

Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht

Bearbeitet von

Herausgegeben von Dr. Hans Gummert, Rechtsanwalt, Bearbeitet von Dr. Malte Abel, MBA, Rechtsanwalt, Dr. Florian Brombach, Dr. Arne Friel, Rechtsanwalt, Dr. Götz G. Karrer, Rechtsanwalt, Dr. Patrick Müller, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Ilmo Pathe, Rechtsanwalt und Steuerberater, Dr. Katja Plückelmann, Rechtsanwältin, Marcus Heinrich Rohner, Rechtsanwalt und Steuerberater, Kristina Schneider, Dr. Jobst-Friedrich Unger, Rechtsanwalt, und Christian Weiß, Rechtsanwalt

3. Auflage 2019. Buch. XXXIV, 1262 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 72904 1

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

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

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

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.

i) **Vorvertrag.** Der Vorvertrag ist ein schuldrechtlicher Vertrag, der die **Verpflichtung zum** 147
 späteren **Abschluss** eines (schuldrechtlichen) Hauptvertrags begründet.²⁴² In dem Vorvertrag
 einer Personengesellschaft verpflichten sich die Parteien, unter den im Vorvertrag genannten
 Voraussetzungen einen Gesellschaftsvertrag abzuschließen. Mit dem Vorvertrag verpflichten
 sich die Gesellschafter jedoch noch nicht dazu, den gemeinsamen Zweck der späteren GbR
 im Sinne von § 705 BGB zu fördern.²⁴³ Zweck ist vielmehr die Errichtung der GbR selbst.
 Wird der Gesellschaftsvertrag für diese GbR geschlossen, so endet der Vorvertrag wegen Er-
 reichung des Zwecks.²⁴⁴ Derartige Gestaltungen finden sich beispielsweise in Verträgen, die
 auf die Gründung eines Joint-Venture gerichtet sind, oder in Verträgen, mit denen sich ein
 Privatinvestor in Form eines Vorvertrags dazu verpflichtet, sich an einem Start-up-Unter-
 nehmen zu beteiligen.²⁴⁵

Der Vorvertrag muss von nicht bindenden **Absichtserklärungen** unterschieden werden. 148
 Nach dem Beispiel der angloamerikanischen Praxis werden Absichten der Parteien bei
 komplexeren Vorhaben oft zunächst in einem **Letter of Intent (LOI)** festgehalten. In der Re-
 gel wird der Letter of Intent als nicht bindende Absichtserklärung ausgestaltet. Einzig die
 Vertraulichkeitsabrede sollte bereits im vorvertraglichen Stadium bindend ausgestaltet wer-
 den. Es empfiehlt sich, die Bindungswirkungen der jeweiligen Absichten ausdrücklich im
 Letter of Intent zu regeln.

Formulierungsvorschlag:

Die Errichtung der gemeinsamen Gesellschaft (Joint-Venture) steht unter dem Vorbehalt eines zu- 149
 frieden stellenden Ergebnisses der Due-Diligence-Prüfung sowie des Abschlusses eines rechtlich
 bindenden Beteiligungsvertrags. Mit Ausnahme der unter genannten Verpflichtung zur Ver-
 traulichkeit enthält dieser Letter of Intent keine rechtlich bindende Bestimmung, sondern lediglich
 Absichtserklärungen. Dieser Letter of Intent begründet keine Verpflichtung zum Abschluss eines
 Beteiligungsvertrags und der Errichtung der Gesellschaft.

Damit er die erwünschte Bindungswirkung entfaltet, muss der Vorvertrag die wesentli- 150
 chen Grundlagen des geplanten Gesellschaftsvertrags **hinreichend bestimmt** bzw. **bestimm-**
bar beschreiben. Insbesondere der gemeinsamen Zweck und die Beitragspflichten der Ge-
 sellschafter sollten ausreichend konkret dargelegt werden. Dabei sollte die Einigung derart
 bestimmt sein, dass sich der Inhalt des Hauptvertrags zumindest im Wege der ergänzenden
 Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) ermitteln lässt.²⁴⁶

Der Vorvertrag ist formbedürftig, wenn der Hauptvertrag ebenfalls einer bestimmten 151
 Form bedarf und die Formvorschrift, wie in der Regel, vor einer übereilten Bindung warnen
 soll.²⁴⁷ Eine von den Parteien für den Hauptvertrag festgelegte Form kann, muss aber nicht
 zwangsläufig auch für den Vorvertrag gelten. Ob dies der Fall ist, ist im Zweifel durch Aus-
 legung zu ermitteln.²⁴⁸

Der Vorvertrag kann theoretisch gerichtlich **durchgesetzt** werden. Dabei richtet sich der 152
 Klageantrag in der Regel auf Annahme des Angebots des Klägers zum Abschluss des verein-
 barten Vertrags zu den Konditionen des Vorvertrags.²⁴⁹ Praktisch führen solche Klagen al-
 lerdings selten zum gewünschten Ziel: Wenn nicht einmal ein Gesellschaftsvertrag zwischen

²⁴² BGH Urt. v. 17.12.1987 – VII ZR 307/86, BGHZ 102, 384 (388).

²⁴³ MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 177.

²⁴⁴ MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 178.

²⁴⁵ Diese Verträge begründen zugleich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, siehe hierzu BeckHdBersG/
 Stengel § 23 Rn. 85 (Joint-Venture); zum Beteiligungsvertrag: *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital (2007)
 Rn. F II 63 ff.

²⁴⁶ BGH Urt. v. 18.1.1989 – VIII ZR 311/87, NJW 1990, 1233.

²⁴⁷ BGH Urt. v. 7.6.1973 – III ZR 71/71, BGHZ 61, 48; Palandt/*Ellenberger* BGB vor § 145 Rn. 20
 mwN.

²⁴⁸ BGH Urt. v. 3.6.1958 – I ZR 83/57, NJW 1958, 1281.

²⁴⁹ Palandt/*Ellenberger* BGB vor § 145 Rn. 21 mwN.

den Parteien geschlossen wurde, fehlt es im Folgenden vermutlich an der Grundlage, auf der ein gemeinsamer Zweck gefördert werden kann. Außerdem dauert ein derartiges Verfahren meist mehrere Jahre, sodass auch in zeitlicher Hinsicht häufig kein Interesse der Gesellschafter daran bestehen dürfte, den Abschluss des Gesellschaftsvertrags gerichtlich zu erzwingen.

4. Die fehlerhafte Gesellschaft

- 153 a) **Einleitung.** Da der Gesellschaftsvertrag ein Schuldverhältnis ist, gelten für den Abschluss des Gesellschaftsvertrags einer GbR die allgemeinen Regeln über das Zustandekommen von Verträgen.²⁵⁰ Es stellt sich die Frage, welche Konsequenzen es hat, wenn einzelne oder sämtliche der von den Gesellschaftern abgegebenen Erklärungen nichtig sind. Gesetzliche Regelungen, aus denen sich spezielle Folgen für nichtige oder angefochtene Gesellschaftsverträge von Personengesellschaften ergeben, existieren nicht. Grundsätzlich ist nach den allgemeinen Regeln der gesamte Vertrag nichtig, wenn einzelne oder sämtliche Erklärungen der Gesellschafter nichtig sind, vgl. § 139 BGB.²⁵¹
- 154 Nichtige Verträge werden nach den §§ 812 ff. BGB, also über bereicherungsrechtliche Regeln, abgewickelt. Bei Austauschverträgen ist dies in der Regel sachgerecht und auch durchführbar. Gesellschaften, bei deren Gesellschaftsvertrag die Nichtigkeit oder die Unwirksamkeit unter Umständen über Jahre hinweg nicht erkannt wurde, haben als Rechtssubjekt am Rechtsverkehr teilgenommen, sind Verträge eingegangen und haben durch ihre Tätigkeit eigenes Vermögen gebildet. Eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung kann daher zu schwerwiegenden Problemen führen oder gar unmöglich sein.
- 155 Während der Gesetzgeber für die Kapitalgesellschaft mit den §§ 275–277 AktG; 75–77 GmbHG Regelung für die Abwicklung nichtiger Gesellschaften getroffen hat, finden sich für die GbR keine dementsprechenden Regelungen. Aus diesem Grund hat die Rechtsprechung die **Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft** im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelt.²⁵² Sie hat auf diese Weise ein Sonderrecht der Nichtigkeitsfolgen geschaffen, das von der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung abweicht. Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft sind auf sämtliche Personengesellschaften anzuwenden. Bei der Entwicklung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft hat die Rechtsprechung zwei Aspekte in den Fokus genommen: Zum einen sind die Gläubiger einer nichtigen Gesellschaft schutzwürdig, sodass der Verkehrsschutz gewährleistet werden muss. Zum anderen bedürfen die Gesellschafter untereinander eines gewissen Schutzes, insbesondere im Hinblick auf die Haftungsfolgen (Bestandsschutz).²⁵³
- 156 b) **Voraussetzungen.** Die Anwendbarkeit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft hängt von bestimmten, von der Rechtsprechung entwickelten **Voraussetzungen** ab:
- 157 aa) **Fehlerhafter Gesellschaftsvertrag.** Zunächst müssen die Gesellschafter, in der Absicht einen Gesellschaftsvertrag zu schließen, gegenseitige Willenserklärungen abgegeben haben.²⁵⁴ Ein lediglich **faktisches** Zusammenwirken der Gesellschafter reicht nicht aus.²⁵⁵ Da die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft keine subjektiven Elemente enthält, kommt es nicht darauf an, ob die Gesellschafter den Mangel der Willenserklärung **kennen** oder nicht.²⁵⁶ In der praktischen Handhabung ist es häufig schwierig, zwischen einem lediglich faktischen Zusammenwirken und einer fehlerhaften Gesellschaft zu unterscheiden, da die

²⁵⁰ Goette DStR 1996, 266; zur doppelten Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrags siehe oben Rn. 40.

²⁵¹ → Rn. 54.

²⁵² BGH Urt. v. 16.12.2002 – II ZR 109/01, BGHZ 153, 214; BGH Urt. v. 14.10.1991 – II ZR 212/90.

²⁵³ BGH Urt. v. 29.6.1970 – II ZR 158/69, BGHZ 55, 5–10; Goette DStR 1996, 266 f.; BeckHdBPersG/Sauten § 2 Rn. 113.

²⁵⁴ BGH Urt. v. 28.11.1953 – II ZR 188/52, BGHZ 11, 190; BGH Urt. v. 29.5.1969 – II ZR 19/60, WM 1961, 1024; BGH Urt. v. 10.11.1975 – II ZR 94/73, WM 1976, 180; BGH Urt. v. 1.6.2010 – XI ZR 389/09, NZG 2010, 1397; BGH Urt. v. 13.9.2011 – VI ZR 229/09, NZG 2011, 1225; K. Schmidt GesR § 6 III 1, 147; Goette DStR 1996, 268; MHdB GesR I/Miras § 100 Rn. 41 mwN; Wiedemann WM 1990, Sonderbeilage Nr. 8, 23 f.

²⁵⁵ BGH Urt. v. 28.11.1953 – II ZR 188/52, BGHZ 11, 190; der Bundesgerichtshof verwendet in diesem wie in anderen älteren Urteilen den missverständlichen Begriff „faktische Gesellschaft“.

²⁵⁶ BGH Urt. v. 30.9.1982 – III ZR 58/81, NJW 1983, 748; MHdB GesR I/Miras § 100 Rn. 56.

Rechtsprechung für die Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft bereits einen stillschweigenden Vertragsschluss ausreichen lässt.²⁵⁷ Auf Scheingesellschaften, bei denen die potentiellen Gesellschafter ihre Willenserklärungen zur Errichtung einer Gesellschaft nur zum Schein abgeben und gar nicht die Absicht verfolgen, eine Gesellschaft zu gründen, sind die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft nicht anwendbar.²⁵⁸ Vielmehr sind die Erklärungen der Gesellschafter nach § 117 BGB nichtig.

Die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft finden auch auf die stille Gesellschaft sowie auf **Außen- und Innengesellschaften** Anwendung.²⁵⁹ Denn auch bei Innengesellschaften kann die Anwendung der allgemeinen Nichtigkeitsfolgen zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die Innengesellschaft über eigenes Gesellschaftsvermögen verfügt.²⁶⁰

Der Gesellschaftsvertrag ist **fehlerhaft**, wenn er einen rechtsgeschäftlichen Mangel aufweist. Sämtliche Umstände, die nach der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Vertragsschlusses führen, kommen als ein solcher Mangel in Betracht.²⁶¹ Solche Mängel können sich beispielsweise aus den folgenden Gründen ergeben:

- Arglistige Täuschung und Drohung (§ 123 BGB);²⁶²
- Irrtum (§ 119 BGB);²⁶³
- Formmangel (§ 125 BGB);²⁶⁴
- Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB);²⁶⁵
- Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB);²⁶⁶
- Offener oder versteckter Dissens (§§ 154, 155 BGB);²⁶⁷
- Verstoß gegen das Verbot von Insichgeschäften (§ 181 BGB);
- Verstoß gegen § 112 AktG;
- Fälle des Missbrauchs von Vertretungsmacht;²⁶⁸
- Fehlen der erforderlichen Zustimmung eines Ehegatten (§ 1365 BGB);²⁶⁹
- Eintritt einer auflösenden Bedingung;²⁷⁰
- Mitwirkung geschäftsunfähiger oder minderjähriger Personen (§ 104 BGB);²⁷¹
- Ausübung des Widerrufsrechts bei Haustürgeschäften (§ 312 BGB).²⁷²

bb) Vollzug des Gesellschaftsvertrags. Eine weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft ist die **Invollzugsetzung** des Gesellschafts-

²⁵⁷ BGH Urt. v. 28.11.1953 – II ZR 188/52, BGHZ 11, 190 (192).

²⁵⁸ BGH Urt. v. 28.11.1953 – II ZR 188/52, BGHZ 11, 190 (191); BGH Urt. v. 1.6.2010 – XI ZR 389/09; BGH Urt. v. 13.9.2011 – VI ZR 229/09, NZG 2011, 1225; MHdB GesR I/Miras § 100 Rn. 35 mwN.

²⁵⁹ BGH Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 383/12, NZG 2013, 1422; *Armbrüster/Joos* ZIP 2004, 189; aA die überwiegende Literatur: siehe zB Schlegelberger/K. Schmidt HGB § 335 (§ 230 nF) Rn. 107 ff.; MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 359 f.

²⁶⁰ BGH Urt. v. 18.6.1990 – II ZR 132/89, BB 1990, 1997.

²⁶¹ MHdB GesR I/Miras § 100 Rn. 46 f.; zur Teilnichtigkeit siehe oben Rn. 126 ff.

²⁶² BGH Urt. v. 24.5.1993 – II ZR 136/92, DStR 1993, 1151 f.; BGH Beschl. v. 4.10.1995 – II ZR 87/95, DStR 1995, 1764 (1765); BGH Beschl. v. 5.5.2008 – II ZR 292/06, NZG 2008, 460 (462).

²⁶³ MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 328.

²⁶⁴ BGH Urt. v. 29.11.1952 – II ZR 15/52, BGHZ 8, 157 (167) (Grundstück); BGH Urt. v. 22.10.1990 – II ZR 247/89, DStR 1991, 622 (623) (Grundstück).

²⁶⁵ BGH Beschl. v. 28.9.1995 – II ZR 257/94, DStR 1995, 1722 (1723); BGH Beschl. v. 19.7.2004 – II ZR 354/02, BB 2004, 2147 (2148).

²⁶⁶ BGH Beschl. v. 7.6.1993 – II ZR 101/92, DStR 1993, 1152; OLG Hamm Urt. v. 12.3.2001 – 8 U 86/00, NZG 2001, 747; siehe auch BGH Urt. v. 5.5.2003 – II ZR 112/01, ZIP 2003, 1442 (Verstoß gegen die guten Sitten verneinend).

²⁶⁷ RG Urt. v. 13.11.1940 – II 44/40, RGZ 165, 193 (197); BGH Urt. v. 24.10.1951 – II ZR 18/51, BGHZ 3, 285 (288); BGH Urt. v. 24.10.1951 – II ZR 18/51, NJW 1952, 97; BGH Urt. v. 23.11.1959 – II ZR 187/58, NJW 1960, 430; BGH Urt. v. 14.10.1991 – II ZR 212/90, NJW 1992, 1501 (1502).

²⁶⁸ BGH Urt. v. 6.2.1958 – II ZR 210/56, BGHZ 26, 330 (336 f.).

²⁶⁹ MHdB GesR I/Miras § 100 Rn. 46 mwN.

²⁷⁰ BGH Beschl. v. 22.5.1995 – II ZR 201/94, DStR 1995, 1316.

²⁷¹ BGH Urt. v. 30.4.1955 – II ZR 202/53, BGHZ 17, 160 (167); BGH Urt. v. 30.9.1982 – III ZR 58/81, NJW 1983, 748; BGH Urt. v. 17.2.1992 – II ZR 100/91, DStR 1992, 725 (726).

²⁷² EuGH Urt. v. 15.4.2010 – C-215/08E, NZG 2010, 501; BGH Urt. v. 12.7.2010 – II ZR 292/06, NZG 2010, 990.

vertrags. Die Gesellschaft wird dadurch in Vollzug gesetzt, dass sie **nach außen** hin tätig wird. Dies kann durch den Abschluss von Verträgen mit Dritten erfolgen, beispielsweise zur Eröffnung eines Bankkontos oder mit Abschluss eines Mietvertrags oder der Anstellung eines Mitarbeiters.²⁷³ Wurden bislang ausschließlich Geschäfte im Innenverhältnis der Gesellschaft vorgenommen, beispielsweise dadurch, dass gesellschaftsvertragliche Rechte ausgeübt wurden²⁷⁴ oder die Gesellschafter ihre Einlagen geleistet und auf diese Weise Gesamthandsvermögen gebildet haben,²⁷⁵ so sind die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft in dieser Beziehung ebenfalls anzuwenden. Wurde die Gesellschaft noch nicht in Vollzug gesetzt, sind die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nicht einschlägig und die Gesellschaft ist entsprechend der gesetzlichen Konzeption über die bereicherungsrechtlichen Regelungen rückabzuwickeln.

- 161 *cc) Kein Verstoß gegen höherwertige Interessen.* Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft werden nicht angewendet, wenn höherrangig geschützte rechtliche Interessen der Allgemeinheit oder bestimmter Personen betroffen sind.²⁷⁶ Dies gilt zB, wenn gegen ein gesetzliches Verbot²⁷⁷ oder gegen die guten Sitten²⁷⁸ verstoßen wurde. Auch wenn sich nicht voll geschäftsfähige Personen an der Gesellschaft beteiligen wollten, sind die Grundsätze nicht anzuwenden.²⁷⁹ Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft sind richtigerweise inzwischen bei Fällen von Anfechtung infolge von Täuschung und Drohung heranzuziehen, da der Schutz des Betrogenen bzw. Bedrohten durch das Recht zur Anfechtung hinreichend gewahrt wird und hinter dem Schutz der Allgemeinheit zurücktreten muss, die durch das Invollzugsetzen des Gesellschaftsverhältnisses involviert wird.²⁸⁰ Auch das Interesse der übrigen Gesellschafter auf Bestandsschutz ist gerade bei Gesellschaften, an denen neben dem Täuschenden und dem Getäuschten noch weitere Personen beteiligt sind, ein Argument für die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft.²⁸¹
- 162 *dd) Rechtsfolgen.* Wenn die oben dargestellten Voraussetzungen für die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft vorliegen, ist die Abwicklung der Gesellschaft nicht unter Anwendung der allgemeinen Regelungen des BGB (§§ 812 ff.) vorzunehmen. Solange der betreffende Gesellschafter den Fehler nicht geltend macht, wird die Gesellschaft vielmehr als **wirksam betrachtet** und behandelt. Der Gesellschaftsvertrag findet unverändert Anwendung, sodass sich an den Rechten (beispielsweise das Stimmrecht und das Recht zur Geschäftsführung und Vertretung) und Pflichten (beispielsweise die Pflicht zur Leistung einer Einlage oder die gesellschaftlicherliche Treuepflicht) der Gesellschafter nichts ändert.²⁸²
- 163 Der Fehler der Gesellschaft kann folglich nur **mit Wirkung für die Zukunft** geltend gemacht werden. Er berechtigt zur fristlosen Kündigung der Gesellschaft bzw. – bei den Personenhandelsgesellschaften mangels anderweitiger vertraglicher Regelung – zur Auflösungsklage nach § 133 HGB.²⁸³ Denkbare Folgen der Geltendmachung sind die Auflösung der

²⁷³ Goette DStR 1996, 268; BeckHdBersG/Sauter § 2 Rn. 117.

²⁷⁴ BGH Urt. v. 14.10.1991 – II ZR 212/90, NJW 1992, 1501 (1502); BeckHdBersG/Sauter § 2 Rn. 117.

²⁷⁵ BGH Urt. v. 12.5.1954 – II ZR 167/53, BGHZ 13, 320 (321 f.); Goette DStR 1996, 268; aA zB Schlegelberger/K. Schmidt HGB § 105 Rn. 62.

²⁷⁶ BGH Urt. v. 25.3.1974 – II ZR 63/72, BGHZ 62, 234 (241); BGH Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 383/12, NZG 2013, 1422; Goette DStR 1996, 270; BeckHdBersG/Sauter § 2 Rn. 118.

²⁷⁷ BGH Urt. v. 25.3.1974 – II ZR 63/72, BGHZ 62, 234 (241); BGH Urt. v. 24.9.1979 – II ZR 95/78, BGHZ 75, 214 (218); BGH Beschl. v. 28.9.1995 – II ZR 257/94, DStR 1995, 1722 (1723); siehe jedoch BGH Urt. v. 20.7.2010 – XI ZR 465/07, NZG 2010, 990; BGH Urt. v. 16.12.2002 – II ZR 109/01, ZIP 2003, 165 (Anwendbarkeit der Grundsätze über fehlerhaften Beitritt bei Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz aF).

²⁷⁸ BGH Urt. v. 29.6.1970 – II ZR 158/69, BGHZ 55, 5 (9); Goette DStR 1996, 270 mwN; dies gilt, wenn der Gesellschaftszweck gegen die guten Sitten verstößt, jedoch nicht, wenn nur einzelne Klauseln aus diesem Grund unwirksam sind.

²⁷⁹ BGH Urt. v. 30.4.1995 – II ZR 202/53, BGHZ 17, 160 (167 f.); BGH Urt. v. 17.2.1992 – II ZR 100/91, DStR 1992, 725 (726) mwN; MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 335 ff.; zu Einzelheiten: Goette DStR 1996, 270.

²⁸⁰ BGH Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 383/12, NZG 2013, 1422; MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 340; Schäfer ZIP 2012, 2421 (2427).

²⁸¹ Oetker/Lieder HGB § 105 Rn. 112.

²⁸² BeckHdBersG/Sauter § 2 Rn. 122.

²⁸³ Baumbach/Hopt/Roth HGB § 105 Rn. 88.

Gesellschaft, der Ausschluss eines Gesellschafters, die Übernahme der Gesellschaft durch einen Mitgesellschafter, aber auch Schadenersatz, soweit dadurch die gleichmäßige Befriedigung etwaiger Abfindungs- oder Auseinandersetzungsansprüche der übrigen Gesellschafter nicht gefährdet wird.²⁸⁴ All diese Aspekte sind in erster Linie entsprechend den Regelungen des – fehlerhaften – Gesellschaftsvertrags zu behandeln. Dies gilt auch für – zulässige – Beschränkungen der Abfindung.²⁸⁵

Praxistipp:

Zeigt sich nach Gründung der Gesellschaft ein Mangel des Gesellschaftsvertrags oder besteht Unsicherheit über das Vorliegen eines Mangels, so haben die Parteien häufig ein Interesse daran, die Gesellschaft nicht rückabzuwickeln, sondern fortzuführen. Rechtsklarheit schafft eine Vereinbarung der Gesellschafter, durch die der Gesellschaftsvertrag – gegebenenfalls vorsorglich – gemäß § 141 BGB bestätigt wird. Die Bestätigung wirkt als erneute Vornahme. Bei der Bestätigung sind sämtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen des zu bestätigenden Rechtsgeschäfts zu beachten, sodass auch die Bestätigung beispielsweise der notariellen Beurkundung bedarf, wenn der Ausgangsvertrag notariell zu beurkunden war.

ee) *Fehlerhafte Vertragsänderungen und verwandte Rechtsakte.* Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft sind nicht nur auf Fehler bei der Gründung, sondern auch auf Mängel im späteren Stadium der Gesellschaft, wie beispielsweise Vertragsänderungen,²⁸⁶ Beitritt,²⁸⁷ Ausscheiden,²⁸⁸ Übertragung einer Beteiligung²⁸⁹ und Auflösung²⁹⁰ anwendbar, wenn diese Verträge trotz des Fehlers vollzogen worden sind. 164

III. Gründung und Entstehung der offenen Handelsgesellschaft

1. Überblick

a) *Einordnung der offenen Handelsgesellschaft.* Die oHG ist ebenso wie die Kommanditgesellschaft, die GmbH, die Aktiengesellschaft, die KGaA, die (deutsche) EWIV und die Societas Europaea (SE) eine Handelsgesellschaft.²⁹¹ Gemäß § 6 Abs. 1 HGB werden auf die Handelsgesellschaften die für Kaufleute geltenden Vorschriften angewendet. 165

Die Handelsgesellschaften können wiederum unterteilt werden in die Personenhandelsgesellschaften (offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und EWIV) und die Kapitalgesellschaften (GmbH, AG, KGaA und SE). Auf **Personenhandelsgesellschaften** sind die Regelungen der §§ 705 ff. BGB zur GbR, welche die Grundform der Personengesellschaft darstellt, anwendbar. Es gelten darüber hinaus spezielle Sondervorschriften, die im Handelsgesetzbuch zu finden sind (vgl. §§ 105 ff., 161 ff. HGB). Die offene Handelsgesellschaft ist 166

²⁸⁴ BGH Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 383/12, NZG 2013, 1422.

²⁸⁵ BGH Urt. v. 24.10.1951 – II ZR 18/51, BGHZ 3, 285 (288); MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 347 ff.

²⁸⁶ Baumbach/Hopt/Roth HGB § 105 Rn. 91 ff.; BeckHdBersG/Sauter § 2 Rn. 125.

²⁸⁷ BGH Urt. v. 11.5.2016 – XII ZR 147/14, NJW 2016, 2492 (2493); BGH Urt. v. 16.12.2002 – II ZR 109/01, ZIP 2003, 165 (168) mwN; BGH Urt. v. 22.10.1990 – II ZR 247/89, DStR 1991, 622 (623); BGH Urt. v. 14.10.1991 – II ZR 212/90, DStR 1992, 437 (438); BGH Urt. v. 17.2.1992 – II ZR 100/91, DStR 1992, 725 (726); BGH Beschl. v. 7.6.1993 – II ZR 101/92, DStR 1993, 1152; BGH Beschl. v. 22.5.1995 – II ZR 201/94, DStR 1995, 1316.

²⁸⁸ BGH Urt. v. 17.2.1992 – II ZR 100/91, DStR 1992, 725 (726); BGH Beschl. v. 7.6.1993 – II ZR 101/92, DStR 1993, 1152.

²⁸⁹ BGH Urt. v. 20.7.2010 – XI ZR 465/07, NJW-RR 2010, 1402 (1405); Goette DStR 1996, 271; aA MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 374.

²⁹⁰ Erman/Westermann BGB § 705 Rn. 86; Goette DStR 1996, 271; aA MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 364.

²⁹¹ Baumbach/Hopt/Hopt HGB § 6 Rn. 1; die Vorschriften über die Partenreederei wurden durch Gesetz vom 24.4.2013 aufgehoben – Neugründungen von Partenreedereien sind nicht mehr möglich.

wiederum die Grundform, in der Kaufleute zusammenarbeiten, die eine Sonderform in der Kommanditgesellschaft findet.²⁹²

167 Zu den offenen Handelsgesellschaften zählen:

- jede Personengesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB (**Istkaufmann**) gerichtet ist, §§ 105 Abs. 1, 123 Abs. 2 HGB. Handelsgewerbe ist dabei jeder Gewerbebetrieb; der Begriff ist abzugrenzen von den freien Berufen. Eine Personengesellschaft, deren Betrieb nach Art und Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, ist gemäß § 1 Abs. 2 HGB Kleingewerbe und nicht Handelsgewerbe;
- jede andere Personengesellschaft, die ein (Klein-)Gewerbe betreibt und im Handelsregister eingetragen ist, §§ 105 Abs. 2, 123 Abs. 2 iVm 2 HGB;
- ein in Form einer Personengesellschaft betriebenes land- und forstwirtschaftliches Unternehmen, das im Handelsregister eingetragen ist, §§ 3 Abs. 2, Abs. 3, 123 HGB;
- eine Personengesellschaft, die eigenes Vermögen verwaltet, also keine Innengesellschaft ist, sofern diese im Handelsregister eingetragen ist, §§ 105 Abs. 2, 123 Abs. 2 HGB. Hierbei ist der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit entscheidend und nicht der Umfang.²⁹³

168 Die kleingewerblichen, land- und forstwirtschaftlichen sowie vermögensverwaltenden Gesellschaften sind **Kannkaufleute**. Eine Eintragung in das Handelsregister wirkt für diese Gewerbe konstitutiv, das heißt, dass sie durch die Eintragung in das Handelsregister zur offenen Handelsgesellschaft werden. Wird die Haftung einzelner Gesellschafter im Sinne des § 161 Abs. 1 HGB beschränkt, entsteht damit eine Kommanditgesellschaft.²⁹⁴

169 Meist entsteht die offene Handelsgesellschaft, indem ein hierauf gerichteter Gesellschaftsvertrag geschlossen wird. Eine bestehende Gesellschaft kann nach den Vorschriften des Umwandlungsrechts oder durch die Änderung der Rechtsform außerhalb des Umwandlungsrechts in eine offene Handelsgesellschaft umgewandelt werden.

170 **b) Neugründung.** Die Neugründung einer Gesellschaft setzt voraus, dass ein **Gesellschaftsvertrag** geschlossen wird. Mit diesem Vertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig dazu, einen gemeinsamen Zweck zu fördern. Dieser gemeinsame Zweck muss darauf gerichtet sein, ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma zu betreiben. Bei der offenen Handelsgesellschaft haften gemäß § 105 Abs. 1 2. Hs. HGB im Außenverhältnis alle Gesellschafter unbeschränkt. Haftungsbeschränkungen für einzelne Gesellschafter führen gemäß § 161 HGB zur Gesellschaftsform der Kommanditgesellschaft.

171 Im **Innenverhältnis** entsteht die Gesellschaft bereits mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags oder einem späteren, im Gesellschaftsvertrag genannten Zeitpunkt. Ab diesem Zeitpunkt richten sich die rechtlichen Beziehungen zwischen den Gesellschaftern gemäß § 109 HGB nach dem Gesellschaftsvertrag und ergänzend nach den gesetzlichen Regelungen zur offenen Handelsgesellschaft (§§ 110–122 HGB).²⁹⁵

172 Der Zeitpunkt, zu dem die Gesellschaft im **Außenverhältnis** entsteht, kann hiervon abweichen, da der Abschluss des Gesellschaftsvertrags ein gesellschaftsinterner Vorgang ist, der für Dritte nicht erkennbarer ist. Es bedarf vielmehr eines Kundgabeakts nach außen, damit die Gesellschaft auch im Verhältnis zu Dritten entsteht.²⁹⁶ Gemäß § 123 HGB entsteht die Gesellschaft daher im Außenverhältnis zu dem Zeitpunkt, in dem sie **in das Handelsregister eingetragen** wird oder mit Aufnahme der Geschäfte, sofern der Geschäftsbeginn vor der Eintragung ins Handelsregister erfolgt. Ein „Geschäftsbeginn“ in diesem Sinne liegt vor, wenn Handlungen oder Erklärungen im Namen der Gesellschaft erfolgen. Regelmäßig beginnt die Gesellschaft durch Geschäfte, die unter der Firma der offenen Handelsgesellschaft vorgenommen werden. Kein Geschäftsbeginn liegt vor, wenn die Gesellschafter Geschäfte im eigenen Namen vornehmen, selbst, wenn diese Geschäfte für Rechnung der

²⁹² Baumbach/Hopt/Roth HGB Einl. v. § 105 Rn. 15.

²⁹³ Palandt/Sprau BGB § 705 Rn. 6; zum Begriff der Vermögensverwaltung: *Siems* NZG 2001, 738.

²⁹⁴ Baumbach/Hopt/Hopt HGB § 2 Rn. 3.

²⁹⁵ Baumbach/Hopt/Roth HGB § 123 Rn. 18; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas HGB § 123 Rn. 3 mwN, teilw. str.

²⁹⁶ MHdB GesR I/Möhrle § 47 Rn. 11.

Gesellschaft erfolgen.²⁹⁷ Maßgeblich ist der tatsächliche Geschäftsbeginn, nicht der vereinbarte.²⁹⁸

Beispiele:

Anmieten von Geschäftsräumen, Einstellung von Personal, Ankauf einer Produktionsmaschine oder von Waren oder die Eröffnung eines Bankkontos.²⁹⁹

Ein Geschäft, das unter der Firma der offenen Handelsgesellschaft vorgenommen wird, liegt auch vor, wenn Dritten mitgeteilt wird, dass die Gesellschaft besteht. Die Mitteilung kann beispielsweise durch eine öffentliche Kundgebung, also mittels Zeitungsanzeigen oder Rundschreiben, oder auf sonstige Weise vorgenommen werden.³⁰⁰ Die Gesellschafter müssen zustimmen, wenn die Entstehung der Gesellschaft gegenüber dem vertraglich vereinbarten Beginn vorverlegt werden soll. Diese Zustimmung kann auch in konkludenter Weise erfolgen, wobei eine konkludente Zustimmung bereits darin liegt, dass die Gesellschafter eine beginnende Geschäftstätigkeit bewusst hinnehmen.³⁰¹ Die Darlegungs- und Beweislast für einen einvernehmlichen Geschäftsbeginn trägt derjenige, der sich darauf beruft.

Gemäß § 123 Abs. 2 letzter Hs. HGB kann die Entstehung der offenen Handelsgesellschaft bei Kleingewerbetreibenden, Gesellschaften bürgerlichen Rechts und Vermögensverwaltungsgesellschaften weder durch vorzeitigen Geschäftsbeginn vorverlegt werden, noch durch Vereinbarung, da die Eintragung solcher offenen Handelsgesellschaften in das Handelsregister konstitutiv ist, sie also erst mit der Eintragung entstehen.

Eine offene Handelsgesellschaft kann auch dadurch entstehen, dass jemand als persönlich haftender Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns **eintritt**. Dabei bringt der Einzelkaufmann sein Handelsgeschäft als Sacheinlage im Wege der Einzelrechtsnachfolge in die offene Handelsgesellschaft ein.³⁰² Er überträgt also die einzelnen Vermögensgegenstände, Verbindlichkeiten und Vertragsverhältnisse, mithin sämtliche Aktiva und Passiva des einzelkaufmännischen Unternehmens, auf die neue Gesellschaft. Für die Übertragung von Verbindlichkeiten und Vertragsverhältnissen ist es grundsätzlich erforderlich, dass der jeweilige Vertragspartner dem zustimmt. Allerdings existieren zu diesem Grundsatz auch Ausnahmen, beispielsweise muss ein Arbeitnehmer gemäß § 613a BGB dem Übergang des Arbeitsverhältnisses im Falle eines Betriebs(teil)übergangs nicht aktiv zustimmen. § 28 Abs. 1 HGB regelt für die hier behandelte Variante der Gesellschaftsgründung eine haftungsrelevante Besonderheit: Der Eintretende tritt der Schuld des bislang einzelkaufmännisch geführten Unternehmens bei, sodass die neu entstandene offene Handelsgesellschaft für alle im Betrieb des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers einstehen muss.³⁰³

c) **Umwandlung.** Außer durch Neugründung kann eine offene Handelsgesellschaft auch durch eine Umwandlung entstehen. Wie § 191 Abs. 2 Nr. 2 iVm § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG zeigt, lässt das UmwG den **Formwechsel** in eine offene Handelsgesellschaft als Zielgesellschaft zu. Nach den Regeln des UmwG kann eine Kapitalgesellschaft (GmbH, AG, KGaA) auch in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt werden. Dieser Fall ist in der Praxis von größerer Bedeutung als die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft.³⁰⁴ Neben der Möglichkeit, eine Personenhandelsgesellschaft durch einen Formwechsel zu gründen, ist es auch möglich, sie im Wege einer **Spaltung** gemäß den §§ 123 ff. UmwG zu errichten. Denkbare Varianten der Spaltung sind die **Abspaltung** und die **Aufspal-**

²⁹⁷ Baumbach/Hopt/Roth HGB § 123 Rn. 9; GroßkommHGB/Habersack § 123 Rn. 19.

²⁹⁸ Baumbach/Hopt/Roth HGB § 123 Rn. 9.

²⁹⁹ BGH v. 26.4.2004 – II ZR 120/02, BB 2004, 1357 (1358); GroßkommHGB/Habersack § 123 Rn. 16; Baumbach/Hopt/Roth HGB § 123 Rn. 10.

³⁰⁰ Baumbach/Hopt/Roth HGB § 123 Rn. 11.

³⁰¹ Baumbach/Hopt/Roth HGB § 123 Rn. 12; EBJS/Hillmann HGB § 123 Rn. 20; GroßkommHGB/Habersack § 123 Rn. 20; KKR/Kindler HGB § 123 Rn. 4 mwN; aA MüKoHGB/K. Schmidt § 123 Rn. 10.

³⁰² BeckHdBPersG/Sauter § 2 Rn. 180; Oetker/Vossler HGB § 28 Rn. 1.

³⁰³ BGH Urt. v. 8.5.1989 – II ZR 237/88, WM 1989, 1219; EBJS/Reuschle HGB § 28 Rn. 29; zur Nichtanwendung der Vorschrift auf die GbR, siehe BGH v. 22.1.2004 – IX ZR 65/01, NZG 2004, 321.

³⁰⁴ Zu den umwandlungsrechtlichen Vorgängen → § 21 Rn. 15 ff.

tung.³⁰⁵ Derzeit kann eine Personenhandelsgesellschaft noch nicht als neue Gesellschaft aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung entstehen. Es liegt aber ein Referentenentwurf des Vierten Gesetzes zur Änderung des UmwG vor, der diese Möglichkeit eröffnen soll.

- 177 d) **Rechtsformwechsel außerhalb des Umwandlungsgesetzes.** Unabhängig von den Regelungen des UmwG ist ein Rechtsformwechsel innerhalb der Personengesellschaften möglich: Beispielsweise wird eine Kommanditgesellschaft zur offenen Handelsgesellschaft, wenn der einzige Kommanditist ausscheidet oder wenn dessen Haftungsbeschränkung aufgehoben wird und mindestens zwei unbeschränkt haftende Gesellschafter die Gesellschaft fortsetzen.³⁰⁶
- 178 Eine Änderung der Rechtsform tritt auch ein, wenn eine GbR ihren Gesellschaftszweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinsamer Firma ändert. Dadurch wird sie, sofern nicht lediglich ein Kleingewerbe betrieben wird, von Gesetzes wegen zu einer offenen Handelsgesellschaft. Sofern einer der Gesellschafter kraft Gesellschaftsvertrags nur beschränkt haftet, entsteht gemäß § 161 Abs. 1 HGB eine Kommanditgesellschaft.³⁰⁷
- 179 Für einen Rechtsformwechsel einer Partnerschaft in eine offene Handelsgesellschaft bedarf es eines Gesellschafterbeschlusses über die Änderung des Unternehmensgegenstands. Dieser muss zukünftig auf den Betrieb eines Handelsgewerbes bzw. einen anderen möglichen Inhalt gerichtet sein.³⁰⁸ Ein Rechtsformwechsel tritt bei Kannkaufleuten grundsätzlich erst durch die konstitutiv wirkende Eintragung in das Handelsregister ein.

2. Gesellschafter

- 180 Bei der Frage, wer Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft sein kann, sind weitgehend die oben genannten Grundsätze für die GbR anzuwenden.³⁰⁹ Im Folgenden werden diese zusammengefasst wiedergegeben; im Übrigen wird auf die ausführlichen Erläuterungen zu der GbR verwiesen.
- 181 a) **Mindest- und Höchstzahl.** Als Personengesellschaft muss die offene Handelsgesellschaft **mindestens zwei Gesellschafter** haben.³¹⁰ Daher ist es (anders als bei Kapitalgesellschaften) nicht möglich, eine Einmann-Gesellschaft zu gründen. Daraus folgt, dass die Gesellschaft aufgelöst und beendet wird, sobald der vorletzte Gesellschafter ersatzlos wegfällt. Das Gesellschaftsvermögen wächst in diesem Fall dem verbliebenen Gesellschafter an. Eine **maximale Gesellschafterzahl** gibt es nicht. Da die offene Handelsgesellschaft eine personenbezogene Gesellschaftsform ist, bietet es sich jedoch an, den Kreis der Gesellschafter klein zu halten. Dies ist allein aus Praktikabilitätsgründen geboten: Sowohl die unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter als auch die Tatsache, dass in wichtigen Fragen eine einstimmige Entscheidung aller Gesellschafter erforderlich ist, sprechen für einen kleinen Gesellschafterkreis. Für Gesellschaften mit einer großen Zahl von Gesellschaftern eignen sich die Rechtsform der Publikumskommanditgesellschaft oder der Kapitalgesellschaft besser als die Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft.
- 182 b) **Mögliche Gesellschafter.** Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein. Bestimmte andere Rechtsgemeinschaften sind dazu ebenfalls fähig.³¹¹
- 183 aa) **Natürliche Personen.** **Natürliche Personen** können Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft sein. Für nicht voll geschäftsfähige Personen sind dieselben Vorschriften zu

³⁰⁵ → § 21 Rn. 15 ff.

³⁰⁶ BGH Beschl. v. 9.12.1976 – II ZB 6/76, BGHZ 68, 12; Lutter/Decher/Hoger UmwG § 190 Rn. 13.

³⁰⁷ BayObLG Urt. v. 7.5.2002 – 3 Z BR 55/02, NZG 2002, 882 (883) mwN.

³⁰⁸ Vgl. MüKoHGB/Grunewald § 161 Rn. 17 (für die KG).

³⁰⁹ → Rn. 21 ff.

³¹⁰ Baumbach/Hopt/Roth HGB § 105 Rn. 18.

³¹¹ Baumbach/Hopt/Roth HGB § 105 Rn. 28; zur Frage, ob die Gesellschafter Kaufleute sind: Baumbach/Hopt/Roth HGB § 105 Rn. 19 ff.