

§ 5 Das Rechtsverhältnis der Gesellschaft und der Gesellschafter zu Dritten (Außenverhältnis)

I. Vertretungsmacht

Vertretung = Abgabe und Empfang von Willenserklärungen für Dritte.

1. Die zur Vertretung berechtigten Personen

a) Die Regelung bei der GbR

§ 714 BGB: Vertretungsmacht

Soweit einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, ist er im Zweifel auch ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten.

§ 709 BGB: Gemeinschaftliche Geschäftsführung

(1) Die Führung der Geschäfte der Gesellschaft steht den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu;

für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.

(2) Hat nach dem Gesellschaftsvertrag die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden, so ist die Mehrheit im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter zu berechnen.

§ 710 BGB: Übertragung der Geschäftsführung

¹Ist in dem Gesellschaftsvertrag die Führung der Geschäfte einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen, so sind die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen.

²Ist die Geschäftsführung mehreren Gesellschaftern übertragen, so findet die Vorschrift des § 709 entsprechende Anwendung.

– Bei einer **GbR** besteht gemäß §§ 714, 164 ff. BGB im Zweifel (wie Gesamtgeschäftsführung § 709 BGB, so auch:) **Gesamtvertretung** durch „alle Gesellschafter“ **gemeinschaftlich**,

– aber **abweichende** Regelungen möglich §§ 714, 710 BGB:

- **Mehrheitsvertretung** („mehrere Gesellschafter“ zusammen)
- **Einzelvertretung** („ein oder einige Gesellschafter“ allein).

b) Die Regelung bei der OHG

§ 125 HGB:

(1) Zur Vertretung der Gesellschaft ist jeder Gesellschafter ermächtigt, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist.

(2) ¹Im Gesellschaftsvertrag kann bestimmt werden, dass alle oder mehrere Gesellschafter nur in Gemeinschaft zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen (Gesamtvertretung).

²Die zur Gesamtvertretung berechtigten Gesellschafter können einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen.

³Ist der Gesellschaft gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem der zur Mitwirkung bei der Vertretung befugten Gesellschafter.

(3) ¹Im Gesellschaftsvertrag kann bestimmt werden, dass die Gesellschafter, wenn nicht mehrere zusammen handeln, nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen.

²Die Vorschriften des Absatzes 2 Satz 2 und 3 finden in diesem Falle entsprechende Anwendung.

– **Grundsatz** bei der **OHG** ist nach **§ 125 Abs. 1 Halbs. 1 HGB Einzelvertretung: „jeder Gesellschafter“** darf **allein** vertreten.

Die nach Absatz 1 Halbs. 2, Absatz 2 und Absatz 3 des § 125 HGB möglichen **Abweichungen im Gesellschaftsvertrag** von diesem gesetzlichen Leitbild der Einzelvertretung **bedürfen** nach **§§ 106 Abs. 2 Nr. 4, 107 HGB** der **Eintragung** im Handelsregister **und** der **Bekanntmachung**, so dass gutgläubige Dritte sich solange auf **§ 15 Abs. 1 HGB** berufen können:

§ 106 HGB:

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

(2) Die Anmeldung hat zu enthalten:

1. den Namen, Vornamen, Geburtsdatum und Wohnort jedes Gesellschafters;

2. die Firma der Gesellschaft, den Ort, an dem sie ihren Sitz hat, und die inländische Geschäftsanschrift;

3. (weggefallen)

4. die Vertretungsmacht der Gesellschafter.

§ 107 HGB:

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

§ 15 HGB:

(1) Solange eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache nicht eingetragen und bekanntgemacht ist, kann sie von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, dass sie diesem bekannt war.

(2) bis (4) ...

- **Ausschluss eines** Gesellschafters von der Vertretung durch Gesellschaftsvertrag § 125 Abs. 1 Halbs. 2 HGB (= Einzelvertretung einiger Gesellschafter)
- **echte Gesamtvertretung § 125 Abs. 2 S. 1 HGB,**
 - entweder durch **alle**
 - **oder** durch **mehrere Gesellschafter**
- sog. **unechte Gesamtvertretung § 125 Abs. 3 HGB**
 - durch **Gesellschafter**
 - **und Prokuristen**

beachte hierbei den **Einschubsatz**

„..., wenn nicht mehrere (Gesellschafter) zusammen handeln, ...“;

der den Grundsatz der **Selbstorganschaft** beinhaltet, also dass die Gesellschafter jederzeit in der Lage sein müssen, die von Prokuristen getroffenen Maßnahmen zu überstimmen bzw. dieselben wieder absetzen zu können:

- **Nicht möglich** ist deshalb eine Regelung, dass die OHG aus G₁, G₂ und G₃ ausschließlich durch den Gesellschafter G₁ **und** den jeweiligen Prokuristen P vertreten können werden soll,
- sondern **nur**, dass eine Vertretung
 - **entweder** durch einen Gesellschafter wie etwa G₁ **und** den jeweiligen Prokuristen P
 - **oder aber** durch zwei Gesellschafter, z.B. G₁ **und** G₂, erfolgt.

c) Besonderheiten bei der KG

Bei einer **KG** gelten über § 161 Abs. 2 HGB die Grundsätze der persönlich haftenden Gesellschafter einer OHG, d.h.

- nach § 125 Abs. 1 Halbs. 1 HGB ebenfalls grundsätzlich **Einzelvertretung** jedes **Komplementärs**,
jedoch Ausschluss eines Komplementärs § 125 Abs. 1 Halbs. 2, **echte Gesamtvertretung § 125 Abs. 2 S. 1 oder unechte Gesamtvertretung § 125 Abs. 3 HGB** regelbar (§§ 106 Abs. 2 Nr. 4, 107 i.V.m. § 15 Abs. 1 HGB)
- **aber** gemäß § 170 HGB grundsätzlich **keine** Vertretungsmacht der **Kommanditisten!**

§ 161 HGB:

(1) ...

(2) *Soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, finden auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung.*

§ 170 HGB:

Der Kommanditist ist zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt.

2. Umfang der Vertretungsmacht

a) Bei der **GbR § 714 BGB**,

- da diese **Nichtkaufmann** ist (weil sie kein Handelsgewerbe betreiben darf/kann, da sonst eine OHG/KG vorliegt),
- Vertretungsmacht wie eine **bürgerlich-rechtliche Vollmacht §§ 164 ff. BGB** grundsätzlich **beliebig einschränkbar**, so dass ein Vertrauen darauf nicht geschützt wird.

b) Aber bei **OHG/KG § 125/§ 161 Abs. 2 HGB**,

- da diese **Kaufleute** sind (weil sie zwingend ein Handelsgewerbe betreiben müssen, da eine sonst eine GbR gegeben ist),
- hat die **Vertretungsmacht** der persönlich haftenden Gesellschafter **wie die handelsrechtliche Prokura** nach § 50 Abs. 1 HGB einen bestimmten **gesetzlichen Umfang § 126 Abs. 1/§ 161 Abs. 2 HGB** und kann daher
 - **nur insgesamt entzogen** (§ 125 Abs. 1 Halbs. 2 bis Abs. 3/§ 161 Abs. 2 HGB),
[vgl. dazu bei der Prokura § 52 Abs. 1 HGB],
 - **aber** (im Außenverhältnis) grundsätzlich **nicht beschränkt** werden (§ 126 Abs. 2/§ 161 Abs. 2 HGB),
[vgl. dazu bei der Prokura § 50 Abs. 1 und Abs. 2 HGB]
 - eine **Ausnahme** hiervon gilt **nur bei Filialen § 126 Abs. 3/§ 161 Abs. 2 HGB**
[vgl. dazu § 50 Abs. 3 HGB für die Filialprokura]

also „**Alles-oder-Nichts-Prinzip**“!

§ 126 HGB:

(1) *Die Vertretungsmacht der Gesellschafter erstreckt sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken sowie der Erteilung und des Widerrufs einer Prokura.*

(2) *Eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unwirksam;*

dies gilt insbesondere von der Beschränkung, dass sich die Vertretung nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder dass sie nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll.

(3) *In betreff der Beschränkung auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen der Gesellschaft finden die Vorschriften des § 50 Abs. 3 entsprechende Anwendung.*

§ 161 HGB:

(1) ...

(2) Soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, finden auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung.

3. Entziehung der Vertretungsmacht

a) Bei der **GbR** gemäß § 715 BGB, wenn **wichtiger Grund** i.S.v. § 712 Abs. 1 BGB

- grobe Pflichtverletzung
- oder dauernde Unfähigkeit (hier sogar schuldunabhängig!),

Entzug **durch** einstimmigen oder Mehrheits**beschluss** der **übrigen** Gesellschafter möglich.

§ 715 BGB: Entziehung der Vertretungsmacht

Ist im Gesellschaftsvertrag ein Gesellschafter ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten, so kann die Vertretungsmacht nur nach Maßgabe des § 712 Abs. 1 und, wenn sie in Verbindung mit der Befugnis zur Geschäftsführung erteilt worden ist, nur mit dieser entzogen werden.

§ 712 BGB: Entziehung und Kündigung der Geschäftsführung

(1) Die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugnis zur Geschäftsführung kann ihm durch einstimmigen Beschluss oder, falls nach dem Gesellschaftsvertrag die Mehrheit der Stimmen entscheidet, durch Mehrheitsbeschluss der übrigen Gesellschafter entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung.

(2) ...

b) Aber bei **OHG/KG**, wenn **wichtiger Grund** i.S.v. § 127/§ 161 Abs. 2 HGB

- grobe Pflichtverletzung
- oder dauernde Unfähigkeit (schuldunabhängig),

Entzug

- **auf Antrag der übrigen** Gesellschafter
 - **also auch** der (sonst) **nicht-geschäftsführungsbefugten** Komplementäre
 - **und der Kommanditisten § 164 S. 1 Halbs. 2 HGB** (sog. Grundlagengeschäft),
- aber **nur durch gerichtliche Entscheidung!**

§ 127 HGB:

Die Vertretungsmacht kann einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Vertretung der Gesellschaft.

§ 161 HGB:

(1) ...

(2) Soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, finden auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung.

4. Abweichung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht

Beispiel 1:

A, B & C **GbR**, jeder Gesellschafter ist **einzelgeschäftsführungsbefugt** (§ 711 BGB), aber **nur C einzelvertretungsberechtigt** (§ 714 BGB).

C **schließt gegen den Widerspruch** von A und B im Namen der GbR einen **verlustreichen Vertrag** mit **D**, da er leicht fahrlässig von einem günstigen Geschäft ausgeht.

Die GbR bzw. A und/oder B verlangen Ersatz des entstandenen Schadens von C.

Beispiel 2:

A, B & C **OHG**, nach dem Gesellschaftsvertrag sind alle Gesellschafter **gesamtgeschäftsführungsbefugt** (§ 115 Abs. 2 HGB) und **gesamtvertretungsberechtigt** (§ 125 Abs. 2 HGB), aber dies ist noch **nicht eingetragen/bekannt gemacht**.

C **schließt ohne/gegen Zustimmung** von A und B im Namen der OHG einen **verlustreichen Vertrag** mit **D**.

Die OHG bzw. A und/oder B verlangen Schadensersatz von C.

Beispiel 3:

A, B & C **OHG**, nach dem Gesellschaftsvertrag und dem Handelsregister besteht (Einzelgeschäftsführung § 114 Abs. 2 HGB und) **Einzelvertretung** (§ 125 Abs. 1 Halbs. 1 HGB) **und dabei ist vereinbart**, dass nur **A** für das **Personal** zuständig ist, nur **B** für das **Kaufmännische** und nur **C** für die **Technik**.

C stellt den unfähigen D als Arbeitnehmer **ein**, so dass der OHG ein Schaden entsteht.

Die OHG bzw. A und/oder B verlangen Schadensersatz von C.

II. Verantwortlichkeit/Zurechnungsfähigkeit (Schuld- und Deliktsfähigkeit) der Personengesellschaften

= Fähigkeit sich durch eigenes Verhalten schadensersatzpflichtig machen zu können.

1. Natürliche Personen (§§ 1 ff. BGB) haften

- bei **unerlaubten Handlungen** gemäß §§ 823 ff. BGB falls **Deliktsfähigkeit §§ 827/828 BGB** (sog. Verantwortlichkeit oder Zurechnungsfähigkeit im engeren Sinn)
- bzw. für **rechtsgeschäftliche Ansprüche** nach §§ 241 ff. BGB, also insbesondere aus Vertrag und damit auch wegen Pflichtverletzung §§ 280 ff. BGB bei **Schuldfähigkeit §§ 276 Abs. 1 S. 2 i.V.m. 827/828 BGB** (sog. Verantwortlichkeit oder Zurechnungsfähigkeit im weiteren Sinn).

2. Juristische Personen (§§ 21 ff. BGB) haften selbst

- **deliktisch** aus unerlaubter Handlung §§ 823 ff. BGB
 - gemäß **§ 31 BGB** (so beim eingetragener Verein)
 - **bzw. analog § 31 BGB** (bei anderen juristische Personen)
- **und auch** rechtsgeschäftlich aus Vertrag und damit insbesondere auch **wegen Pflichtverletzung §§ 280 ff. BGB**
 - gemäß **§ 31 BGB** (eingetragener Verein)
 - **bzw. analog § 31 BGB** (andere juristische Personen)

für das Handeln ihrer **Organe**:

§ 31 BGB: Haftung des Vereins für Organe

Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung

*(also insbesondere durch eine unerlaubte Handlung §§ 823 ff. BGB oder eine Pflichtverletzung §§ 280 ff. BGB)
einem Dritten zufügt.*

§ 31 BGB analog: Haftung des Vereins/der sonstigen juristischen Personen für Organe

~~Der Verein/Die sonstige juristische Person ist für den Schaden verantwortlich, den ~~der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter~~/ihr Organ durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung~~

*(also insbesondere durch eine unerlaubte Handlung §§ 823 ff. BGB oder eine Pflichtverletzung §§ 280 ff. BGB)
einem Dritten zufügt.*

3. Und rechtsfähige Personengesellschaften (§ 14 Abs. 2 BGB)?

a) Sie werden mittlerweile weitgehend so behandelt (sog. quasi-juristische-Personen):

- **OHG und KG** sind auf Grund der Regelungen in §§ 124 Abs. 1 und 161 Abs. 2 HGB **Rechtssubjekte** und **haften** daher **selbst** für ihre Gesellschaftsverbindlichkeiten

[und daneben haften die Gesellschafter einer OHG/KG für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft akzessorisch mit nach §§ 128 S. 1/161 Abs. 2 HGB, dazu unter IV. 1.].

§ 124 HGB:

*(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) ...

§ 161 HGB:

(1) ...

*(2) Soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, finden auf die **Kommanditgesellschaft** die für die **offene Handelsgesellschaft** geltenden **Vorschriften Anwendung**.*

§§ 161 Abs. 2/124 Abs. 1 HGB:

*(1) Die ~~offene Handelsgesellschaft~~/**Kommanditgesellschaft** kann unter ihrer Firma **Rechte** erwerben und **Verbindlichkeiten** eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.*

(2) ...

- Bei der **EWIV** gilt der **Verweis** in § 1 Halbs. 1 a.E. **EWIV-AG** auf § 124 Abs. 1 HGB, so dass auch sie als **Rechtssubjekt selbst** für ihre Gesellschaftsverbindlichkeiten **haftet**

[und beachte zudem Art. 24 Abs. 2 EWIV-VO: die Vereinigung ist stets zuerst aufzufordern, also subsidiäre Mithaftung der Mitglieder für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft gemäß § 1 Halbs. 1 a.E. EWIV-AG und § 128 S. 1 HGB! Auch dazu noch unter IV. 1.].

§ 1 EWIV-AG: Anzuwendende Vorschriften bei der EWIV

*Soweit nicht die Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) - ABl. EG Nr. L 199 S. 1 - (Verordnung) gilt, sind auf eine **Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung** (EWIV) mit Sitz im Geltungsbereich dieses Gesetzes (Vereinigung) die folgenden Vorschriften, im übrigen entsprechend die für eine **offene Handelsgesellschaft** geltenden **Vorschriften anzuwenden**; die Vereinigung gilt als **Handelsgesellschaft** im Sinne des Handelsgesetzbuchs.*

§§ 1 EWIV-AG/124 Abs. 1 HGB:

(1) Die ~~offene Handelsgesellschaft~~/**Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)** kann unter ihrer Firma **Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.**

(2) ...

- Auch eine **Partnerschaft haftet** auf Grund des **besonderen Verweises** in **§ 7 Abs. 2 PartGG** auf **§ 124 Abs. 1 HGB** (also entgegen dem allgemeinen Verweis in § 1 Abs. 4 PartGG auf die GbR §§ 705 ff. BGB) als **Rechtssubjekt selbst** für ihre Gesellschaftsverbindlichkeiten

[und daneben haften die Partner für die Verbindlichkeiten der Partnerschaft gemäß § 8 Abs. 1 PartGG i.V.m. § 128 S. 1 HGB akzessorisch mit. Dazu noch unter IV. 2.].

§ 7 PartGG: Rechtliche Selbstständigkeit der Partnerschaft

(1) ...

(2) **§ 124 des Handelsgesetzbuchs ist entsprechend anzuwenden.**

(3) ...

§§ 7 Abs. 1 PartGG/§124 Abs. 1 HGB:

(1) Die ~~offene Handelsgesellschaft~~/**Partnerschaft** kann unter ~~ihrer Firma~~/ihrem Namen **Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.**

(2) ...

- bei der **GbR fehlt** aber eine **gesetzliche Regelung** über die **Rechtsfähigkeit oder ein Verweis** auf **§ 124 Abs. 1 HGB**

- daher wurde früher die GbR nicht als Rechtssubjekt angesehen, arg. § 714 und § 718 Abs. 1 BGB sprechen schließlich von den Gesellschaftern und nicht von der Gesellschaft als solcher

§ 714 BGB: Vertretungsmacht

Soweit einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, ist er im Zweifel auch ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten.

§ 718 BGB: Gesellschaftsvermögen

(1) *Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen).*

(2) ...

- und nach § 736 Zivilprozessordnung muss man die Gesellschafter verklagen und nicht die Gesellschaft

§ 736 ZPO: Zwangsvollstreckung gegen BGB-Gesellschaft

Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer nach § 705 des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingegangenen Gesellschaft ist ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich.

- seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs **BGHZ 146, 341 vom 29.1.2001** wird jedoch eine **GbR** ebenfalls als **rechtsfähig i.S.d. § 14 Abs. 2 BGB** angesehen mit der Folge, dass auch die GbR **entsprechend § 124 Abs. 1 HGB** als **Rechtssubjekt selbst** für ihre Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet.

[und daneben haften ihre Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft entsprechend § 128 S. 1 HGB akzessorisch mit, dazu unter IV. 2.].

§ 124 HGB analog: Rechtliche Selbstständigkeit der offenen Handelsgesellschaft/Gesellschaft bürgerlichen Rechts

*(1) Die ~~offene Handelsgesellschaft/Gesellschaft bürgerlichen Rechts~~ kann unter ~~ihrer Firma~~/ihrem Namen **Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen**, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.*

(2) ...

b) Daher haften auch eine OHG, KG, EWIV, Partnerschaft oder GbR selbst

- **deliktisch aus §§ 823 ff. BGB** wie ein Verein **analog § 31 BGB**
- **und auch rechtsgeschäftlich u.a. aus §§ 280 ff. BGB** wie ein Verein **analog § 31 BGB**
für das Handeln ihrer Organe:

§ 31 BGB analog: Haftung des Vereins/der Personengesellschaften für Organe

„~~Der Verein/Die Personengesellschaft~~ ist für den Schaden verantwortlich, den ~~der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter~~/ihr Organ durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung

(also insbesondere durch eine unerlaubte Handlung §§ 823 ff. BGB oder eine Pflichtverletzung §§ 280 ff. BGB) einem Dritten zufügt.“

III. Kaufmannseigenschaft der Personenhandelsgesellschaften

1. Kaufmannseigenschaft einer OHG

– die **OHG selbst** ist **Kaufmann**, vgl. § 6 Abs. 1 HGB

- kraft **Betätigung §§ 123 Abs. 2/ 1 Abs. 1 HGB** bei Betreiben eines Handelsgewerbes
- oder **Eintragung § 123 Abs. 1 i.V.m.**
 - o § 2 S. 1 bei Betreiben eines Kleingewerbes,
 - o bzw. § 3 Abs. 2 oder Abs. 3 einer Land-/Forstwirtschaft oder eines Nebengewerbes
 - o bzw. § 105 Abs. 2 **HGB** bei Vermögensverwaltung

– und nach h.M. sind **auch** die (persönlich haftenden) **Gesellschafter** der OHG **Kaufleute**, selbst dann, wenn sie weder geschäftsführungs- noch vertretungsberechtigt sind!

2. Kaufmannseigenschaft einer KG

– auch die **KG selbst** ist **Kaufmann**, vgl. § 6 Abs. 1 HGB

- (kraft Betätigung §§ 123 Abs. 2/161 Abs. 2 HGB)
- bzw. Eintragung §§ 123 Abs. 1/161 Abs. 2 HGB

– aber hier sind nach h.M.

- **nur** die **Komplementäre Kaufleute**, selbst wenn sie weder geschäftsführungs- noch vertretungsberechtigt sind,
- **nicht** hingegen die **Kommanditisten**, §§ 164, 170 HGB!

Kaufmannseigenschaft der EWIV selbst § 1 Halbs. 2 EWIV-AG,
deren **Mitglieder aber nicht unbedingt** Art. 4 Abs. 1 EWIV-VO (da auch Nichtkaufleute möglich).

3. Aber **keine Kaufmannseigenschaft**

– bei der **GbR**,

– auch **wenn** deren **Gesellschafter** (aus anderem Rechtsgrund) **Kaufleute** sind!

Und ebenso **keine Kaufmannseigenschaft** bei der **Partnerschaft** gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 PartGG,
deren Mitglieder nach § 1 Abs. 1 S. 2 PartGG Freiberufler sein müssen und damit keine Kaufleute sein können!

IV. Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten

1. Gesamtschuldnerische Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter in den Personenhandelsgesellschaften

a) Eine OHG, KG

haftet wegen §§ 124 Abs. 1 und 161 Abs. 2 HGB als Rechtssubjekt **selbst** für ihre Verbindlichkeiten (dazu bereits oben II. 3.):

§ 124 HGB:

(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) ...

§ 161 HGB:

(1) ...

(2) Soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, finden auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung.

b) Daneben haften die (persönlich haftenden) Gesellschafter/Komplementäre einer OHG/KG

(1) im Außenverhältnis den Gläubigern für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft **akzessorisch, persönlich** (der Gläubiger kann sich direkt an ihn wenden), **solidarisch** (also auf den vollen Betrag und nicht nur anteilig) **und unbeschränkt** (auch mit dem Privatvermögen) **sowie untereinander als Gesamtschuldner** mit, vgl. §§ 128 S. 1 und 161 Abs. 2 HGB.

§ 128 HGB:

¹Die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft/bzw. Komplementäre einer Kommanditgesellschaft (§ 161 Abs. 2 HGB) haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich.

²Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

α) Exkurs: Das Wesen der gesamtschuldnerischen Haftung im Außenverhältnis § 421 BGB

§ 420 BGB: Teilbare Leistung

Schulden mehrere eine teilbare Leistung oder haben mehrere eine teilbare Leistung zu fordern, so ist im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Anteil verpflichtet, jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Anteil berechtigt.

§ 421 BGB: Gesamtschuldner

¹*Schulden mehrere eine Leistung in der Weise, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teil fordern.*

²*Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet.*

§ 427 BGB: Gemeinschaftliche vertragliche Verpflichtung

Verpflichten sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner.

Schulden mehrere eine teilbare Leistung (sog. **Teilschuld**) oder haben mehrere eine solche zu fordern (sog. **Teilgläubiger**), ist gemäß **§ 420 BGB** grundsätzlich **jeder Schuldner** nur zu einem **gleichen Anteil** verpflichtet und jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Anteil berechtigt.

Eine solche Teilbarkeit ist insbesondere bei der Leistung von Geld oder anderen vertretbaren Sachen (§ 91 BGB) anzunehmen.

Beispiele:

- (1) Hat Gläubiger G eine Forderung von 300,- € gegen A, B und C, kann er von jedem 100,- € verlangen.
- (2) Können Gläubiger G₁ und G₂ von D zwei Zentner Kartoffeln verlangen, kann G₁ einen und G₂ den anderen Zentner verlangen.

Schulden **aber** mehrere eine teilbare Leistung in der Weise, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung insgesamt nur einmal zu fordern berechtigt ist (sog. **Gesamtschuld** oder gemeinschaftliche Schuld), so kann der Gläubiger nach **§ 421 S. 1 BGB** nach seinem **Belieben** von jedem die Leistung ganz oder zum Teil fordern.

Beispiel:

Hat Gläubiger G eine Forderung von 300,- € gegen die Gesamtschuldner X, Y und Z, kann er von X 300,- € verlangen/ oder von Y und Z jeweils 150,- € usw.

Eine solche Gesamtschuld kann dabei **entweder**

- **gesetzlich angeordnet** (z.B. §§ 128 S. 1/161 Abs. 2 HGB)
- **oder vereinbart** sein (Verpflichten sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie nach **§ 427 BGB** im Zweifel als Gesamtschuldner. Bei **vertraglichen Schulden** wird der Grundsatz der Teilschuld nach § 420 BGB also erheblich eingeschränkt und daher **regelmäßig** von einer **Gesamtschuld** auszugehen.).

β) Ausgleichsansprüche der Gesamtschuldner im Innenverhältnis nach § 426 BGB

Bei der gesamtschuldnerischen Haftung

- ist das **Außenverhältnis** (gegenüber dem Gläubiger) nach § **421 BGB** (dazu oben α)
- und das **Innenverhältnis** (zwischen den Gesamtschuldnern) gemäß § **426 BGB** (dazu jetzt β) zu unterscheiden.

§ 426 BGB: Ausgleichungspflicht, Forderungsübergang

(1) ¹Die Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.

²Kann von einem Gesamtschuldner der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen.

(2) ¹Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleich verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über.

²...

Gemäß § **426 Abs. 1 S. 1 BGB** sind Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander **grundsätzlich zu gleichen Anteilen** verpflichtet, **wenn nicht ein abweichender Maßstab**

- **vereinbart** wird (z.B. im **Gesellschaftsvertrag**)
- **oder gesetzlich** bestimmt ist (vgl. **etwa** bei unterschiedlichem Mitverschulden § **254 BGB** oder auch § 840 Abs. 2 und Abs. 3 BGB).

Damit im Innenverhältnis kein Gesamtschuldner mehr aufzubringen hat, als er aufbringen soll, gewährt das Gesetz **zwei Ausgleichsansprüche** gegen die übrigen Gesamtschuldner:

- Der **originäre Gesamtschuldausgleich** nach § **426 Abs. 1 S. 1 BGB** entsteht bereits mit Begründung des Schuldverhältnisses und gewährt einen **Anspruch auf Befreiung**. Kann dabei der von einem Gesamtschuldner zu tragende Betrag nicht erlangt werden, ist der Ausfall von den Übrigen zu tragen, § 426 Abs. 1 S. 2 BGB.
- Demgegenüber können beim **derivativen Gesamtschuldausgleich** nach § **426 Abs. 2 S. 1 BGB** Regressansprüche gegen die übrigen Gesamtschuldner erst nach der Befriedigung des Gläubigers geltend gemacht werden.

Beispiele:

(1) Schulden X, Y und Z dem Gläubiger G gesamtschuldnerisch 300,- €, kann X von Y und Z jeweils Befreiung gegenüber G in Höhe von 100,- € verlangen, noch bevor dieser gegen ihn vorgeht (ist Y zahlungsunfähig, kann X von Z Befreiung in Höhe von 150,- € verlangen).

(2) Hat G den X in Höhe der 300,- € in Anspruch genommen, kann X auf Grund der damit auf ihn übergegangen Gläubigerforderung (§§ 426 Abs. 2 S. 1, 412 BGB) von Y und Z jeweils, insgesamt aber nur einmal, Regress in Höhe von 200,- € verlangen (auch wenn dadurch ein sog. Rückgriffszirkel entsteht).

(2) **Aber** auch **Verteidigungsmöglichkeiten** der akzessorisch persönlich mithaftenden **Gesellschafter** gemäß § **129 HGB**:

(a) § 129 Abs. 1 HGB

- ein Gesellschafter kann gemäß § 129 Abs. 1 **1. Alt.** HGB natürlich alle **Einwendungen** gegen den Gläubiger geltend machen, die ihm **in seiner Person** zustehen (sog. persönliche Einwendungen des Gesellschafters)
 - etwa ein persönlicher Erlass § 397 BGB des Gläubigers gegen diesen Gesellschafter,
 - oder die Aufrechnung mit einer eigenen(!) Forderung des Gesellschafters § 422 BGB
 - etc.,
- und § 129 Abs. 1 **2. Alt.** HGB, ein Gesellschafter kann auch alle **Einwendungen** geltend machen, die **der Gesellschaft** gegen den Gläubiger zustehen,
 - z.B. Verjährung § 214 Abs. 1 BGB,
 - Erfüllung § 362 Abs. 1 BGB
 - usw.

(b) Und § 129 Abs. 2 HGB Einrede der **Anfechtbarkeit**

- steht der **Gesellschaft** das **Recht** zu, gegenüber dem Gläubiger nach §§ 119 ff. BGB **anzufechten**,
kann ein **Gesellschafter** dieses Gestaltungsrecht der Gesellschaft zwar nicht selbst ausüben (§ 143 BGB) und somit **nicht anstelle** der **Gesellschaft** anfechten,
- der Gesellschafter **darf** dann **jedoch solange** die **Leistung verweigern**, wie die Gesellschaft anfechten könnte.

(c) Sowie § 129 Abs. 3 HGB Einrede der **Aufrechenbarkeit**

- steht der **Gesellschaft** das **Recht** zu, mit einer Forderung der Gesellschaft(!) gegenüber dem Gläubiger nach §§ 387 ff. BGB **aufzurechnen**,
kann ein **Gesellschafter auch** dieses Gestaltungsrecht der Gesellschaft ebenfalls nicht selbst ausüben (§ 388 BGB) und **nicht anstelle** der **Gesellschaft** aufrechnen,
- der Gesellschafter **darf** dann **aber** auch die **Leistung verweigern, solange** die Gesellschaft aufrechnen könnte.

(d) Über die genannten Fälle der Anfechtung und Aufrechnung hinaus, gelten die **§ 129 Abs. 2 und Abs. 3 HGB analog** bei **sonstigen Gestaltungsrechten** wie

- **Rücktritt** §§ 346 ff. BGB,
- **Minderung** §§ 441, 638 BGB,
- **Kündigung** §§ 489 f., 542 ff., 620 ff. BGB
- etc.

stehen der Gesellschaft also diese Gestaltungsrechte zu,

darf ein Gesellschafter sie zwar ebenfalls **nicht selbst ausüben** und damit nicht zurücktreten, mindern oder kündigen,
er darf dann **aber analog** zu **§ 129 Abs. 2 und Abs. 3 HGB** auch die **Leistung verweigern**, solange die Gesellschaft diese Gestaltungsrechte ausüben könnte.

§ 129 HGB:

(1) Wird ein **Gesellschafter** (einer **offenen Handelsgesellschaft/bzw. Kommanditgesellschaft § 161 Abs. 2 HGB**) wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen, so kann er **Einwendungen**, die nicht in seiner Person begründet sind (= 1. Alt.), nur insoweit **geltend machen**, als sie von der **Gesellschaft** erhoben werden können (= 2. Alt.).

(2) Der **Gesellschafter** (einer **OHG/KG**) kann die Befriedigung des Gläubigers **verweigern**, solange der Gesellschaft das Recht zusteht, das ihrer Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft **anzufechten**.

(3) Die **gleiche Befugnis** hat der **Gesellschafter** (einer **OHG/KG**), solange sich der **Gläubiger/die Gesellschaft** durch **Aufrechnung** gegen eine fällige Forderung der **Gesellschaft/des Gläubigers** befriedigen kann.

(4) **sowie Abs. 2 und 3 analog:**

Und der **Gesellschafter** einer **OHG/KG** kann die Befriedigung des Gläubigers **auch verweigern**, solange der Gesellschaft das Recht zusteht, von dem ihrer Verbindlichkeit zugrunde liegenden Rechtsgeschäft **zurückzutreten, zu mindern oder zu kündigen**.

[**Annex:**

Ebenfalls **Mithaftung** der **Mitglieder** einer **EWIV** für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft gemäß **§ 1 Halbs. 1 a.E. EWIV-AG i.V.m. §§ 128 S. 1, 129 HGB**, dort **aber nur subsidiär**, weil Vereinigung nach **Art. 24 Abs. 2 EWIV-VO** stets zuerst aufzufordern ist!]

2. Gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter einer GbR

a) Eine GbR

haftet analog zu **§ 124 Abs. 1 HGB** als Rechtssubjekt **ebenfalls selbst** für ihre Verbindlichkeiten, vgl. BGHZ 146, 341 vom 29.1.2001:

§ 124 HGB analog: *Rechtliche Selbstständigkeit der ~~offenen Handelsgesellschaft/Gesellschaft bürgerlichen Rechts~~*

(1) Die ~~offene Handelsgesellschaft/Gesellschaft bürgerlichen Rechts~~ kann unter ihrer ~~Firma~~/ihrem Namen Rechte erwerben und **Verbindlichkeiten eingehen**, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

(2) ...

b) Daneben haften daher auch die Gesellschafter einer GbR

(1) **analog** zu **§ 128 S. 1 HGB** im Außenverhältnis den Gläubigern für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich **akzessorisch, persönlich** (der Gläubiger kann sich direkt an ihn wenden), **solidarisch** (also auf den vollen Betrag und nicht nur anteilig) **und unbeschränkt** (auch mit dem Privatvermögen) **sowie untereinander als Gesamtschuldner** mit.

§ 128 HGB analog: Haftung der Gesellschafter einer ~~offenen Handelsgesellschaft~~/Gesellschaft bürgerlichen Rechts

¹Die ~~Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft~~/Gesellschaft bürgerlichen Rechts haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich.

²...

(2) Aber auch wieder mit den Verteidigungsmöglichkeiten analog zu § 129 HGB:

- also § 129 Abs. 1 1. Alt. HGB analog bei Einwendungen, die dem Gesellschafter in seiner Person gegen den Gläubiger zustehen,
- § 129 Abs. 1 2. Alt. HGB analog bei Einwendungen, die der GbR zustehen,
- § 129 Abs. 2 HGB analog, wenn die GbR anfechten könnte,
- sowie § 129 Abs. 3 HGB analog, wenn die GbR aufrechnen könnte
- und darüber hinaus sind § 129 Abs. 2 und Abs. 3 HGB *doppelt analog* bei sonstigen Gestaltungsrechten einer GbR anzuwenden („doppelt analog“,
 - da erstens *GbR statt OHG/KG*
 - und zweitens *Rücktritt, Minderung, Kündigung statt Anfechtung/Aufrechnung!*)

§ 129 HGB analog: Einwendungen des Gesellschafters einer ~~OHG/KG~~/GbR

(1) Wird ein **Gesellschafter einer ~~OHG/KG~~/GbR** wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen, so kann er **Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind** (= 1. Alt.), nur insoweit **geltend machen**, als sie **von der Gesellschaft** erhoben werden können (= 2. Alt.).

(2) Der **Gesellschafter (einer ~~OHG/KG~~/GbR)** kann die Befriedigung des Gläubigers **verweigern, solange der Gesellschaft das Recht zusteht, das ihrer Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten.**

(3) Die **gleiche Befugnis** hat der **Gesellschafter (einer ~~OHG/KG~~/GbR)**, **solange sich der Gläubiger/die Gesellschaft durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft/des Gläubigers befriedigen kann.**

(4) **sowie Abs. 2 und 3 analog analog:**

Und der **Gesellschafter (einer ~~OHG/KG~~/GbR)** kann die Befriedigung des Gläubigers **auch verweigern, solange der Gesellschaft das Recht zusteht, von dem ihrer Verbindlichkeit zugrunde liegenden Rechtsgeschäft zurückzutreten, zu mindern oder zu kündigen.**

(3) Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung „GbR mbH“?

Um die Jahrtausendwende kam parallel zu der vorgenannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs BGHZ 146, 341 zum Gleichlauf der Haftung der Gesellschaft GbR zur Haftung der Gesellschaft OHG (§ 124 Abs. 1 HGB analog) und zum Gleichlauf der Haftung der Gesellschafter einer GbR gegenüber den Gesellschaftern einer OHG (§ 128 S. 1 HGB analog) auch die Frage auf, ob man bei einer GbR denn die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränken könne,

- so dass einzelne Gesellschafter,

- oder sogar sämtliche Gesellschafter nicht entsprechend § 128 S. 1 HGB persönlich haften müssen.

Im letztgenannten Fall wäre die Haftung somit gänzlich auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt und damit die GbR -ohne jegliches verbindliches Mindestkapital- einer rechtsfähigen juristischen Person und damit insbesondere einer GmbH gleichgestellt.

Dazu hat der Bundesgerichtshof (BGHZ 142, 315 vom 27.9.1999) festgestellt:

- Kein(e) Haftungsausschluss/-beschränkung durch lediglich interne Vereinbarung
Regeln Gesellschafter der GbR lediglich **im Gesellschaftsvertrag**, dass ihre **Haftung ausgeschlossen oder beschränkt** sein soll, so hat dies **im Außenverhältnis** gegenüber Dritten **keine Wirkung**. Eine solche interne Haftungsbegrenzung kann bestenfalls für den späteren Innenausgleich zwischen den Gesellschaftern Bedeutung haben.
- Kein(e) Haftungsausschluss/-beschränkung kraft Firmierung
Auch die bloße Bezeichnung einer GbR mit dem **Zusatz „mbH“** allein ist dazu **nicht ausreichend**.
- Vielmehr ist dazu **stets eine individualvertragliche Vereinbarung erforderlich**, die **dem Vertragspartner/und damit dem Gläubiger** das Ausmaß der/des Haftungsbeschränkung/-ausschlusses klar und deutlich vor Augen führt. Also, welche(r) Gesellschafter dies konkret betrifft und, ob dabei dessen/deren gesamte persönliche Haftung ausgeschlossen ist oder sie (nur) auf einen bestimmten Betrag begrenzt wird.
- Da der BGH „individualvertragliche“ Abreden verlangt, wird daher **auch kein(e) Haftungsausschluss/-beschränkung mittels AGB** möglich sein.

[**Annex:**

Auch den Gläubigern einer Partnerschaft **haften** neben (dem Vermögen) der Partnerschaft selbst die **Partner** der **Partnerschaft** für die Verbindlichkeiten der Partnerschaft **gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 PartGG** (i.V.m. § 128 S. 1 HGB) **akzessorisch, persönlich, solidarisch und sowie untereinander als Gesamtschuldner mit**.

Und gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 PartGG sind auch hier die §§ 129 und 130 des Handelsgesetzbuchs sind entsprechend anzuwenden].

3. Haftung der Kommanditisten

Differenziere:

- **Pflichteinlage** laut **Gesellschaftsvertrag** (= Innenverhältnis),
z.B. ein Grundstück einzubringen
- und **Haftleinlage § 162 Abs. 1 S. 1 HGB** (= Außenverhältnis),
 - die als „Betrag der Einlage und damit als **Geldbetrag** im **Handelsregister** eingetragen wird,
 - nur diese ist **maßgebend** für die persönliche (beschränkte) **Haftung** des Kommanditisten gegenüber Gläubigern gemäß §§ **172 Abs. 1 i.V.m. § 171 Abs. 1 HGB** (dazu sogleich).

a) Gründung einer KG

§ 176 HGB:

(1) ¹Hat die (Kommandit-)Gesellschaft ihre Geschäfte begonnen, bevor sie in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, eingetragen ist, so haftet jeder Kommanditist, der dem Geschäftsbeginn zugestimmt hat, für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter, es sei denn, dass seine Beteiligung als Kommanditist dem Gläubiger bekannt war.

²Diese Vorschrift kommt nicht zur Anwendung, soweit sich aus § 2 oder § 105 Abs. 2 (oder auch § 3!) HGB ein anderes ergibt.

(2) ...

(1) **Beginnt** eine (Kommandit-)Gesellschaft

(a) **Handelsgeschäfte** i.S.v. **§ 1 Abs. 2 HGB**

(b) unter **Zustimmung aller** Gesellschafter (scilicet: also auch der Kommanditisten!), ist sie damit schon vor Eintragung **KG kraft Betätigung** nach **§ 123 Abs. 2/§ 161 Abs. 2 HGB**

(c) und haftet damit als Rechtssubjekt selbst für ihre Verbindlichkeiten gemäß **§ 124 Abs. 1/§ 161 Abs. 2 HGB**.

(d) **Kommanditisten haften** dann

– den Gläubigern **persönlich unbeschränkt § 176 Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 HGB** wegen des **Rechtsscheins**, dass sie **als Komplementär beteiligt** sind (da keine KG und damit auch **keine Hafteinlage § 162 Abs. 1 S. 1 HGB eingetragen** ist),

– **es sei denn** (dann haften Kommanditisten nur beschränkt, §§ 171/172 HGB)

dem **Gläubiger** ist die **Beteiligung als Kommanditist bekannt**, **§ 176 Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 HGB**;

dies gilt aber nicht (und damit also doch wieder persönlich unbeschränkte Haftung gegenüber Gläubiger!), wenn ihm der Gesellschafter als solcher (und somit auch dessen die Beteiligung als Kommanditist) unbekannt ist!

– **Beachte: Ausschluss** der unbeschränkten Haftung möglich durch **aufschiebende Bedingung § 158 Abs. 1 BGB**:

„Die Zustimmung zur Geschäftsaufnahme wird erst (ex nunc) mit der Eintragung der Kommanditgesellschaft in das Handelsregister wirksam.“

(2) Aber betreibt die angestrebte (Kommandit-)Gesellschaft

(a) nur ein **Kleingewerbe gemäß § 2 HGB**

(b) oder ein/e **Land-/Forstwirtschaft/Nebengewerbe nach § 3 HGB**,

(c) **oder verwaltet** sie gemäß **§ 105 Abs. 2 HGB** nur **eigenes Vermögen**, ist sie **bis zur Eintragung** zunächst **GbR**, vgl. **§ 123 Abs. 1/§ 161 Abs. 2 HGB**.

Kommanditisten haften in diesem Fall

– **vor der Eintragung nicht gemäß § 176 Abs. 1 S. 2 HGB**

[– sondern nur analog § 128 S. 1 HGB, wenn sie dem Beginn (der GbR) zugestimmt hatten!]

b) **Eintritt als Kommanditist in eine entstehende KG**

§ 28 HGB:

(1) ¹Tritt jemand ~~als persönlich haftender Gesellschafter oder~~ als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein, so haftet die offene Handels-/Kommandit-Gesellschaft, auch wenn sie die frühere Firma nicht fortführt, für alle im Betrieb des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers.

²Die in dem Betrieb begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf die Gesellschaft übergegangen.

(2) Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von einem Gesellschafter dem Dritten mitgeteilt worden ist.

(3) ...

(1) Da die entstandene KG gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 HGB somit für die **vor dem Eintritt begründeten Altverbindlichkeiten** des ehemaligen Einzelkaufmanns haftet,

– somit auch akzessorische Mit-**Haftung** des eingetretenen Kommanditisten dafür gemäß §§ 171/172 HGB:

- also zwar **persönliche unmittelbare** Haftung gegenüber Gläubigern
- **aber nur beschränkt** i.H.d. restlichen (Haft-)Einlage [dazu gleich unter c) (3)],

– **und abdingbar, § 28 Abs. 2 HGB.**

(2) Für (Zwischen-)Verbindlichkeiten, die

- **zwischen dem Eintritt**
- **und der Eintragung der Hafteinlage**

begründet werden, gilt jedoch § 176 Abs. 1 bzw. 2 HGB:

- **persönliche unbeschränkte Haftung** den Gläubigern gegenüber wegen des **Rechtsscheins**, dass der Neue als **Komplementär eintritt** (da ja noch **keine Hafteinlage § 162 Abs. 1 S. 1 HGB eingetragen** ist!),
- aber auch hier **Ausschluss** der unbeschränkten Haftung möglich durch **aufschiebende Bedingung § 158 Abs. 1 BGB:**

„Der Eintritt wird erst (ex nunc) mit der Eintragung des Eintritts als Kommanditist in das Handelsregister wirksam.“

[dazu gleich unter c) (2)].

(3) Und für **Verbindlichkeiten** die **nach Eintragung der Hafteinlage** (§ 162 Abs. 1 S. 1 HGB) **begründet** werden, gelten dann die §§ 171/172 HGB:

- persönliche unmittelbare Haftung den Gläubigern gegenüber
- aber **beschränkt** i.H.d. restlichen (Haft-)Einlage [dazu gleich unter c) (2)].

c) Eintritt als Kommanditist in eine bestehende OHG oder KG

§ 173 HGB:

(1) Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft [also in eine offene Handelsgesellschaft (die dadurch zur Kommanditgesellschaft wird) oder (als weiterer Kommanditist) in eine Kommanditgesellschaft] **als Kommanditist eintritt**, haftet nach Maßgabe der §§ 171 und 172

HGB bis zur Höhe seiner Einlage beschränkt für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ohne Unterschied, ob die Firma eine Änderung erleidet oder nicht.

(2) Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

§ 171 HGB:

*(1) Der **Kommanditist haftet** den Gläubigern der Gesellschaft **bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar**; die Haftung ist **ausgeschlossen**, soweit die Einlage geleistet ist.*

(2) ...

§ 172 HGB:

*(1) Im Verhältnis zu den Gläubigern der Gesellschaft wird **nach** der **Eintragung** in das **Handelsregister** die **Einlage** eines Kommanditisten durch den in der Eintragung angegebenen Betrag bestimmt.*

(2) bis (6) ...

§ 162 HGB:

*(1) Die **Anmeldung** der Gesellschaft hat außer den in § 106 Abs. 2 HGB vorgesehenen Angaben die Bezeichnung der Kommanditisten und den **Betrag der Einlage** eines jeden von ihnen zu enthalten.*

(2) ...

§ 176 HGB:

*(1) ¹Hat die **Gesellschaft** ihre **Geschäfte begonnen**, bevor sie in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, **eingetragen** ist, so **haftet** jeder **Kommanditist**, der dem **Geschäftsbeginn** **zugestimmt** hat, für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft **gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter**, es sei denn, dass seine Beteiligung als Kommanditist dem Gläubiger bekannt war.*

²Diese Vorschrift kommt nicht zur Anwendung, soweit sich aus § 2 oder § 105 Abs. 2 HGB ein anderes ergibt.

(2) Tritt ein Kommanditist in eine bestehende Handelsgesellschaft ein, so findet die Vorschrift des Absatzes 1 Satz 1 für die in der Zeit zwischen seinem Eintritt und dessen Eintragung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft entsprechende Anwendung.

(1) Für vor dem Eintritt begründete Altverbindlichkeiten der KG/früheren OHG

somit

- gemäß **§ 173 Abs. 1** (≈ § 130 Abs. 1 bei Komplementären) **HGB**
 - **persönliche**, akzessorische Mit-**Haftung** des eingetretenen Kommanditisten
 - **aber beschränkt** bis zur Höhe seiner **Einlage** i.S.d. §§ 171/172 HGB
- **jedoch nicht abdingbar**, **§ 173 Abs. 2** (≈ § 130 Abs. 2 bei Komplementären) **HGB**.

(2) Für (Zwischen-)Verbindlichkeiten,

- die **zwischen** dem **Eintritt**
- **und** der **Eintragung** der **Haft einlage** **begründet** werden,

- gilt jedoch § 176 Abs. 2 HGB: Kommanditisten haften dann
 - den Gläubigern gegenüber **persönlich unbeschränkt** wegen des **Rechtsscheins**, dass der Neue als **Komplementär eintritt** (da ja noch **keine Hafteinlage § 162 Abs. 1 S. 1 HGB eingetragen** ist!),
 - **es sei denn** (dann haften Kommanditisten auch in der Zwischenzeit nur beschränkt §§ 171/172 HGB), dem **Gläubiger** ist die **Beteiligung als Kommanditist bekannt**.
- Aber auch hier **Ausschluss** der unbeschränkten Haftung möglich durch **aufschiebende Bedingung § 158 Abs. 1 BGB**:

„Der Eintritt wird erst (ex nunc) mit der Eintragung des Eintritts als Kommanditist in das Handelsregister wirksam.“

(3) Und für Verbindlichkeiten die nach Eintragung der Hafteinlage (§ 162 Abs. 1 S. 1 HGB) begründet werden, gelten dann die §§ 171/172 HGB

- wenn die (Haft-)Einlage eingetragen, aber noch nicht (voll) geleistet ist,
- zwar
 - **persönliche** unmittelbare akzessorische Mit-Haftung des Kommanditisten den Gläubigern gegenüber gemäß §§ 161 Abs. 2/128 S. 1 HGB,
 - **aber beschränkt** bis zur Höhe restlichen (Haft-)Einlage gemäß §§ 172 Abs. 1/171 Abs. 1 HGB:

Beispiel:

Forderung	100
als Hafteinlage eingetragen	50
davon der Gesellschaft erbracht	40

dann Haftung gegenüber Gläubigern auf restliche	10

Variante:

Forderung	100
als Hafteinlage (Außenverhältnis) eingetragen	50
aber als Pflichteinlage (Innenverhältnis) Grundstück eingebracht, dessen objektiver Wert bei Einbringung beträgt jedoch nur	30
o dann zwar Pflichteinlage laut Gesellschaftsvertrag erbracht,	
o aber im Handelsregister eingetragene Hafteinlage (§ 162 Abs. 1 S. 1 HGB: Betrag 50), dadurch noch nicht voll erbracht (da nur 30 wert)	

somit Haftung gegenüber Gläubigern auf Differenz von	20

Die Pflichteinlage wird also mit ihrem objektiven Wert (entscheidend ist Zeitpunkt der Einbringung!) auf die Hafteinlage angerechnet!

d) Wiederaufleben erloschener Einlagen §§ 171 Abs. 1/172 Abs. 1 und Abs. 4 S. 1 und 2 HGB

§ 171 HGB:

(1) Der Kommanditist haftet den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar; die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist.

(2) ...

§ 172 HGB:

(1) Im Verhältnis zu den Gläubigern der Gesellschaft wird nach der Eintragung in das Handelsregister die Einlage eines Kommanditisten durch den in der Eintragung angegebenen Betrag bestimmt.

(2) und (3) ...

(4) ¹Soweit die Einlage eines Kommanditisten **zurückbezahlt wird, gilt** sie den Gläubigern gegenüber als **nicht geleistet**.

²Das gleiche gilt, soweit ein Kommanditist Gewinnanteile entnimmt, während sein Kapitalanteil durch Verlust unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist, oder soweit durch die Entnahme der Kapitalanteil unter den bezeichneten Betrag herabgemindert wird.

³...

(5) und (6) ...

Beispiel:

Forderung	100
als Hafteinlage eingetragen	50
und der Gesellschaft voll erbracht	50

dann keine Haftung mehr	0
o aber wenn Kommanditist 10 zurück erhält	
o mindert dies die erbrachte Hafteinlage auf	40

somit wieder Haftung gegenüber Gläubigern in Höhe der entnommenen	10

Variante:

Forderung	100
als Hafteinlage eingetragen	50
und der Gesellschaft voll erbracht	50

dann keine Haftung mehr gegenüber Gläubigern	0
und wenn Kommanditist 10 der Einlage	
o in ein Darlehen umwandelt	
o und die Valuta dabei der Gesellschaft belässt	
mindert dies die erbrachte Hafteinlage nicht gemäß § 172 Abs. 4 HGB: 40 + 10 =	50

somit auch in diesem Fall keine Haftung gegenüber Gläubigern	0

e) Ausscheiden als Kommanditist §§ 160 Abs. 1 S. 1 und 2/161 Abs. 2 HGB

§ 160 HGB:

(1) ¹**Scheidet ein Gesellschafter (einer offenen Handelsgesellschaft/bzw. Kommanditgesellschaft § 161 Abs. 2 HGB) aus der Gesellschaft aus, so haftet er für ihre bis dahin begründeten Verbindlichkeiten, wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren nach dem Ausscheiden fällig und daraus Ansprüche gegen ihn in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art festgestellt sind oder eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird; bei öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten genügt der Erlass eines Verwaltungsakts.**

²**Die Frist beginnt mit dem Ende des Tages, an dem das Ausscheiden in das Handelsregister des für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Gerichts eingetragen wird.**

³...

(2) und (3) ...

Zu d) und e) noch unter § 6 II. 3. b) der Gliederung.

f) Annex:

Natürlich haben auch Kommanditisten, die wegen

- Gründung einer KG (§ 176 Abs. 1 S. 1 HGB)
- Eintritt als Kommanditist in eine entstehende KG (§§ 28 Abs. 1, 176 Abs. 1 HGB)
- Eintritt als Kommanditist in eine bestehende OHG oder KG (§ 173 Abs. 1 oder § 176 Abs. 2 HGB)
- oder nach §§ 171/172 HGB haften
- sowie nach ihrem Ausscheiden forthaften (§ 160 Abs. 1 S. 1 und 2/161 Abs. 2 HGB)

jeweils die **Verteidigungsmöglichkeiten** gemäß **§ 161 Abs. 2 i.V.m. 129 HGB**:

- o also § 161 Abs. 2 i.V.m. **§ 129 Abs. 1 1. Alt. HGB**
Kommanditisten können also Einwendungen erheben, die ihnen persönlich gegenüber dem Gläubiger zustehen,
- o § 161 Abs. 2 i.V.m. **§ 129 Abs. 1 2. Alt. HGB**
und Kommanditisten können Einwendungen erheben, die der KG zustehen,
- o § 161 Abs. 2 i.V.m. **§ 129 Abs. 2 HGB**,
Kommanditisten können die Leistung verweigern, wenn und solange die KG anfechten könnte,
- o sowie § 161 Abs. 2 i.V.m. **§ 129 Abs. 3 HGB**,
Kommanditisten können die Leistung ebenfalls verweigern, wenn und solange die KG aufrechnen könnte
- o und darüber hinaus sind § 161 Abs. 2 i.V.m. **§ 129 Abs. 2 und Abs. 3 HGB analog** bei sonstigen Gestaltungsrechten einer KG wie Rücktritt/Minderung/Kündigung auch auf Kommanditisten anzuwenden. Sie können damit die Leistung auch verweigern, wenn und solange die KG zurücktreten/mindern oder kündigen könnte

4. Die Problematik des Gesellschaftergläubigers

= wenn der Gläubiger der Gesellschaft kein Dritter, sondern ein Gesellschafter ist.

a) Ansprüche eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvertrag = Sozialverpflichtungen:

§ 110 HGB:

(1) Macht der Gesellschafter in den Gesellschaftsangelegenheiten Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf (= 1. Alt.), oder erleidet er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, Verluste (= 2. Alt.), so ist ihm die Gesellschaft zum Ersatz verpflichtet.

(2) ...

Beispiel 1:

A, B & C OHG, auf einer Geschäftsreise wird der Wagen des A im Wert von 30.000,- € beschädigt.

– Dann wegen dieses **Verlusts** gemäß **§ 110 Abs. 1 2. Alt HGB**

Erstattungsanspruch des Gesellschafters A **in voller Höhe** von 30.000,- € **gegen die Gesellschaft, § 124 Abs. 1 HGB.**

– **Aber** wegen solcher **Sozialverpflichtungen** nach **§ 110 Abs. 1 2. HGB**

grundsätzlich kein Regressanspruch des A **gegen die Mitgesellschafter B und C** gemäß **§ 128 S. 1 i.V.m. § 105 Abs.3 HGB** und **§ 426 BGB** (so BGHZ 37, 299/301):

Auf **Sozialverpflichtungen** ist **§ 128 S. 1 HGB nicht anwendbar**, da dies einer (während des Bestehens der Gesellschaft) verbotenen Nachschusspflicht gleichkäme, **§ 105 Abs. 3 BGB i.V.m. § 707 BGB!**

b) Ausnahme, wenn ein Gesellschafter gemäß § 128 S. 1 HGB für eine Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen wird und diese erfüllt

Beispiel 2:

A, B & C OHG, Gläubiger D geht aus z.B. wegen einer Kaufpreisforderung gegen die OHG aus **§ 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 S. 1 HGB** gegen A i.H.v. 30.000,- € vor, der den D befriedigt.

§ 110 HGB:

(1) Macht der Gesellschafter in den Gesellschaftsangelegenheiten Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf (= 1. Alt.), oder erleidet er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, Verluste (= 2. Alt.), so ist ihm die Gesellschaft zum Ersatz verpflichtet.

(2) ...

- Dann Erstattungsanspruch des Gesellschafters A wegen dieser „Aufwendung“ § 110 Abs. 1 1. Alt. HGB
gegen die Gesellschaft in voller Höhe von 30.000,- €, § 124 Abs. 1 HGB.
- Und wegen solcher Sozialverpflichtungen auf Grund Tilgung einer Gesellschaftsverbindlichkeit
auch Regressanspruch des A gegen die Mitgesellschafter B und C aus §§ 110 Abs. 1 1. Alt., 128 S. 1 HGB i.V.m. § 426 BGB,
 - **allerdings** muss dabei nach BGHZ 37, 299/301 bei solchen Sozialverpflichtungen auf Grund Tilgung einer Gesellschaftsverbindlichkeit zuerst der Ausgleich bei der Gesellschaft versucht werden, die Mitgesellschafter haften dafür somit nur subsidiär(!),
 - **und** der Gesellschafter A muss sich bei einem Vorgehen wegen Erfüllung einer Gesellschaftsverbindlichkeit gegen seine Mitgesellschafter B und C seinen eigenen und deren jeweiligen Verlustanteil abziehen lassen, da sonst ein Regresszirkel entstünde:
 - o Also kann A gegen B nur pro rata(!) i.H.v. 10.000,- €
 - o und gegen C auch nur pro rata i.H.v. 10.000,- € vorgehen.

c) Rückausnahme bei Ansprüchen aus sog. **Drittbeziehung** (Terminologie z.T. auch „Individualansprüche“)

= wenn keine Verpflichtung der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvertrag, sondern aus einem **anderen Rechtsgrund** besteht (bei dem der Gesellschafter also wie jeder andere Gläubiger auch zu behandeln ist).

Beispiel 3:

A, B & C OHG, A ist zugleich Gläubiger, denn er hat z.B. eine Kaufpreisforderung gegen die OHG i.H.v. 30.000,- €.

- Dann nicht aus dem Gesellschaftsvertrag herrührender (**Individual-)**Anspruch des Gesellschafters und (**Dritt-)**Gläubigers A aus Drittbeziehung, hier Kaufvertrag § 433 Abs. 2 BGB
gegen die Gesellschaft in voller Höhe von 30.000,- €, § 124 Abs. 1 HGB.
- **Sowie bei** solchen Ansprüchen aus Drittbeziehung/Individualansprüchen
auch Regressanspruch des Gesellschafters und (Dritt-)Gläubigers A **gegen** die Mitgesellschafter B und C aus § 433 Abs. 2 BGB/§ 128 S. 1 HGB i.V.m. § 426 BGB,
 - **jedoch** braucht bei solchen Individualansprüchen nicht zuerst der Ausgleich bei der Gesellschaft versucht werden, Mitgesellschafter haften dafür also nicht subsidiär (**streitig**, vgl. RGZ 153, 305/311)
 - **und** Gesellschafter A muss sich bei einem Vorgehen wegen Ansprüchen aus einer Drittbeziehung gegen seine Mitgesellschafter B und C nur seinen eigenen Verlustanteil abziehen lassen, nicht aber auch deren jeweilige Verlustanteile, obwohl damit ein Regresszirkel entstehen kann, BGH NJW 1983, 749 (**ebenfalls umstritten**):
 - o Also kann A gegen B (/C) i.H.v. 20.000,- € vorgehen

- o sowie B (/C) dann i.H.v. 10.000,- € gegen C (/B)!
- [o Und B (/C) muss sich bei Insolvenz des C (/B) dann wieder i.H.v. 5.000,- € an A halten.]