

## Examinatorium Gesellschaftsrecht – Teil 2

Leonhard Hübner

### Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Hübner, Leonhard. 2017. "Examinatorium Gesellschaftsrecht – Teil 2." *JURA - Juristische Ausbildung* 39 (3): 257–70. <https://doi.org/10.1515/jura-2017-0050>.

### Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

#### Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



## Aufsatz ZR

Dr. Leonhard Hübner\*

# Examinatorium Gesellschaftsrecht – Teil 2

DOI 10.1515/jura-2017-0050

**Abstract:** Das Gesellschaftsrecht gehört zu den wichtigen Nebengebieten in der Vorbereitung auf beide Staatsexamina. Aus Sicht des Klausurenerstellers lässt es sich mit zahlreichen Fragestellungen aus den ersten drei Büchern des BGB verknüpfen. Der folgende Fortsetzungsbeitrag widmet sich in einem Überblick den gängigen Examensproblemen des Gesellschaftsrechts.

## II. OHG

Die Existenz der OHG neben der GbR rechtfertigt sich dadurch, dass die weitgehende Vertragsfreiheit der GbR den Bedürfnissen des Handelsverkehrs (Einfachheit, Schnelligkeit, Rechtssicherheit) angepasst werden muss.<sup>1</sup> Das Gesetz bezeichnet die OHG als »offen«, weil die Gesellschafter stets nach außen hin auftreten.<sup>2</sup> Den Gegensatz stellt die stille Gesellschaft, §§ 230 ff. HGB, dar, die der Innengesellschaft der GbR entspricht. Bei der OHG zeigt sich anhand von § 105 Abs. 3 HGB eine Art »Baukastenprinzip«. Danach ist subsidiär auf die Regeln der GbR zurückzugreifen.<sup>3</sup> Insofern bilden die §§ 705 ff. BGB eine Art »Allgemeinen Teil« des Personengesellschaftsrechts. Die OHG stellt also eine »Spezialform der GbR« dar.<sup>4</sup> Die Darstellung der OHG entspricht im Wesentlichen derjenigen der GbR. Von besonderer Relevanz in Abgrenzung zur GbR ist die Registerpflicht der OHG gem. § 106 HGB<sup>5</sup>. Schließlich hat die OHG einen Handelsnamen, die Firma gem. §§ 17 ff. HGB.<sup>6</sup> Dies ändert nichts daran, dass nur der

Unternehmensträger Rechtssubjekt ist, nicht hingegen der Name. Zur besseren Nachvollziehbarkeit der weiteren Ausführungen empfiehlt sich an dieser Stelle die Lektüre der sechs Titel im Abschnitt zur OHG (§§ 105–160 HGB).

### 1. Entstehung

#### a) Voraussetzungen

Die Voraussetzungen der Entstehung entsprechen im Grundsatz denen der GbR. Neben den Gemeinsamkeiten (Gesellschaftsvertrag und Förderungspflicht) besteht aber der entscheidende Unterschied darin, dass der Zweck einer OHG der Betrieb eines Handelsgewerbes i. S. v. § 1 Abs. 2 HGB ist.<sup>7</sup> Hier lässt sich der Begriff des Handelsgewerbes leicht in die Klausur integrieren. Allerdings können auch Unternehmen, die kein Handelsgewerbe (z. B. Kleingewerbe) betreiben, kraft Eintragung in das Handelsregister zu einer OHG werden, vgl. § 105 Abs. 2 HGB; gleiches gilt für Vermögensverwaltungsgesellschaften.<sup>8</sup> In Abgrenzung zur KG haften alle Gesellschafter unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der OHG, vgl. § 128 HGB.

#### b) Entstehung im Innen- und Außenverhältnis

Im Innenverhältnis entsteht die OHG mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags, vgl. § 109 Abs. 1 HGB. Im Außenverhältnis entsteht die OHG gem. § 123 Abs. 1 HGB grundsätzlich mit der Eintragung ins Handelsregister, d. h. mit der »Kundgebung des Wirksamwerdens«.<sup>9</sup> Nimmt sie schon vorher ihre Geschäftstätigkeit auf, entsteht sie nach § 123 Abs. 2 HGB bereits zu diesem Zeitpunkt. Hintergrund der Regelung ist der Gläubigerschutz. Diese Regelungen zum Außenverhältnis sind gem. § 123 Abs. 3 BGB unabdingbar. Auch hier zeigt sich die bereits bei der GbR angesprochene Trennung von Innen- und Außenverhältnis.

<sup>1</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 12 Rn. 1.

<sup>2</sup> Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. 2013, § 11 Rn. 3.

<sup>3</sup> Bayer/Lieder, Examensrepetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 452; Lange, JURA 2015, 665.

<sup>4</sup> Lange, JURA 2015, 665.

<sup>5</sup> Lange, JURA 2015, 665.

<sup>6</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 196, 420 a.

\*Kontaktperson: Leonhard Hübner, der Autor ist Habilitand und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Heidelberg (Lehrstuhl Prof. Dr. Marc-Philipp Weller).

<sup>7</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 2.

<sup>8</sup> Lange, JURA 2015, 665 f.

<sup>9</sup> Lange, JURA 2015, 665, 667.

## 2. Rechtsnatur

Die OHG ist wie die GbR eine Gesamthandsgemeinschaft gem. § 105 Abs. 3 HGB i. V. m. §§ 718, 719 BGB. Anders als bei der GbR bestand bzw. besteht über die Teilrechtsfähigkeit kein Streit, da sie in § 124 Abs. 1 HGB ausdrücklich vorgesehen ist.

## 3. Innenverhältnis

Für das Innenverhältnis gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Die entsprechenden Regelungen finden sich im Gesellschaftsvertrag: Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Regelung, gelten die §§ 110–122 HGB und subsidiär § 105 Abs. 3 i. V. m. §§ 705 ff. HGB.<sup>10</sup> Zum Inhalt zählen auch bei der OHG die Beitragspflicht, das Wettbewerbsverbot gem. §§ 112f. HGB als Ausfluss der Treuepflicht<sup>11</sup>, die GuV-Verteilung/das Entnahmerecht sowie Informations- und Kontrollrechte. Im Mittelpunkt sollen aber die Fragen der Geschäftsführungsbefugnis stehen, deren Regeln von der GbR abweichen, um den Anforderungen des Handelsverkehrs gerecht zu werden.

### a) Geschäftsführungsbefugnis

#### aa) Grundregel der §§ 114 Abs. 1, 115 Abs. 1 HGB

Die Einzelgeschäftsführung gem. §§ 114 Abs. 1, 115 Abs. 1 HGB bildet die Grundregel; sie ist dispositiv. Damit soll die Leichtigkeit des Handelsverkehrs gefördert werden.<sup>12</sup> Demgegenüber gilt bei der GbR die Grundregel der gemeinschaftlichen Geschäftsführungsbefugnis gem. § 709 BGB. Dort hatte der Gesetzgeber vielmehr die enge Verbundenheit der Gesellschafter vor Augen.<sup>13</sup>

#### bb) Umfang der Geschäftsführungsbefugnis

Jedoch gilt der Grundsatz der Einzelgeschäftsführungsbefugnis nicht schrankenlos. Der Gesetzgeber hat bei der OHG eine andere Regelungstechnik als bei der GbR gewählt, indem er den Umfang der Geschäftsführungsbefugnis einschränkt. Gem. § 116 Abs. 1 HGB beschränkt sich der Umfang der Einzelgeschäftsführungsbefugnis auf gewöhnliche Geschäfte. Gewöhnlich sind solche Geschäfte, die nach Art, Inhalt und Zweck im Hinblick auf ihre Bedeu-

tung und Risiken den aktuellen gewöhnlichen Rahmen der konkreten Gesellschaft nicht überschreiten, d. h. solange sie keinen Ausnahmecharakter haben.<sup>14</sup> Für sog. außergewöhnliche Geschäfte bedarf es nach § 116 Abs. 2 HGB eines Beschlusses aller Gesellschafter, soweit keine anderweitige Regelung im Gesellschaftsvertrag besteht. Die Konkretisierung dieser Maßstäbe ist abstrakt recht schwierig. Wichtig ist jedoch die Abgrenzung von den Grundlagengeschäften, die kein Teil der Geschäftsführung sind, d. h. zu trennen sind gewöhnliche, außergewöhnliche sowie Grundlagengeschäfte.<sup>15</sup>

Daher ist die Geschäftsführungsbefugnis in zwei Schritten zu prüfen: (i) Ist der Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt? (ii) Hält sich die konkrete Maßnahme im Umfang dieser Befugnis?<sup>16</sup>

#### Fall 10

A und B bilden eine OHG. Sie betreiben einen kleinen Baustoffhandel (Jahresgewinn: EUR 10.000,-). Beide haben laut Gesellschaftsvertrag Einzelgeschäftsführungsbefugnis. A will für die OHG eine Beteiligung an einem Kieswerk in Höhe von EUR 50.000,- erwerben und dafür Gesellschaftsmittel einsetzen. Braucht er die Zustimmung des B?

#### Lösung

Maßstab für diese Frage sind die §§ 115, 116 HGB. Grundsätzlich hat A Einzelgeschäftsführungsbefugnis gem. § 115 Abs. 1 HGB. Jedoch ist das Geschäft möglicherweise nicht von dem Umfang der Geschäftsführungsbefugnis gedeckt, vgl. § 116 Abs. 1, 2 HGB. Entscheidend ist eine konkrete Bewertung des Einzelfalls unter präziser Auswertung des Sachverhalts.

Der geplante Beteiligungserwerb ändert nicht nur den bisherigen Gesellschaftszweck (Betrieb eines Baustoffhandels), sondern hat auch besondere Bedeutung wegen der möglichen Risiken (Beteiligung in nicht unerheblicher Höhe). Daher liegt ein außergewöhnliches Geschäft i. S. v. § 116 Abs. 2 HGB vor. Für ein solches Geschäft braucht A die Zustimmung des B im Innenverhältnis.

#### cc) Ersatzansprüche gegen die Gesellschaft

Für die Ersatzansprüche des OHG-Gesellschafters sieht das HGB in § 110 HGB eine eigene Anspruchsgrundlage vor. Diese reicht in persönlicher und sachlicher Hinsicht weiter als die §§ 713, 670 BGB: Sie umfasst jeden Gesellschafter,

<sup>10</sup> Lange, JURA 2015, 665, 667.

<sup>11</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 14 Rn. 18 ff.

<sup>12</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 13 Rn. 3; Lange, JURA 2015, 665, 668.

<sup>13</sup> Siehe C. I. 6. a), JURA Heft 2/2017.

<sup>14</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 272.

<sup>15</sup> Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 37. Aufl. 2016, § 116 Rn. 1 ff.

<sup>16</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 13 Rn. 12.

nicht lediglich solche, die geschäftsführungsbefugt sind.<sup>17</sup> § 110 Alt. 2 HGB erfasst auch Verluste in Form von unfreiwilligen Vermögensopfern; dazu bedarf es bei § 670 BGB einer erweiternden Analogie. Gegenüber einem etwaigen Anspruch aus §§ 713, 670 BGB erweist sich § 110 HGB hingegen als *lex specialis*.<sup>18</sup>

#### 4. Außenverhältnis

Den Kern der Darstellung bildet auch bei der OHG das Außenverhältnis mit den Regeln zur Vertretung und Haftung.

##### a) Vertretung

Für die Zwecke der Wiederholung sei auf den Unterschied zwischen rechtsgeschäftlicher und organschaftlicher Vertretungsmacht hingewiesen.<sup>19</sup> Die organschaftliche Vertretung der OHG ist in den §§ 125–127 HGB geregelt. Wie bei der Geschäftsführungsbefugnis ist zwischen Art und Umfang zu unterscheiden.

##### aa) Art der Vertretungsmacht

Aus Gründen des Verkehrsschutzes (HGB!) ist die Geschäftsführungsbefugnis bei der OHG nicht an die Vertretungsmacht gekoppelt,<sup>20</sup> vgl. im Gegensatz dazu § 714 BGB bei der GbR. Es gilt stattdessen die Grundregel der grundsätzlich (!) unbeschränkten und unbeschränkbar Einzelvertretungsmacht gem. § 125 Abs. 1 HGB. Andere Gestaltungen, z. B. in Form der Gesamtvertretung, sind nach dem Gesellschaftsvertrag möglich. Gem. § 125 Abs. 1 a. E. HGB können einzelne Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen werden. Daneben kann gem. § 125 Abs. 2 HGB auch eine echte Gesamtvertretung vorgesehen werden, d. h. alle oder mehrere Gesellschafter können die OHG nur zusammen vertreten. Alternativ steht gem. § 125 Abs. 3 HGB die Möglichkeit einer sog. unechten Gesamtvertretung zur Verfügung, d. h. handeln hier nicht mehrere Gesellschafter zusammen, kann ein Gesellschafter die OHG nur zusammen mit einem Prokuristen vertreten. Die Grenze dieser Regelungen bildet die Selbstorganschaft.<sup>21</sup> Auf-

grund der Registerpflicht der OHG müssen die Vertretungsregeln und ihre Änderungen nach §§ 106 Abs. 2 Nr. 4, 107 HGB in das Handelsregister eingetragen werden. Die Eintragung ist zwar nur deklaratorisch, ist aber mit Blick auf § 15 HGB relevant.<sup>22</sup>

Zu beachten ist abschließend, dass diese Regeln nicht für die Passivvertretung gelten. Dritte können ihre Willenserklärungen gegenüber jedem zur Vertretung befugten Gesellschafter abgeben, § 125 Abs. 2 S. 3, Abs. 3 S. 2 HGB.

##### Fall 11

A und B bilden eine OHG. Nach dem Gesellschaftsvertrag ist allein B nur mit dem Prokuristen P geschäftsführungs- und vertretungsbefugt. A ist von der Geschäftsführung und der Vertretung der OHG ausgeschlossen. Diese Regelung wird auch im Handelsregister eingetragen. B schließt allein ohne Mitsprache des P für die OHG mit F einen Kaufvertrag ab. B hatte aber schon in der Vergangenheit häufig so gehandelt, ohne dass A eingeschritten war. Hat F einen Anspruch gegen die OHG aus § 433 Abs. 2 BGB?

##### Lösung:

Dem F steht ein Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB i. V. m. § 124 HGB gegen die OHG zu, wenn B die OHG beim Vertragsschluss wirksam gem. §§ 164 ff. BGB vertreten hat. Eine eigene Willenserklärung des B und ein Handeln in fremden Namen sind zu bejahen. Fraglich ist allein die Vertretungsmacht des B.

Grundsätzlich hat jeder Gesellschafter Einzelvertretungsmacht gem. § 125 Abs. 1 HGB; jedoch ist nach dem Gesellschaftsvertrag allein B nur mit dem Prokuristen P geschäftsführungs- und vertretungsbefugt, vgl. § 125 Abs. 3 HGB (unechte Gesamtvertretung). Andere Möglichkeiten zur Vertretung der OHG sind ausgeschlossen. Da die Gesellschafter also nicht ohne Mitsprache des P die Gesellschaft vertreten können, liegt ein Verstoß gegen das Prinzip der Selbstorganschaft vor, s. o.<sup>23</sup>

Daher muss eine ersatzweise Vertretungsregelung ermittelt werden. Zu denken wäre zunächst an die Grundregel der Einzelvertretungsmacht gem. § 125 Abs. 1 HGB. Dagegen spricht jedoch, dass der Gesellschaftsvertrag erkennen lässt, dass B nicht allein handeln können sollte. Daher geht die h. M. davon aus, dass stattdessen eine echte Gesamtvertretung durch alle Gesellschafter i. S. v. § 125 Abs. 2 HGB bestehen sollte.<sup>24</sup> Demnach wäre B Vertreter

<sup>17</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 302.

<sup>18</sup> MünchKomm-HGB/Langhein, § 110 Rn. 4.

<sup>19</sup> Siehe C. I. 4. a), JURA Heft 2/2017.

<sup>20</sup> Vgl. Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. 2016, § 10 Rn. 76.

<sup>21</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 41.

<sup>22</sup> Lange, JURA 2015, 665, 669.

<sup>23</sup> Siehe C. I. 4. a) aa), JURA Heft 2/2017.

<sup>24</sup> Henssler/Strohn/Steitz, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 125 HGB Rn. 7.

ohne Vertretungsmacht gem. § 179 Abs. 1 BGB, da A nicht mit ihm gemeinsam gehandelt hat.

Jedoch könnte über § 15 Abs. 1 HGB die Eintragung der Vertretungsregelung im Handelsregister zu berücksichtigen sein. Diese Norm dient dem abstrakten Vertrauensschutz, wie auch der Erbschein.<sup>25</sup> Demnach muss der Dritte den Inhalt des Handelsregisters nicht kennen. Bösgläubigkeit schadet jedoch, vgl. § 15 Abs. 1 a. E., Abs. 3 a. E. HGB.

#### Exkurs: Übersicht zu § 15 Abs. 1 HGB

Zweck	Schutz des Vertrauens Dritter		Zerstörung von Vertrauen im Interesse des Eintragenden
Norm	§ 15 Abs. 1 HGB	§ 15 Abs. 3 HGB	§ 15 Abs. 2 S. 1 HGB
Inhalt	Schweigt das Handelsregister über eine eintragungspflichtige Tatsache, schützt § 15 Abs. 1 HGB das Vertrauen in das <u>Nichtvorliegen</u> der Tatsache.	Schutz des Vertrauens des Rechtsverkehrs in die <u>Richtigkeit bekannt gemachter Tatsachen</u>	Grundsätzlich kann eine eintragungspflichtige Tatsache einem Dritten entgegengehalten werden, wenn sie <u>eingetragen und bekanntgemacht</u> ist. Das Handelsregister zerstört Vertrauen auf eine ehemals bestehende Rechtslage.
	→ negative Publizität	→ positive Publizität	

Bei der Eintragung der Vertretungsmacht handelt es sich um eine eintragungspflichtige Tatsache gem. § 106 Abs. 2 Nr. 4 i. V. m. § 107 HGB. Die echte Gesamtvertretung, die sich nach Auslegung der h. M. ergibt, ist jedoch nicht in das Handelsregister eingetragen (sog. negative Publizität gem. § 15 Abs. 1 HGB). Der Dritte F muss sie also mangels besseren Wissens nicht gegen sich gelten lassen. Im Handelsregister ist hingegen nur die unwirksame Vertretung des B mit P eingetragen, die aber gegen das Prinzip der Selbstorganschaft verstößt. Daher gilt die OHG als wirksam durch B allein vertreten. Ein wirksamer Vertragschluss zwischen der OHG und F ist somit zu bejahen.

#### bb) Umfang der Vertretungsmacht

##### (1) Grundsatz des § 126 HGB

Anders als bei der GbR, bei der die Vertretungsmacht jederzeit beschränkt werden kann, ist diese bei der OHG unbeschränkt gem. § 126 Abs. 1 HGB und unbeschränkbar

gem. § 126 Abs. 2 HGB. Zweck dieser Regelung ist der bessere Schutz beim Handel mit einer OHG. Der Geschäftspartner soll folglich keine Nachforschungen bezüglich des Inhalts des Gesellschaftsvertrags anstellen müssen.<sup>26</sup> Dies entspricht dem Prinzip der Sicherheit und Leichtigkeit des Handelsverkehrs.<sup>27</sup> Es reicht ein Blick in das Handelsregister, um die Vertretungsverhältnisse (§§ 106 Abs. 2 Nr. 4, 107 HGB) zu ermitteln. Der Dritte wird in dem Vertrauen in das Handelsregister über § 15 Abs. 1 HGB geschützt, s. o.

#### Fall 12

A und B bilden eine OHG, die einen Baustoffhandel betreibt. Der Gesellschaftsvertrag enthält keine besonderen Regelungen. Am Wochenende kauft A ein Aquarium mit Zierfischen »für die OHG« im Laden des V. Kann V von der OHG den Kaufpreis aus § 433 Abs. 2 BGB fordern?

#### Lösung

V kann von der OHG den Kaufpreis gem. § 433 Abs. 2 BGB fordern, wenn A die OHG wirksam bei Abschluss des Kaufvertrags vertreten hat. Nach § 126 Abs. 1 HGB hat A unbeschränkte Vertretungsmacht. Ausnahmen wären nur bei einem Missbrauch der Vertretungsmacht im Fall der Kollision oder Evidenz denkbar. Beides ist hier aber nicht gegeben.

Allerdings hat das Handeln des A Folgen im Innenverhältnis. Da es sich um eine außergewöhnliches Geschäft i. S. v. § 116 Abs. 2 HGB handelt, hat A seine Geschäftsführungsbefugnis überschritten. Dies löst eine Schadensersatzhaftung aus § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. dem Gesellschaftsvertrag aus.

#### (2) Ausnahmen

Trotz der eindeutigen Regelung des § 126 Abs. 1 HGB sind Ausnahmen denkbar. Sie werden am besten vor dem Hintergrund des Normzwecks (Verkehrsschutz) verständlich. Dies betrifft die Konstellationen, dass (i) Gesellschafter als Drittgläubiger in Erscheinung treten, (ii) sog. Grundlagen-geschäfte getätigt werden oder (iii) den Fall des bereits angesprochenen Missbrauchs der Vertretungsmacht.

Tritt ein Gesellschafter als Drittgläubiger der Gesellschaft auf, fehlt es am Tatbestandsmerkmal des »Dritten« i. S. d. § 126 Abs. 2 HGB. Die Anwendung der Norm ist im Wege einer teleologischen Reduktion einzuschränken, da der Schutz des redlichen Geschäftsverkehrs hier nicht ge-

<sup>25</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 49.

<sup>26</sup> Vgl. Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 13 Rn. 38.

<sup>27</sup> Vgl. Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 13 Rn. 43.



währt werden muss.<sup>28</sup> Im Gesellschaftsvertrag der OHG kann die Vertretungsmacht für Rechtsgeschäfte zwischen der OHG und den Gesellschaftern wirksam beschränkt werden.

Grundlagengeschäfte stellen keine Ausnahme zu § 126 HGB dar, sondern sie ändern den Gesellschaftsvertrag.<sup>29</sup> Die §§ 125 ff. HGB regeln aber nur die Vertretung der Gesellschaft.

Schließlich kann bei kollusivem und evidentem Missbrauch der Vertretungsmacht eine Ausnahme vom Grundsatz der unbeschränkten Vertretungsmacht gelten.<sup>30</sup>

## b) Haftung

Bei Fragen der Haftung gilt es sich stets die wirtschaftliche Bedeutung der persönlichen und akzessorischen Haftung der Gesellschafter für die Schulden der OHG zu verdeutlichen. Häufig wird die Bonität der Gesellschafter über die Kreditwürdigkeit der OHG entscheiden. Die zentrale Norm ist der schon dargestellte § 128 HGB.

### aa) Haftung der Gesellschaft

Die Verschuldenszurechnung erfolgt – wie bereits ausgeführt – analog § 31 BGB.<sup>31</sup> Diese betrifft die Zurechnung des Verschuldens von Gesellschaftern oder anderen Angestellten in leitender Funktion als »verfassungsmäßig berufene Vertreter«. Die Rechtsprechung legt den Begriff des »verfassungsmäßig berufenen Vertreters« sehr weit aus.<sup>32</sup> Diese Form der Haftung wird auch als sog. Repräsentantenhaftung bezeichnet.<sup>33</sup> Demgegenüber erfolgt die Zurechnung des Verschuldens sonstiger Angestellter im rechtsgeschäftlichen Kontext über § 278 BGB. Im Deliktsrecht gibt es grundsätzlich nur eine Haftung für vermutetes Aufsichtverschulden über sonstige Angestellte als Verrichtungshelfen aus § 831 BGB.<sup>34</sup>

### Wissenszurechnung im Gesellschaftsrecht

Zweck	– Die organisatorische Aufspaltung von Zuständigkeiten innerhalb einer Gesellschaft bzw. juristischen Person darf nicht dazu führen, dass der Vertragspartner einer Gesellschaft bzw. einer juristischen Person schlechter steht als der Vertragspartner einer natürlichen Person.
Welches Wissen kann der Gesellschaft zugerechnet werden, wenn Personen am konkreten Geschäft beteiligt waren? → streitig (!)	– Gesellschafter: Analogie zu § 31 oder § 166 BGB – Anderer Personen: Analogie zu § 166; Ausnahme: Stellvertreter (§ 166 direkt) – Wissensvertreter: nicht Vertreter, aber nach Arbeitsorganisation mit konkretem Geschäft betraut (z. B. Vorverhandlungen)
Welches Wissen kann der jur. Person zugerechnet werden, wenn Personen am konkreten Geschäft <u>nicht</u> beteiligt waren?	– Gesellschafter: wenn es sich um Wissen handelt, das typischerweise aktenmäßig gespeichert werden muss (offen, ob Analogie zu § 31 oder § 166 BGB) → Unterlassene Weitergabe von Wissen = Verletzung der Organisationspflicht – Anderer Personen: wie bei Gesellschaftern

### bb) Haftung der Gesellschafter

Dreh- und Angelpunkt für die Haftung der Gesellschafter sind die §§ 128–130 HGB.

#### (1) Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Haftung nach § 128 HGB

Es muss sich um (i) die Verbindlichkeit einer OHG handeln, (ii) Anspruchsgegner ein Gesellschafter der OHG sein und, (iii) keine Sozialverpflichtung der Gesellschaft betroffen sein, da nach § 105 Abs. 3 HGB i. V. m. § 707 BGB keine Nachschusspflicht besteht. Die Haftung nach § 128 HGB ist (i) persönlich, (ii) unmittelbar, (iii) primär (kein § 771 BGB), (iv) unbeschränkt und unbeschränkbar und (v) gesamtschuldnerisch für die Gesellschafter untereinander.<sup>35</sup>

#### (2) Inhalt der Haftung

Bezüglich des Inhalts der Haftung gilt der Grundsatz der Erfüllung *in natura* (sog. Erfüllungstheorie); demgegenüber will die teilweise vertretene Haftungstheorie nur eine Haftung auf Geldersatz ausreichen lassen.<sup>36</sup> Für die Erfül-

<sup>28</sup> Vgl. Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 13 Rn. 40.

<sup>29</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 38.

<sup>30</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 37.

<sup>31</sup> Siehe C. I. 4. b) aa), JURA Heft 2/2017.

<sup>32</sup> Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 4. Aufl. 2014, Rn. 313.

<sup>33</sup> Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 39. Aufl. 2015, § 21 Rn. 30 a.

<sup>34</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 12.

<sup>35</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 14; Lange, JURA 2015, 665, 670.

<sup>36</sup> Vgl. dazu Schäfer, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 6 Rn. 9.

lungstheorie spricht aber, dass andernfalls ein Widerspruch zum Grundsatz der Primärhaftung bestände. Relevanz hat diese Frage – wie bereits dargestellt<sup>37</sup> – nur bei Nichtgeldschulden.

#### Fall 13

Die AB-OHG verkauft durch ihren alleingeschäftsführenden Gesellschafter A das Grundstück des Mitgesellschafters B an den Dritten C. Erst später kommt heraus, dass das Grundstück dem B gehört. B weigert sich, einer Übertragung des Grundstücks an den C zuzustimmen.

Frage 1: Hat C gegen B einen Anspruch auf Übereignung und Übergabe des Grundstücks?

Frage 2: Ändert sich die Rechtslage, wenn B versprochen hatte, das Grundstück in die Gesellschaft einzubringen?

#### Frage 1:

Ein solcher Anspruch aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. § 128 HGB ist entstanden. Er ist aber aufgrund subjektiver Unmöglichkeit gem. § 275 BGB erloschen, da B sich weigert, Eigentum und Besitz an dem Grundstück an die OHG zu übertragen. Jedoch steht dem C ein Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB gegen die OHG zu. Für diesen haftet B als Gesellschafter akzessorisch über § 128 HGB.

#### Frage 2:

Muss B das Grundstück aufgrund seiner Förderungspflicht aus dem Gesellschaftsvertrag in die OHG einbringen, kann diese es an C weiterübertragen. C kann die Übertragung des Eigentums und des Besitzes an dem Grundstück gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB also von der OHG und über § 128 HGB auch von B verlangen.

### (3) Einwendungen des Gesellschafters

Wie sich aus § 129 Abs. 4 HGB ergibt, können sich die Ansprüche gegen die Gesellschaft von denjenigen gegen einzelne Gesellschafter unterscheiden.<sup>38</sup> Bei den Einwendungen, die der akzessorisch haftende Gesellschafter geltend machen kann, ist wiederum zwischen seinen eigenen Gegenrechten und denen der Gesellschaft i. S. v. § 129 HGB zu unterscheiden. § 129 Abs. 1 HGB normiert eine Inhaltsakzessorietät bezüglich der Einwendungen der Gesellschaft. § 129 Abs. 2 und 3 HGB gibt dem Gesellschafter die

Einreden der Gestaltbarkeit (Anfechtbarkeit und Aufrechenbarkeit). Dies ähnelt den Möglichkeiten des Bürgen in § 770 Abs. 1 und 2 BGB. Insofern ist also auch eine analoge Anwendung für andere Gestaltungsrechte, wie z. B. den Rücktritt, geboten.<sup>39</sup>

#### Fall 14

C hat einen Anspruch gegen die AB-OHG i. H. v. EUR 10.000,–. Die OHG, deren Gesellschafter A und B sind, zahlt nicht. C zerstört zur »Selbsthilfe« auf dem Gelände der OHG Betriebsmittel der OHG i. H. v. EUR 12.000,–. C erfährt später, dass B kein Vermögen mehr hat. C möchte die EUR 10.000,– von A erhalten. Zu Recht?

#### Lösung:

Der Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB i. V. m. § 128 HGB ist entstanden, aber ggf. auch gehemmt. Möglicherweise besteht die Einrede der Aufrechenbarkeit gem. § 129 Abs. 3 HGB i. V. m. §§ 387 ff. BGB. Problematisch ist jedoch der Wortlaut des § 129 Abs. 3 HGB, wonach die Einrede im Fall der Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers (!), nicht der OHG besteht. Die h. M. hält den Wortlaut des § 129 Abs. 3 HGB aber für missglückt, denn es kommt auf die Gestaltungsbefugnis der OHG und nicht des Gläubigers an.<sup>40</sup> Das Parallelproblem stellt sich auch bei § 770 Abs. 2 BGB.

Hinzu kommt hier, dass nach dem Zweck des § 393 BGB eine sog. »Privatrache« im Zivilrecht verhindert werden soll. Andernfalls würde eine Aufrechnungsmöglichkeit des C hier dazu führen, dass gerade dem vorsätzlich Handelnden die Einrede der Aufrechenbarkeit nicht mehr entgegengehalten werden kann.

Daher muss A die Einrede der Aufrechenbarkeit gem. § 129 Abs. 3 HGB i. V. m. §§ 387 ff. BGB erheben können, d. h. er hat ein Leistungsverweigerungsrecht. Der Anspruch ist daher gehemmt.

#### Fall 15

A und B bilden eine AB-OHG. C hat einen Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB gegen die OHG. Kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist erhebt er am 27. Dezember 2014 Klage gegen die OHG. Nach antragsgemäßer Verurteilung im Jahr 2015 scheitert die Zwangsvollstreckung mangels ausreichender Vermögensmasse bei der OHG. C wendet sich

<sup>37</sup> Siehe C. I. 4. b) aa), JURA Heft 2/2017.

<sup>38</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 16 Rn. 51.

<sup>39</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 253.

<sup>40</sup> Bayer/Lieder, Examensrepetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 392; Schäfer, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 6 Rn. 11; Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 253.

im Jahr 2015 an B. Dieser beruft sich auf Verjährung. Zu Recht?

#### Lösung

Möglicherweise ist der Anspruch des C gegen B aus § 433 Abs. 2 BGB i. V. m. § 128 HGB gem. § 129 Abs. 1 HGB i. V. m. § 214 Abs. 1 BGB gehemmt.

Aufgrund der Klageerhebung ist die Verjährung des Anspruchs gegen die OHG gem. § 214 Abs. 1 i. V. m. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt. Fraglich ist aber, ob die Klageerhebung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB auch gegen die Gesellschafter wirkt. Dagegen könnte § 159 Abs. 1 HGB sprechen, falls man diesen so versteht, dass eigene Verjährungsregeln für die Gesellschafter gelten sollen.<sup>41</sup> Die h. M. geht jedoch auf Grundlage der Akzessorietätstheorie von einer Inhalts- und damit auch Durchsetzungsakzessorietät aus.<sup>42</sup> Folgt man der h. M., kann B sich nicht auf die Verjährungseinrede berufen. Der Anspruch ist demnach nicht gehemmt.

Es ist jedoch zu beachten, dass die Akzessorietät nur in Richtung Gesellschaft zu Gesellschafter wirkt, nicht jedoch in anderer Richtung. Das heißt: Eine Klage gegen den Gesellschafter hemmt nicht den Ablauf der Verjährungsfrist gegen die Gesellschaft!<sup>43</sup>

### 5. Änderungen im Bestand der Gesellschafter

Insofern bestehen keine großen Unterschiede zur GbR.<sup>44</sup> Allerdings sieht das Gesetz bereits bei Ausscheiden eines Gesellschafters die Fortsetzung der OHG vor, § 131 Abs. 3 HGB.<sup>45</sup>

## III. KG

Anders als bei OHG ist es bei der KG ausreichend, wenn nur ein Gesellschafter persönlich haftet. Dies ist der Komplementär. Demgegenüber ist bei mindestens einem Gesellschafter (sog. Kommanditisten) die Haftung auf einen bestimmten Betrag beschränkt. Diese Haftungsbeschränkung, aber auch steuerliche Vorteile erklären die Beliebtheit der KG in der Praxis.<sup>46</sup> Häufig werden die Vor-

züge der Personengesellschaften (Steuerrecht) mit dem Kapitalgesellschaftsrecht (beschränkte Haftung) in der Rechtsform der GmbH & Co. KG kombiniert.<sup>47</sup>

Die Regelungen zur KG finden sich in den §§ 161 ff. HGB. § 161 Abs. 2 HGB verweist auf das Recht der OHG und damit über § 105 Abs. 3 HGB auch auf die Regeln der GbR.<sup>48</sup> Hier zeigt sich wieder das Baukastenprinzip mit den §§ 705 ff. BGB als Allgemeiner Teil des Personengesellschaftsrechts. Da die KG eine Spezialform der OHG (vgl. § 161 Abs. 2 HGB) ist, fokussiert sich die Darstellung auf die Besonderheiten durch die Beteiligung eines Kommanditisten.<sup>49</sup>

### 1. Entstehung

Für die Fragen der Entstehung kann auf die Ausführungen zur OHG verwiesen werden.<sup>50</sup> Zu beachten ist in Abgrenzung zur OHG, dass die Haftung wenigstens eines Gesellschafters betragsmäßig beschränkt ist. Eine KG kann auf drei Wegen entstehen: (i) Neugründung, (ii) Beitritt eines beschränkt haftenden Gesellschafters zu einer OHG oder (iii) Beschränkung der Haftung eines OHG-Gesellschafters.

### 2. Innenverhältnis (Geschäftsführung)

Gem. § 163 HGB ergibt sich das Innenverhältnis aus dem Gesellschaftsvertrag (Vertragsfreiheit). Weist dieser keine Regelung auf, enthalten die §§ 164 ff. HGB Sonderregeln allein für die Kommanditisten; für Komplementäre gilt dagegen über § 161 Abs. 2 HGB das Recht der OHG.

Die zentrale Norm für die Geschäftsführungsbefugnis bei der KG ist § 164 HGB. Gem. § 164 S. 1 HS 1 HGB ist der Kommanditist von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Stattdessen gilt Einzelgeschäftsführungsbefugnis durch die Komplementäre gem. §§ 164 S. 1, 161 Abs. 2, 114 Abs. 1 HGB. Das Gesetz betrachtet den Kommanditisten als bloßen Kapitalgeber; dies zeigt sich auch an § 165 HGB, wonach der Kommanditist nicht dem Wettbewerbsverbot der §§ 112, 113 HGB unterliegt.<sup>51</sup> Der Kommanditist soll sich daher aus den laufenden Angelegenheiten grundsätzlich

<sup>41</sup> So wohl Staub/Habersack, § 129 HGB, Rn. 9.

<sup>42</sup> MünchKomm-HGB/K.Schmidt, § 129 Rn. 7 f. m. w. N.

<sup>43</sup> Henssler/Strohn/Steitz, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 129 HGB Rn. 7; MünchKomm-HGB/K.Schmidt, § 129 Rn. 9.

<sup>44</sup> Siehe C. I. 6, JURA Heft 2/2017.

<sup>45</sup> Vgl. auch Lange, JURA 2015, 665, 671 f.

<sup>46</sup> Lange, JURA 2015, 1017, 1018.

<sup>47</sup> Weller/Pritting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 575 ff.

<sup>48</sup> Vgl. Lange, JURA 2015, 1017 f.

<sup>49</sup> Vgl. Bayer/Lieder, Examensrepetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 455; zu den Sonderformen der KG Lange, JURA 2016, 225 ff.

<sup>50</sup> Siehe C. II. 1.

<sup>51</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 21 Rn. 22.



heraushalten. Er kann auch nicht einer Handlung des Komplementärs widersprechen, § 164 S. 1 HS 2 HGB. Dies gilt aber nicht, falls es sich um ein außergewöhnliches Geschäft handelt, vgl. wie bei der OHG gem. § 161 Abs. 2 i. V. m. § 116 HGB. Die h. M. fordert bei außergewöhnlichen Geschäften sogar die positive Zustimmung der Kommanditisten.<sup>52</sup>

### 3. Außenverhältnis

Im Außenverhältnis ist zwischen dem Komplementär und dem Kommanditisten zu trennen. Für den Komplementär gilt das Recht der OHG gem. §§ 161 Abs. 2 i. V. m. §§ 124 ff. HGB. Die weitere Darstellung konzentriert sich daher auf die Vertretung der KG durch den Kommanditisten und die Haftung des Kommanditisten.

#### a) Vertretung, § 170 HGB

Fall 16

A (Komplementär) und B (Kommanditist) bilden eine KG. Der Gesellschaftsvertrag sieht vor, dass B zum vertretungsberechtigten Gesellschafter bestellt wird. A wird hingegen von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen. B schließt für die KG einen Kaufvertrag mit C. Hat C einen Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB gegen die KG?

Lösung:

C hat einen Anspruch gegen die KG aus § 433 Abs. 2 BGB, wenn B die KG wirksam vertreten hat. Eine eigene Willenserklärung und ein Handeln des B in fremden Namen liegen vor. Fraglich ist allein die Vertretungsmacht des B. Aus dem Gesellschaftsvertrag kann sie nicht folgen, da § 170 HGB einen zwingenden Ausschluss des Kommanditisten von der organschaftlichen Vertretung enthält. Dahinter steht das bereits angesprochene Verbot der Drittorganschaft; der beschränkt haftende Gesellschafter soll den persönlich haftenden Gesellschafter nicht auf der Grundlage organschaftlicher Vertretungsmacht verpflichten können. Dies gilt aber nicht für eine etwaige rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht wie z. B. Prokura oder Handlungsvollmacht nach §§ 48 ff. HGB.<sup>53</sup> Daher wird die Bevollmächtigung des B im Gesellschaftsvertrag der KG gem. § 140 BGB in eine (General-)Vollmacht umgedeutet. B war also vertretungsbefugt; ein Anspruch des C gegen die KG ist also zu bejahen.

<sup>52</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 375; Lange, JURA 2015, 1017, 1019.

<sup>53</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 378.

#### b) Haftung des Kommanditisten

Das vermutlich wichtigste Klausurproblem ist die Haftung des Kommanditisten gem. §§ 171 ff. HGB; die Haftung des Komplementärs richtet sich nach § 161 Abs. 2 i. V. m. § 128 HGB, s. o.<sup>54</sup>

Für das Verständnis der Haftung des Kommanditisten ist die Unterscheidung zwischen Pflichteinlage und Haftsumme von besonderer Relevanz.<sup>55</sup> Das HGB ist insofern missverständlich, als § 171 Abs. 1 HGB von »Einlage« spricht, damit aber die »Haftsumme« im Außenverhältnis meint.<sup>56</sup> Die Pflichteinlage bezeichnet den Beitrag des Gesellschafters zu der KG im Innenverhältnis, d. h. die Einlage, zu der sich der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag verpflichtet hat.<sup>57</sup> Diese unterliegt parteiautonomer Gestaltung. Sie kann in Sachen oder Dienstleistungen bestehen<sup>58</sup> und bildet die Grundlage für die Gewinn- und Verlustverteilung.<sup>59</sup> Demgegenüber stellt die Haftsumme den Haftungshöchstbetrag dar, der in das Handelsregister eingetragen ist; sie betrifft also das Außenverhältnis.<sup>60</sup> Diese Regelungen der §§ 171 f. HGB sind aus Gründen des Gläubigerschutzes zwingend, vgl. § 172 Abs. 3 HGB.<sup>61</sup> Es muss sich um einen bestimmten Geldbetrag handeln. Da die Regelungen dem Gläubigerschutz dienen, kann nur der objektive Wert (insbesondere bei Sacheinlagen) maßgeblich sein.<sup>62</sup> Die Bewertung erfolgt mithin nach dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung.<sup>63</sup>

#### aa) Haftung nach Eintragung der Gesellschaft

Fall 17

Komplementär A und Kommanditist B bilden eine KG. Die Haftsumme des B ist mit EUR 5.000,- eingetragen. Er hat aber seinen Beitrag noch nicht erbracht. Die KG schließt

<sup>54</sup> Siehe C. II. 4 b) bb).

<sup>55</sup> Lange, JURA 2015, 1017, 1021.

<sup>56</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 356.

<sup>57</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 356.

<sup>58</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 360.

<sup>59</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 367.

<sup>60</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 357; Lange, JURA 2015, 1017, 1021.

<sup>61</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 357.

<sup>62</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 362.

<sup>63</sup> Vgl. Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 360.

einen Kaufvertrag mit C über EUR 10.000,-. Kann C den B in Anspruch nehmen?

**Lösung**

C hat gegen die KG einen Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB. Daneben könnte er einen Anspruch gegen B aus § 433 Abs. 2 BGB i. V. m. § 171 Abs. 1 Hs. 1 HGB haben. Grundsätzlich ist die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gläubigern auf die Haftsumme (EUR 5.000,-) begrenzt. Dies meint das Gesetz mit »Einlage«, s. o. Da B noch nicht geleistet hat, kann sie ihn i. H. v. EUR 5.000,- in Anspruch nehmen.

**Abwandlung 1:**

Wie oben. Der B lehnt Zahlung an C ab, da er den versprochenen Einlagebetrag bereits auf das Konto der KG eingezahlt habe.

**Lösung:**

In der Abwandlung 1 besteht kein Anspruch des C gegen den B aus § 433 Abs. 2 BGB i. V. m. § 171 Abs. 1 Hs. 1 HGB, da der Ausschusstatbestand des § 171 Abs. 1 Hs. 2 BGB greift. Nach Leistung der Einlage durch den Kommanditisten können sich die Gläubiger nur an die KG und den Komplementär halten (§§ 161 Abs. 2, 124 HGB). Leistet der Kommanditist seinen Beitrag nur teilweise, haftet er in der Höhe des ausstehenden Betrags (»soweit«). Es gilt also das Prinzip der Haftungsbefreiung durch Einlageleistung.<sup>64</sup>

**Abwandlung 2**

B hat nichts an die KG gezahlt, hat aber andere Schulden der KG i. H. v. EUR 5.000,- beglichen.

**Lösung:**

Zu klären ist, ob die Begleichung anderer Forderungen gegen die KG eine Einlageleistung i. S. v. § 171 Abs. 1 HGB darstellt. Dies ist anzunehmen, wenn (i) der Kommanditist der KG werthaltige Vermögensgegenstände zuführt, wofür eine objektive Betrachtungsweise (Wert!) entscheidend ist, und (ii) der Kommanditist auf seine Einlageschuld geleistet hat.<sup>65</sup> B hat lediglich die Schulden der KG beglichen; einen Hinweis, dass er damit auf seine Einlageschuld gegenüber der KG geleistet hat, hat er nicht gegeben. Eine Begleichung scheidet deshalb aus. B kann aber die Aufrechnung mit dem Aufwendungsersatzanspruch gegen die KG aus §§ 110, 161 Abs. 2 HGB erklären. Diese führt zu

einem Erlöschen der Haftung des B für die Beitragsleistung, so dass B von seiner Haftung gegenüber C befreit ist.

Ein Erlöschen der Haftung gem. § 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB ist auf mehreren Wegen denkbar: (i) Einzahlung der Haftsumme, (ii) Stehenlassen von Gewinnen (»Nichtauszahlenlassen«), (iii) Aufrechnung mit Forderungen gegen die KG oder (iv) die Befriedigung von Gläubigern der KG (§§ 362 Abs. 2, 185 BGB mit Zustimmung der KG oder per Aufrechnung mit einem Anspruch aus §§ 161 Abs. 2, 110 Abs. 1 Alt. 1 HGB).<sup>66</sup>

Zudem kann im Fall einer sog. Einlagenrückgewähr die Haftung des Kommanditisten gem. § 172 Abs. 4 HGB wiederaufleben. Diese Regelung dient der Kapitalerhaltung, d. h. sie stellt sicher, dass das Gesellschaftsvermögen den Gläubigern zur Verfügung steht.<sup>67</sup> Aus dieser Zweckrichtung folgt, dass der Begriff des »Zurückzahlens« objektiv zu ermitteln ist. Ein Zurückzahlen in diesem Sinne ist jede Rückführung von Mitteln von Gesellschaftsvermögen in das Vermögen des Kommanditisten (Zufluss), ohne dass der KG ein entsprechender Gegenwert zufließt (Abfluss); entscheidend ist ein Drittvergleich.<sup>68</sup>

**Fall 18**

Wie Fall 17. Der Vertragspartner C erfährt, dass die KG dem B die Zahlungen rückvergütet hat. Kann C den B wieder in Anspruch nehmen?

**Lösung:**

Ja, denn der Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB i. V. m. § 172 Abs. 4 HGB besteht. Die Einlage gilt gegenüber den Gläubigern als nicht geleistet, wenn sie dem Kommanditisten zurückbezahlt wird. Beispiele sind die Rückübertragung einer Sacheinlage, die Befreiung eines Kommanditisten von einer persönlichen Schuld durch Gesellschaftsmittel oder eine Gewinnausschüttung, falls der Kapitalanteil des Kommanditisten durch Verlust unter der Haftsumme liegt oder durch Entnahme absinkt.<sup>69</sup>

## bb) Haftung vor Eintragung der Gesellschaft

Für die Haftung vor Eintragung der KG sieht § 176 HGB eine unbeschränkte persönliche Haftung des Kommanditisten gleich einem Komplementär vor.<sup>70</sup> Voraussetzungen sind (i) die Geschäftsaufnahme der KG vor Eintragung ins Han-

<sup>64</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 7 Rn. 9.

<sup>65</sup> Vgl. Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 22 Rn. 14.

<sup>66</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 22 Rn. 15 ff.

<sup>67</sup> MünchKomm-HGB/K.Schmidt, § 172 Rn. 62.

<sup>68</sup> Vgl. MünchKomm-HGB/K.Schmidt, § 172 Rn. 66 ff.

<sup>69</sup> Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 37. Aufl. 2016, § 172 Rn. 6.

<sup>70</sup> Bayer/Lieder, Examensrepetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 620.

delsregister, (ii) die Zustimmung des Kommanditisten zur Geschäftsaufnahme der KG und (iii) eine mangelnde Kenntnis des Gläubigers von der Stellung des Kommanditisten. § 176 Abs. 1 HGB ist eine Regelung des abstrakten Vertrauensschutzes, vgl. auch § 15 HGB.<sup>71</sup> Sie gilt nicht bei kann-kaufmännischen Gesellschaften, § 176 Abs. 1 S. 2 HGB.

#### Fall 19

A (Komplementär) und B (Kommanditist) wollen eine KG bilden. Mitte Februar schließen sie einen Kaufvertrag mit C über EUR 30.000,- ab. Im Laufe der Verhandlungen erwähnt B, dass Vertragspartner des C eine KG ist. Die Eintragung der KG erfolgt Ende März. Kann C den B in Anspruch nehmen?

#### Lösung:

Dem C kann gegen den B ein Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB i. V. m. § 176 Abs. 1 S. 1 HGB zustehen. Die KG hat ihre Geschäfte begonnen, indem sie die Verbindlichkeit gegenüber C aus § 433 Abs. 2 BGB begründet hat. Einer Eintragung bedarf es nicht, § 161 Abs. 2 i. V. m. § 123 Abs. 2 HGB. B hat auch am Vertragsschluss mitgewirkt und damit (zumindest konkludent) der Geschäftsaufnahme zugestimmt. Die Verbindlichkeit ist zudem vor Eintragung durch den Vertragsschluss Mitte Februar begründet worden, da die Eintragung der KG erst Ende März erfolgte. Schließlich bestehen auch keine Hinweise für eine positive Kenntnis des Gläubigers. C steht mithin gegen B ein Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB i. V. m. § 176 Abs. 1 S. 1 HGB zu.

#### Fall 20:

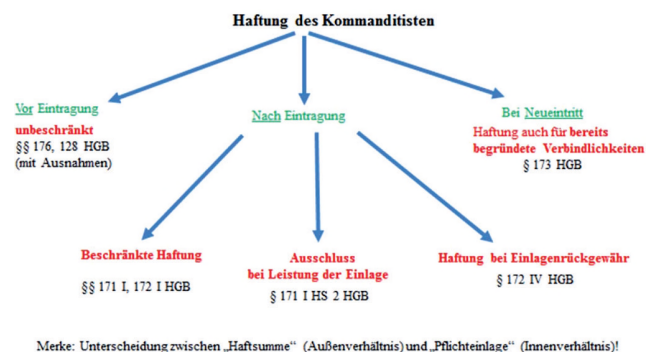
Wie Fall 19. Vor Eintragung der KG verursacht A schuldhaft einen Verkehrsunfall mit dem Auto der KG. D erleidet erhebliche Schäden bei dem Unfall. Er möchte sich an B halten.

#### Lösung:

Grundsätzlich hat D einen Anspruch gegen B gem. § 7 Abs. 1 StVG bzw. § 823 Abs. 1 BGB, jeweils i. V. m. § 176 Abs. 1 S. 1 HGB. Der KG wird für das Verschulden des A analog § 31 BGB zugerechnet.

Jedoch ist nach h.M. der abstrakte Vertrauensschutz des § 176 Abs. 1 S. 1 HGB im Fall der Haftung aus außervertraglichen Schuldverhältnissen aus teleologischen Gründen nicht zu gewähren.<sup>72</sup> Es konnte hier gar kein Ver-

trauen entstehen. Insofern gilt der schöne Merksatz: »Niemand lässt sich im Vertrauen auf das Handelsregister anfahren.«<sup>73</sup>



#### Übersicht<sup>74</sup>

## 4. Änderungen im Bestand der Gesellschafter<sup>75</sup>

### a) Eintritt

Der Komplementär haftet für Altschulden wie bei der OHG gem. §§ 161 Abs. 2, 130 Abs. 1, 128 S. 1 HGB. Der Kommanditist haftet für Altschulden nach § 173 Abs. 1 i. V. m. §§ 171 f. HGB, s. o. Für Schulden, die zwischen Eintritt des Kommanditisten und seiner Eintragung begründet wurden, haftet er gem. § 176 Abs. 2 i. V. m. § 176 Abs. 1 S. 1 HGB. Zu beachten ist, dass es insofern keiner Zustimmung des Kommanditisten bedarf.<sup>76</sup> Weiterhin ist die Kenntnis des Gläubigers von der Kommanditistenstellung bei Anspruchsbegründung irrelevant. Auch hier zeigt sich wiederum der abstrakte Vertrauensschutz des Handelsregisters. Häufig wird daher eine aufschiebende Bedingung gem. § 158 Abs. 1 BGB dahingehend vereinbart, dass der Eintritt erst mit Eintragung des Kommanditisten wirksam wird.<sup>77</sup>

### b) Ausscheiden

Der Komplementär unterliegt einer Nachhaftung gem. §§ 161 Abs. 2, 128 S. 1, 160 Abs. 1 HGB für die Dauer von fünf Jahren ab Eintragung des Austritts in das Handels-

<sup>71</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 395.

<sup>72</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 22 Rn. 38; Lange, JURA 2015, 1017, 1022.

<sup>73</sup> Vgl. Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 22 Rn. 38.

<sup>74</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 399.

<sup>75</sup> Vgl. zu dem Wechsel des Kommanditisten Lange, JURA 2015, 1017, 1022f.

<sup>76</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 398.

<sup>77</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 398.

register. Wichtig ist, dass immer mindestens ein Komplementär in der KG bleiben muss; andernfalls muss die KG zwingend aufgelöst werden.<sup>78</sup>

Den Kommanditisten kann eine Nachhaftung gem. §§ 171 Abs. 1 Hs. 1 i. V. m. § 172 Abs. 4 S. 1 HGB treffen. Beispielsweise kann eine solche Haftung durch die Auszahlung des Abfindungsanspruchs gem. §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 i. V. m. § 738 Abs. 1 S. 2 BGB ausgelöst werden, da diese Auszahlung eine Rückbezahlung i. S. v. § 172 Abs. 4 HGB darstellt. Eine Begrenzung dieser Haftung erfolgt über § 161 Abs. 2 i. V. m. § 160 Abs. 1, 2 HGB. In diesem Kontext muss berücksichtigt werden, dass das Ausscheiden als eintragungspflichtige Tatsache gem. §§ 161 Abs. 2 i. V. m. § 143 Abs. 2, 1 HGB behandelt wird. Daher kann § 15 Abs. 1 HGB auch hier relevant werden. Im Fall des Todes des Kommanditisten ist die KG mit den Erben gem. § 177 HGB fortzusetzen. Dies ist eine Ausnahme zu der grundsätzlichen Regelung in § 161 Abs. 2 i. V. m. § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB.<sup>79</sup>

## D. Körperschaften/Kapitalgesellschaften – GmbH<sup>80</sup>

Kapitalgesellschaften zeichnen sich vor allem durch die mangelnde Außenhaftung der Gesellschafter sowie das Trennungsprinzip (die Gesellschaft als juristische Person) aus. Sie können leicht eine Vielzahl von Mitgliedern haben und ihre Existenz ist vom Mitgliederbestand unabhängig. Es gilt zudem das Prinzip der Fremdorganschaft, so dass es zur Willensbildung der Gesellschafter auch zwingend zwei Organe (Geschäftsführer und Gesellschafterversammlung) geben muss. Die GmbH bietet die »Zwischenlösung« zwischen Personengesellschaften mit unbeschränkter, persönlicher Haftung der Gesellschafter (Ausnahme: Kommanditist bei der KG) und der AG mit strengen Schutzvorschriften und umfangreicher Organisation (vgl. Satzungsstrenge gem. § 23 Abs. 5 AktG).<sup>81</sup> Da bei der GmbH regelmäßig Gründung und Haftung eine Rolle im Examen spielen, beschränkt sich die Darstellung auf deren Grundzüge.<sup>82</sup> Eine besondere Form der GmbH stellt die 2008

eingeführte Unternehmergesellschaft (UG) dar, vgl. § 5 a GmbHG. Diese kann unter erleichterten Voraussetzungen gegründet werden; zu ihrer Gründung bedarf es auch nur eines geringeren Kapitaleinsatzes.<sup>83</sup>

## I. Errichtung

Den normativen Rahmen für die Errichtung der GmbH bildet der Abschnitt 1 des GmbHG, also die §§ 1–12 GmbHG. Als juristische Person nach § 13 Abs. 1 GmbHG entsteht die GmbH erst mit Eintragung ins Register.

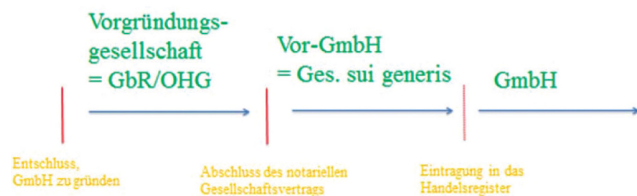
### 1. Ablauf einer Gründung

Die Voraussetzungen für die Errichtung ergeben sich aus § 9 c Abs. 1 GmbHG:

- Gesellschaftsvertrag (Satzung), §§ 2, 3 GmbHG
- Erbringung der Mindesteinlage, § 7 Abs. 2, 3 GmbHG
  - Arg.: »Preis« für Haftungsbeschränkung auf das Vermögen der GmbH
  - Ziel: Herstellen einer (vermeintlich) gesicherten Kapitalgrundlage, das sog. Stammkapital gem. § 5 Abs. 1 GmbHG
- Anmeldung: §§ 7 Abs. 1, 8 GmbHG
- Durch den Geschäftsführer, § 6 Abs. 1 GmbHG (Fremdorganschaft)

### 2. Haftung im Gründungsstadium

#### Gründungsstadien der GmbH



Übersicht<sup>84</sup>

<sup>78</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 355.

<sup>79</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 21 Rn. 30.

<sup>80</sup> Zur besseren Einordnung sollen nochmals die Unterschiede anhand der bereits angeführten Tabelle dargestellt werden, siehe B., JURA Heft 2/2017

<sup>81</sup> Vgl. Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 435.

<sup>82</sup> Lange, JURA 2016, 117.

<sup>83</sup> Vgl. umfassend Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, S. 85 ff.; Lange, JURA 2016, 117, 120 f.

<sup>84</sup> Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, S. 48; vgl. auch Lange, JURA 2016, 117, 119.



In der Klausur können die in der Übersicht dargestellten Gründungsstadien relevant werden. Mit dem – auch konkludent möglichen – Vertragsschluss entsteht die Vorgründungsgesellschaft.<sup>85</sup> Diese ist regelmäßig eine Personengesellschaft, zumeist in Form der GbR, da sich der Zweck in der Gründung der GmbH erschöpft.<sup>86</sup> Die Auflösung und Liquidation dieser Vorgründungsgesellschaft erfolgt mit Errichtung der GmbH (Zweckerreichung i. S. v. § 726 BGB)<sup>87</sup>. Das Vermögen wird per Rechtsgeschäft auf die Vor-GmbH übertragen, da es nicht »automatisch« übergeht.<sup>88</sup> Dies ergibt sich schon aus den grundlegenden Unterschieden zwischen der Vorgründungsgesellschaft als Personengesellschaft und der GmbH als Kapitalgesellschaft.<sup>89</sup> Die Gesellschafter unterliegen der Außenhaftung für Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft gem./analog § 128 HGB.<sup>90</sup>

Mit Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrags i. S. v. §§ 2, 3 GmbHG (Errichtung der GmbH) entsteht die sog. Vor-GmbH als eine teilrechtsfähige Gesellschaft *sui generis*.<sup>91</sup> Sie muss im Rechtsverkehr als »GmbH i.G.« auftreten. Das GmbHG ist auf sie grundsätzlich anwendbar, soweit nicht die fehlende Rechtspersönlichkeit entgegensteht.<sup>92</sup>

Für die Klausur ist die haftungsrechtliche Situation der Vor-GmbH interessant. Sie ergibt sich nur begrenzt aus dem Gesetz. Zunächst normiert § 11 Abs. 2 GmbHG die sog. Handelndenhaftung für die Personen, die für die Gesellschaft vor Eintragung gehandelt haben. Dies müssen nicht zwingend die Gesellschafter sein. Damit sollen die Handelnden zu einer schnellen Eintragung veranlasst werden.<sup>93</sup> Es handelt sich um eine Außenhaftung der Personen, d.h. sie haften den Gläubigern der Vor-GmbH.

Daneben hat der BGH die sog. *Verlustdeckungshaftung* als Binnenhaftung eingeführt.<sup>94</sup> Alle Gesellschafter haften der Gesellschaft im Innenverhältnis für Verluste anteilig entsprechend dem Verhältnis ihrer Geschäfts-

anteile.<sup>95</sup> Die Gesellschaft soll ihre Gläubiger befriedigen können. Nach Eintragung der GmbH in das Handelsregister endet die Verlustdeckungshaftung der Gesellschafter. An deren Stelle kann jedoch eine sog. *Vorbelastungs- oder Unterbilanzhaftung* treten.<sup>96</sup> Der Grund für dieses Haftungsinstrument ergibt sich aus folgender Überlegung: Das Stammkapital der GmbH soll bei Eintragung zwingend EUR 25.000,- betragen. Das Vermögen der Gesellschaft ist im Fall des Verbrauchs vor Eintragung so weit wieder aufzufüllen, dass die Stammkapitalziffer aus der Satzung (mindestens EUR 25.000,- gem. § 5 Abs. 1 GmbHG) wiederhergestellt ist.<sup>97</sup>

Anders als zwischen Vorgründungsgesellschaft und Vor-GmbH besteht zwischen Vor-GmbH und GmbH hingegen Identität, so dass alle Rechte und Pflichten ohne besondere Übertragung auf die GmbH übergehen.<sup>98</sup> Denn mit dem notariellen Vertragsschluss hat die Gesellschaft schon ihre körperschaftliche Struktur.<sup>99</sup> Sie ist keine GbR oder OHG mehr. Sie ist eine Gesellschaft, die von ihren Gründern zu trennen ist und über Organe verfügt.<sup>100</sup> Das Gründungsstadium endet mit der Eintragung der GmbH in das Handelsregister.<sup>101</sup> Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus § 11 Abs. 1 GmbHG.

In der Klausur kann eine Konstellation denkbar sein, in der die Gesellschafter ihre ursprüngliche Eintragungsabsicht aufgeben.<sup>102</sup> Regelmäßig handeln sie aber trotzdem weiter. Aus der Vor-GmbH wird in diesem Fall eine sog. unechte Vorgesellschaft.<sup>103</sup> In diesem Fall geht auch der BGH von einer persönlichen und unbeschränkten Außenhaftung der Gesellschafter analog § 128 HGB aus. Die Gesellschaft ist dann wieder eine GbR bzw. OHG.

#### Fall 21

A und B wollen die AB-GmbH errichten. Sie schließen einen notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag. A wird zum Geschäftsführer bestellt. Er schließt sodann einen

<sup>85</sup> Bayer/Lieder, Examensrepetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 473 ff.; Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 4 Rn. 26, § 5 Rn. 10.

<sup>86</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 33 Rn. 27.

<sup>87</sup> Schäfer, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 32 Rn. 3.

<sup>88</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 4 Rn. 35.

<sup>89</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 33 Rn. 34.

<sup>90</sup> Vgl. Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 4 Rn. 35.

<sup>91</sup> Bayer/Lieder, Examensrepetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 481 ff.

<sup>92</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 4 Rn. 38.

<sup>93</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 33 Rn. 40.

<sup>94</sup> Vgl. dazu Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 35 Rn. 111.

<sup>95</sup> Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 35 Rn. 111.

<sup>96</sup> Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 35 Rn. 112.

<sup>97</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 488.

<sup>98</sup> Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 4 Rn. 39.

<sup>99</sup> Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, S. 49.

<sup>100</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 33 Rn. 36.

<sup>101</sup> Vgl. Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, S. 50.

<sup>102</sup> Bayer/Lieder, Examensrepetitorium Handels- und Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 482 ff.

<sup>103</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 483.



Mietvertrag mit dem Vermieter V für die Gesellschaft ab. Die Gesellschaft ist auch bei Geltendmachung der ersten Mietzinsforderungen durch V aus § 535 Abs. 2 BGB noch nicht in das Handelsregister eingetragen. Bei Eintragung stellt sich die Vermögenslage der nun entstandenen GmbH schlecht dar. An wen kann sich V wenden?

#### Lösung

Der V hat einen Anspruch gegen die Vor-GmbH aus § 535 Abs. 2 BGB, da A als geschäftsführender Gesellschafter diese wirksam bei Abschluss des Mietvertrags gem. §§ 164 ff. BGB vertreten hat.

Soweit die Gesellschaft diese Beiträge nicht zahlen kann, haften die Gesellschafter der GmbH (im Innenverhältnis) in Form der Verlustdeckungshaftung. Die Verlustdeckungshaftung greift, wenn die Eintragung noch nicht erfolgt oder gescheitert ist. Ab Zeitpunkt der Eintragung greift dann die sog. Vorbelastungs- bzw. Unterbilanzhaftung, die die Verlustdeckungshaftung verdrängt.<sup>104</sup> Zu beachten ist, dass sowohl die Verlustdeckungs- als auch die Vorbelastungshaftung Innenhaftungskonzepte sind.

Außerdem besteht ein Anspruch des V gegen den Handelnden A aus § 535 Abs. 2 BGB i.V.m. § 11 Abs. 2 GmbHG. Nach h.M. ist diese Haftung des Handelnden neben der Verlustdeckungshaftung notwendig.<sup>105</sup> Sie gilt aber nur für das Handeln der Geschäftsführer, die nach außen für die Gesellschaft auftreten; sie findet keine Anwendung auf das Handeln der Gesellschafter, die nicht Geschäftsführer sind, also nicht im Außenverhältnis an den Geschäften mitgewirkt haben.<sup>106</sup> Mit Eintragung endet die Handelndenhaftung.<sup>107</sup>

## II. Rechtspersönlichkeit/Vertretung und Geschäftsführung

In der Klausur ist regelmäßig die Rechtspersönlichkeit der GmbH nur kurz als juristische Person gem. § 13 Abs. 1 GmbHG zu bejahen. Der Geschäftsführer ist der organschaftliche Vertreter der GmbHG gem. § 35 Abs. 1 GmbHG. Er hat organschaftliche Vertretungsmacht. Anders als der Vorstand der AG (§ 76 Abs. 1 AktG) unterliegt der Geschäftsführer den Weisungen der Gesellschafterversammlung.

lung gem. § 37 Abs. 1 GmbHG. Seine Vertretungsmacht ist unbeschränkt gem. § 37 Abs. 2 GmbHG.

## E. Zusammenfassung

1. Das Verständnis des Personengesellschaftsrechts wird erleichtert, wenn man die GbR als Grundform der Personengesellschaften und die §§ 705 ff. BGB als »Allgemeinen Teil« des Personengesellschaftsrechts versteht, vgl. auch § 105 Abs. 3 HGB (»Baukastenprinzip«).

2. Entsprechend sind die Besonderheiten der Personengesellschaften auch in Abgrenzung zu den Kapitalgesellschaften zu begreifen. Dies gilt für Fragen der Entstehung (Vertrag oder Eintragung in das Handelsregister), die Rechtspersönlichkeit der einzelnen Gesellschaftsformen, der Vertretung (Selbst- oder Fremddorganschaft) und vor allem der (Außen-)Haftung der Gesellschafter.

3. Zentral für das Verständnis des Gesellschaftsrechts ist ferner die Trennung von Innen- und Außenverhältnis. Dies zeigt sich exemplarisch an den Unterschieden zwischen der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht.

4. Bei Fragen der Vertretung der Gesellschaft bilden die §§ 164 ff. BGB den Ausgangspunkt. Die organschaftliche Quelle der Vertretungsmacht, die Frage der Einzel- oder Gesamtvertretungsmacht, aber auch der Umfang der Vertretungsmacht sowie Fragen der Selbst- und Fremddorganschaft können dabei im Mittelpunkt einer Klausur stehen.

5. Für Fragen der Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter gilt die Akzessorietätstheorie (analog) § 128 HGB, d.h. diese Gesellschafter (GbR, OHG und Komplementäre der KG) haften akzessorisch für die Schulden der Gesellschaft. In diesen Fällen können die Gesellschafter aber – ähnlich dem Bürgen – eigene Einreden und daneben solche der Gesellschaft geltend machen.

6. Die Wissenszurechnung erfolgt für das Wissen der Gesellschafter und der »verfassungsmäßig berufenen Vertreter« analog § 31 BGB, für die sonstigen Angestellten analog § 166 BGB.

7. Den Kommanditisten sieht das Gesetz als reinen Kapitalgeber an, der nicht zur Geschäftsführung oder Vertretung der KG befugt ist. Für die Klausur dürfte insbesondere die Haftung des Kommanditisten vor oder nach Eintragung bzw. nach Beitritt relevant sein.

<sup>104</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 33 Rn. 42.

<sup>105</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 33 Rn. 43; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 35 Rn. 115.

<sup>106</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2015, § 33 Rn. 43.

<sup>107</sup> Weller/Prütting, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 490.

8. Die GmbH ist gem. § 13 Abs. 1 GmbHG als juristische Person mit ihrer Eintragung in das Handelsregister vollrechtsfähig. Sie wird gem. § 35 Abs. 1 GmbHG von ihren Geschäftsführern vertreten. Im Recht der GmbH ist die Vor-GmbH als Gesellschaft *sui generis* und vor allem ihre Haftungsverhältnisse mit der Innenhaftung (Verlustdeckungshaftung) und der Außenhaftung über die Handelndenhaftung i. S. v. § 11 Abs. 2 GmbHG von Bedeutung

für die Examensklausur. Die Verlustdeckungshaftung setzt sich bei der GmbH in Form der Vorbelastungs- bzw. Unterbilanzhaftung fort.

**Danksagung:** Der Autor dankt Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, cand. iur. Laura Nasse, cand. iur. Lucienne Schlürmann und cand. iur. Alix Schulz für wertvolle Hinweise und Anmerkungen.