

Gesellschaftsrecht

Ein Studienbuch

Bearbeitet von

Prof. Dr. Christine Windbichler, Prof. Dr. Dr. h.c. Alfred Hueck, Götz Hueck

24. Auflage 2017. Buch. XXXIX, 526 S. Kartoniert

ISBN 978 3 406 68059 5

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht](#)

Zu Inhalts- und Sachverzeichnis

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

gane der OHG, Schulden aus ungerechtfertigter Bereicherung sowie öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten wie Steuer- und Abgabenschulden.

Dagegen haftet die OHG **nicht für private Schulden ihrer Gesellschafter**. Privatgläubiger können sich nicht an das Gesellschaftsvermögen halten (§ 124 Abs. 2 HGB), sondern nur die vermögensrechtlichen Ansprüche ihres Schuldners gegen die OHG pfänden, z. B. Ansprüche auf Aufwendungserlass nach § 110 HGB, Ansprüche aus einem Gewinnausschüttungsbeschluss, vor allem das (künftige) Auseinandersetzungsguthaben.²³

2. Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen

Für die Gesellschaftsschulden haftet einerseits die OHG mit dem Gesellschaftsvermögen, andererseits haften alle Gesellschafter mit ihrem gesamten Vermögen (§ 128 HGB). Diese Haftung ist **zwingend**; sie kann weder durch den Gesellschaftsvertrag noch durch sonstige Vereinbarungen unter den Gesellschaftern ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Vor allem ist eine Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen nicht möglich. Diese **unbeschränkte und unbeschränkbare persönliche Haftung aller Gesellschafter** ist ein Hauptcharakteristikum der OHG. 16

Dagegen kann der **einzelne Gläubiger durch Vertrag** auf die persönliche Inanspruchnahme aller oder einzelner Gesellschafter verzichten (vgl. oben § 8 Rn. 13); die Haftung ist dann vereinbarungsgemäß modifiziert oder ganz auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt. Das kann im ursprünglichen Vertrag, aber auch nachträglich vereinbart werden. Auf Bedenken stößt aber umgekehrt ein Erlass gegenüber der OHG unter Vorbehalt der Inanspruchnahme eines Gesellschafters.²⁴ Die Gesellschafterhaftung ist akzessorisch (unten Rn. 20, 25), setzt also eine Verbindlichkeit der Gesellschaft voraus.

a) Inhalt der Haftung

Besteht die Verbindlichkeit in einer Geldschuld, ergeben sich keine Besonderheiten für die Haftung des Gesellschafters. Fraglich ist aber der Inhalt der Gesellschafterhaftung, wenn eine andere Leistung geschuldet ist, z. B. Übereignung eines Grundstücks oder Erteilung einer Auskunft. Nach der „**Erfüllungstheorie**“ schuldet der Gesellschafter die gleiche Leistung wie die Gesellschaft.²⁵ Nach der „**Haftungstheorie**“ trifft den Gesellschafter eine Einstandspflicht in Geld für die Verbindlichkeit der OHG.²⁶ Beide Ansätze führen, streng angewandt, nicht zu tauglichen Problemlösungen. Die heute überwiegende Meinung folgt der Erfüllungstheorie, jedoch mit zahlreichen Varianten in der Begründung wie auch in den Folgerungen.²⁷ 17

Dogmatische Erklärungen stützen sich darauf, dass die Haftung der Gesellschafter nach § 128 HGB primäre Schuld ist, nicht etwa nur Ersatz- oder Ausfallhaftung für den Fall, dass die OHG nicht erfüllt. Auch die Auffassung von der Rechtsträgerschaft der Gesellschafter bei der Gesamtheit, wie sie im Wortlaut der §§ 733 Abs. 1 S. 1, 735 S. 1 BGB zum Ausdruck kommt, spricht für die Erfüllungstheorie, ist bei der unzweifelhaften rechtlichen Verselbständigung der OHG aber wenig überzeugend. Für die Haftungstheorie spricht die Akzessorietät der Gesellschafterhaftung, eine Vorstellung, die von der OHG als Rechtsträger und damit der Unterscheidung zwischen Gesellschaftsschuld und Gesellschafterhaftung ausgeht. Gleichwohl kann von der Akzessorietät nicht zwingend auf den Inhalt der Haftung geschlossen werden.

²³ BGHZ 116, 222, 229.

²⁴ BGHZ 47, 376; dazu K. Schmidt, § 49 II 3a.

²⁵ BGHZ 73, 217; BGH NJW 1987, 2367 = JuS 1987, 826 m. Anm. K. Schmidt.

²⁶ Großkomm-HGB(Staub)/Fischer, 3. Aufl., 1967 ff., § 128 Anm. 6ff., insb. 9ff.; John, Die organisierte Rechtsperson, 1977, S. 250ff., insb. S. 254ff.

²⁷ Ausführlich Staub/Habersack, § 128 Rn. 27ff.; K. Schmidt, § 49 III.

Vielfach behandelte **Beispiele** sind teilweise realitätsfern, aber instruktiv: Die OHG, vertreten durch einen Gesellschafter, verpflichtet sich zur Übereignung eines Hausgrundstücks, das zum Privatvermögen eines anderen Gesellschafters gehört. Kann der Gläubiger von ihm Erfüllung durch Übereignung des Grundstücks verlangen, auch wenn der Gesellschafter zu dessen Aufgabe nicht bereit ist, etwa weil es mit seinem Einfamilienhaus, in dem er wohnt, bebaut ist und er der Gesellschaft diesbezüglich nichts schuldet? Muss ein Gesellschafter einem Gläubiger der OHG sonst nicht mehr erhältliche Ware liefern, die er für sein eigenes Geschäft noch auf Lager hat? Muss er marktgängige Ware, die er selbst nicht hat, für den Gläubiger beschaffen? Ist der Gesellschafter einer Bau-OHG an deren Stelle zur Errichtung eines Bauwerkes oder zur Mängelbeseitigung verpflichtet? Kann ein Gesellschafter, der selbst von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen ist, auf von der OHG geschuldete Rechnungslegung in Anspruch genommen werden?

- 18 Der Inhalt der Gesellschafterhaftung kann nicht im Wege formaler Ableitung aus dem Wesen der OHG oder aus einer bestimmten dogmatischen Einordnung der Gesellschafterhaftung gewonnen werden. Vielmehr bedarf es dafür ausgehend vom **Zweck des § 128 HGB** und der praktischen Umsetzbarkeit im Zivilprozess einer Abwägung zwischen Gläubiger- und Gesellschafterinteressen.²⁸ Dafür ist wesentlich, dass § 128 HGB, da bei der OHG ein in der Aufbringung und Erhaltung rechtlich gesichertes Haftungskapital fehlt, die umfassende persönliche Haftung zum **Schutz der Gesellschaftsgläubiger** vorschreibt und damit, auch im Interesse der Kreditfähigkeit der OHG, den Gläubigerinteressen besonderes Gewicht verleiht. Diesem Ziel entspricht die Gewährung des Erfüllungsanspruchs besser als die bloße Verweisung auf Geldersatz. Letztere würde einen Gläubiger, der in erster Linie auf Erfüllung Wert legt, an der primären Inanspruchnahme der Gesellschafter hindern oder ihn insoweit in den an sich nicht gewünschten Geldersatz drängen. Andererseits darf die Verpflichtung des Gesellschafters nicht eine neue, über die OHG-Verbindlichkeit hinaus gehende Leistung darstellen.²⁹
- 19 aa) Mit der h. M. ist also im **Grundsatz** davon auszugehen, dass die Gesellschafter nach § 128 HGB **Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten in gleicher Weise wie die OHG** schulden. **Abweichungen** können sich unter den nachfolgenden Gesichtspunkten ergeben.
- bb) Wenn eine Leistung ihrem **Gegenstand** nach nur von der OHG erbracht werden kann, haften die Gesellschafter persönlich im Ergebnis³⁰ nur auf Geldersatz.

Beispiele: Eine bestimmte als Stückschuld zu leistende Sache befindet sich im Gesellschaftsvermögen. Eine Werkleistung, etwa eine besondere Entwicklungsarbeit, kann nur durch von der OHG beschäftigte Spezialisten oder nur mit ihren Spezialeinrichtungen verwirklicht werden. Die OHG ist zur Abgabe einer Willenserklärung verpflichtet.³¹

Das gilt auch, wenn *vertraglich die Erfüllungspflicht auf die OHG beschränkt* wird. Das kann ausdrücklich vereinbart werden, kann sich aber auch durch **Vertragsauslegung** ergeben, wobei im Interesse des Gläubigers an die Erkenntbarkeit hohe Anforderungen zu stellen sind (§ 157 BGB).

Beispiel: Bei einer Baugesellschaft können Planung und Bauausführung allein durch die OHG vereinbart sein, da insoweit meist das Vertrauen des Bauherrn zu einem bestimmten Unternehmen wesentlich ist; etwas anderes mag für eine spätere Mängelbeseitigung gelten.

Wird durch Vertrag die **Erfüllungspflicht** auf die OHG beschränkt, bleibt die Haftung der Gesellschafter nach § 128 HGB als **Einstandspflicht** auf Geldersatz bestehen. Das muss *deutlich unterschieden* werden von der oben Rn. 16 a. E. behandelten vertraglichen *Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen*, durch die der Gläubiger auf die Haftung der Gesellschafter nach § 128 HGB ganz verzichtet. In den Fällen

²⁸ BGHZ 23, 302, 305 gestützt auf A. Hueck, OHG, § 21 II 3 und 5; K. Schmidt, § 49 III 1 c; Wiedemann I, § 5 IV 1, auch 2a bb; strenger Grunewald, § 2 Rn. 39.

²⁹ Grunewald, § 2 Rn. 40 f.; K. Schmidt, § 49 III 2 c; MünchKomm-HGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 24; OLG Nürnberg WM 1996, 399, 402.

³⁰ Davon zu unterscheiden ist die Formulierung der Klage; der Gläubiger kann vom Erfüllungsanspruch zum Schadensersatz statt der Leistung übergehen, § 281; vgl. Hessler/Strohn/Steitz, § 128 HGB Rn. 24; Staub/Habersack, § 128 Rn. 31 ff.

³¹ BGH NJW 2008, 1378 = JuS 2008, 753 m. Anm. K. Schmidt – Bewilligung einer Grunddienstbarkeit an einem Grundstück, das sich im Vermögen der Gesellschaft (GbR) befindet; MünchKomm-HGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 30.

len, in denen der Gläubiger vom einzelnen Gesellschafter zwar nicht Erfüllung verlangen kann, könnte man stattdessen eine Pflicht zur Einwirkung des Gesellschafters auf die Gesellschaft erwägen. Daran ist richtig, dass die Mitverantwortung des Gesellschafters eine solche Einwirkung umfasst und dass letztlich die persönliche Haftung nach § 128 HGB (auch) auf diesem Gedanken beruht und einen entsprechenden Anreiz setzt. Dennoch ist ein Rechtsanspruch des Gläubigers auf Einwirkung in diesem Sinn als Inhalt der Haftung nach § 128 HGB abzulehnen, denn damit würde der Sache nach entgegen § 124 HGB der gegen die OHG gegebene Anspruch mit anderem Inhalt (Verhalten im Innenverhältnis) gegen den einzelnen Gesellschafter gerichtet. Erst recht mit § 124 HGB unvereinbar wäre ein Anspruch gegen einen vertretungsberechtigten Gesellschafter persönlich auf **Abgabe einer Willenserklärung** namens der OHG. Ein solcher Anspruch kann sich nur gegen die OHG als solche richten;³² die Folgen im Fall einer Vollstreckung nach § 894 ZPO machen das zusätzlich deutlich.

cc) Die Gesellschafter sind **bei vertretbaren Leistungen**, wenn also Sachleistungen oder Handlungen geschuldet sind, bei denen es auf die Person des Leistenden nicht ankommt, in gleicher Weise wie die OHG zur Erfüllung verpflichtet. Kann der Gesellschafter die Leistung nicht selbst erbringen, sie aber mit entsprechendem Geldaufwand durch einen Dritten bewirken lassen, kann der Gläubiger von ihm Erfüllung verlangen und braucht sich nicht auf bloßen Geldersatz und eine von ihm selbst einzuleitende Ersatzvornahme verweisen zu lassen.³³

dd) Wenn die Gesellschaft eine **nicht vertretbare Leistung** schuldet, die gerade (nur) der in Anspruch genommene Gesellschafter erbringen kann, ist zu differenzieren. Zwischen dem von § 128 HGB geschützten Gläubigerinteresse und der ebenfalls anzuerkennenden gesellschaftsfreien *Privatsphäre* des Gesellschafters ist abzuwagen. Überwiegend anerkannt ist, dass der Gesellschafter dem Gläubiger jedenfalls Erfüllung in natura schuldet, wenn er *der Gesellschaft gegenüber* – sei es als Einlage, sei es im Rahmen der Geschäftsführung oder in sonstiger Weise – *zu einer solchen Leistung verpflichtet ist*. Ohne diese Verpflichtung kann sich der Gesellschafter zumindest dann auf Geldersatz beschränken, wenn *für den Gläubiger das Übergreifen des Leistungsversprechens in die Privatsphäre erkennbar war*. In den verbleibenden Fällen wird man dem Gläubigerinteresse an Erfüllung grundsätzlich den Vorrang einräumen müssen; der Gesellschafter kann demgegenüber allenfalls bei schwerwiegender Beeinträchtigung eine Berücksichtigung seiner Privatsphäre nach § 242 BGB verlangen.

Beispiele: In dem eingangs erwähnten Grundstücksfall muss der Gesellschafter das ihm gehörende Grundstück unmittelbar dem Gläubiger übereignen, wenn er ohnehin zur Einbringung in das Gesellschaftsvermögen oder in sonstiger Weise zur Übertragung verpflichtet war; trifft das nicht zu – so im Zweifel bei dem von ihm bewohnten Hausgrundstück –, schuldet er nur Geldersatz, denn die Zugehörigkeit zum Privatvermögen konnte der Gläubiger aus dem Grundbuch ersehen. Der (ausgeschiedene) Gesellschafter ist zur Herausgabe einer Leasing-Sache verpflichtet.³⁴ Hat allein der Gesellschafter persönlich noch die von der OHG zugesagte, anderweitig nicht mehr zu beschaffende Ware auf Lager, kommt es darauf an, ob für den Gläubiger dieser Tatbestand erkennbar war; ist das, wie anzunehmen, nicht der Fall, muss der Gesellschafter aus seinem Bestand liefern.

Der Einwand, dass hiernach *innergesellschaftliche Rechtsbeziehungen* für das Außenverhältnis gegenüber dem Gläubiger maßgeblich seien, greift nicht, wenn dieser sich eine Leistung zusagen lässt, die für ihn erkennbar nur aus dem Privatvermögen eines Gesellschafters oder sonst von diesem persönlich erbracht werden kann. Auch die Lösung über die Akzessorietät der Gesellschafterhaftung führt nicht weiter. Das Unvermögen der OHG zur Leistung könnte sich entsprechend auch auf den Inhalt der Haftung des Gesellschafters auswirken.³⁵ Doch hängt dieses Unvermögen gerade auch davon ab, ob der Gesellschafter intern zu der Leistung verpflichtet ist, die der Gesellschaft die Erfüllung gegenüber dem Gläubiger ermöglicht. Das nötigt ebenfalls zur Berücksichtigung innergesellschaftlicher Beziehungen.

ee) Besonderheiten können sich bei **Unterlassungspflichten** ergeben, vor allem bei Wettbewerbsverböten. Wenn sie ohnehin ihrem Inhalt nach nur die OHG selbst betreffen oder nur für diese vereinbart sind, gilt das oben zu bb) Ausgeführte; die Gesellschafter sind persönlich nicht gebunden.³⁶ Andererseits kann sich

³² BGH NJW 2008, 1378 = JuS 2008, 753 m. Anm. K. Schmidt betr. GbR.

³³ BGHZ 73, 217, 221; Wiedemann/Frey, Nr. 144.

³⁴ BGH NJW 1987, 2367, 2369.

³⁵ So etwa Wiedemann/Frey, Nr. 145; wie hier Staub/Habersack, § 128 Rn. 32.

³⁶ So z. B. in den Fällen RG JW 1902, 78 und RGZ 136, 266; anschaulich bei K. Schmidt, § 49 III 2c.

2. Abschnitt. Das Recht der Personengesellschaften

die Unterlassungspflicht auf sie nach dem vorstehend zu dd) Ausgeführten erstrecken, wenn die Gesellschafter der OHG gegenüber zur Einhaltung verpflichtet sind.

Streng genommen ist das Unterlassen (z. B. von Wettbewerb) der Gesellschaft und das Unterlassen des Gesellschafters nicht dasselbe. Daher wird als Begründung für die Verpflichtung der Gesellschafter Umgehung und Rechtsmissbrauch (§ 242 BGB) herangezogen, wenn die Gesellschafter eine andere personengleiche Gesellschaft vorschreiben.³⁷ Damit ist eine Problematik angesprochen, die bei den juristischen Personen unter dem Stichwort **Durchgriff** diskutiert wird (unten § 24 Rn. 27ff.).

b) Weitere Merkmale der Gesellschafterhaftung

- 20 Die Haftung nach § 128 HGB ist **unbeschränkt** und **unbeschränkbar**, **unmittelbar**, **primär** und **gesamtschuldnerisch**. Unmittelbare Haftung bedeutet, dass der Gläubiger den Gesellschafter direkt in Anspruch nehmen kann und keinen Umweg über die Gesellschaft selbst gehen muss. Letzteres ist der Fall bei der Innenhaftung z. B. der GmbH und Vor-GmbH (unten § 21 Rn. 25). Die Haftung ist primär, weil es dem Gläubiger frei steht, ob er zuerst die Gesellschaft oder den Gesellschafter oder beide zugleich in Anspruch nehmen will. Der Gesellschafter hat keine Einrede der Vorausklage wie bei einer Bürgschaft (§ 771 BGB). Die Gesellschafter sind untereinander, wie § 128 S. 1 HGB ausdrücklich sagt, Gesamtschuldner; es gelten die §§ 421ff. BGB. Jeder Gesellschafter haftet für die ganze Verbindlichkeit der OHG und kann nicht auf die Mitgesellschafter (*pro rata*) verweisen. Etwas anderes gilt im Innenverhältnis beim Innenausgleich. Der Innenausgleich beschränkt sich nicht auf einen Ausgleich nach Befriedigung des Gläubigers; aus dem Innenverhältnis können auch Ansprüche des Gesellschafters gegen die Gesellschaft oder die Gesellschafter auf Freistellung von der Inanspruchnahme durch den Gläubiger erwachsen.³⁸ **Kein Gesamtschuldverhältnis** besteht dagegen zwischen der OHG und ihren Gesellschaftern.³⁹ Es handelt sich vielmehr um ein Verhältnis der **Akkessorietät**, d. h. die Gesellschafterhaftung teilt das Schicksal der Verbindlichkeit der Gesellschaft. Einwendungen des Gesellschafters richten sich nach § 129 HGB (unten Rn. 25f.).

c) Minderjährige Gesellschafter

- 21 Mit Zustimmung des Familiengerichts (oben § 12 Rn. 2) oder durch Erbfall (unten § 15 Rn. 2ff.) können auch Minderjährige Gesellschafter einer OHG werden. Nach § 1629a BGB haften Minderjährige nur beschränkt für Verbindlichkeiten, die von den Eltern oder sonstigen vertretungsbefugten Personen mit Wirkung für das Kind oder auf Grund eines Erwerbs von Todes wegen begründet wurden. Erfordernis und Vorliegen der familiengerichtlichen Genehmigung ändern daran nichts. Zum Zuschnitt und zur Haftungsverfassung der OHG passt das allerdings schlecht. Dass sich die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung mit der Stellung als OHG-Gesellschafter nicht verträgt, zeigt § 139 HGB, der Übergangszeiten zu minimieren sucht (dazu unten § 15 Rn. 7ff.). Nach § 1629a Abs. 2 BGB gilt die Haftungsbeschränkung nicht, wenn es sich um Verbindlichkeiten aus dem selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts handelt, soweit der Minderjährige hierzu nach § 112 BGB ermächtigt war. Das ist ein auch für die OHG gangbarer Weg, zumal der minderjährige Gesellschafter dann seine Rechte in der Gesellschaft selbst ausüben kann.⁴⁰ Im Übrigen gilt die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auch für den volljährig gewordenen OHG-Gesellschafter. Streitig ist dabei die Haftung für gesetzliche Ansprüche gegen die Gesellschaft, da § 1629a BGB nur rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten erfasst. Ein Aufspalten der Haftung nach dem

³⁷ BGHZ 59, 64 für einen Kiesabbauvertrag; BGH BB 1974, 482 bei teilweiser Veräußerung eines regionalen Müllabfuhrunternehmens.

³⁸ BGH ZIP 2007, 2313 = JuS 2008, 283 m. Anm. *K. Schmidt*.

³⁹ H. M., *K. Schmidt*, § 49 II 4b m.w.N.; einzelne Rechtsgedanken aus dem Recht der Gesamtschuld können aber ggf. herangezogen werden, Baumbach/Hopt/Roth, § 128 Rn. 19f.

⁴⁰ Vgl. dazu BGHZ 65, 93, 95; Baumbach/Hopt/Roth, § 105 Rn. 27; Behnke, NJW 1998, 3082; Haertlein, JA 2000, 982.

Entstehungsgrund⁴¹ passt nicht zur akzessorischen Haftung bei der OHG (oben § 8 Rn. 11 f.). Mit dem Haftungskonzept der Personenhandelsgesellschaften besser vereinbar ist der Lösungsansatz, der darauf verweist, dass die Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB *ex lege* besteht, somit nicht auf einzelnen Rechtsgeschäften oder sonstigen Handlungen mit Wirkung für das Kind beruhen. Maßgeblich kann daher nur der Erwerb der Mitgliedschaft selbst sein, der zur gesetzlichen Haftung führt, und der Bestand der Verbindlichkeiten im Zeitpunkt des Volljährig-Werdens.⁴²

§ 1629a Abs. 4 sieht deshalb, in Verbindung mit dem Kündigungsrecht nach § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB, eine gewisse Erleichterung hinsichtlich des Nachweises des Entstehungszeitpunkts der einzelnen Verbindlichkeiten vor. Zur Kündigungsmöglichkeit bei der OHG unten § 15 Rn. 13. Praktisch ist jedenfalls von der Aufnahme Minderjähriger in eine OHG ohne Ermächtigung nach § 112 BGB abzuraten. Die Wahrung der Interessen des Minderjährigen, der Gesellschaft und deren Gläubiger sollten in anderen Gestaltungsformen gesucht werden, z. B. Kommandit- oder stille Beteiligung.

3. Haftung eintretender und ausscheidender Gesellschafter

Der für die Gesellschafterhaftung maßgebliche Zeitpunkt ist zunächst die Entstehung 22 der Verbindlichkeit. Wer dann Gesellschafter ist, haftet nach § 128 HGB. Tritt ein Gesellschafter neu in die Gesellschaft ein, wäre es allerdings misslich, wenn zwischen den Verbindlichkeiten vor und nach dem Eintritt unterschieden werden müsste. Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, haftet er für danach begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht. Er kann sich aber nicht der bereits bestehenden Haftung für zuvor begründete Schulden entziehen. Deshalb gibt es Sonderregeln für die Fälle des Ein- und Austritts.

a) Eintretender Gesellschafter

Nach § 130 Abs. 1 HGB haften neu eintretende Gesellschafter auch für bereits bestehende Gesellschaftsschulden; auf die Fortführung der Firma kommt es, anders als bei § 25 HGB, nicht an. Entgegenstehende Abreden sind Dritten gegenüber unwirksam (§ 130 Abs. 2 HGB). Ihnen kann auch nicht, wie bei Entstehung einer OHG durch Eintritt als Gesellschafter in das bestehende Geschäft eines Einzelkaufmanns nach § 28 Abs. 2 HGB, durch Eintragung ins Handelsregister Außenwirkung verschafft werden. Abreden im Innenverhältnis bleiben davon unberührt. 23

b) Ausgeschiedener Gesellschafter

Aus der OHG ausgeschiedene Gesellschafter haften weiter für Verbindlichkeiten, die vor ihrem Ausscheiden entstanden sind.⁴³ § 160 HGB begrenzt diese Nachhaftung auf höchstens fünf Jahre (ähnlich §§ 26, 28 Abs. 2 HGB, § 45 UmwG). Der Haftungsausschluss erfasst alle Ansprüche aus der persönlichen Haftung nach § 128 HGB einschließlich der (früher besonders streitigen) Dauerschuldverhältnisse. Voraussetzung für die Nachhaftung ist, dass die Verbindlichkeit vor Ablauf von fünf Jahren fällig wird und Ansprüche daraus gegen den Gesellschafter vollstreckbar (i. S. d. § 197 Abs. 1 Nr. 3–5 BGB) geworden sind. Die Frist beginnt mit der Eintragung des Ausscheidens im Handelsregister (§ 160 Abs. 1 S. 2 HGB). Wie bei der GbR genügt aber auch die positive Kenntnis des Gläubigers, die Frist in Lauf zu setzen (oben § 9

⁴¹ So Grunewald, ZIP 1999, 597, 598.

⁴² Staub/Habersack, § 128 Rn. 9, § 139 Rn. 38 auch für Erwerb als Erbe; für analoge Anwendung des § 1629a BGB MünchKomm-BGB/Huber, § 1629a Rn. 17; kritisch MünchKomm-HGB/K.Schmidt, § 128 Rn. 67: unsachgemäße Regelung.

⁴³ Zum maßgeblichen Zeitpunkt BGHZ 142, 324 = NJW 2000, 208 = NZG 2000, 135 (betr. GbR); BAG NZG 2004, 1104; Wiedemann/Frey, Nr. 146.

Rn. 13).⁴⁴ Wie bei der Verjährung wird der Ausschluss durch Rechtsverfolgung gehemmt (§ 160 Abs. 1 S. 3 HGB i.V.m. § 204 BGB). Einer vollstreckbaren Feststellung bedarf es nicht, wenn der Gesellschafter den Anspruch schriftlich anerkennt (§ 160 Abs. 2 HGB). Die Nachhaftungsbegrenzung greift auch ein, wenn ein OHG-Gesellschafter Kommanditist wird (§ 160 Abs. 3 HGB). Der Ausschluss gilt nicht bei Auflösung der Gesellschaft (§ 159 HGB, dazu oben § 12 Rn. 32, 35).

4. Einwendungen des Gesellschafters

- 25 Wird ein Gesellschafter wegen einer Gesellschaftsschuld in Anspruch genommen, kann er sich in zweifacher Richtung **verteidigen**:

a) Einwendungen der Gesellschaft

Der Gesellschafter kann alle Einwendungen geltend machen, die der OHG selbst zu stehen (§ 129 Abs. 1 HGB).

Beispiele: Nichtigkeit des Vertrags, Verjährung der Forderung gegenüber der OHG,⁴⁵ Stundung, Erfüllung, Erlass (dazu oben Rn. 16). Die Geltendmachung kann ihm ausnahmsweise aus besonderen, nur bei ihm vorliegenden Gründen verwehrt sein, z. B. wenn die Verjährung nur ihm gegenüber rechtzeitig unterbrochen wurde.⁴⁶

§ 425 BGB findet keine Anwendung (oben Rn. 20). Das gilt auch für den ausgeschiedenen Gesellschafter, der nach § 160 HGB haftet. Die Einwendungen stehen dem Gesellschafter aber nur insoweit zu, als sie von der OHG selbst geltend gemacht werden können. Deshalb wird ein Einwand z. B. durch Verzicht der OHG oder Verwirkung nach § 242 BGB auch für den Gesellschafter ausgeschlossen. Das ergibt sich aus der **Akkessorietät**, der Gesellschafter haftet für die Gesellschaftsschulden in ihrem jeweiligen Bestand. Wird durch ein rechtskräftiges Urteil gegen die OHG das Bestehen der Gesellschaftsschuld festgestellt, gilt das auch für den Gesellschafter; es verbleiben ihm dann nur persönliche Einwendungen (unten Rn. 27).

b) Gestaltungsrechte der Gesellschaft

- 26 Steht der OHG ein Recht zur **Anfechtung**, **Aufrechnung**, zum **Rücktritt** oder ein ähnliches **Gestaltungsrecht** zu, kann der einzelne Gesellschafter dieses Recht nicht im eigenen Namen ausüben, da er über Rechte der OHG nicht verfügen kann. Im Namen der OHG könnte er als vertretungsberechtigter Gesellschafter handeln, was aber vielleicht nicht im Sinne der Gesellschaft ist. Fehlt ihm die (Allein-)Vertretungsmacht, hat er überhaupt keinen Zugriff auf die Gestaltungsmöglichkeiten der Gesellschaft. Deshalb gibt ihm § 129 Abs. 2 und 3 HGB eine **aufschiebende Einrede**. Er kann, so lange die OHG ein solches Gestaltungsrecht hat, die Leistung verweigern.

Nach dem Wortlaut des § 129 Abs. 3 HGB kommt es für die Aufrechnungseinrede auf die Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers an; das bedarf nach dem Sinn der Regelung einer Korrektur: Der Gesellschafter kann die Einrede nicht erheben, wenn zwar der Gläubiger aufrechnungsbefugt ist, aber die OHG einem Aufrechnungsverbot unterliegt (z. B. § 393 BGB), denn sonst könnte der Gläubiger auf dem Umweg über die Einrede seinerseits zur Aufrechnung gezwungen werden. Andererseits hindert ein Aufrechnungs-

⁴⁴ BGHZ 174, 7 = NJW 2007, 3784 = JuS 2008, 184 m. Anm. K. Schmidt; Staub/Habersack, § 160 Rn. 16; Baumbach/Hopt/Hopt, § 26 Rn. 1.

⁴⁵ Gesellschafts- und Gesellschafterschuld unterliegen derselben Verjährungsfrist, BGH NZG 2010, 264 Rn. 40; vgl. aber auch BGH NJW 1981, S. 2579 (Verjährungsbeginn nach Titulierung der Forderung gegen Gesellschafter kann nicht geltend gemacht werden).

⁴⁶ BGHZ 104, 76 = NJW 1988, 1976; h. M., MünchKomm-HGB/K. Schmidt, § 129 Rn. 9 m.w.N.; a. A. Staub/Habersack, § 129 Rn. 8.

verbot, das den Gläubiger trifft, die Erhebung der Einrede nicht, wenn die Gesellschaft aufrechnen könnte.

c) Persönliche Einwendungen des Gesellschafters

Außerdem kann sich der Gesellschafter auf Einwendungen berufen, die in seiner Person begründet sind (§ 129 Abs. 1 HGB). In Betracht kommt etwa eine ihm persönlich zugesagte Stundung oder die Aufrechnung mit einer privaten Forderung, auch die Haftungsbegrenzung nach § 160 HGB. Liegt bereits ein rechtskräftiges Urteil gegen die Gesellschaft vor (oben Rn. 25), kann der Gesellschafter in Ausnahmefällen Treuwidrigkeit oder sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB) geltend machen.⁴⁷

27

5. Gesellschafter als Gläubiger der OHG

Auch ein Gesellschafter kann Gläubiger der OHG sein. Dann haftet ihm jedenfalls das Gesellschaftsvermögen. Für eine Haftung der Mitgesellschafter ist zu unterscheiden, ob der Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältnis stammt – *Sozialverpflichtung* – oder eine außergesellschaftliche Grundlage hat – *Drittbeziehung*.

28

a) Sozialverpflichtungen

Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis sind z. B. solche auf Entnahmen (§ 122 HGB) oder auf Ersatz von Aufwendungen und Verlusten im Rahmen der Geschäftsführung (§ 110 HGB). Für solche Ansprüche **haften die übrigen Gesellschafter** mit ihrem Privatvermögen während des Bestehens der Gesellschaft **nicht**. Das folgt aus § 707 BGB, wonach der einzelne Gesellschafter nicht zur Erhöhung des vereinbarten Beitrags verpflichtet ist, also auch nicht zu den Kosten der Geschäftsführung über die Beitragspflicht hinaus herangezogen werden kann.⁴⁸ Bei Auflösung der OHG werden diese Ansprüche zu Verrechnungsposten gegenüber den Mitgesellschaftern (oben § 12 Rn. 32). Ein ausgeschiedener Gesellschafter ist dagegen Dritter und hinsichtlich seines Abfindungsanspruches nicht mehr Gesellschafter (unten § 15 Rn. 18).

Eine **Ausnahme** wird für den **Ersatzanspruch** gemacht, falls ein Gesellschafter eine Gesellschaftsschuld getilgt hat, sei es freiwillig, sei es vom Gläubiger in Anspruch genommen (§ 128 HGB), und die Gesellschaft keine frei verfügbaren Mittel hat. Es wäre eine unzumutbare Härte, wenn der zufällig in Anspruch genommene Gesellschafter, wenn von der OHG kein Ausgleich nach § 110 HGB zu erhalten ist, die Last allein tragen müsste. Deshalb wird ihm dann das Recht zugestanden, *subsidiär* auch von den Mitgesellschaftern nach § 426 Abs. 1 BGB entsprechend ihrer Beteiligung am Verlust anteilig einen Ersatz zu verlangen.⁴⁹

Beispiel: Haben die Gesellschafter A $\frac{1}{2}$, B $\frac{1}{3}$ und C $\frac{1}{6}$ des Verlusts zu tragen, und bezahlt A eine Gesellschaftsschuld in Höhe von 12.000 EUR, ohne aus dem Gesellschaftsvermögen Ersatz bekommen zu können, kann er von B 4.000 und von C 2.000 EUR Ersatz verlangen. Bezahlte C die Schuld, kann er von A 6.000 und von B 4.000 EUR fordern. Wäre B zahlungsunfähig, müssten die an sich auf B entfallenden 4.000 EUR im Verhältnis $\frac{1}{2}$ zu $\frac{1}{6}$, also 3 zu 1 auf A und C verteilt werden, dass C von A 6.000 + 3.000 = 9.000 EUR fordern könnte.

⁴⁷ BGH NJW 1996, 658 = JuS 1996, 651 m. Anm. K. Schmidt; NZG 2014, 385; vgl. auch BGH ZIP 2016, 2290 (betr. Bürgschaft).

⁴⁸ BGHZ 37, 299, 301.

⁴⁹ H. M.; BGHZ 37, 299; 103, 72, 76; BGH NJW 1980, 339; 1981, 1095, für die BGB-Gesellschaft; Staub/Schäfer, § 110 Rn. 32; K. Schmidt, § 49 V 1 und 2, auch zur Frage, ob die Erfüllung einer Gesellschaftsschuld durch den Gesellschafter zum Übergang der Hauptforderung führt; ferner Habersack, AcP 198 (1998) 163; MünchHdb-GesR I/Herchen, § 69 Rn. 9ff.; etwas weitergehend Wiedemann I, § 5 III 2a; zu einem vorgezogenen Freistellungsanspruch BGH JuS 2008, 283 m. Anm. K. Schmidt.

b) Drittgläubigeransprüche

- 29 Außergesellschaftliche Verpflichtungen sind etwa Ansprüche aus einem Kauf- oder Darlehensvertrag zwischen OHG und Gesellschafter. Für die Frage, ob und wieweit der Gesellschafter auch gegen die Mitgesellschafter vorgehen kann, muss man seine *Doppelstellung* berücksichtigen. Er ist einerseits *Gläubiger* und steht, da sein Anspruch nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringt, der OHG wie ein Dritter gegenüber. Deshalb haften ihm grundsätzlich die Mitgesellschafter persönlich als Gesamtschuldner nach § 128 HGB. Aber er ist andererseits auch *Gesellschafter* und die *Treuepflicht* kann je nach Fallgestaltung von ihm verlangen, dass er sich in erster Linie an die OHG hält und die Mitgesellschafter nur dann in Anspruch nimmt, wenn eine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen nicht oder nicht ohne besondere Schwierigkeiten zu erlangen ist.⁵⁰ Auf jeden Fall muss er im Innenverhältnis den auf ihn entfallenden Verlustanteil tragen. Denn nach dem oben zu a) Dargelegten würde der Gesellschafter, den er in Anspruch nimmt, in dieser Höhe von ihm wieder Ersatz verlangen können. Also kann der Gesellschaftergläubiger insoweit keinen Anspruch geltend machen (*dolo facit qui petit quod redditurus est*), muss sich vielmehr in dieser Höhe einen Abzug gefallen lassen.⁵¹

Beispiel: Besteht eine OHG aus vier Gesellschaftern mit gleichen Verlustanteilen, und hat ein Gesellschafter eine Forderung von 12.000 EUR, kann er jeden der anderen Gesellschafter (als Gesamtschuldner) nur in Höhe von 9.000 EUR in Anspruch nehmen. Steht fest, dass ein Mitgesellschafter zahlungsunfähig ist, muss jeder der anderen von dem Gesamtbetrag 4.000 EUR tragen, so dass der Gesellschaftergläubiger nur 8.000 EUR von den beiden anderen Gesellschaftern als Gesamtschuldner fordern kann.

6. Zusammenfassung

- 30 Für die **Fallbearbeitung** ergeben sich aus dem Gesagten nachfolgend skizzierte Konsequenzen für Ansprüche Dritter gegen die Gesellschaft und die Haftung der Gesellschafter:
Zunächst ist zu klären, **wer** in Anspruch genommen werden soll: die **Gesellschaft** und/oder einzelne **Gesellschafter**. Trotz Akzessorietät ist die Gesellschafterhaftung immer getrennt zu prüfen, denn die Frage nach der Gesellshafereigenschaft oder persönlichen Einwendungen haben bei einem Anspruch gegen die Gesellschaft nichts zu suchen; die §§ 124 Abs. 2 und 129 Abs. 4 HGB verlangen getrennte Schuldtitel. Da die Gesellschafterhaftung stets einen Anspruch gegen die Gesellschaft voraussetzt, ist dieser vorab zu behandeln; dann kann auf die Ausführungen verwiesen werden, Inzidentprüfungen werden vermieden.

⁵⁰ Nach früher h. M. galt generell Subsidiarität, *Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn/Hillmann*, § 128 Rn. 10; *MünchKomm-HGB/K. Schmidt*, § 128 Rn. 12; *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 13, 26; anders BGH NZG 2013, 1334 (für Kommanditistenhaftung); *Hessler/Strohn/Steitz*, § 129 Rn. 10a; wie hier – Berücksichtigung der Treuepflicht im Einzelfall – *MünchKomm-BGB/Schäfer*, § 705 Rn. 203, 220; *Erman/Westermann*, BGB § 705 Rn. 61; *Staudinger/Habermeier*, BGB, 2003, § 705 Rdnr. 43; *Soergel/Hadding/Kießling*, § 705 Rn. 57.

⁵¹ H. M., BGH NJW 1983, 749; *Baumbach/Hopt/Roth*, § 128 Rn. 24; *A. Hueck*, OHG, § 21 V; *K. Schmidt*, § 49 II 2b; *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 25; obiter wohl auch BGHZ 103, 72 (für die GbR).