

Beispiel: Frühstücksgesellschaft

Frage 1: Fraglich ist, welche Gesellschaftsform vorliegt.

I. Eine **Kapitalgesellschaft (GmbH, Aktiengesellschaft)** scheidet hier mangels notwendiger förmlicher Einigung und Eintragung ins das Handelsregister offensichtlich aus.

II. In Betracht kommt eine **Personengesellschaft**

1. Da hier ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird, könnte eine **Handelsgesellschaft** vorliegen.

a) Eine **Kommanditgesellschaft, §§ 161 ff. HGB** würde von vornherein nur in Betracht kommen, wenn zwischen den Gesellschaftern A, B und C (zumindest konkludent) vereinbart worden ist, dass zumindest einer von ihnen nur beschränkt auf die Einlage haften soll (§ 171 HGB). Hierfür bestehen aus dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte; eine KG liegt damit nicht vor.

b) In Betracht kommt eine **OHG, §§ 105 ff. HGB**

aa) Dies ist gemäß § 105 I iVm §§ 1 ff HGB der Fall, falls ein **kaufmännisches Gewerbe iSv § 1 HGB** vorliegt.

Gemäß § 1 II HGB ist grds. jeder Gewerbebetrieb ein Handelsgewerbe, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Hierbei sind die gleichen Kriterien an den Tag zu legen, wie bei der Abgrenzung zwischen einem Ist-Kaufmann und einem Kleingewerbetreibenden¹.

Bei der **Art der Geschäftstätigkeit** sind die Vielfalt der Erzeugnisse und Leistungen sowie der Geschäftsbeziehungen, Inanspruchnahme und Gewährung von Kredit, Teilnahme am Wechselverkehr, lokale oder weiträumigere, vielleicht internationale Tätigkeit, umfangreiche Werbung, größere Lagerhaltung von Bedeutung.

Hinsichtlich des **Umfangs der Geschäftstätigkeit** sind zu berücksichtigen Umsatzvolumen, Anlage- und Umlaufvermögen, Anzahl der Beschäftigten, Schichtbetrieb, Größe des Geschäftslokals, Anzahl der Betriebsstätten, Filialen. Vorsicht ist speziell bei der Heranziehung des Kriteriums Umsatz geboten, auch Unternehmen mit größerem Umsatz können u.U. ohne kaufmännische Einrichtungen auskommen. Umgekehrt können trotz geringen Umsatzes andere Kriterien für die Erforderlichkeit kaufmännischer Einrichtungen den Ausschlag geben.

Legt man diese Kriterien zugrunde, so ist bei 80 Brötchentüten am Tag zu einem Verkaufspreis von je 3,50 € sowie der Tatsache, dass keine großen Betriebsmittel erforderlich sind und keine Angestellten vorhanden sind, weil die Gesellschafter selbst die Arbeiten verrichten, davon auszugehen, dass keine kaufmännischen Einrichtungen erforderlich sind. Insofern wäre eine Widerlegung der Vermutung ohne weiteres möglich.

bb) **Gemäß § 105 II 1. Fall HGB** liegt gleichwohl eine OHG vor, wenn das nicht unter § 1 II HGB fallende Gewerbe in das Handelsregister eingetragen worden ist.

Da hier eine Eintragung nicht ersichtlich ist, scheidet eine Anwendung des § 105 II, 1. Hs HGB. aus.

Anmerkung: § 105 II HGB ist die gesellschaftsrechtliche Parallelvorschrift zu § 2 I HGB; deswegen verweist § 105 II S. 2 (lediglich) auf § 2 S. 2, 3 HGB, daher gilt § 105 II S. 1, 1. Hs HGB auch für Land- und Forstwirtschaftliche Gesellschaften, ohne dass auf § 3 HGB verwiesen werden muss².

cc) **Gemäß § 105 II 2. Hs HGB ist eine Vermögensverwaltungsgesellschaft** ebenfalls OHG, **wenn die Firma im HR eingetragen ist**. Hier liegt weder ein derartiger Gesellschaftszweck noch eine Eintragung vor, so dass im Ergebnis keine OHG vorliegt.

2. Damit kommt nur eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (**GbR**), **gemäß der §§ 705 ff. BGB** in Betracht

a) Eine - für die Gründung ausreichende - **konkludente Einigung zwischen mehreren** – hier natürlichen Personen - über die Verfolgung des gemeinsamen Zwecks „Betreiben eines gemeinsamen Geschäftes“ liegt vor. Da § 705 BGB den gemeinsamen Zweck nicht genau umschreibt, reicht für die GbR grundsätzlich **jeder gemeinsame, erlaubte, dauerhafte oder vorübergehende, ideelle oder wirtschaftliche Zweck aus**³. Dieser Zweck sollte nach der Aufgabenverteilung auch von allen **gefördert** werden.

b) Da die §§ 705 ff. BGB keine Formvorschriften enthalten, konnte der Gesellschaftsvertrag von den Gesellschaftern auch **formlos** geschlossen werden.

¹ Hopt in Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl. 2008, § 1 Rn 23.

² Hopt in Baumbach/Hopt § 105 Rn 12.

³ Sprau in Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 705 Rn 20.

- c) Da es **kein Register** gibt, in das die GbR eingetragen wird, ist hier die GbR mit dem Vollzug nach außen hin existent geworden.

Anmerkung: Sollte der Betrieb irgendwann derart florieren, dass dann kaufmännische Einrichtungen iSv § 1 HGB erforderlich werden, so wird aus der GbR automatisch eine OHG, da grds. eine gewisse Identität zwischen der GbR und der OHG besteht und im Falle des Vorliegens eines Handelsgewerbes iSv § 1 HGB die Eintragung im HR keine konstitutive Wirkung hat, vielmehr reicht gemäß § 123 II HGB die Geschäftstätigkeit aus.

Frage 2:

Da hier keine Handelsgesellschaft vorliegt, gelten die Vorschriften über die Firma, §§ 17 ff. HGB, insbesondere die § 19 HGB, nicht. Der BGB-Gesellschaft kann daher ein beliebiger Name gegeben werden (was allerdings nach den §§ 17 ff. HGB jetzt prinzipiell auch möglich ist). Allerdings darf der Name der GbR nicht irreführend sein (dh insbesondere keinen Zusatz nach § 19 HGB zB „e.K.“ haben). und es muss aus dem Namen ein Gesellschaftsverhältnis hervorgehen.⁴

Fall 1: Geselliges Beisammensein !?

Frage 1:

- A. **Der Anspruch des E gegen die OHG auf Kaufpreiszahlung könnte sich gemäß § 433 II BGB iVm § 124 I HGB ergeben.**

I. **Der Anspruch müsste entstanden sein.**

1. Dazu muss eine **Einigung zwischen E und einer OHG, §§ 433, 145, 147 BGB** getroffen worden sein
Eine **tatsächliche Einigung iSv §§ 433, 145, 147 BGB** über die notwendigen Bestandteile eines Kaufvertrages über den Erwerb des Inventars wurde hier offenbar zwischen A und dem E erzielt.
2. Diese Einigung wirkt nur dann gegenüber der OHG als Vertragspartei, wenn diese gemäß §§ 164ff BGB **wirksam vertreten** worden ist.
 - a) Hierfür ist wiederum erforderlich, dass die **OHG überhaupt Vertragspartei** sein kann.
 - aa) Dazu muss zwischen A, B und C eine **OHG bestanden** haben (§ 105 HGB).

- (1) Ein **Gesellschaftsvertrag** (§ 109 HGB) könnte zumindest konkludent zwischen A, B und C geschlossen worden sein, ohne dass es dabei einer genauen Absprache im Einzelnen bedarf. Ausreichend ist, dass sich der notwendige Konsens hinsichtlich der gemeinsamen Zweckverfolgung aus der einverständlichen Geschäftsaufnahme ableiten lässt⁵.

Gemäß § 105 I HGB liegt eine OHG vor, falls der gemeinsame Gesellschaftszweck in dem Betrieb eines Handelsgewerbes besteht. Das hier betriebene Lokal stellt gemäß § 1 II HGB grds. ein Handelsgewerbe dar, es sei denn, dass nach Art oder Umfang keine kaufmännischen Einrichtungen erforderlich sind. Angesichts der hier inzwischen erreichten Geschäftsgröße, der Anzahl der Angestellten sowie des angesichts der großen Kundschaft anzunehmenden Umsatzes ist hier ohne weiteres von einem kaufmännischen Gewerbe auszugehen.

Indem die drei übereinstimmend ihre volle Arbeitskraft zum Betreiben des Lokals einsetzen wollten, haben sie sich auf den Mindestinhalt eines Gesellschaftsvertrages geeinigt

- (2) Fraglich ist, ob die **OHG wirksam entstanden** ist.

Gemäß **§ 123 I HGB** entsteht eine OHG grds. erst mit **Eintragung** im Handelsregister. Vorliegend ist eine HReg-Eintragung jedoch nicht ersichtlich.

Allerdings genügt gemäß **§ 123 II HGB**, dass der Geschäftsbetrieb durch die Gesellschafter aufgenommen wurde, sofern der Geschäftsbetrieb nicht unter § 2 HGB fällt; dann bliebe es bei der Wertung aus § 2 HGB, wonach die Eintragung konstitutive Wirkung hat. Da vorliegend jedoch ein Handelsgewerbe iSv § 1 HGB betrieben wird, genügt gemäß § 123 II HGB die **Aufnahme des Geschäftsbetriebes**, die hier erfolgt ist.

Somit ist eine OHG wirksam entstanden.

- b) Um Vertragspartei sein zu können, muss die **OHG** des Weiteren ein **haftungsfähiges Rechtssubjekt** darstellen.

⁴ Koller in Koller/Roth/Morck, HGB, 6. Aufl. 2007, § 17 Rn 8.

⁵ K. Schmidt in MüKo-HGB, 2. Aufl. 2006, § 105 Rn 126; Koller in Koller/Roth/Morck, § 105 Rn 5.

Zwar ist die OHG als Personengesellschaft keine rechtsfähige juristische Person wie die Kapitalgesellschaften (GmbH oder Aktiengesellschaft). Jedoch bestimmt § 124 I HGB, dass die OHG Eigentum erwerben und auch Verbindlichkeiten eingehen kann sowie klagen und verklagt werden kann. Insofern ist sie (zumindest) eine **teilrechtsfähige Personengesellschaft** und kann daher selbst haftungsfähiges Rechtssubjekt in einem Vertrag sein⁶.

Anmerkung: Wegen der (scheinbar) begrenzten Aufzählung der von der OHG einnehmbaren Rechtspositionen in § 124 I HGB sowie des Umstandes, dass die OHG als Personengesellschaft keine juristische Person ist, wird die OHG als „teilrechtsfähig“ bezeichnet. Da allerdings eine OHG aufgrund der Auflistung in § 124 I HGB alles kann, was zB auch eine GmbH könnte, wird sie heute zunehmend (zT auch vom Gesetzgeber) als rechtsfähige Personengesellschaft bezeichnet (vgl. auch zB § 14 BGB).

- c) Da die OHG als teilrechtsfähige Personengesellschaft nicht selbst den Kaufvertrag abschließen kann, muss sie hierbei **vertreten werden**, §§ 164 ff BGB, etwa hier durch einen vertretungsberechtigten Gesellschafter.

Gegen die **Anwendbarkeit** und **Zulässigkeit** der Stellvertretung bestehen ebenso wenig Bedenken wie gegen die Abgabe einer **eigenen Willenserklärung** durch den A, da dieser selbst die Bestellung aufgegeben hat. Da A den Briefbogen des „Delirium“ benutzt hat und sich der Vertragsschluss durch den Besuch des E für ihn erkennbar auf die Erweiterung des Lokals bezog, ist dem **Offenkundigkeitsprinzip** hinreichend Rechnung getragen worden.

Gemäß § 125 I HGB hat grds. jeder Gesellschafter **Alleinvertretungsmacht**, so dass A die OHG wirksam vertreten hat. Somit ist ein wirksamer Kaufvertrag, § 433 BGB, zwischen der OHG und E zustande gekommen.

Da die Kaufsache auch schon geliefert wurde, ist der Anspruch auf jeden Fall auch fällig.

- II. Es sind auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der **Anspruch erloschen** ist oder seiner Durchsetzbarkeit **Hemmnisse** entgegenstehen.

Im **Ergebnis** kann E daher die OHG gemäß § 433 II BGB auf Kaufpreiszahlung iHv 95.000 € in Anspruch nehmen.

- B. Ansprüche des E gegen die Gesellschafter A, B, C auf Kaufpreiszahlung könnten sich gemäß § 128 S. 1 HGB iVm § 433 II BGB ergeben.**

Nach § 128 S. 1 HGB haften die Gesellschafter der OHG für die Erfüllung einer Gesellschaftsschuld der OHG (§ 124 HGB) den Gläubigern der OHG akzessorisch als Gesamtschuldner persönlich.

BGHZ 47, 376, 378; 74, 240, 242; Baumbach/Hopt § 128 Rn 1 f.: „Nach heute hM handelt es sich bei der Verbindlichkeit der Gesellschafter aus § 128 HGB im Verhältnis zur Verbindlichkeit der OHG aus § 124 HGB um eine **selbstständige akzessorische Schuld**. Dies ergibt sich insbes. aus § 129 HGB, der die Schuld der Gesellschafter unmittelbar mit der Schuld der OHG verknüpft. Wegen dieser akzessorischen Verknüpfung besteht zwischen der OHG und den Gesellschaftern kein Gesamtschuldverhältnis. Sofern allerdings keine Sonderregelungen bestehen, können im Einzelfall, wenn hierfür ein Bedürfnis besteht, die Vorschriften über die Gesamtschuld, §§ 421 ff. BGB ihrem Rechtsgedanken nach angewendet werden.

Mit der Qualifizierung der Schuld der Gesellschafter aus § 128 HGB als selbstständige akzessorische Verbindlichkeit ist nicht bestimmt, wie die Gesellschafter haften. Es stellt sich nämlich die Frage, ob sie in gleicher Weise wie die OHG zur Erfüllung verpflichtet sind oder ob lediglich eine Haftung auf das Wertinteresse (= Geld) besteht. Diese Frage ist str.; jedoch ohne Bedeutung, wenn die Verbindlichkeit der OHG ohnehin auf eine Geldleistung besteht. Dh der Meinungsstreit stellt sich nur dann, wenn eine andere Verbindlichkeit der OHG, zB auf Lieferung oder Abgabe einer Willenserklärung besteht.“

- I. Dies bedarf zunächst einer **Verbindlichkeit der OHG**.

Die Kaufpreiszahlungspflicht der OHG gemäß § 433 II BGB iVm § 124 I HGB wurde bereits festgestellt.

Merke: Da die akzessorische Haftung des Gesellschafters von der Gesellschaftsverbindlichkeit abhängt, sollte, wenn nach den Ansprüchen sowohl gegenüber der Gesellschaft, als auch gegenüber den Gesellschaftern gefragt wird, unbedingt mit den Ansprüchen gegenüber der Gesellschaft begonnen werden. Wird dagegen nur nach Ansprüchen gegenüber den Gesellschaftern gefragt, muss an dieser Stelle dann inzident die Verbindlichkeit der Gesellschaft geprüft werden.

- II. Für die akzessorische Haftung ist die Feststellung der **Gesellschafterstellung von A, B und C** erforderlich, da nur die Gesellschafter der OHG gemäß § 128 S. 1 HGB für die Verbindlichkeiten der OHG haften.

Hier sind A, B und C aufgrund des konkludent geschlossenen Gesellschaftervertrages jeweils persönlich haftende Gesellschafter der OHG. Zwar besteht gemäß § 106 I, II Nr. 1 HGB die Pflicht, die Gesellschaft und die Gesellschafter in das Handelsregister anzumelden, was hier nicht erfolgt ist, jedoch wirkt die Eintragung nur im Falle einer gemäß § 105 II HGB kleingewerbetreibenden OHG konstitutiv und damit hier lediglich deklaratorisch⁷.

- III. Als **Rechtsfolge** kann E somit sowohl den A, den B als auch den C für die Gesellschaftsverbindlichkeiten akzessorisch in Anspruch nehmen.

⁶ Hopt in Baumbach/Hopt § 124 Rn 1, 2.

⁷ Vgl. Koller in Koller/Roth/Morck, § 106 Rn 3.

1. Dabei ist der **Anspruchsinhalt** nach hM grundsätzlich auf das **Erfüllungsinteresse** gerichtet ist, was sich hier jedoch auf die Leistung des Kaufpreises, dh von Geld beschränkt⁸.
2. Dem Anspruch dürfen keine **Einwendungen gemäß § 129 HGB** entgegenstehen.
Gemäß § 129 I HGB kann der akzessorisch haftende Gesellschafter alle Einwendungen erheben, die auch die Gesellschaft gegen die Hauptschuld zustehen, da er nicht schlechter gestellt werden soll, als die Gesellschaft selbst. Der Begriff der Einwendung wird dabei im weiteren Sinne zu verstehen sein. Während die rechtsvernichtenden Einwendungen (Einwendungen i.e.S.) bereits zum Erlöschen der Gesellschaftsschuld führen, fallen unter § 129 I HGB alle Einreden und die Einwendung aus § 242 BGB. Derartige Einwendungen ergeben sich hier jedoch nicht.
Ebenso wenig besteht hier ein **Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 129 II HGB**, da für die OHG keine Anfechtungsmöglichkeit besteht. Mangels Aufrechnungsmöglichkeit besteht auch kein Leistungsverweigerungsrecht **gemäß § 129 III HGB**.
3. Fraglich ist, in **welchem Umfang** E die Gesellschafter A, B, C in Anspruch nehmen darf.
Wie in § 128 HGB ausdrücklich und unabdingbar (§ 128 S. 2 HGB!) angeordnet wird, haften alle Gesellschafter als **Gesamtschuldner**, dh jeder auf die gesamte Summe und nicht nur anteilig.

Beachte den Unterschied: Zwischen der OHG und den Gesellschaftern besteht kein (echtes) Gesamtschuldverhältnis, siehe oben. Jedoch besteht zwischen den Gesellschaftern nach der Anordnung des § 128 HGB ein Gesamtschuldverhältnis.

Im **Ergebnis** haften somit die Gesellschafter A, B und C akzessorisch für die Kaufpreiszahlungspflicht der OHG.

~ ~ ~

Frage 2: Gegen wen kann E Klage erheben?

I. **Klage gegen die OHG**

1. Gemäß **§ 50 I ZPO ist parteifähig, wer rechtsfähig ist**. Zwar handelt es sich bei der OHG nicht um eine juristische Person, jedoch ist in **§ 124 I HGB ausdrücklich bestimmt**, dass die **OHG klagen und verklagt werden kann**. Als teilrechtsfähige Personengesellschaft ist die OHG daher parteifähig.
2. Zu beachten ist jedoch, dass die OHG zwar parteifähig, als Denkgebilde jedoch selbst **nicht prozessfähig iSv §§ 51, 52 ZPO** ist. Da sie sich nicht selbst, durch Verträge verpflichten kann, muss sie im Prozess durch ihre gemäß § 125 HGB organschaftlichen Vertreter, dh ihre Gesellschafter, vertreten werden⁹.

Beachte: Die nach § 125 HGB organschaftlich vertretungsberechtigten Gesellschafter der OHG (dh bei der KG die vertretungsberechtigten Komplementäre) gelten jedoch im Rahmen eines Prozesses für die Beweisaufnahme als Partei iSv §§ 445 ZPO, so dass für sie nicht die Regelungen über den Zeugenbeweis, sondern die der Parteivernehmung gelten¹⁰.

II. **Klage gegen die Gesellschafter A, B, C**

Da über § 128 HGB eine selbstständige, akzessorische Schuld der Gesellschafter begründet wird, kann neben der OHG auch Klage gegen die Gesellschafter erhoben werden. Gesellschaft und Gesellschafter sind verschiedene Prozessparteien; zwischen dem Gesellschafts- und dem Gesellschaftervermögen ist (auch in der Zwangsvollstreckung) streng zu trennen¹¹.

- III. **Zweckmäßigerweise** ist die Klage gegen die OHG und ihre Gesellschafter zusammen zu erheben (subjektive Klagenhäufung). Es handelt sich dann zwischen der OHG einerseits und den einzelnen Gesellschaftern andererseits um eine **Streitgenossenschaft, §§ 59 ff. ZPO**. Da die Urteile gegen die Gesellschaft und die Gesellschafter weder aus prozessualen noch aus materiell rechtlichen Gründen zwingend einheitlich ergehen müssen, handelt es sich nicht um eine notwendige (§ 62 ZPO), sondern eine einfache Streitgenossenschaft (§ 59 1. Fall ZPO)¹².

Dies hat nicht nur kostenmäßig, sondern gleichzeitig auch taktische Vorteile: Da dann alle Gesellschafter Partei sind, kann die OHG - auch ihre nichtvertretungsberechtigten - Gesellschafter nicht als Zeugen benennen („wer Partei ist, kann nicht gleichzeitig Zeuge sein“).

⁸ Zur Frage, ob die akzessorische Haftung der Gesellschafter auch auf Erfüllung oder nur auf das Haftungsinteresse gerichtet ist, später mehr.

⁹ Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 66. Aufl. 2008, § 5 Rn 16; Hopt in Baumbach/Hopt § 124 Rn 42.

¹⁰ Vgl. Koller in Koller/Roth/Morck, § 124 Rn 7.

¹¹ Hopt in Baumbach/Hopt § 124 Rn 41

¹² Koller in Koller/Roth/Morck, § 124 Rn 7; Vollkommer in Zöller, ZPO, 26. Aufl. 2007, §§ 59, 60 Rn 5.

Frage 3: Erstattungsanspruch des A

I. Erstattungsanspruch des A gegen die OHG gemäß § 110 HGB

- Gemäß § 110 HGB hat der Gesellschafter einen Aufwendungsersatzanspruch, falls er in Gesellschaftsangelegenheiten Aufwendungen getätigt hat, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte.
- Fraglich ist, ob es sich bei der Zahlung des A an E um eine **Aufwendung** handelt. Aufwendungen sind **freiwillige Vermögensopfer**. Fraglich ist, ob es sich hier um ein freiwilliges Opfer handelt, da der Gesellschafter A dem Gläubiger E aus § 128 HGB zur Zahlung verpflichtet ist. Da jedoch § 110 HGB einen Aufwendungsersatzanspruch im Innenverhältnis darstellt, ist für die Beurteilung der Freiwilligkeit allein maßgeblich, ob der Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag im Innenverhältnis zu den Aufwendungen verpflichtet war. Hier ist aus dem Innenverhältnis keine Verpflichtung des Gesellschafters A zur Tilgung von Gesellschaftsschulden ersichtlich. Somit lag in der Zahlung des A an E ein freiwilliges Vermögensopfer vor, das eine Aufwendung iSd § 110 HGB darstellt.
- Die Aufwendung erfolgte in **Gesellschaftsangelegenheiten**, wenn sie objektiv zu den Geschäften (aber auch zur Gefahrenabwendung) gehört und dies subjektiv vom Gesellschafter auch gewollt ist. Da hierzu auch die Begleichung einer Gesellschaftsschuld durch einen Gesellschafter gehört¹³, ist diese Voraussetzung hier erfüllt.
- Da die Verbindlichkeit fällig und durchsetzbar war, durfte A sie auch für „**erforderlich**“ iSv § 110 HGB **halten**.
- Rechtsfolge des § 110 HGB** ist, dass A von der OHG Erstattung des gesamten Betrages beanspruchen kann. Da der Anspruch gegen die Gesellschaft gerichtet ist, muss sich A dabei nicht seinen Anteil abziehen lassen, den er als Mitgesellschafter selbst zu tragen hätte.

II. Erstattungsanspruch des A gegen die Mitgesellschafter B, C gemäß § 128 S. 1 iVm §§ 124; 110 HGB?

Da der Ausgleichsanspruch des zahlenden Gesellschafters gegen die Gesellschaft eine Gesellschaftsverbindlichkeit iSv § 124 HGB begründet, könnten die (übrigen) Gesellschafter hierfür gemäß § 128 S. 1 HGB akzessorisch haften.

Nach hM ist § 128 HGB auf Sozialverpflichtungen, dh auf Verpflichtungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter aus dem Innenverhältnis, wie zB den Anspruch aus § 110 HGB nicht anwendbar. Denn die Haftung aus § 128 HGB ist erkennbar auf das Außenverhältnis, dh auf Verpflichtungen gegenüber außen stehenden Dritten zugeschnitten¹⁴.

Somit scheidet ein Anspruch gegen die Mitgesellschafter aus § 128 iVm §§ 124; 110 HGB aus.

III. Erstattungsanspruch des A gegen die Mitgesellschafter B, C gemäß § 426 I BGB auf je ein Drittel?

Dem Gesellschaftsgläubiger E gegenüber haften alle **Gesellschafter** aus § 128 HGB als **Gesamtschuldner**. Der Ausgleich im Verhältnis der Gesellschafter untereinander bestimmt sich daher nach § 426 I bzw. § 426 II BGB (wobei der Forderungsübergang nach hM nach §§ 412, 401 BGB erfolgt, nach aA analog § 774 BGB)¹⁵.

- Der Gesellschafter hat gegen seine Mitgesellschafter einen Anspruch auf **alsbaldige Zahlung**. Dh nicht erst bei Auflösung oder bei Ausscheiden aus der Gesellschaft.
- Jedoch folgt aus der Treuepflicht der Gesellschafter untereinander, die **Subsidiarität** der Gesellschafterhaftung, so dass der Gesellschafter A zunächst seinen Erstattungsanspruch aus § 110 HGB gegen die OHG realisieren muss. Die Mitgesellschafter haften daher nach § 426 BGB nur, **falls bei der Gesellschaft für die Bezahlung frei verfügbare Mittel nicht zu Verfügung stehen**.
- Der **Höhe des Ausgleichsanspruches** nach § 426 BGB, besteht - im Unterschied zu dem Erstattungsanspruch gegen die OHG aus § 110 HGB - **nur anteilig** gemäß ihrer im Gesellschaftsvertrag geregelten Verlustbeteiligung¹⁶. Dh A könnte von seinen Mitgesellschaftern B und C nur je ein Drittel verlangen.

~ ~ ~

¹³ Vgl. Hopt in Baumbach/Hopt § 110 Rn 8.

¹⁴ Koller in Koller/Roth/Morck, § 128 Rn 2.

¹⁵ Vgl. Hopt in Baumbach/Hopt § 128 Rn 27.

¹⁶ BGH NJW RR 2002, 456; Koller in Koller/Roth/Morck, § 128 Rn 8.

Abwandlung:

A. Anspruch E gegen die OHG auf Kaufpreiszahlung gemäß § 433 II BGB iVm § 124 I HGB?

Für eine Inanspruchnahme der OHG selbst gemäß § 124 I HGB muss eine **wirksame OHG** bestehen. Dem könnte entgegenstehen, dass der Gesellschafter C bei Gesellschaftsgründung minderjährig war.

- I. Da der Abschluss eines OHG-Vertrages aufgrund der zahlreichen Verpflichtungen **nicht ausschließlich rechtlich vorteilhaft** ist, kann ihn ein Minderjähriger gemäß § 107 BGB nicht selbst abschließen.
- II. Der Gesellschaftsvertrag könnte dennoch wirksam sein, wenn ihm seine **Eltern als gesetzliche Vertreter, §§ 1626, 1629 I BGB** wirksam zugestimmt haben.
Da seine Eltern A, B jedoch selbst als Gesellschafter am Vertragsschluss beteiligt waren, lag insofern ein **verbotenes Insichgeschäft** vor, §§ 1629 II iVm § 1795 II iVm 181 BGB. Die Eltern des C konnten diesen daher bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages nicht vertreten
- III. Ferner bedurfte der Gesellschaftsvertrag für C **der Genehmigung des Familiengerichts gemäß § 1643 I iVm § 1822 Nr. 3 BGB**. Wäre ein Ergänzungspfleger iSv § 1909 BGB eingeschaltet worden, würde ebenfalls das Erfordernis der familiengerichtlichen Genehmigung gelten, siehe § 1915 BGB.

IV. Rechtsfolge

1. Somit war der **Gesellschaftsvertrag bzgl. des C schwebend unwirksam**. Zwar ist eine rückwirkende **Genehmigung (§ 184 BGB)** möglich, sobald der ehemals Minderjährige volljährig wird. Hier hat jedoch C mit Eintritt seiner Volljährigkeit seinen Austritt aus der Gesellschaft erklärt und damit die Genehmigung **konkludent verweigert**. Hierdurch wurde der Gesellschaftsvertrag bezogen auf C endgültig nichtig¹⁷.
2. Gemäß § 139 BGB führt dies **im Zweifel zur Gesamtnichtigkeit** des Gesellschaftsvertrages. Dies gilt umso mehr im Gesellschaftsrecht, da das personale Band zu allen Gesellschaftern gerade bei einer Personengesellschaft wichtig ist, insbesondere auch wegen der Haftungsquote im Innenverhältnis.
3. In Betracht kommt jedoch die Fiktion eines Gesellschaftsvertrages nach den **Grundsätzen zur fehlerhaften Gesellschaft**. Infolgedessen würde aus übergeordneten Interessen die fehlerhafte Gesellschaft grds. wie eine fehlerfreie Gesellschaft behandelt.

BGH WM 1988, 414, 418; OLG Frankfurt NJW 1994, 1321: „Eine wegen Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages fehlerhafte Gesellschaft begründet, wenn sie tatsächlich in Vollzug gesetzt worden ist, sowohl im Verhältnis der Gesellschafter untereinander als auch gegenüber Dritten bis zu ihrer Beendigung durch Kündigung grundsätzlich ein rechtlich anzuerkennendes Gesellschaftsverhältnis. Es würde nämlich zu unerträglichen und mit dem richtig verstandenen Zweck der Vorschriften über die (rückwirkende Kraft) der Nichtigkeit von Verträgen nicht mehr zu vereinbarenden Ergebnissen führen, wenn eine nach den gesetzlichen Vorschriften zulässige, auf Dauer angelegte und verwirklichte Leistungsgemeinschaft, für die die Beteiligten Beiträge erbracht, Werte geschaffen und vor allem das Risiko gemeinschaftlich getragen haben, wegen der Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrages ohne weiteres so zu behandeln, als ob sie niemals bestanden hätte. Diese Grundsätze gelten für Gesellschaften des bürgerlichen Rechts ebenso wie für Handelsgesellschaften. Sie gelten für die (Neu-) Gründung einer Gesellschaft und auch für den fehlerhaften Beitritt in eine bestehende Gesellschaft.“

- a) Danach muss zwar der **Gesellschaftsvertrag fehlerhaft** sein, aber zumindest (konkludent) der **übereinstimmende Wille** vorgelegen haben, die bestehenden Rechtsbeziehungen nach **gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen** zu regeln¹⁸. Daran mangelt es, wenn eine Einigung iSe Willensübereinstimmung ganz fehlt.

Mangels Vertretungsbefugnis der Eltern war der Gesellschaftsvertrag hier unwirksam, die notwendige Willensübereinstimmung kann aber hier daraus abgeleitet werden, dass sie die Gesellschaft bewusst zusammen gegründet haben.

- b) Die Gesellschaft muss **in Vollzug gesetzt** worden sein.

Dies ist nicht erst dann der Fall, wenn die Gesellschaft ihre Tätigkeit nach außen aufnimmt, sondern jedenfalls nach hM auch schon durch die Bildung von Gesellschaftsvermögen im Innenverhältnis¹⁹. Vor dem aufgezeigten Schutzinteresse wird ausschlaggebend sein, ob Rechtstatsachen geschaffen worden sind, an denen die Rechtsordnung nicht ohne weiteres vorbeigehen kann.²⁰ Aufgrund der Aktivitäten der (drei) Beteiligten, dem Betreiben des „Delirium“, ist die Invollzugsetzung zu bejahen.

¹⁷ Eine Genehmigung des Familiengerichts ist mit Eintritt der Volljährigkeit des C nicht mehr möglich, vgl. § 1829 III BGB.

¹⁸ BGH NJW 1992, 1501, 1502.

¹⁹ Vgl. Hopt in Baumbach/Hopt § 105 Rn 83.

²⁰ BGH NJW 1992, 1501, 1502.

- c) Es dürfen den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft **keine entgegenstehenden Interessen** entgegenstehen.

Dies kann durch **entgegenstehende Interessen der Allgemeinheit** begründet sein, so wenn mit der Gesellschaft ein gesetzes- oder sittenwidriger Zweck verfolgt werden soll (§§ 134; 138 I BGB), was hier nicht der Fall ist.

Ein Ausschlussgrund besteht auch bei **entgegenstehenden Einzelinteressen**, die hier im Schutz des minderjährigen C bestehen könnten. Der **Minderjährigenschutz** geht dem Interesse an dem Bestand einer fehlerhaften Gesellschaft regelmäßig vor. Fraglich ist, welche Folgen sich für den Bestand der Gesellschaft aus dem Gebot des Minderjährigenschutzes ergeben.

Nach zutreffender differenzierter Auffassung ist hinsichtlich der einzelnen Mitglieder der Gesellschaft zu unterscheiden: Nach **Rspr. und der überwiegenden Lit.** besteht die ursprünglich gegründete Gesellschaft nur mit den verbleibenden Gesellschaftern, während der Minderjährige aus vorgehendem **Minderjährigenschutz** nicht Mitglied der fehlerhaften Gesellschaft wird²¹.

Nach der **Gegenansicht** wird der Minderjährige Gesellschafter der fehlerhaften Gesellschaft, nimmt aber nur an den vorteilhaften Regelungen des praktischen Gesellschaftsverhältnisses teil, so dass gegen Minderjährigen keine Erfüllungs- oder Haftungsansprüche geltend gemacht werden können, er seinerseits aber im Innenverhältnis die Abrechnung der Gesellschaft ex tunc verlangen kann²².

Der Gegenansicht ist zuzubilligen, dass sie insofern konsequent ist, als dass bei dem (minderjährigbedingtem) Ausscheiden eines Gesellschafter wegen § 139 BGB eigentlich von der Gesamtwirksamkeit eines gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses ausgegangen werden müsste. Die hM zweifelt jedoch nicht die Gesamtnichtigkeit an, sondern stellt ja gerade auf die fehlerhafte Gesellschaft ab. Für eine konsequente Nichtberücksichtigung des Minderjährigen spricht dabei, dass sich sonst Schwierigkeiten bei der genauen Abgrenzung und Berechnung der oft wechselseitigen Vor- bzw. Nachteile ergeben. Des Weiteren kennt das Gesellschaftsrecht die Stellung eines „*hinkenden*“ dh nur berechtigten, nicht aber verpflichteten Gesellschafter nicht. Dass dennoch eine fehlerhafte Restgesellschaft zustande kommt, lässt sich mit Gründen des Vertrauensschutz des Rechtsverkehrs erklären.

Danach ist C nicht Gesellschafter der „Familien-OHG“ geworden, die als **fehlerhafte Restgesellschaft** zwischen A und B besteht. Da die fehlerhafte Gesellschaft im Innen- und Außenverhältnis wie eine fehlerfreie behandelt wird, konnte diese grds. auch verpflichtet werden.

Anmerkung: Allerdings kann die fehlerhafte Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und ohne Kündigungsgrund von den Gesellschaftern aufgelöst werden. Da diese Auflösung jedoch nur ex nunc erfolgen kann, ändert dies nichts an der Haftung der OHG für die in der Vergangenheit begründete Verbindlichkeit aus § 433 II BGB.

Somit hat E einen Anspruch gegen die OHG gemäß § 433 II BGB iVm § 124 I HGB.

B. Anspruch des E gegen die Gesellschafter auf Kaufpreiszahlung gemäß § 128 S. 1 HGB iVm § 433 II BGB

- I. Die (fehlerhaften Rest-)Gesellschafter **A und B** haften über **§ 128 S. 1 HGB akzessorisch** für die Zahlungspflicht der OHG als Gesamtschuldner.

- II. Da der **minderjährige C** kein Gesellschafter geworden ist, haftet er nicht.

Anmerkung: Bei wirksamer Begründung des Gesellschaftsvertrages für den Minderjährigen (also kein Verstoß gegen § 1629 II iVm § 181 BGB sowie kein Verstoß gegen § 1643 iVm § 1822 Nr. 3 BGB), kann er binnen 3 Monate ab Volljährigkeit gemäß § 723 Nr. 2 BGB fristlos kündigen – allerdings nicht im Falle des § 112 BGB, siehe § 723 I S. 5 BGB.

* * *

²¹ BGH NJW 1992, 1501, 1503; Hopt in Baumbach/Hopt § 105 Rn 84, Jütte, Gesellschaftsrecht, 2007, S. 29.

²² K. Schmidt in MüKo-HGB, § 105 Rn 239; Grunewald, GesellR, 6. Aufl. 2005, Rn 163.

Kontrollfragen:

1. Nennen Sie die Voraussetzungen, die ein Gesellschaftsvertrag einer OHG erfüllen muss!
2. Worauf kann der Betrieb einer OHG gerichtet sein?
3. Wodurch unterscheidet sich die GbR insoweit von der OHG?
4. Auf welche zwei verschiedenen Wege wird die OHG wirksam?
5. Um was für einen Zusammenschluss handelt es sich bei der OHG?
6. Wie wird die OHG organschaftlich vertreten?
7. Woraus ergibt sich die persönliche Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten der OHG und wie nennt man diese Haftung?
8. Welche Voraussetzungen müssen hierfür erfüllt sein?
9. Inwieweit ist die OHG in einem Prozess partei- und prozessfähig?
10. Kann aus einem Titel gegen die OHG auch in das Privatvermögen der Gesellschafter vollstreckt werden?
11. Wie sollte man daher als Gläubiger sinnvollerweise vorgehen, um seine Forderung möglichst gut abzusichern und wie bezeichnet man dies prozessual?
12. Unter welchen Voraussetzungen hat ein von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommene Gesellschafter einen Ausgleichsanspruch gegen die OHG, wenn er die Verbindlichkeit begleicht?
13. Woraus könnten sich Ansprüche gegen die Mit-Gesellschafter ergeben?
14. Welche Wirksamkeitsprobleme ergeben sich, wenn bei der Gesellschaftsgründung ein beschränkt Geschäftsfähiger beteiligt ist?
15. Nennen Sie die Voraussetzungen einer sog. „fehlerhaften Gesellschaft“!
16. Welche Folgen ergeben sich im Falle der Beteiligung eines Minderjährigen bzgl. dessen Gesellschafterstellung?
17. Welche Möglichkeiten hat der wirksam in eine Gesellschaft aufgenommene minderjährige Gesellschafter bei Eintritt der Volljährigkeit?

* * *