auch die differenzierende Literaturansicht kommt über § 350 HGB zur Wirksamkeit der formlosen Bürgschaftserklärung, sofern der sich verbürgende Gesellschafter auch organschaftlicher Vertreter der Gesellschaft ist (er darf also nicht von der Vertretung der

⁵⁵⁵ BGH BB 2004, 1357.

⁵⁵⁶ Zur Unterscheidung zwischen konstitutiven und deklaratorischen Eintragungen *Bitter/Schumacher*, Skript zum Handelsrecht, 4. Aufl. 2009, S. 21.

⁵⁵⁷ Zur Publizität des Handelsregisters gemäß § 15 HGB siehe *Bitter/Schumacher*, Skript zum Handelsrecht, 4. Aufl. 2009, S. 22 ff.

⁵⁵⁸ BGHZ 34, 296.

⁵⁵⁹ BGHZ 45, 285.

⁵⁶⁰ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rdn. 19 ff.

⁵⁶¹ Zur handelsrechtlichen Ausnahme von der Formbedürftigkeit der Bürgschaft siehe *Bitter/Schumacher*, Skript zum Handelsrecht, 4. Aufl. 2009, S. 8, 13 mit Fällen Nr. 2 und 3 – Altstadtkeipe I und II, insbes. S. 45 ff. mit Fall Nr. 22 – Partnerschaftsvermittlung; ferner *Bitter/Maurer/Röder*, Skript zum BGB AT – Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2009, S. 50.

Gesellschaft ausgeschlossen sein).⁵⁶² Einer Streitentscheidung bedarf es somit nur bei der Bürgschaft eines oHG-Gesellschafters/KG-Komplementärs, der nicht gleichzeitig ihr organ-schaftlicher Vertreter ist.

3. Geschäftsführung und Vertretung der oHG

Das Verhältnis von Geschäftsführung und Vertretung ist – im Übrigen auch bei der GbR – wie folgt zu beschreiben: Bei der Geschäftsführungsbefugnis geht es darum, ob der Gesellschafter die betreffende Maßnahme im Verhältnis zu seinen Mitgesellschaftern treffen *darf* (**Innenverhältnis**), wohingegen die Vertretung die Frage betrifft, ob der Gesellschafter die Gesellschaft durch sein rechtsgeschäftliches Handeln gegenüber Dritten wirksam verpflichten *kann* (**Außenverhältnis**). Überschreitet der Gesellschafter seine Befugnisse im Innenverhältnis, während sein Handeln im Außenverhältnis von seiner Vertretungsmacht gedeckt ist, hat er die Gesellschaft wirksam verpflichtet. Eine Ausnahme besteht in den Fällen der Kollusion sowie des evidenten Überschreitens der im Innenverhältnis bestehenden Beschränkungen (Missbrauch der Vertretungsmacht⁵⁶³). Bei wirksamer Vertretung im Außenverhältnis besteht gegen den Gesellschafter wegen des Überschreitens des rechtlichen Dürfens ein Schadenersatzanspruch der Gesellschaft nach § 280 I BGB, der – da Sozialanspruch – ggf. von den anderen Gesellschaftern jeweils einzeln im Wege der actio pro socio geltend gemacht werden kann.⁵⁶⁴

Anders als bei der GbR besteht bei der oHG grundsätzlich **Einzelgeschäftsführungsbefugnis aller** Gesellschafter (§§ 114, 115 I HGB). Allerdings können einzelne Gesellschafter durch Gesellschaftsvertrag von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden (§ 114 II HGB) oder es kann bestimmt werden, dass alle oder bestimmte Gesellschafter nur gemeinschaftlich handeln können (§ 115 II HGB).

Die Befugnis zur Geschäftsführung erstreckt sich auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt (§ 116 I HGB). Dazu gehören z.B. nicht: die Einrichtung einer Zweigniederlassung, Baumaßnahmen auf dem Geschäftsgrundstück, Aufnahme stiller Gesellschafter. Bei derartigen ungewöhnlichen Geschäften ist ein Beschluss sämtlicher Gesellschafter (nicht nur der geschäftsführungsbefugten Gesellschafter) erforderlich (§ 116 II HGB). Zur Bestellung eines Prokuristen bedarf es der Zustimmung aller *geschäftsführungsbefugten* Gesellschafter (§ 116 III HGB).

⇒ vgl. Fall Nr. 17 – Bonner Bauhandel

Sind mehrere einzelgeschäftsführungsbefugte Gesellschafter vorhanden, muss das von einem Gesellschafter beabsichtigte Geschäft unterbleiben, wenn einer der anderen geschäftsführungsbefugten Gesellschafter widerspricht (§ 115 I Hs. 2 HGB). Dieses **Widerspruchsrecht** kann allerdings durch Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden.

⁵⁶² *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rdn. 22; ein Gesellschafter kann danach allerdings nicht ohne weiteres als Kaufmann bei Geschäften im eigenen Namen im Zusammenhang mit Gesellschaftsgeschäften angesehen werden.

⁵⁶³ Vgl. *Bitter/Maurer/Röder*, Skript zum BGB AT – Allgemeine Rechtsgeschäftslehre, 2. Aufl. 2009, S 158 ff.; *Bitter/Schumacher*, Skript zum Handelsrecht, 4. Aufl. 2009, S. 35 ff., mit Fall Nr. 18 – Missbrauch der Vertretungsmacht.

⁵⁶⁴ Vgl. zu den Voraussetzungen oben S. 99.

Für die Vertretung der oHG nach außen gilt ebenfalls als Grundsatz die **Einzelvertretungsbefugnis** (§ 125 I HGB) durch jeden Gesellschafter; die Vertretungsmacht ist allerdings anders als bei der GbR nicht an die Geschäftsführungsbefugnis gekoppelt. Die Vertretungsmacht erstreckt sich dabei vom Umfang her auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken sowie der Erteilung und des Widerrufs der Prokura (§ 126 I HGB). Im Gesellschaftsvertrag kann vorgesehen werden, dass einzelne Gesellschafter von der Vertretung der oHG ausgeschlossen sind, dass alle oder mehrere Gesellschafter die oHG nur gemeinschaftlich vertreten können (Gesamtvertretung gemäß § 125 II HGB) oder dass ein Gesellschafter nur gemeinsam mit einem Prokuristen die Gesellschaft vertreten kann (gemischte oder unechte Gesamtvertretung gemäß § 125 III HGB). In der Praxis findet sich häufig die Anordnung der Vertretung durch entweder zwei Gesellschafter oder einen Gesellschafter mit einem Prokuristen.

Da die Vertretungsverhältnisse der Gesellschaft gemäß § 106 II Nr. 4 HGB ganz generell im Handelsregister einzutragen und damit „eintragungspflichtige Tatsachen“ im Sinne der Publizitätsvorschrift des § 15 HGB sind, kann eine von der Grundregel des § 125 I HGB abweichende Vertretungsregelung Dritten nach Maßgabe des § 15 I HGB nicht entgegengehalten werden, wenn der entsprechende Eintrag im Handelsregister nicht erfolgt ist⁵⁶⁵.

⇒ vgl. Fall Nr. 18 – Computerhandel

Bei abweichenden Regelungen zur Vertretung ist immer der Grundsatz der **Selbstorganschaft** zu beachten. Danach ist eine Gestaltung unzulässig, in der eine Vertretung nur unter Mitwirkung eines Nichtgesellschafters möglich ist. Dies wäre z.B. der Fall, wenn alle vertretungsberechtigten Gesellschafter an die Mitwirkung eines Prokuristen gebunden werden. Mindestens ein Gesellschafter muss entweder allein oder in Gesamtvertretung mit einem anderen Gesellschafter handeln können. Es muss also immer eine Vertretung der Gesellschaft allein durch Gesellschafter möglich sein.

Beschränkungen des *Umfangs* der Vertretungsmacht, insbesondere die in Gesellschaftsverträgen nicht selten anzutreffenden Beschränkungen auf gewisse Geschäfte, auf bestimmte Arten von Geschäften oder zeitliche und örtliche Beschränkungen sind Dritten gegenüber unwirksam (§ 126 II HGB).

Dies führt für einen potenziellen Vertragspartner der oHG zu folgender Situation:

- Er muss sich vergewissern, wer die oHG wirksam vertreten kann. Dies kann durch Einsicht ins Handelsregister erfolgen. Ist hier keine andere Vertretungsregel eingetragen, gilt § 15 I HGB: der Vertragspartner kann von Einzelvertretungsbefugnis ausgehen. Ist eine falsche Vertretungsregel eingetragen oder bekannt gemacht, kann er auf diese vertrauen (§ 15 III HGB), sollte sich aber auch nach ihr richten, wenn er sicher gehen will (natürlich kann er sich aber auch auf die wahre Rechtslage/Vertretungsregel berufen, sofern diese für ihn günstig und ihm bekannt ist).

⁵⁶⁵ Zur Publizität des Handelsregisters gemäß § 15 HGB siehe *Bitter/Schumacher*, Skript zum Handelsrecht, 4. Aufl. 2009, S. 22 ff.

- Weiß er nunmehr, dass er den Vertrag mit einem – zumindest vermeintlich – vertretungsberechtigten Gesellschafter schließt, muss er sich um den Umfang der Vertretungsmacht im Grundsatz⁵⁶⁶ keine Gedanken machen.

⇒ vgl. Fall Nr. 19 – Widerspruch

4. Haftung der oHG und der Gesellschafter

Haftung der Gesellschaft: Die oHG haftet aus in ihrem Namen abgeschlossenen Geschäften. Schließt z.B. ein vertretungsberechtigter Gesellschafter (siehe oben) einen Kaufvertrag mit einem Dritten im Namen der oHG, wird diese selbst als rechtsfähiges Subjekt gemäß § 433 I oder II BGB verpflichtet (vgl. § 124 HGB⁵⁶⁷). Außerdem ist die oHG für die Verletzung ihrer rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen haftbar, wobei sie für das Verschulden ihrer „verfassungsmäßig berufenen Vertreter“ (vertretungsberechtigte Gesellschafter, Filialleiter, Abteilungsleiter) **analog § 31 BGB** und für das Verschulden von Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB einzustehen hat. Die Zurechnung analog § 31 BGB gilt auch für unerlaubte Handlungen (§ 823 ff. BGB), für Ansprüche aus culpa in contrahendo oder schuldlos zum Schadensersatz verpflichtendes Handeln. Für Handlungen von Verrichtungsgehilfen haftet die oHG gemäß § 831 BGB.

Haftung der Gesellschafter: Alle Gesellschafter der oHG haften den Gläubigern der Gesellschaft gemäß § 128 HGB als Gesamtschuldner (§ 421 BGB) für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (akzessorische Haftung).⁵⁶⁸ Die Haftung der Gesellschafter ist darüber hinaus unbeschränkt, unbeschränkbar, primär (keine Einrede der Vorausklage wie bei der Bürgschaft, § 771 BGB) und unmittelbar (kein Umweg über die Gesellschaft erforderlich, sondern Außenhaftung). Der Gläubiger kann also neben oder anstelle der Gesellschaft auch auf die Gesellschafter und deren Privatvermögen zugreifen. Der Gesellschafter haftet nicht mehr, wenn der Gläubiger mit der Gesellschaft einen Erlassvertrag geschlossen hat, weil Voraussetzung einer akzessorischen (Gesellschafter-)Haftung die Haftung des Hauptschuldners (hier der Gesellschaft) ist.⁵⁶⁹ Es handelt sich um einen Fall des § 129 I HGB.⁵⁷⁰

⇒ vgl. Fall Nr. 20 – Scherben bringen Glück

Umstritten ist der genaue **Inhalt der Haftung der Gesellschafter**, sofern die Gesellschaft nicht die Zahlung eines Geldbetrags, sondern eine andere Leistung schuldet (z.B. die Übergabe einer Sache aus einem Kaufvertrag, § 433 I BGB). Während die weniger vertretene sog. **Haftungstheorie**⁵⁷¹ davon ausgeht, dass ein Gesellschafter das Interesse des Gläubigers an der von der Gesellschaft geschuldeten Leistung immer nur in Geld auszugleichen hat,

⁵⁶⁶ Eine Ausnahme gilt – wie gesagt – in Fällen der Kollusion sowie des evidenten Missbrauchs der Vertretungsmacht (vgl. oben bei Fn. 563).

⁵⁶⁷ Dazu oben S. 109.

⁵⁶⁸ Dies bedeutet, dass die Gesellschafterhaftung immer das Schicksal der Gesellschaftshaftung teilt; es besteht damit kein Gesamtschuldverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, so dass insbesondere § 425 BGB nicht anwendbar ist; dessen Anwendung würde die Gläubigerschutzfunktion des § 128 HGB aushöhlen, vgl. BGHZ 36, 227.

⁵⁶⁹ Vgl. hierzu und zu dem Fall, dass der Erlassvertrag mit der Gesellschaft unter Vorbehalt der Inanspruchnahme eines Gesellschafters geschlossen wird, BGHZ 47, 376; *Karsten Schmidt*, GesR, § 49 II 3a; *Hueck/Windbichler*, GesR, § 15 Rdn. 16.

⁵⁷⁰ Hierzu sogleich S. 114.

⁵⁷¹ Nachweise bei *Hueck/Windbichler*, GesR, § 15 Rdn. 17.

nimmt die **herrschende Erfüllungstheorie**⁵⁷² grundsätzlich an, dass jeder Gesellschafter genau so verpflichtet ist, wie die oHG und er deshalb die Verpflichtung gegenüber dem Dritten uneingeschränkt, also in natura, erfüllen muss. Begründet wird die Erfüllungstheorie damit, dass Gesellschafts- und Gesellschafterhaftung inhaltlich dasselbe sind und dem Gläubiger lediglich zwei Haftungsmassen zur Verfügung stehen. Ausgleich für das Fehlen eines gesicherten Haftungskapitals bei der oHG sei die umfassende persönliche Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Der besonderen Bedeutung dieser Haftung müsse durch einen Erfüllungsanspruch auch gegen die oHG-Gesellschafter Rechnung getragen werden.⁵⁷³

Die Erfüllungstheorie gilt jedoch nicht uneingeschränkt, so dass der Gesellschafter nicht immer in natura haftet. Erforderlich ist eine **Einzelfallbetrachtung**: das Erfüllungsinteresse des Gläubigers ist dem Interesse des Gesellschafters an einer gesellschaftsfreien Privatsphäre gegenüber zu stellen. Dabei sind der Gegenstand der Leistungspflicht, die Abgrenzung zwischen vertretbaren und unvertretbaren Leistungen sowie die Erkennbarkeit der – u.U. bestehenden – Zugehörigkeit des Leistungsgegenstandes zum Vermögen des Gesellschafters für den Gläubiger von Bedeutung; berücksichtigt wird zudem, ob der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft zur Erbringung der Leistung verpflichtet ist.⁵⁷⁴ Der Gesellschafter kann dann nicht auf Erfüllung in natura in Anspruch genommen werden, wenn sein Interesse an der Wahrung der Privatsphäre überwiegt. Dies dürfte z.B. anzunehmen sein, wenn er dem Gläubiger einen persönlichen Gegenstand – wie ein Familienerbstück – übereignen müsste und er zu dieser Leistung auch nicht gegenüber der Gesellschaft verpflichtet ist.

Gegen seine persönliche Inanspruchnahme aus § 128 HGB kann sich der Gesellschafter nach Maßgabe des **§ 129 HGB** verteidigen:

- Aus der Formulierung des § 129 I HGB ergibt sich zunächst, dass der Gesellschafter **in seiner Person begründete Einwendungen** dem Gläubiger entgegenhalten kann; zu denken ist an eine Stundung des Gläubigers persönlich gegenüber dem Gesellschafter oder die Aufrechnung mit einer eigenen (privaten) Gegenforderung gegen den Gläubiger.
- Nach § 129 I HGB kann der Gesellschafter **Einwendungen der Gesellschaft** geltend machen, sofern die Gesellschaft diese (noch) gegenüber dem Gläubiger erheben könnte (dies folgt auch aus der Akzessorietät der Gesellschafterhaftung). Die Berufung auf die Einwendung entfällt demnach, sobald sie auch der Gesellschaft nicht mehr zusteht (z.B. Verwirkung, Verzicht). Unter § 129 I HGB können z.B. die Einreden der Verjährung (§ 214 BGB) oder Stundung sowie die Einwendung der Erfüllung fallen. Für die Einrede der Verjährung ist allerdings eine Besonderheit zu beachten: Klagt ein Gläubiger (nur) gegen einen Gesellschafter und hemmt damit gegenüber diesem die Verjährung, während sie gegenüber der Gesellschaft weiter läuft, so kann sich der Gesellschafter gemäß § 242 BGB nicht auf die spätere Verjährung des Anspruchs gegen die Gesellschaft berufen. Dagegen hemmt eine Klage gegen die Gesellschaft auch die Verjährung gegenüber dem Gesellschafter; dies ist zwingende Folge der Akzessorietät.
- Der Gesellschafter kann die Leistung an den Gläubiger verweigern, solange die Gesellschaft das der Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft **anfechten** kann (§ 129 II HGB). § 129 II HGB gewährt dem Gesellschafter damit – ebenso wie § 770 I BGB dem Bürgen – eine aufschiebende Einrede.

⁵⁷² BGHZ 23, 304; Hueck/Windbichler, GesR, § 15 Rdn. 17 ff.

⁵⁷³ Hueck/Windbichler, GesR, § 15 Rdn. 18.

⁵⁷⁴ Vgl. zu den Einzelheiten Hueck/Windbichler, GesR, § 13 Rdn. 19.

- § 129 II HGB gilt im Übrigen **analog für alle anderen Gestaltungsrechte** wie Rücktritt und Widerruf.⁵⁷⁵ Dies entspricht der analogen Anwendung des § 770 I BGB auf andere Gestaltungsrechte bei der Bürgschaft.
- § 129 III HGB regelt den Fall der **Aufrechenbarkeit**⁵⁷⁶, wobei aber eine wichtige Modifikation durch Rechtsprechung und Literatur zu beachten ist: es kommt entgegen dem Wortlaut der Vorschrift nicht auf die Aufrechnungsmöglichkeit des Gläubigers, sondern allein auf die **Aufrechnungsmöglichkeit der Gesellschaft** an.⁵⁷⁷ Die oHG muss also zwingend aufrechnungsberechtigt sein, damit der Gesellschafter die Leistung verweigern darf. Grund dieser Auslegung ist, dass dem Gesellschafter nicht mehr Rechte zustehen dürfen als der Gesellschaft (Akzessorietät) und für ein Leistungsverweigerungsrecht des Gesellschafters daher die *Gesellschaftsbefugnisse* maßgeblich sein müssen.⁵⁷⁸ § 129 III HGB greift also auch dann nicht ein, wenn nur der Gläubiger aufrechnen kann.⁵⁷⁹

⇒ vgl. Fall Nr. 21 – Aufrechnungsverbot

Für die Haftung eines Gesellschafters für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber einem anderen Gesellschafter (Gesellschafter-Gläubiger) gilt das oben zur GbR Gesagte⁵⁸⁰, so dass insbesondere die Abgrenzung zwischen Sozial- und Drittverpflichtungen vorzunehmen und die Subsidiarität zu beachten ist; im Übrigen muss stets der eigene Verlust-/Haftungsanteil des Gesellschafters abgezogen werden.

Ein Gesellschafter, der später in eine bestehende oHG eintritt, haftet auch für alle vor dem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten (sog. **Altverbindlichkeiten**) der Gesellschaft (§ 130 HGB).⁵⁸¹ Einer Firmenfortführung wie bei § 25 HGB⁵⁸² bedarf es nicht. Scheidet ein Gesellschafter aus der oHG aus, trifft ihn eine fünfjährige Nachhaftung für vor dem Ausscheiden begründete Verbindlichkeiten (§ 160 HGB).⁵⁸³

Wird einer der Gesellschafter von einem Gläubiger für eine Gesellschaftsverbindlichkeit in Anspruch genommen, kann er entweder bei der oHG vollen **Regress** nehmen (§ 110 HGB)⁵⁸⁴ (Beachte: keine Gesellschafterhaftung nach §§ 110 i.V.m. 128 HGB, da Sozialverbindlichkeit) oder von den anderen Gesellschaftern anteiligen Ausgleich aus dem Gesamtschuldverhältnis fordern (§ 426 I BGB).⁵⁸⁵

⁵⁷⁵ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 129 Rdn. 10.

⁵⁷⁶ Bei erfolgter Aufrechnung kann der Gesellschafter nach § 129 I HGB Erfüllung (§§ 389, 362 BGB) einwenden: mangels Hauptschuld besteht keine akzessorische Gesellschafterhaftung (mehr).

⁵⁷⁷ *Karsten Schmidt*, GesR, § 49 II 3 d; die gesetzgeberische Intention ist im Wortlaut der Vorschrift nicht zum Ausdruck gekommen, weshalb ein Redaktionsversehen vorliegt.

⁵⁷⁸ § 129 II, III HGB zieht nämlich nur die Konsequenz daraus, dass der Gesellschafter die der OHG zustehenden (Gestaltungsrechte-)Rechte nicht selbst geltend machen kann, weil ihm die Verfügungsbefugnis fehlt (vgl. § 124 HGB); § 129 III HGB soll dem Gesellschafter nach seinem Zweck daher nur die Rechte zugestehen, die auch der Gesellschaft zustehen; vgl. zu den Einzelheiten *Baumbach/Hopt*, HGB, § 129 Rdn. 11 ff.

⁵⁷⁹ *Karsten Schmidt*, GesR, § 49 II 3 d; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 129 Rdn. 13.

⁵⁸⁰ Siehe oben S. 99 ff.

⁵⁸¹ Anders als beim Eintritt in ein einzelkaufmännisches Unternehmen (§ 28 II HGB) ist eine abweichende Bestimmung hier überhaupt nicht mit Wirkung gegen Dritte möglich (§ 130 II HGB); § 28 HGB (Gründung einer Gesellschaft) und § 130 HGB (Eintritt in bereits bestehende Gesellschaft) sind also strikt auseinander zu halten.

⁵⁸² Dazu *Bitter/Schumacher*, Skript zum Handelsrecht, 4. Aufl. 2009, S. 26 ff. mit Fällen Nr. 13 – 15.

⁵⁸³ Vgl. hierzu oben für die GbR S. 104. Wird das Ausscheiden eines Gesellschafters nicht in das Handelsregister eingetragen (zum Beispiel weil schon die oHG nicht eingetragen ist), beginnt die Enthafungsfrist – wie bei der GbR – mit der positiven Kenntnis des Gläubigers vom Ausscheiden; vgl. BGH BB 2007, 2642.

⁵⁸⁴ Sofern er der oHG nicht seinerseits zum Ersatz des Haftungsschadens aus § 280, 241 II BGB verpflichtet ist.

⁵⁸⁵ Vgl. ausführlich S. 100 sowie Fall Nr. 20 – Scherben bringen Glück (Abwandlung 3).

5. „Kapitalerhaltung“ bei der oHG

Die oHG kennt kein Grund- oder Stammkapital wie die haftungsbeschränkten Gesellschaftsformen AG und GmbH. Die persönliche Haftung der Gesellschafter tritt als Instrument des Gläubigerschutzes an die Stelle der Kapitalerhaltungsvorschriften des Aktien- und GmbH-Rechts. Deshalb wird z.T. gesagt, dass es bei der oHG keine „Kapitalerhaltung“ gibt.

Erkennt man aber, dass die Kapitalerhaltungsvorschriften des Aktienrechts auch dem Schutz der Minderheit gegen Aushöhlung des Gesellschaftsvermögens durch die Mehrheit dienen⁵⁸⁶, dann ist es konsequent, auch diejenigen Rechtsregeln als „Kapitalerhaltung“ zu bezeichnen, die im oHG-Recht gegen die Aushöhlung des Gesellschaftsvermögens durch offene oder verdeckte Auszahlungen an einzelne Gesellschafter schützen. Ein solcher Schutz besteht – wie im GmbH-Recht⁵⁸⁷ – in zweierlei Weise:

- als verschuldensabhängiger Anspruch auf Schadensersatz wegen Treupflichtverletzung sowie
- als verschuldensunabhängiger, gesellschaftsrechtlicher Anspruch auf Rückgewähr des Sondervorteils.⁵⁸⁸

⇒ vgl. Fall Nr. 13 – Gutes Geschäft; ferner die entsprechenden Fälle zur AG (Fälle Nr. 5 und 6) und zur GmbH (Fall Nr. 9)

6. Wettbewerbsverbot und Geschäftschancenlehre

Während sich ein Wettbewerbsverbot bei der GbR nur aus der Treupflicht ableiten lässt⁵⁸⁹, ist ein solches bei der oHG ausdrücklich in § 112 HGB normiert. Nach § 112 I HGB ist es einem Gesellschafter – und zwar grundsätzlich unabhängig davon, ob er geschäftsführungsbefugt ist oder nicht⁵⁹⁰ – ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter untersagt,

- im Handelszweig der Gesellschaft Geschäfte zu machen (§ 112 I Alt. 1 HGB) oder
- sich an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter zu beteiligen (§ 112 I Alt. 2 HGB).

Im Handelszweig der Gesellschaft betätigt sich ein Gesellschafter, wenn er innerhalb des für die Gesellschaft sachlich und räumlich relevanten Marktes geschäftlich tätig wird.⁵⁹¹ Entscheidend ist also, ob das wirtschaftliche Betätigungsfeld der Gesellschaft betroffen ist.

Die Beteiligung an einer gleichartigen Handelsgesellschaft ist nicht schon dann gegeben, wenn die andere Gesellschaft eine oHG ist; vielmehr meint „gleichartig“ i.S.v. § 112 I Alt. 2 HGB unabhängig von der Rechtsform der anderen Handelsgesellschaft, dass eine Handelsge-

⁵⁸⁶ Siehe oben S. 22.

⁵⁸⁷ Siehe oben S. 66.

⁵⁸⁸ Dazu ausführlich *Bitter*, ZHR 168 (2004), 302 ff.

⁵⁸⁹ Siehe hierzu oben S. 87.

⁵⁹⁰ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 112 Rdn. 2.

⁵⁹¹ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 112 Rdn. 5.

sellschaft vorliegen muss, die auf dem gleichen Geschäftsfeld wie die oHG tätig wird.⁵⁹² Maßgeblich ist somit wie bei § 112 I Alt. 1 HGB, dass sich die andere Handelsgesellschaft auf dem für die oHG relevanten Markt bewegt.

§ 112 I HGB ist **dispositiv**, so dass der Gesellschaftsvertrag sowohl Verschärfungen als auch eine Aufhebung des Wettbewerbsverbots vorsehen kann.⁵⁹³

Zu beachten ist, dass die Einwilligung der anderen Gesellschafter in eine Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter an einer anderen Handelsgesellschaft als erteilt gilt, sofern den anderen Gesellschaftern die Beteiligung bei Vertragsabschluss bekannt war und sie nicht ausdrücklich auf der Aufgabe der Beteiligung bestanden haben (§ 112 II HGB).

Hinter dem Wettbewerbsverbot steht der Gedanke, dass ein Gesellschafter die Gesellschaft, der er zur Treue verpflichtet ist, nicht durch Wettbewerb schädigen und dabei Erfahrungen aus seiner Tätigkeit bei der Gesellschaft ausnutzen darf. Kontrovers diskutiert wird das Verhältnis des gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbots aus § 112 HGB zu dem **Verbot von wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen aus § 1 GWB**.⁵⁹⁴ Der BGH hat entschieden, dass bei einer der gesetzlichen Konzeption als Arbeits- und Haftungsgemeinschaft entsprechenden oHG das Wettbewerbsverbot des § 112 HGB nur dazu dient, die gesellschaftstreue Mitarbeit des Gesellschafters und damit das Funktionieren der Gesellschaft zu sichern, so dass keine Kollision mit § 1 GWB vorliegt und § 112 HGB eingreift.⁵⁹⁵ Ist hingegen das Wettbewerbsverbot ausnahmsweise nicht funktionsnotwendig – dies kann bei einer rein kapitalistischen Beteiligung sowie bei einem Ausschluss des Gesellschafters von der Geschäftsführung und Vertretung gegeben sein –, greift § 1 GWB mit der Folge ein, dass das gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbot unwirksam ist.⁵⁹⁶

§ 112 HGB gilt nur für aktuelle Gesellschafter der oHG; bei ausgeschiedenen Gesellschaftern greift er nicht ein und ein **nachvertragliches Wettbewerbsverbot** lässt sich auch nicht ohne weiteres aus der nachvertraglichen gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ableiten.⁵⁹⁷ Gesellschaftsverträge sehen jedoch häufig auch ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vor, dessen Wirksamkeit im Einzelfall fraglich ist, da es gegen § 1 GWB sowie gegen § 138 BGB verstoßen kann. Ein Verstoß gegen § 138 BGB kann insbesondere dann vorliegen, wenn das vereinbarte Wettbewerbsverbot nicht erforderlich und angemessen ist, um das legitime Interesse der verbleibenden Gesellschafter an der Nichtverwertung von während der Gesellschafterstellung erlangten Kenntnissen zu wahren: es darf insbesondere das in zeitlicher, räumlicher und gegenständlicher Hinsicht notwendige Maß nicht überschreiten (**Abwägung im Einzelfall**).⁵⁹⁸

Die **Rechtsfolgen** eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot aus § 112 HGB ergeben sich aus § 113 I HGB. Der Gesellschaft stehen danach mehrere mögliche Ansprüche zu:

- Sie kann Ersatz des durch die „verbotene“ Tätigkeit des Gesellschafters entstandenen Schadens verlangen (§ 113 I Hs. 1 HGB).

⁵⁹² *Baumbach/Hopt*, HGB, § 112 Rdn. 6, 7.

⁵⁹³ *Hueck/Windbichler*, GesR, § 14 Rdn. 14.

⁵⁹⁴ Vgl. sehr ausführlich zum Meinungsstand *Müller-Laube*, 20 Probleme aus dem Handels- und Gesellschaftsrecht, 2001, 16. Problem, S. 87.

⁵⁹⁵ BGHZ 70, 331.

⁵⁹⁶ BGHZ 38, 306.

⁵⁹⁷ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 112 Rdn. 14.

⁵⁹⁸ BGH NJW 1997, 3080.

- Sie hat ein Eintrittsrecht, weshalb sie von dem Gesellschafter verlangen kann, dass er die für eigene Rechnung abgeschlossenen Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft gelten lässt und bei für fremde Rechnung eingegangenen Geschäften die Vergütung herausgibt bzw. den darauf gerichteten Anspruch abtritt (§ 113 I Hs. 2 HGB). Das Eintrittsrecht gilt über den Wortlaut der Vorschrift hinaus auch bei einer verbotenen Beteiligung an einer anderen Gesellschaft.⁵⁹⁹ Es bewirkt indes keinen Eintritt der Gesellschaft im Außenverhältnis (z.B. als Vertragspartner des Geschäftspartners oder als Gesellschafterin der anderen Handelsgesellschaft), sondern nur das Entstehen von Ausgleichsansprüchen gegen den Gesellschafter im Innenverhältnis.
- Parallel zu den beiden Möglichkeiten nach § 113 I HGB hat die Gesellschaft gegen den Gesellschafter einen **Unterlassungsanspruch** aus dem Gesellschaftsvertrag.⁶⁰⁰

Unbedingt zu beachten ist für die Ansprüche aus § 113 I HGB, dass sie jeweils **nur bei Verschulden** des Gesellschafters bestehen, wobei der Haftungsmaßstab des § 708 BGB gilt.⁶⁰¹ Die Ansprüche schließen das Recht zur Auflösungsklage nach § 133 HGB nicht aus (§ 113 IV HGB). Über die Geltendmachung der Ansprüche entscheiden nach § 113 II HGB die übrigen Gesellschafter; der betroffene Gesellschafter ist also bei der Abstimmung ausgeschlossen.⁶⁰² Eine Zustimmungspflicht kann aus den Treuepflichten nur ausnahmsweise folgen.⁶⁰³ Im Übrigen ist auch § 113 HGB **dispositiv**, so dass die Gesellschafter gesellschaftsvertraglich auch andere Rechtsfolgen bei Wettbewerbsverstößen vorsehen können. **Häufig** in der Praxis sind **Vertragsstrafen** (§§ 340, 341 BGB).

Eng verknüpft mit dem Wettbewerbsverbot – aber davon zu unterscheiden – ist die sog. **Geschäftschancenlehre**. Danach ist zumindest ein geschäftsführender Gesellschafter aus den gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten verpflichtet, eine sich ihm bietende Geschäftschance, die mit dem Betätigungsfeld der Gesellschaft in gewissem Zusammenhang steht, nicht für sich, sondern für die Gesellschaft zu nutzen.⁶⁰⁴ Die Treuepflicht führt nämlich dazu, dass ein Gesellschafter in allen Angelegenheiten, die das Interesse der Gesellschaft betreffen, deren Wohl und nicht seinen eigenen Vorteil beachten muss.

7. Finanzverfassung; Gewinn- und Verlustverteilung

Die oHG hat zum Schluss jedes Geschäftsjahres auf Grund einer Jahresbilanz den Gewinn und Verlust zu ermitteln und den Anteil jedes Gesellschafters daran zu berechnen (§ 120 I HGB). Die **Bilanz** wird nach den allgemeinen Bilanzierungsvorschriften des HGB (§§ 238 ff. HGB) von den geschäftsführenden Gesellschaftern auf- und von allen Gesellschaftern durch Beschluss festgestellt. Sie wird durch die **Gewinn- und Verlustrechnung** ergänzt (§ 242 II HGB) und bildet gemeinsam mit dieser den **Jahresabschluss** (§ 242 III HGB). Die Handelsbilanz zeigt das Vermögen (Aktiva) und die Schulden (Passiva) der Gesellschaft (§ 242 I HGB). Dargestellt wird also m.a.W. auf der Aktivseite die Mittelverwendung und auf der Passivseite die Mittelherkunft. In der Gewinn- und Verlustrechnung sind von den Erträgen die Aufwendungen abzuziehen; am Ende steht ein Jahresüberschuss oder -fehlbetrag.

⁵⁹⁹ BGHZ 38, 306.

⁶⁰⁰ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 113 Rdn. 4.

⁶⁰¹ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 113 Rdn. 1, 2; vgl. zu § 708 BGB und den Fällen seiner Nichtanwendung oben S. 87.

⁶⁰² Vgl. hierzu oben S. 94.

⁶⁰³ Vgl. hierzu schon oben S. 97; zur oHG *Baumbach/Hopt*, HGB, § 113 Rdn. 9.

⁶⁰⁴ BGH NJW 1986, 584.

Die Gewinn- und Verlustbeteiligung sowie die Entnahmerechte der Gesellschafter regeln die §§ 120 ff. HGB. Diese gelten allerdings nur, wenn der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung enthält. Eine solche ist in der Praxis aber regelmäßig detailliert vorhanden. Sie wird der jeweiligen Gesellschafterstruktur und den häufig unterschiedlichen Gesellschafterbeiträgen gerecht. Sollte dies ausnahmsweise nicht der Fall sein, gilt das Folgende:

- Das durch den Jahresabschluss ermittelte Ergebnis der Gesellschaft wird zunächst rein buchmäßig unter den Gesellschaftern verteilt (§ 120 II HGB). Dies ist ein rein rechnerischer Vorgang ohne Ausschüttung, so dass sich infolge dieser Verteilung nur der Kapitalanteil⁶⁰⁵ eines Gesellschafters verändert, ohne dass es zu einem realen Mittelzufluss kommt. Diese **rechnerische Verteilung** richtet sich nach § 121 HGB: vom Jahresgewinn gebühren jedem Gesellschafter zunächst 4 % seines *Kapitalanteils* als Gewinnvoraus (§ 121 I 1 HGB). Reicht der Jahresgewinn hierzu nicht aus, erniedrigt sich der Prozentsatz entsprechend (§ 121 I 2 HGB). Bleibt hingegen noch ein zu verteilender Gewinn übrig, erfolgt seine Verteilung nach Köpfen (§ 121 III HGB). Ein Verlust wird stets nach Köpfen verteilt (§ 121 III HGB).
- Nach § 122 I HGB ist jeder Gesellschafter berechtigt, Geld bis zum Betrag von 4 % seines für das letzte Geschäftsjahr festgestellten *Kapitalanteils* zu entnehmen. Dieses **Entnahmerecht (= tatsächlicher Auszahlungsanspruch)** ist unabhängig von der Erzielung eines Gewinns durch die Gesellschaft und der Verteilung nach § 121 HGB, weil das Gesetz davon ausgeht, dass ein oHG-Gesellschafter seinen Lebensunterhalt aus den Entnahmen aus der Gesellschaft bestreiten muss.⁶⁰⁶ Steht dem Gesellschafter nach der gemäß § 121 HGB erfolgten rechnerischen Gewinnverteilung ein darüber hinaus gehender Gewinnanteil zu, kann er auch diesen entnehmen, sofern dies der Gesellschaft nicht offensichtlich schadet (§ 122 I HGB). Ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter sind darüber hinaus gehende Entnahmen unzulässig (§ 122 II HGB).

⇒ vgl. Fall Nr. 22 – Gewinnverteilung

8. Kündigung und Auflösung der Gesellschaft

Die **Auflösungsgründe** der oHG sind im Rahmen des Handelsrechtsreformgesetzes von 1998 überarbeitet worden. Zur Auflösung der Gesellschaft führen gemäß § 131 I HGB nur noch die folgenden Gründe:

- Zeitablauf,
- Gesellschafterbeschluss über die Auflösung,
- Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft,
- gerichtliche Entscheidung (§ 133 HGB).

⁶⁰⁵ Vgl. hierzu oben Fn. 450; die dort genannten Zu- und Abschreibungen resultieren u.a. aus der hier behandelten Gewinn- und Verlustbeteiligung sowie dem Entnahmerecht: Ein Gewinn wird dem Kapitalanteil zugeschrieben, ein Verlust oder eine Entnahme davon abgeschrieben (§ 120 II HGB).

⁶⁰⁶ *Karsten Schmidt*, GesR, § 47 IV 3 a; die dadurch u.U. eintretenden negativen Auswirkungen für die Gläubiger der Gesellschaft werden durch die persönliche Haftung der Gesellschafter nach § 128 HGB kompensiert.

Anders als bei der GbR⁶⁰⁷ führen die folgenden Gründe nach der Neuregelung in § 131 III HGB nicht mehr zur Auflösung, sondern nur noch zum **Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters**:

- Tod des Gesellschafters,
- Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters,
- Kündigung des Gesellschafters (§ 132 HGB),
- Kündigung durch Privatgläubiger des Gesellschafters (§ 135 HGB),
- Gesellschafterbeschluss über die Ausschließung eines Gesellschafters (§ 140 HGB).

Auflösung und Ausscheiden eines Gesellschafters sind zur Eintragung im Handelsregister anzumelden (§ 143 HGB). Es handelt sich also um eintragungspflichtige Tatsachen im Sinne von § 15 HGB.⁶⁰⁸ Bei Auflösung erhält die oHG im Handelsregister den Zusatz „i.L.“ = „in Liquidation“ und wird gemäß §§ 145 ff. HGB liquidiert.

Führt der Tod eines Gesellschafters entgegen der Regel des § 131 III HGB nicht zu dessen Ausscheiden, sondern wird die Gesellschaft mit seinen Erben fortgesetzt (der Gesellschaftsvertrag enthält in diesem Fall eine sog. einfache erbrechtliche Nachfolgeklausel⁶⁰⁹), so kann jeder Erbe innerhalb einer Frist von 3 Monaten ab Kenntnis des Anfalls der Erbschaft (§ 139 III HGB) unabhängig vom Verhalten der übrigen Erben nach § 139 I HGB verlangen, dass ihm die **Stellung eines Kommanditisten** eingeräumt wird.⁶¹⁰ Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, dem Erben die Möglichkeit zu geben, der unbeschränkten und unbeschränkbar persönlichen Haftung als oHG-Gesellschafter (§ 128 I HGB⁶¹¹) zu entgehen, ohne die Erbschaft insgesamt ausschlagen zu müssen.⁶¹² Die übrigen Gesellschafter können das Verlangen des Erben jedoch ablehnen; in diesem Fall hat er nur die Möglichkeit, oHG-Gesellschafter zu werden oder durch fristlose Erklärung aus der Gesellschaft auszuscheiden (§ 139 II HGB) und seinen Abfindungsanspruch (§ 738 I 2 BGB⁶¹³) geltend zu machen. Scheidet der Erbe aus der Gesellschaft aus oder wird er Kommanditist, so haftet er in seiner Eigenschaft als Erbe für die bis zum Erbfall und bis zu seinem Ausscheiden/seiner Beteiligungsumwandlung begründeten Gesellschaftsschulden (vgl. § 139 IV HGB; diese sind Nachlassverbindlichkeiten, für die er als Erbe auch dann mit seinem Privatvermögen einzustehen hat [vgl. § 1967 BGB], wenn er aus der Gesellschaft ausscheidet/die Kommanditistenstellung einnimmt; für ihn bestehen jedoch die erbrechtlichen Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung, vgl. §§ 1975 ff. BGB: Nachlassverwaltung/-insolvenz).⁶¹⁴ Wird er Kommanditist, haftet er auch als solcher, vgl. §§ 173 i.V.m. 171, 172 HGB.⁶¹⁵

⁶⁰⁷ Siehe oben S. 102.

⁶⁰⁸ Zur Publizität des Handelsregisters gemäß § 15 HGB siehe *Bitter/Schumacher*, Skript zum Handelsrecht, 4. Aufl. 2009, S. 22 ff.

⁶⁰⁹ Siehe hierzu oben S. 107.

⁶¹⁰ Vgl. hierzu *Hueck/Windbichler*, GesR, § 16 Rdn. 7 ff.; die Kommanditeinlage des Erben bestimmt sich nach dem auf ihn entfallenden Teil der Einlage des verstorbenen Gesellschafters, § 139 I HGB.

⁶¹¹ Vgl. hierzu oben S. 113.

⁶¹² Vgl. zur Kommanditistenhaftung unten S. 122.

⁶¹³ Vgl. hierzu oben S. 106.

⁶¹⁴ Vgl. zum Ganzen und weiteren Differenzierungen sowie Einzelheiten *Baumbach/Hopt*, HGB, § 139 Rdn. 44 ff. sowie *Hueck/Windbichler*, GesR, § 16 Rdn. 7 ff.; zur analogen Anwendung auf die GbR *Carsten Schäfer*, NJW 2005, 3665.

⁶¹⁵ *Karsten Schmidt*, GesR, § 54 II 4 c; der Wortlaut des § 139 IV HGB ist insofern irreführend; vgl. zur Kommanditistenhaftung unten S. 122.

Im Übrigen sei auf die Ausführungen zur GbR⁶¹⁶ verwiesen, die bei der oHG bezüglich des Gesellschafterwechsels und -eintritts sowie des Ausschlusses eines Gesellschafters und des Abfindungsanspruchs entsprechend gelten.

9. Zusammenfassung der wichtigsten Merkmale der oHG

Die wichtigsten Merkmale der oHG lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- formlos wirksamer Gesellschaftsvertrag (§ 705 BGB),
- Betrieb eines Handelsgewerbes (§§ 1, 105 I HGB) oder Eintragung in das Handelsregister (§ 105 II HGB),
- gemeinschaftliche Firma,
- keine juristische Person; aber Teilrechtsfähigkeit gemäß § 124 HGB,
- unbeschränkte Haftung aller Gesellschafter (§ 128 HGB),
- Anmeldepflicht zum Handelsregister (§ 106 HGB).

III. Kommanditgesellschaft (KG)*

Die Kommanditgesellschaft (§§ 161 ff. HGB) ist eine Abwandlung der oHG. Sie ist wie diese auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet, unterscheidet sich allerdings von der oHG durch die Haftungsverhältnisse der Gesellschafter. Ein oder mehrere Gesellschafter haften wie die Gesellschafter einer oHG unbeschränkt persönlich für die Verbindlichkeiten der KG (Komplementäre). Bei einem oder mehreren anderen Gesellschaftern ist hingegen die Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten auf den Betrag einer bestimmten „Haftsumme“ beschränkt (Kommanditisten). Auf die KG findet das Recht der oHG Anwendung, soweit sich nicht aus den auf die Beteiligung von Kommanditisten bezogenen Sonderregeln der §§ 161 ff. HGB ein anderes ergibt (§ 161 II HGB).

Der Kommanditist unterliegt nicht dem für die persönlich haftenden Gesellschafter geltenden Wettbewerbsverbot (§ 165 HGB schließt die Anwendbarkeit der §§ 112 f. HGB aus). Im Gegenzug hat er geringere Kontrollrechte (§ 166 HGB).

1. Geschäftsführung und Vertretung in der KG

Nach der Grundregel der KG sind die Kommanditisten von der **Geschäftsführung** ausgeschlossen. Sie haben auch kein Widerspruchsrecht gegen Geschäftsführungsmaßnahmen, die nicht über den gewöhnlichen Betrieb eines Handelsgewerbes hinausgehen (§ 164 HGB). Die Geschäftsführung liegt danach allein bei den Komplementären (vgl. insoweit die Ausführungen zur oHG⁶¹⁷). Der Gesellschaftsvertrag kann allerdings eine abweichende Regelung treffen und die Geschäftsführung einem Kommanditisten übertragen. Man spricht dann von einer *atypischen KG*.

⁶¹⁶ Siehe oben S. 97 ff., 105 ff. und 106 ff.

* Zur KG vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, §§ 53-55 (S. 1529 ff.), *Hueck/Windbichler*, GesR, § 17 (S. 157 ff.); *Grünwald*, GesR, Kap. 1. C. (S. 128 ff.).

⁶¹⁷ Siehe oben S. 111 f.

Gemäß § 170 HGB ist der Kommanditist zur **Vertretung** der Gesellschaft nicht ermächtigt. Diese das Außenverhältnis betreffende Regel ist – anders als § 164 HGB – nach h.M. nicht abdingbar. Einem Kommanditisten kann daher die organschaftliche Vertretungsmacht der KG nicht übertragen werden. Möglich ist allerdings, dem in der atypischen Gesellschaft (KG) geschäftsführungsbefugten Kommanditisten rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht (z.B. Prokura) zu erteilen. Auf diese Weise kann eine KG auch von einem Kommanditisten beherrscht werden.⁶¹⁸ Erforderlich ist dann allerdings immer auch zusätzlich die Möglichkeit der Vertretung durch einen Komplementär allein (Prinzip der Selbstorganschaft); der vertretungsberechtigte Kommanditist wird insofern nämlich als außenstehender Dritter behandelt.

2. Haftung der KG und der Gesellschafter

Für die **Haftung der Gesellschaft** (hier KG) gelten die gleichen Grundsätze wie bei der oHG. Die KG haftet daher für in ihrem Namen (§ 161 II i.V.m. § 124 HGB) abgeschlossene Geschäfte, für das Verschulden von Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB, für die Handlungen von Verrichtungsgehilfen gemäß § 831 BGB und für das Verschulden ihrer „verfassungsmäßig berufenen Vertreter“ **analog § 31 BGB**.

Die **Haftung der Komplementäre** richtet sich nach den bei der oHG für die Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter geltenden Grundsätzen (§ 161 II i.V.m. § 128 HGB). Sie können also von Gesellschaftsgläubigern gesamtschuldnerisch, unbeschränkt und persönlich unmittelbar und primär in Anspruch genommen werden, haften also voll mit ihrem Privatvermögen für Gesellschaftsschulden.

Die **Haftung der Kommanditisten** ist etwas komplizierter ausgestaltet. Sie haften grundsätzlich auch gesamtschuldnerisch und persönlich neben den Komplementären.⁶¹⁹ Nach § 171 HGB gilt jedoch eine summenmäßige Beschränkung. Die Vorschrift lautet in ihrem Absatz 1 wie folgt:

„Der Kommanditist haftet den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar; die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist.“

Diese Wortwahl ist nicht gerade glücklich, weil hier zweifach der Begriff „Einlage“ verwendet wird, obwohl es in Wirklichkeit um zwei verschiedene Dinge geht. Die Höhe der Außenhaftung des Kommanditisten wird durch die im Handelsregister einzutragende (§ 162 I HGB) so genannte **Haftsumme** (früher auch „Haftseinlage“ genannt) beschränkt. Bis zu dieser Höhe können ihn Gesellschaftsgläubiger persönlich für Gesellschaftsverbindlichkeiten in Anspruch nehmen: er haftet bis zur Höhe der Haftsumme also gesamtschuldnerisch, primär, persönlich und unmittelbar. Davon zu unterscheiden ist die **Einlage** des Kommanditisten (früher auch „Pflichteinlage“ genannt), d.h. diejenige Summe, die er im Innenverhältnis in die Gesellschaft

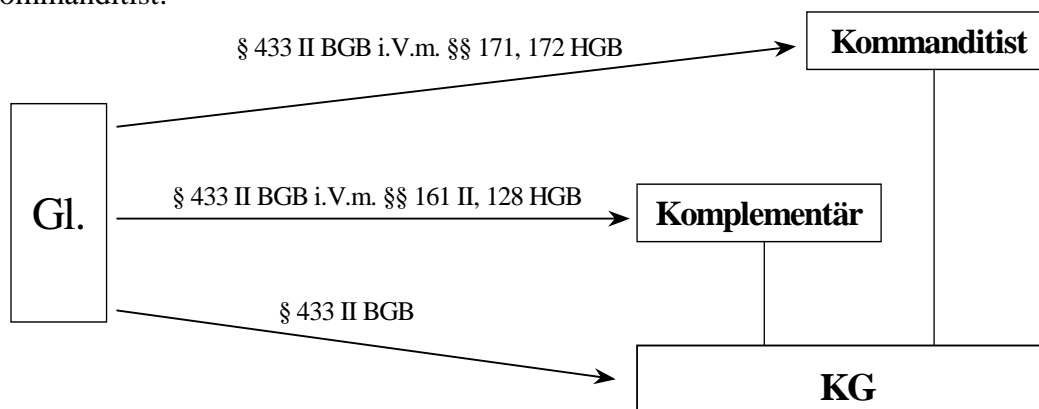
⁶¹⁸ Vgl. zur Geschäftsführung und Vertretung in der atypischen KG eingehend *Bitter* (o. Fn. 15), S. 19 ff., zur Haftung des Kommanditisten in diesen Fällen S. 139 ff.

⁶¹⁹ Von vorneherein nicht in Betracht kommt die Kommanditistenhaftung für einen Treugeber, der nur mittelbar über einen Treuhandkommanditisten (nur letzterer *ist* Kommanditist) an der KG „beteiligt“ ist (vgl. BGH WM 2009, 593 [Leitsatz 3]). Möglich ist dann allerdings ein (treuhand-)vertraglicher Freistellungsanspruch des Treuhandkommanditisten gegen den Treugeber, wenn er – der Treuhandkommanditist – aus der Kommanditistenhaftung in Anspruch genommen wird (vgl. dazu OLG Koblenz WM 2009, 939; OLG Nürnberg WM 2009, 942; OLG Jena WM 2009, 937; OLG Celle WM 2009, 935; ausführlich zu diesen Fragen *Armbrüster*, NJW 2009, 2167).

einzulegen verspricht. Das Gesetz hält Haftsumme und Einlage nicht auseinander, weil der Gesetzgeber davon ausgegangen war, dass sich beide Beträge in der Regel entsprechen. Dies ist aber nicht zwingend der Fall. Die Einlage kann höher oder auch niedriger als die Haftsumme sein.

Die Verknüpfung der Haftsumme mit der Einlage wird durch den zweiten Halbsatz des § 171 I HGB hergestellt („die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist“). In diesem zweiten Halbsatz ist der Begriff „Einlage“ richtig verwendet. Durch die Erbringung seiner Einlage kann sich der Kommanditist von der – auf die Haftsumme beschränkten – Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern befreien, soweit sich Einlage und Haftsumme decken. Dieses Prinzip des § 171 I HGB nennt man **Haftungsbefreiung durch Einlageleistung**.

Wird beispielsweise von einem der vertretungsberechtigten Komplementäre durch einen wirksam im Namen der KG abgeschlossenen Kaufvertrag ein Gegenstand erworben, dann kommen für den Anspruch des Gläubigers auf Kaufpreiszahlung aus § 433 II BGB drei verschiedene Rechtssubjekte als Anspruchsgegner in Betracht: die KG, der Komplementär und der Kommanditist:



Die KG haftet als Vertragspartner (§ 161 II i.V.m. § 124 HGB) des Gläubigers selbst aus § 433 II BGB auf Zahlung des Kaufpreises. Der Anspruch gegen den Komplementär ergibt sich aus § 433 II BGB in Verbindung mit der unbeschränkt persönlichen Gesellschafterhaftung aus § 128 HGB, die gemäß § 161 II HGB auch auf die KG Anwendung findet. Der Anspruch gegen den Kommanditisten folgt aus § 433 II BGB in Verbindung mit der Kommanditistenhaftung der §§ 171, 172 HGB. Hat der Kommanditist eine (werthaltige) Einlage (erforderlich ist also eine tatsächliche Wertzuführung, wobei die im Innenverhältnis freie Bewertungsmöglichkeit der Gesellschafter nicht für das Außenverhältnis gilt) in Höhe der Haftsumme geleistet, ist er von seiner Außenhaftung gemäß § 171 I Hs. 2 HGB befreit.

Die Haftungsbefreiung durch Einlageleistung entfällt nachträglich insoweit, wie dem Kommanditisten später die Einlage zurückbezahlt wird (§ 172 IV 1 HGB).⁶²⁰ Dabei ist unerheblich, ob die Rückzahlung offen oder verdeckt erfolgt.

⇒ vgl. Fall Nr. 23 – Beraterhonorar I

⁶²⁰ Dazu jüngst BGH ZIP 2009, 1273 (Leitsatz 2): Die Leistung einer KG an eine andere Gesellschaft ist nur dann einem Kommanditisten als Einlagenrückgewähr zuzurechnen (mittelbare Einlagenrückgewähr), wenn dieser an der anderen Gesellschaft beteiligt ist und auf ihre Geschäftsführung einen maßgeblichen Einfluss hat.

Für die Außenhaftung des Kommanditisten gilt in jedem Fall eine **absolute Beschränkung auf die Haftsumme**. Der Kommanditist haftet nach h.M. auch dann nicht auf einen höheren Betrag als die Haftsumme, wenn er von der Gesellschaft mehr als den eingelegten Betrag „zurückbezahlt“ erhält.⁶²¹

⇒ vgl. Fall Nr. 24 – Beraterhonorar II

Das Problem der Einlagenrückzahlung stellt sich insbesondere bei Abfindungen, die einem ausscheidenden Gesellschafter gezahlt werden. Hier ist zwischen einer Übertragung des Kommanditanteils und einer Kombination von Aus- und Eintritt zu unterscheiden⁶²²:

(1) Kombination von Aus- und Eintritt: Scheidet ein Kommanditist durch Austrittsvertrag aus der KG aus und zahlt ihm die KG aus diesem Grund sein Abfindungsguthaben, so liegt eine Einlagerückgewähr i.S.v. § 172 IV HGB mit der Folge vor, dass ihn die Gesellschaftsgläubiger im Rahmen der Nachhaftung gemäß §§ 161 II, 160 HGB noch fünf Jahre lang für vor seinem Ausscheiden begründete Verbindlichkeiten bis zur Höhe der Haftsumme (sofern die Einlage komplett zurückgewährt wurde) persönlich in Anspruch nehmen können.⁶²³ Ein durch Aufnahmevertrag neu eintretender Kommanditist, der nach § 173 I HGB auch für vor seinem Eintritt begründete Verbindlichkeiten haftet⁶²⁴, muss eine Einlage in Höhe der für ihn eingetragenen Haftsumme erbringen, damit seine Haftung nach § 171 I Hs. 2 HGB entfällt. Bei der Kombination von Ein- und Austritt muss also die Einlage beider (des Alt- und des Neukommanditisten) *erbracht und erhalten* sein, damit beide nicht mehr bzw. wieder haften.⁶²⁵ Nach der gesetzlichen Konzeption steht die Einlage des Altkommanditisten nämlich weiterhin als Haftungsmasse zur Verfügung⁶²⁶; gleichzeitig wird die Haftungsmasse durch die Einlage des Neukommanditisten noch erweitert.

(2) Übertragung des Kommanditanteils: Überträgt ein Altkommanditist hingegen seinen Kommanditanteil nach §§ 413, 398 BGB auf den Neukommanditisten, so erhält er aufgrund des zugrunde liegenden Kaufvertrags von diesem einen Kaufpreis⁶²⁷, während die KG an ihn nichts zahlt.⁶²⁸ Eine Einlagerückgewähr i.S.v. § 172 IV HGB liegt nicht vor. Sofern der Altkommanditist also zuvor eine Einlage in Höhe der Haftsumme geleistet hat, haftet er gegenüber Gesellschaftsgläubigern nicht (§ 171 I Hs. 2 HGB). Da der Neukommanditist unmittelbar in die Rechtsstellung des Altkommanditisten nachfolgt und von diesem eine Einlage in Höhe der Haftsumme geleistet wurde (siehe oben), gilt auch zu seinen Gunsten § 171 I Hs.

⁶²¹ Dazu BGHZ 60, 324 = NJW 1973, 1036; BGHZ 110, 342, 356 = DB 1990, 980, 981 unter II. 2. g) der Gründe; eingehend Bitter (Fn. 15), S. 247 ff. m.w.N. auch zu abweichenden Ansichten.

⁶²² Siehe hierzu auch oben S. 97.

⁶²³ Hueck/Windbichler, GesR, § 17 Rdn. 24; Karsten Schmidt, GesR, § 54 III 2 a aa und § 54 IV 1.

⁶²⁴ Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam (§ 173 II HGB).

⁶²⁵ Karsten Schmidt, GesR, § 54 IV 3; sofern die Gesellschaft keine Abfindung an den Altkommanditisten zahlt, sondern der Neukommanditist die Abfindungsverpflichtung der Gesellschaft durch Zahlung an den Altkommanditisten erfüllt (§§ 362, 267 BGB), erbringt er seine Einlage durch Tilgung einer Gesellschaftsverbindlichkeit – mit der Folge der entsprechenden Haftungsbefreiung –, während der Altkommanditist seine Einlage zurück erhält (§ 172 IV HGB); er haftet daher gegenüber den Gesellschaftsgläubigern wieder bis zur Höhe der Haftsumme.

⁶²⁶ Der Altkommanditist hat sich die Nichthaftung durch Leistung der Einlage „erkauft“; bekommt er sie zurück, haftet er vergleichbar dem Komplementär, nur der Höhe nach auf die Haftsumme beschränkt (siehe oben).

⁶²⁷ Siehe oben S. 97.

⁶²⁸ Da der Neukommanditist auf seine eigene Kaufpreisschuld zahlt, ist dieser Fall auch nicht mit der in Fn. 625 beschriebenen Befriedigung des Abfindungsanspruchs gleichzusetzen.

2 HGB, so dass auch er nicht mehr persönlich gegenüber den Gesellschaftsgläubigern haftet.⁶²⁹ Die Haftungsmasse der Gesellschaft bleibt folglich unverändert.

Damit im Rechtsverkehr nicht der falsche Eindruck entsteht, die Haftungsmasse der Gesellschaft habe sich verbreitert, sollte ein sog. **Nachfolgevermerk** ins Handelsregister eingetragen werden.⁶³⁰ Wird hingegen die Anteilsübertragung fälschlicherweise als Ein- und Austritt eingetragen, entsteht der Rechtsschein einer Verbreiterung der Haftungsmasse: der Rechtsverkehr denkt, die Einlagen beider seien erbracht und erhalten (siehe oben). Der Altkommanditist muss sich infolgedessen dem Rechtsschein entsprechend behandeln lassen: weil die von ihm geleistete Einlage infolge der Anteilsübertragung zugunsten des Neukommanditisten wirkt⁶³¹, gilt seine Einlage nach § 172 IV HGB als nicht mehr geleistet, so dass seine Haftung wieder auflebt.⁶³²

⇒ vgl. Fall Nr. 25 – neu für alt

Auch die **Auszahlung von Gewinn** an den Kommanditisten kann für diesen haftungsschädlich sein (Gewinnentnahme).⁶³³ Dies setzt allerdings voraus, dass der Kapitalanteil⁶³⁴ des Kommanditisten durch Verlust unter den Betrag der Haftsumme herabgemindert ist oder durch die Entnahme unter diesen Betrag gemindert wird (§ 172 IV 2 HGB).⁶³⁵ Eine Ausnahme statuiert § 172 V HGB: Die Haftungsbefreiung entfällt nicht gemäß § 172 IV 2 HGB, wenn ein Kommanditist Gewinn⁶³⁶ auf Grund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz in gutem Glauben bezieht (Bezug eines Scheingewinns mit doppelter Gutgläubigkeit). § 172 V HGB greift nur dann, wenn die (in gutem Glauben errichtete) Bilanz einen Gewinn ausweist, obwohl – bei richtiger Bilanzierung – kein Gewinn entstanden ist; § 172 V HGB setzt also eine *unrichtige Bilanz* voraus.⁶³⁷ Ist die Bilanz dagegen richtig und fällt nach dieser Bilanz die Gewinnauszahlung unter § 172 IV 2 HGB, so ist § 172 V HGB nicht deshalb anzuwenden, weil der Gesellschafter – aus welchen Gründen auch immer – fälschlicherweise glaubt, einen Gewinn ohne Auswirkung auf seine Haftung beziehen zu können.⁶³⁸ Liegen die Voraussetzungen des § 172 V HGB vor, ist umstritten, ob er nicht nur die Wirkung des § 172 IV 2 HGB (= Haftungsbefreiung entfällt) ausschließt, sondern auch, wie sein Wortlaut nahe legt, einen Rückgewähranspruch der Gesellschaft.⁶³⁹

⁶²⁹ *Karsten Schmidt*, GesR, § 54 IV 3: Der Neukommanditist „erwirbt einen voll eingezahlten Anteil“.

⁶³⁰ Dieser kann z.B. lauten: „Der Kommanditanteil des A ist im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf den Kommanditisten B übergegangen“.

⁶³¹ Der Neukommanditist haftet also nicht, vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, § 54 IV 3.

⁶³² *Baumbach/Hopt*, HGB, § 173 Rdn. 13; vgl. auch *Karsten Schmidt*, GesR, § 54 IV 3, der aber infolge der Änderung des § 162 II HGB (Nichtgeltung des § 15 HGB) Zweifel an der Fortgeltung dieser Vertrauenshaftung hat.

⁶³³ Dazu umfassend und mit Vergleich zur AG und GmbH *Quiel*, Rechtsfolgen unrechtmäßiger offener Gewinnausschüttungen, Diss. Bonn, 2005.

⁶³⁴ Zum Begriff des Kapitalanteils vgl. Fn. 450; zu seiner Veränderung durch die Gewinn- und Verlustbeteiligung oben S. 118, insbesondere Fn. 605.

⁶³⁵ Mit der „geleisteten Einlage“ in § 172 IV 2 HGB meint das Gesetz die Haftsumme (vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, § 54 III 3 a, auch zum Zusammenhang der Vorschrift mit § 169 HGB, der die Gewinn- und Verlustbeteiligung des Kommanditisten regelt). Ob der Tatbestand des § 172 IV 2 HGB erfüllt ist, beurteilt sich allein nach dem Inhalt der Bilanz – wie hoch ist der tatsächliche Kapitalanteil? – und nicht nach dem guten Glauben des Gesellschafters (vgl. BGH ZIP 2009, 1222 [Leitsatz 2]).

⁶³⁶ Gewinn i.S.v. § 172 V HGB ist allein der aufgrund eines Jahresabschlusses und eines Gewinnverwendungsbeschlusses ausgeschüttete Gewinn; nicht darunter fallen Gewinnvoraus- oder -garantiezahlungen (vgl. BGH ZIP 2009, 1222 [Leitsatz 1]).

⁶³⁷ Vgl. BGH ZIP 2009, 1222 (Leitsatz 3).

⁶³⁸ Vgl. BGH ZIP 2009, 1222 (Rdn. 13 f.).

⁶³⁹ Vgl. zu dieser Frage *Karsten Schmidt*, GesR, § 54 III 3 b; *Bitter*, ZHR 168 (2004), 302, 324 ff., 336.

Unbeschränkte Haftung des Kommanditisten vor Eintragung: Hat die KG ihre Geschäfte bereits vor der Handelsregistereintragung begonnen, so haftet nach § 176 I HGB jeder Kommanditist, der dem Geschäftsbeginn zugestimmt hat, für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten unbeschränkt wie ein persönlich haftender Gesellschafter, es sei denn, dass seine Beteiligung als Kommanditist dem Gläubiger bekannt war. Durch diese Regelung will der Gesetzgeber Druck auf die Gesellschafter ausüben, die Eintragung der KG im Handelsregister voranzutreiben, da nur auf diese Weise die beschränkte Haftung der Kommanditisten sichergestellt werden kann.

Praktisch wichtiger ist der Fall des § 176 II HGB: Tritt ein Kommanditist in eine bestehende Handelsgesellschaft ein, findet die unbeschränkte Haftung des Kommanditisten für die in der Zeit zwischen seinem Eintritt und dessen Eintragung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten entsprechende Anwendung (die Eintragung wirkt also bezüglich des Eintritts nur deklaratorisch⁶⁴⁰). Diese Regelung hat deshalb große Bedeutung, weil beim Eintritt in ein bestehendes Handelsgeschäft praktisch immer die Voraussetzung vorliegt, dass der Kommanditist dem „Geschäftsbeginn“ zugestimmt hat. Die Haftungsgefahren durch eine unbeschränkte Haftung des beitretenden Kommanditisten vermeidet die Praxis durch Aufnahme einer Bestimmung in den Beitrittsvertrag, wonach der Beitritt aufschiebend bedingt (§ 158 I BGB) durch die Eintragung des Beitritts im Handelsregister ist.

3. „Kapitalerhaltung“ in der KG

Für die „Kapitalerhaltung“ im Minderheitsinteresse gelten bei der KG dieselben Regeln wie bei der oHG. Entnehmen Komplementär oder Kommanditist offen oder verdeckt Vermögenswerte *ohne Einverständnis* der Mitgesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen, greifen die für die oHG bereits aufgezeigten Ansprüche auf Schadensersatz wegen Treuepflichtverletzung und Rückgewähr des Sondervorteils ein.⁶⁴¹ Diese Regeln gelten für alle Gesellschafter, also auch für den Kommanditisten.

Bei der unter 2. behandelten Außenhaftung des Kommanditisten und deren Wiederaufleben bei Rückzahlung der Einlage (§ 172 IV HGB) handelt es sich hingegen nicht um „Kapitalerhaltung“ im engeren Sinne, weil Rechtsfolge kein Rückgewähranspruch der Gesellschaft ist. Das Kapital kann bei Einverständnis der Mitgesellschafter entnommen werden und löst dann nur die Außenhaftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern aus. Die Gefahr der Außenhaftung übt allerdings mittelbar Druck auf den Kommanditisten aus, das eingebrachte Kapital in der Gesellschaft zu belassen und bewirkt so eine mittelbare Kapitalbindung.

4. Publikums-KG

Publikumsgesellschaften sind Personengesellschaften, die entgegen der gesetzlichen Konzeption nicht auf einen kleinen, sich persönlich bekannten Gesellschafterkreis, sondern auf eine **Vielzahl einander unbekannter Gesellschafter** und damit eher entsprechend einer Kapital-

⁶⁴⁰ Zur Unterscheidung zwischen konstitutiven und deklaratorischen Eintragungen siehe *Bitter/Schumacher*, Skript zum Handelsrecht, 4. Aufl. 2009, S. 21.

⁶⁴¹ Siehe oben S. 116 f.

gesellschaft angelegt sind.⁶⁴² Ziel ist regelmäßig die Ansprache eines breiten Publikums für bestimmte Geldanlageprojekte. Die Personengesellschaft wird somit für Zwecke benutzt, für die eigentlich die Kapitalgesellschaften, insbesondere die AG, geschaffen und geeignet sind. Publikumsgesellschaften sind besonders häufig in der Rechtsform der KG anzutreffen, weshalb sie an dieser Stelle behandelt werden. Die Vielzahl der Gesellschafter beteiligt sich dann als Kommanditist; Komplementär ist regelmäßig eine GmbH.⁶⁴³ Grund für die Wahl der Rechtsform der KG ist, dass so die Vorzüge des Personengesellschaftsrechts ausgenutzt werden können (insbesondere die weitgehend freie Gestaltung des Innenverhältnisses⁶⁴⁴), man der Gesellschaft aber trotzdem die Funktion als **Kapitalsammelbecken** zukommen lassen kann. Häufig sind Immobilienfonds als Publikums-KG organisiert.⁶⁴⁵

Die auf personalistische Zusammenschlüsse ausgerichteten Regeln der §§ 161 ff., 105 ff. HGB und §§ 705 ff. BGB, die auch für Publikums-KGs grundsätzlich uneingeschränkt gelten, passen bei Gesellschaften mit mehreren hundert Gesellschaftern in manchen Fällen nicht. Dem trägt die Rechtsprechung durch **Sonderregeln** Rechnung. Daher gilt u.a. Folgendes:

- Der Gesellschaftsvertrag wird regelmäßig nicht zwischen den beteiligten Personen im Einzelnen ausgehandelt, sondern von den Initiatoren eines Projekts vorformuliert gestellt; der Großteil der Gesellschafter hat auf seine inhaltliche Ausgestaltung keinen Einfluss. Dies veranlasst die Rechtsprechung zu einer über § 138 I BGB hinausgehenden **Inhaltskontrolle** des Gesellschaftsvertrags nach § 242 BGB: Vertragsbestimmungen, die einzelne Gesellschafter unangemessen benachteiligen, sind unwirksam.⁶⁴⁶
- Der **Bestimmtheitsgrundsatz**, der zur formellen Legitimation von Mehrheitsentscheidungen eingehalten sein muss (= 1. Stufe der Prüfung eines Mehrheitsbeschlusses⁶⁴⁷), **gilt nur beschränkt**.⁶⁴⁸ Allgemeine Mehrheitsklauseln erfassen hier also erst recht *sämtliche* Beschlussgegenstände.⁶⁴⁹ Das Erfordernis der Einstimmigkeit würde die Gesellschaft nämlich zu sehr lähmen; bei sehr vielen Gesellschaftern ist eine gänzlich einvernehmliche Lösung regelmäßig nicht zu erzielen. Vor der Mehrheitsmacht sind die Minderheitsgesellschafter aber gleichwohl geschützt (= 2. Stufe: materielle Wirksamkeitsprüfung).⁶⁵⁰ So können beispielsweise Nachschusspflichten nicht ohne ihre (ggf. antizipierte) Zustimmung wirksam begründet werden.⁶⁵¹ Außerhalb der Nachschusspflichten sind die Anforderungen an eine antizipierte Zustimmung im Gesellschaftsvertrag aber wohl gegenüber personalistisch geprägten Gesellschaften zu reduzieren, um die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft zu sichern.

⁶⁴² Vgl. zu Publikumsgesellschaften ausführlich *Karsten Schmidt*, GesR, § 57 (S. 1665 ff.) und *Hueck/Windbichler*, GesR, § 19 (S. 179 ff.).

⁶⁴³ Vgl. zur GmbH & Co. KG unten S. 128 ff.

⁶⁴⁴ Auch steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten spielen eine wichtige Rolle: Verluste der Personengesellschaft werden den einzelnen Gesellschaftern zugewiesen, diese können die Verluste aufgrund der Zuweisung mit ihren sonstigen Einkünften verrechnen und damit ihre Einkommenssteuerbelastung verringern.

⁶⁴⁵ Neben der Rechtsform der KG wird die der GbR gewählt; nachfolgende Grundsätze sind – soweit sie nicht auf Besonderheiten der KG beruhen – übertragbar; vgl. zur GbR oben S. 79 ff.

⁶⁴⁶ BGHZ 64, 238; bemerkenswert ist, dass der Rechtsgedanke aus § 307 BGB über § 242 BGB zur Anwendung kommt, obwohl § 310 IV BGB Gesellschaftsverträge gerade nicht den AGB-Bestimmungen unterstellt.

⁶⁴⁷ Siehe oben S. 94 ff.

⁶⁴⁸ Vgl. BGHZ 71, 53.

⁶⁴⁹ Zu allgemeinen Mehrheitsklauseln schon oben S. 94 ff.

⁶⁵⁰ Vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, § 57 II 2 c.

⁶⁵¹ Siehe oben Fn. 471.

- **§ 708 BGB** gilt bei Publikumsgesellschaften nicht⁶⁵²: sein Grundgedanke⁶⁵³ passt nicht, da die Gesellschafter persönlich nicht miteinander verbunden sind und nicht ihre Arbeitskraft, sondern lediglich ihr Kapital in die Gesellschaft einbringen.
- Für unrichtige und unvollständige Angaben beim Vertrieb der Beteiligungen haften die Vermittler und Initiatoren des Projekts nach den Grundsätzen der allgemeinen und u.U. auch der spezialgesetzlichen (vgl. VerkaufsprospektG bzw. -VO) **Prospekthaftung** (vgl. zu den Details der Prospekthaftung die Vorlesung Kapitalmarktrecht)⁶⁵⁴.

5. Zusammenfassung der wichtigsten Merkmale der KG

Die wichtigsten Merkmale der KG lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- formlos wirksamer Gesellschaftsvertrag (§ 705 BGB),
- Betrieb eines Handelsgewerbes (§§ 1, 161 I HGB),
- gemeinschaftliche Firma,
- keine juristische Person; aber Teilrechtsfähigkeit gemäß § 161 II i.V.m. § 124 HGB,
- Zwei Arten von Gesellschaftern: unbeschränkte Haftung der Komplementäre (§ 161 II i.V.m. § 128 HGB), beschränkte Haftung der Kommanditisten (§ 171 HGB),
- Anmeldepflicht zum Handelsregister (§§ 106, 162 HGB).

IV GmbH & Co. KG*

1. Allgemeines

Die GmbH & Co. KG ist eine Sonderform der KG, bei der die Stelle des Komplementärs von einer GmbH eingenommen wird. Sie wird dadurch aber nicht zur Kapitalgesellschaft, sondern bleibt Personengesellschaft. Da die GmbH zwar unbeschränkt persönlich für die Verbindlichkeiten der KG haftet (§§ 161 II, 128 HGB), ihrerseits aber haftungsbeschränkt ist⁶⁵⁵, ist die GmbH & Co. KG letztlich eine Personengesellschaft mit Haftungsbeschränkung.

Die vom Gesetzgeber bei Schaffung des HGB zunächst nicht vorgesehene Einführung der GmbH & Co. KG durch die Vertragspraxis war steuerlich motiviert. Die früher geltende Doppelbesteuerung der GmbH machte diese Gesellschaftsform unattraktiv. Denn zunächst unterlag die GmbH als juristische Person der Körperschaftsteuer und anschließend musste der GmbH-Gesellschafter den nach der Versteuerung verbleibenden Gewinn seinerseits bei sich als Einkommen versteuern. Diese Doppelbesteuerung konnte durch die Wahl einer Personengesellschaft (GmbH & Co. KG) vermieden werden, weil bei den Personengesellschaften der Gewinn nur bei den Gesellschaftern zu versteuern ist. Da die KG Trägerin des Unternehmens ist, fällt der Gewinn nicht bei der GmbH, sondern der Personengesellschaft an und ist deshalb

⁶⁵² BGHZ 75, 321.

⁶⁵³ Siehe hierzu oben S. 87.

⁶⁵⁴ Vgl. BGHZ 79, 337; BGH DB 2000, 1609; vgl. zur Prospekthaftung, insbesondere zu ihrer Grundlage und ihren einzelnen Voraussetzungen, *Baumbach/Hopt*, HGB, Anh. § 177 a Rdn. 59 ff.

* Zur GmbH & Co. KG vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, § 56 (S. 1621 ff.); *Hueck/Windbichler*, GesR, § 37 (S. 461 ff.); *Grunewald*, GesR, Kap. 1. C. XIII (S. 153 ff.).

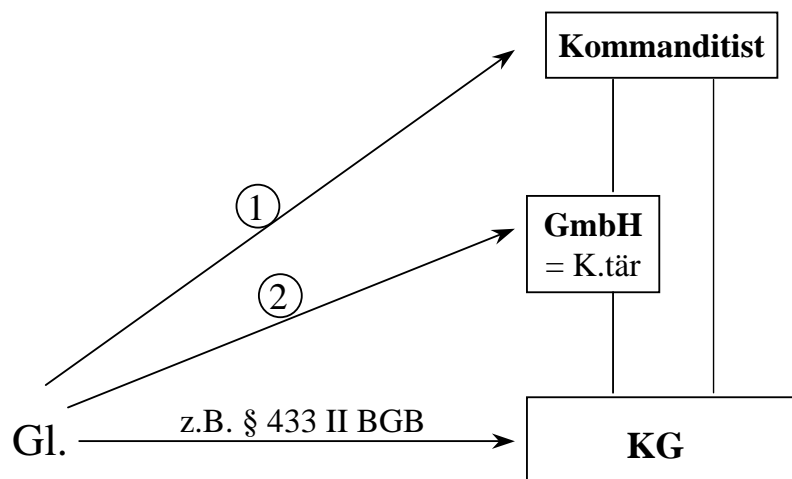
⁶⁵⁵ Siehe oben S. 26.

nur einfach bei den Gesellschaftern zu versteuern. Die GmbH als Komplementärin hat in aller Regel keine eigene unternehmerische Funktion, sondern dient nur als Instrument der Haftungsbeschränkung.

2. Geschäftsführung, Vertretung und Haftung in der GmbH & Co. KG

Die GmbH übernimmt als Komplementärin der KG die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft.⁶⁵⁶ Dabei handelt die GmbH – weil sie juristische Person ist – durch ihr Gesellschaftsorgan, den Geschäftsführer der GmbH.⁶⁵⁷ Auf diese Weise führt der Geschäftsführer der GmbH mittelbar auch die Geschäfte der KG, ist aber nicht selbst deren Geschäftsführer.

In der Praxis ist die Gestaltung der so genannten Einpersonen-GmbH & Co. KG häufig. Damit ist gemeint, dass der Gesellschafter der GmbH mit dem Kommanditisten der KG identisch ist. Die GmbH & Co. KG hat dann zwar formal zwei Gesellschafter, die GmbH und den Kommanditisten. Letztlich steht aber nur eine natürliche Person hinter dem Unternehmen, der Kommanditist:



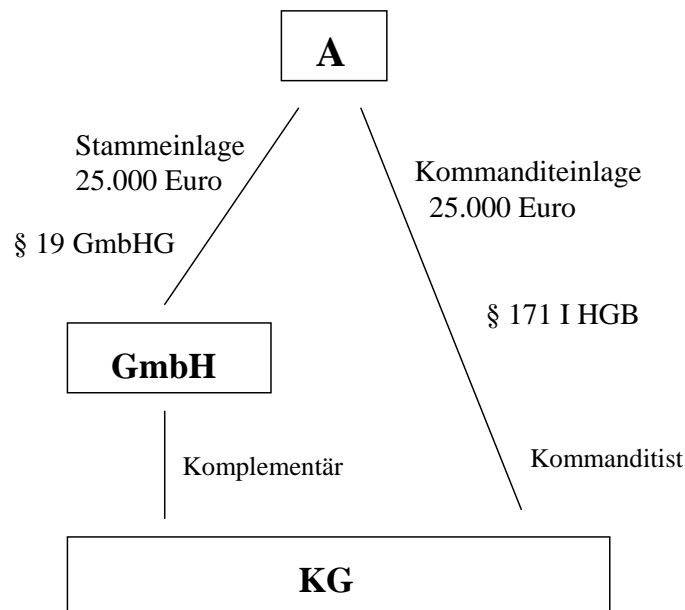
Die Haftung bei der GmbH & Co. KG entspricht derjenigen bei der normalen KG. Schließt also beispielsweise der Kommanditist in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der GmbH und diese wiederum in ihrer Eigenschaft als geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Komplementärin der KG einen Kaufvertrag im Namen der KG mit einem Gläubiger (Gl.), dann hat dieser Gläubiger einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung gegen die KG aus § 433 II BGB. Gegen den Kommanditisten besteht der Anspruch aus § 433 II BGB i.V.m. §§ 171, 172 HGB (1). Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Kommanditist eine Einlage in Höhe der Haftungssumme an die KG geleistet hat (§ 171 I Hs. 2 BGB) = Haftungsbefreiung durch Einlageleistung. Daneben hat der Gläubiger auch einen Anspruch gegen die GmbH als Komplementärin der KG aus § 433 II i.V.m. §§ 161 II, 128 HGB (2). Für diesen Anspruch haftet die GmbH allerdings ihrerseits nur beschränkt mit ihrem Gesellschaftsvermögen (§ 13 II GmbHG), das in der Praxis meist nur mit dem Mindeststammkapital von 25.000 Euro bemessen ist.

⁶⁵⁶ Siehe oben S. 121.

⁶⁵⁷ Siehe oben S. 43 f.

3. Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in der GmbH & Co. KG

Die **Kapitalaufbringung** in der GmbH & Co. KG setzt sich aus zwei Aspekten zusammen, die anhand des nachfolgenden Schaubildes verdeutlicht werden sollen:



Kommanditist A ist zunächst Alleingesellschafter der Komplementär-GmbH. In dieser Eigenschaft unterliegt er den Kapitalaufbringungsvorschriften des GmbH-Rechts (§ 19 GmbHG), hat also seine Stammeinlage (Mindestbetrag: 25.000 Euro) an die GmbH zu leisten. Diese gibt den Betrag, da sie in aller Regel selbst unternehmerisch gar nicht tätig ist und die Mittel daher nicht benötigt, meist als Kredit an die KG weiter.⁶⁵⁸ Eine solche Gestaltung birgt jedoch Haftungsrisiken: Nach einem Urteil des BGH ist die Stammeinlage nicht wirksam erbracht (keine Erfüllungswirkung), wenn die gezahlte Geldeinlage umgehend als „Darlehen“ an die von den GmbH-Gesellschaftern beherrschten KG weiterfließt.⁶⁵⁹ Nach dem MoMiG kann dies allerdings nicht mehr gelten, wenn die Vorgaben des § 19 V GmbHG eingehalten werden.⁶⁶⁰

Hinweis: Sollte sich in der Folge der Einführung der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)⁶⁶¹ auch die UG & Co. KG durchsetzen, wäre ggf. sogar nur ein Euro als Haftungsmasse aufzubringen und die Problematik der Darlehensgewährung an die KG würde sich erledigen.⁶⁶²

A ist außerdem Kommanditist der KG. Als Kommanditist kann er eine Kommanditeinlage in beliebiger Höhe versprechen, im Beispiel ebenfalls 25.000 Euro. Wenn seine Haftsumme der Höhe der Einlage entspricht, wird er durch die Einzahlung der Einlage von seiner Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern befreit (§ 171 I HGB).

⁶⁵⁸ Denkbar ist auch eine vermögensmäßige Beteiligung der GmbH an der KG durch eine entsprechende Einlage der GmbH in die KG. Für die nachfolgend aufzuzeigende Kapitalerhaltung ergeben sich dadurch im Ergebnis keine Unterschiede, nur die Begründung ist z.T. anders; vgl. dazu *Bitter* (o. Fn. 15), S. 232.

⁶⁵⁹ BGHZ 174, 370 (Leitsatz 1).

⁶⁶⁰ Siehe dazu oben S. 58 ff.

⁶⁶¹ Dazu oben S. 79.

⁶⁶² Dazu *Römermann/Passarge*, ZIP 2009, 1497.

Etwas komplizierter ist die **Kapitalerhaltung** in der GmbH & Co. KG. Werden dem Kommanditisten Gelder aus der KG „zurückgezahlt“, lebt zunächst seine Außenhaftung bis zur Höhe der Haftsumme wieder auf. Allerdings ist diese Außenhaftung – wie gesagt – **absolut auf den Betrag der Haftsumme beschränkt**.⁶⁶³ Kommt es also beispielsweise zu offenen oder verdeckten Ausschüttungen an den Kommanditisten in Höhe von 100.000 Euro, haftet er in dem angeführten Beispiel dennoch im Außenverhältnis gegenüber den Gläubigern der KG nur in Höhe von 25.000 Euro. Bei der gewöhnlichen KG würden für die dann fehlenden Beträge die Komplementäre als natürliche Personen mit ihrem Privatvermögen einzustehen haben. Dieses Vermögen ist bei der Komplementär-GmbH jedoch von vorneherein beschränkt, so dass zusätzliche Schutzmechanismen aus dem GmbH-Recht zur Anwendung kommen müssen.

Ist das KG-Vermögen durch Auszahlungen an den Kommanditisten aufgebraucht, führen weitere Auszahlungen zu einer Überschuldung der KG. Da die GmbH als Komplementärin der KG für deren Verbindlichkeiten gemäß §§ 161 II, 128 HGB voll einzustehen hat, führt eine Überschuldung der KG rasch auch zu einer Überschuldung der GmbH. Auszahlungen aus dem KG-Vermögen an den Kommanditisten schmälern mittelbar auch das Stammkapital der GmbH. Deshalb hat der Bundesgerichtshof schon sehr früh entschieden, dass die Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbH-Rechts (§§ 30, 31 GmbHG) entsprechend auch auf Auszahlungen der KG an den Kommanditisten anzuwenden sind.⁶⁶⁴ Sinkt also das Vermögen der GmbH durch die Belastung mit den Verbindlichkeiten der KG unter die Stammkapitalgrenze, lösen weitergehende Auszahlungen an den Kommanditisten einen Anspruch der KG gegen diesen auf Rückgewähr der ausgezahlten Beträge aus (§ 31 GmbHG analog). Diese Haftung ist nicht absolut auf den Betrag des Stammkapitals der GmbH beschränkt, sondern kann diesen Betrag um ein Vielfaches übersteigen.

Für unser Beispiel bedeutet das Folgendes: Hat die GmbH ihr Stammkapital von 25.000 Euro als Kredit an die KG gegeben und hat außerdem der Kommanditist 25.000 Euro eingezahlt, dann hat die KG zunächst ein Vermögen von 50.000 Euro. Lässt sich der Kommanditist nun 25.000 Euro zurückzahlen, vermindert sich das Vermögen der KG auf denselben Betrag. Der Kreditrückzahlungsanspruch der GmbH ist zu diesem Zeitpunkt jedoch noch vollwertig, weil sich das Restvermögen der KG auf 25.000 Euro beläuft. Werden nun zusätzliche Gelder, z.B. weitere 10.000 Euro an den Kommanditisten ausgezahlt, dann sinken die Aktiva der KG auf 15.000 Euro. Der Kreditrückzahlungsanspruch der GmbH in Höhe von 25.000 Euro ist nicht mehr vollwertig, so dass das Stammkapital der GmbH angegriffen wird. Die Auszahlung an den Kommanditisten löst deshalb einen Rückgewähranspruch der KG gegen den Kommanditisten in Höhe von 10.000 Euro analog § 31 GmbHG aus. Würden – ohne Erstattung dieser 10.000 Euro – weitere 50.000 Euro an den Kommanditisten ausgezahlt, wäre die KG in Höhe von 35.000 Euro überschuldet. Damit wäre nicht nur das Stammkapital der GmbH von 25.000 Euro verbraucht, sondern die GmbH hätte wegen der persönlichen Haftung für die Verbindlichkeiten der KG auch die 35.000 Euro Schulden abzudecken, wäre also in gleicher Höhe überschuldet. Der Kommanditist wäre in diesem Fall einem Rückgewähranspruch der KG analog § 31 GmbHG in Höhe von 60.000 Euro ausgesetzt.⁶⁶⁵ Hierdurch könnte die Über-

⁶⁶³ Siehe oben S. 124.

⁶⁶⁴ BGHZ 60, 324, 328 ff. = NJW 1973, 1036, 1037 ff.; dazu eingehend *Bitter* (o. Fn. 15), S. 231 ff.; in der Entscheidung BGHZ 110, 342, 355 f. = NJW 1990, 1725 hat der Bundesgerichtshof diese Haftung auch auf den so genannten „Nur-Kommanditisten“, also eine Person, die nur Kommanditist der KG und nicht zugleich Gesellschafter der GmbH & Co. KG ist, ausgedehnt; vgl. dazu *Bitter* (o. Fn. 15), S. 263 ff.

⁶⁶⁵ Daneben löst die Auszahlung an den Kommanditisten – wie gesagt – dessen Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern in Höhe der Haftsumme von 25.000 Euro aus.

schuldung der KG von 35.000 Euro abgedeckt und das zur Erhaltung des Stammkapitals der GmbH erforderliche Vermögen von 25.000 Euro wiederhergestellt werden.

V. Partnerschaftsgesellschaft (PartG)*

Die PartG steht den Angehörigen freier Berufe offen (§ 1 I 1 PartGG).⁶⁶⁶ Für die PartG gilt das Recht der GbR⁶⁶⁷, soweit das PartGG keine besondere Regelung trifft (§ 1 IV PartGG). Besondere Regelungen des PartGG sind unter anderem:

- § 3 PartGG: Die Gründung der PartG setzt einen schriftlichen Gesellschaftsvertrag voraus, der Name, Sitz und Gegenstand der Gesellschaft und deren Partner bezeichnet. Der Name muss dabei den Zusatz „und Partner“ oder „Partnerschaft“ und die Berufsbezeichnung aller vertretenen Berufe beinhalten (§ 2 I PartGG).
- § 6 II PartGG: Von der Geschäftsführung können die Partner nur insoweit ausgeschlossen werden, wie nicht ihre freiberuflichen Leistungen betroffen sind.
- §§ 6 III, 7 II, III, 8 I PartGG: Abweichend von § 1 IV PartGG finden auf das Innenverhältnis, die Rechtsfähigkeit, die Vertretung und die Haftung der Gesellschafter die Vorschriften zur oHG Anwendung.⁶⁶⁸
- § 7 I PartGG: Die PartG wird im Verhältnis zu Dritten mit ihrer Eintragung in das Partnerschaftsregister wirksam. Die Eintragung wirkt also konstitutiv.⁶⁶⁹ Die Umwandlung einer GbR in eine PartG – Umwandlung nicht im Sinne des UmwG, sondern eines identitätswahrenden Wechsels des „Rechtskleides“ – ist also möglich, indem die Gesellschaft ins Partnerschaftsregister eingetragen wird.
- § 8 II PartGG: Für berufliche Fehler haftet neben der PartG nur der Partner, der mit der Bearbeitung des Auftrags befasst war. Zwar sind Partner, deren Bearbeitungsbeiträge von untergeordneter Bedeutung sind, nicht „mit der Bearbeitung des Auftrags befasst“ (§ 8 II Hs. 2 PartGG). Gleichwohl müssen die Partner darauf achten, dass eine klare Aufgabentrennung herrscht und diese auch dokumentiert wird, damit § 8 II PartGG zu einer spürbaren Haftungserleichterung führt.

* Zur Partnerschaftsgesellschaft vgl. *Karsten Schmidt*, GesR, §§ 64 (S. 1877 ff.).

⁶⁶⁶ Zur Definition der freien Berufe vgl. § 1 II PartGG.

⁶⁶⁷ Zur GbR siehe oben S. 79 ff.

⁶⁶⁸ Dazu oben S. 111 ff.

⁶⁶⁹ Zur Unterscheidung zwischen konstitutiven und deklaratorischen Eintragungen siehe *Bitter/Schumacher*, Skript zum Handelsrecht, 4. Aufl. 2009, S. 21.