

Dr. Kaspar Krolop
Humboldt Universität (Berlin)

WS 2005/2006

Lehrstuhl für Handels- und Wirtschaftsrecht,
Arbeitsrecht und Rechtsvergleichung
Prof. Windbichler

**Vorlesungsbegleitendes Skript zu der
Veranstaltung**

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

(UNTERNEHMENSRECHT)

für Studierende der Wirtschaftswissenschaften

Inhaltsverzeichnis

A. EINLEITUNG: GRUNDBEGRIFFE RECHTLICHE UND WIRTSCHAFTLICHE GRUNDLAGEN.....	1
§ 1 Grundbegriffe und systematische Einordnung.....	1
I. Handelsrecht.....	1
1. Der klassische Begriff.....	1
2. Gründe für ein solches „Sonderprivatrecht“.....	1
II. Gesellschaftsrecht.....	1
1. Klassische Begriff.....	1
2. Grundkategorien des Gesellschaftsrechts.....	1
III. Historische Entwicklung, Rechtsquellen.....	2
1. Entwicklung der nationalen Gesetzgebung bis 2000.....	2
2. Internationalität und Europäisierung, Vielfalt der Rechtsquellen.....	3
IV. Aktuelle Entwicklung: Vom Handelsrecht zum Unternehmensrecht.....	5
1. Zunehmende Anknüpfung an den Unternehmer / Unternehmen anstatt an Kaufmann.....	5
2. Systematische Komplementarität von Handels- und Gesellschaftsrecht.....	5
3. Abgrenzung Unternehmensrecht / Allgemeines Privatrecht.....	5
§ 2 Gewerbe, Handelsgewerbe, Unternehmen, Unternehmensträger, Firma.....	6
I. Gewerbe.....	6
1. Vorliegen eines Gewerbes kann relevant sein für.....	6
2. Der Begriff des Gewerbes.....	7
II. <i>Handelsgewerbe</i>	8
1. Kriterien.....	8
2. Gesamtbetrachtung (Umsatz daher nur <i>ein</i> Indiz) - Bsp.:.....	9
3. Gesetzliche Vermutung für Vorliegen eines Handelsgewerbes.....	9
III. Betreiben eines Handelsgewerbes, Unternehmen, Unternehmensträger, Firma.....	9
1. Handelsgewerbe als rechtliche Qualifizierung des Unternehmens.....	9
2. Betreiben.....	9
3. Firma.....	10
IV. Verhältnis zum Begriff des Unternehmers iSv § 14 BGB.....	10
1. Definition nach Kommentarliteratur zum BGB.....	10
2. Vergleich mit den Merkmalen des Handelsgewerbes.....	10
3. Rechtsfolgen.....	11
§ 3 Die verschiedenen Arten des Kaufmanns.....	11
I. Der sog. „Istkaufmann“, § 1 HGB.....	11
II. Handelsgewerbe kraft Eintragung (sog. <i>Kannkaufmann</i>).....	12
1. Wahlrecht.....	12
2. Für die Ausübung des Wahlrechts relevante Aspekte:.....	12
III. Die Bedeutung der Vorschrift von § 5 (sog. <i>Fiktivkaufmann</i>).....	12
1. Das Verhältnis zu § 2 HGB.....	12
2. „wann hat § 5 HGB eigenständige Bedeutung?“.....	13
IV. Abgrenzung: Scheinkaufmann.....	13
V. Kaufmann kraft Rechtsform.....	13
1. Handelsgesellschaften, § 6 I HGB.....	13
2. Formkaufmann, § 6 II HGB.....	14
VI. Ausnahnevorschrift für Land- und Forstwirte, § 3 HGB.....	14
VII. Handlungsgehilfe und Handelsvertreter.....	14
B. DAS UNTERNEHMEN IM RECHTSVERKEHR I.....	15
§ 4 Vertretungsregelungen des HGB.....	15
I. Wirtschaftlicher Hintergrund des Regelungsproblem.....	15
II. Stellvertretung nach BGB und Ladenvollmacht nach § 56 HGB.....	15
III. Handlungsvollmacht, § 54 HGB.....	17
IV. Die Prokura, §§ 49 ff. HGB.....	19
V. Gegenüberstellung Prokura / Handlungsvollmacht.....	21
VI. Lehren für Unternehmensorganisation und Verhalten im Rechtsverkehr.....	21
1. Was sollte derjenige beachten der vertreten wird?.....	21
2. Was sollte der Vertreter beachten?.....	22
3. Was sollte der Geschäftsgegner beachten?.....	22

§ 5 Das Handelsregister.....	23
I. Was ist das Handelsregister?	23
II. Warum ein Handelsregister?	23
III. Funktionsweise Handelsregisters in der Praxis	24
1. Wie bewirke ich die Eintragung in das Handelsregister?.....	24
2. Wie gelangen die Informationen in die Öffentlichkeit?.....	24
3. Wie nehme ich Einsicht in das Handelsregister?	24
IV. Rechtliche Publizitätswirkungen des Handelsregisters	25
1. Die Publizitätswirkung von § 15 I HGB – Fallbeispiel.....	25
2. Das Verhältnis zum allgemeinen Rechtsscheinatbestand	29
3. Die Bedeutung des § 15 II HGB und Verhältnis zu § 15 I HGB.....	29
4. Die Bedeutung des § 15 III HGB (Positive Publizität).....	29
5. Vergleichende Übersicht.....	31
C. GESELLSCHAFTEN ALS UNTERNEHMENSTRÄGER	33
§ 6 Einführung in das Gesellschaftsrecht.....	33
I. Grundkategorien des Gesellschaftsrechts	33
II. Leitfragen des Gesellschaftsrechts	33
§ 7 Die offene Handelsgesellschaft (OHG).....	34
I. Entstehung der OHG.....	34
II. Vertretung und Haftung bei der OHG <i>Roth, S. 1124 - 133</i>	35
III. Haftung im Außenverhältnis und Ausgleich im Innenverhältnis	38
IV. Verhältnis von Geschäftsführung und Vertretung	41
1. Einzelgeschäftsführung und Gesamtgeschäftsführung	42
2. Möglichkeiten der Beschränkung der Vertretungsmacht	43
3. Vertiefung und Verständnisfragen:.....	43
4. gewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme / außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme / Grundlagengeschäft.....	43
V. Mitgliedschaft und Innenverhältnis – Überblick.....	44
1. Rechte der Mitgliedschaft	44
2. Mitgliedspflichten	44
3. Eigenschaft der Mitgliedschaft	44
4. Hintergrund für das Konzept der Mitgliedschaft	45
VI. Gestaltungsfragen.....	45
1. Beitragspflicht.....	45
2. Gewinn- und Verlustbeteiligung.....	46
3. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung.....	47
§ 8 Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR).....	51
I. Einführung	51
1. §§ 705 ff. BGB als Auffangtatbestand	51
2. Erscheinungsformen der GbR.....	51
II. GbR als Trägerin von Rechten und Pflichten	51
1. Ursprüngliche Konzeption, §§ 718, 719 BGB.....	51
2. Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR.....	51
3. Folge: Unterscheidung Innen- / Außen GbR.....	51
III. Die Haftung und Vertretung bei der GbR.....	52
IV. Umgang mit den Haftungsrisiken.....	56
1. Problemstellung - Große Vielfalt von GbRs	56
2. Möglichkeiten für die Vertragsgestaltung	56
V. Gegenüberstellung der GbR mit der OHG.....	57
§ 9 Beitritt und Ausscheiden des Gesellschafters, Beendigung der Gesellschaft,	58
I. Beitritt eines Gesellschafters	58
II. Ausscheiden eines Gesellschafters	58
2. Ausschluss, § 140 HGB (Vgl. für GbR § 737 I S. 1 BGB).....	59
3. Freiwilliges Ausscheiden	59
4. Folgen des Ausscheidens	59
5. Gestaltungsfragen.....	61
III. Auflösung der Gesellschaft.....	62
1. Auflösungsgründe – Ereignisse, die zur Beendigung der Gesellschaft führen.....	62
IV. Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft.....	63
1. Problemstellung	63
2. Lösung: Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	64

3. Anwendungsbereich der „Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft“	64
4. Abgrenzung zur Lehre vom Scheinkaufmann	64
§ 10 Die Kommanditgesellschaft	65
I. Einführung und praktische Relevanz.....	65
2. Die KG – Nebeneinander von persönlich haftenden Gesellschaftern und nur kapitalistisch beteiligten Gesellschaftern Das vom Gesetzgeber vorgesehene Modell für die vorstehend bei 1) geschilderte Problematik ist die KG. A und B behalten sämtliche Befugnisse und Pflichten von OHG-Gesellschaftern. Der C bringt Kapital oder Sachgegenstände ein und wird dafür am Gewinn der Gesellschaft wie ein OHG-Gesellschafter beteiligt (§ 168 HGB). Die Haftung des Kommanditisten ist auf die Höhe der Einlage begrenzt. Da die Haftung begrenzt ist, wird er auch an der Geschäftsführung nicht beteiligt. Er hat ein Mitspracherecht nur bei außerordentlichen Geschäftsführungsmaßnahmen und Grundlagengeschäften (vgl. § 164 BGB).....	65
3. Das Regelungsprinzip bei der KG.....	65
II. Die Haftung des Kommanditisten	66
1. Ausgangspunkt - § 171 I HGB	66
2. Erbringung der Einlage und Rückzahlung	66
3. Besondere Haftungsrisiken bei Gründung und Beitritt	66
4. Fallbeispiel zu besondere Haftungsrisiken bei Gründung und Beitritt	67
5. Umgang mit den Haftungsrisiken	69
III. Die Stellung des Kommanditisten in der Gesellschaft	70
2. Kontroll- und Mitwirkungsbefugnisse	70
3. Risiken für die Beteiligten und Gestaltungsmöglichkeiten.....	71
bb. § 177 HGB – Gefahr, dass „ungebetener“ sich an den Tisch.....	71
IV. Besonderheiten der rein kapitalmäßigen Beteiligung	72
1. Haftungsbeschränkung.....	72
2. Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung	72
3. Höhe der Beteiligung.....	72
4. Gesetzliches Leitbild: Kein Entrepreneurship	72
V. Abgrenzung zur stillen Gesellschaft	73
1. Wesen der stillen Gesellschaft, §§ 230 ff. HGB.....	73
2. Welche Vor- und Nachteile hat die Stellung eines „Stillen“ ggü der Stellung als Kommanditist?.....	73
§ 11 Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG).....	73
I. Einführung.....	73
1. Rechtsnatur.....	74
2. Geschichte und Bedeutung.....	74
3. Grundbegriffe	74
4. Überblick über die Regelung im GmbHG.....	74
II. Innere Verfassung der GmbH und Rechtsstellung des Gesellschafters	75
1. Übersicht	75
2. Geschäftsführer.....	75
3. Gesamtheit der Gesellschafter, Gesellschafterversammlung.....	76
4. Aufsichtsrat / Beirat	76
5. Rechtsstellung des einzelnen GmbH-Gesellschafters	77
6. Minderheitenschutz im GmbH-Recht	78
7. Besonderheiten bei der Einpersonen-GmbH.....	79
III. Kapitalaufbringung	79
1. Einführung	79
2. Gründung der Gesellschaft und Kapitalaufbringung	80
3. Zeitraum zwischen Gründung und Eintragung → Vorgesellschaft	80
4. Absicherung Kapitalaufbringung gegen Umgehung	83
IV. Kapitalerhaltung	84
1. Ausgangspunkt - §§ 30, 31 GmbHG.....	84
2. Erweiterung durch die Rechtsprechung	84
V. Haftungsrisiken in der Krise und Insolvenz.....	84
1. Eigenkapitalersetzende Darlehen und sonstigen Leistungen (vgl. o. IV.2.).....	84
2. Sog. Insolvenzverschleppungshaftung	85
V. Die GmbH im Systemwettbewerb	86
1. Aktuelle Entwicklung	86
2. Exkurs: Zweigniederlassung	86
3. Spannungsfeld Niederlassungsfreiheit / Umgehungsschutz	88
4. Gläubigerschutz bei der limited	89
5. Fazit: GmbH befindet sich im Wettbewerb mit einem „Konkurrenzmodell“	90

VI. Durchgriffshaftung – Ergänzung oder Ersatz für Mindestkapital?.....	90
1. Durchgriffshaftung im deutschen Recht.....	90
3. Reformdiskussion – Zwei Ansätze	92
§ 12 Die Aktiengesellschaft (AG)	93
I. Gründung und Kapitalaufbringung - §§ 23 ff. AktG.....	93
1. Errichtung der Gesellschaft	93
2. Phase zwischen Errichtung und Eintragung	93
3. Anmeldung der Eintragung	93
4. Eintragung in das Handelsregister.....	93
5. Haftung bei der Gründung.....	93
6. Durchsetzung der Einlageverpflichtung im Innenverhältnis	94
II. Kapitalerhaltung	94
1. Vorgaben zur Einlagenrückgewähr.....	94
2. Finanzierungsverantwortung, insbes. Eigenkapitalersetzende Darlehen	94
3. Fazit.....	95
III. Besonderheiten der AG ggü der GmbH.....	95
1. Ausgangspunkt: Kapitalsammelfunktion	95
2. Besonderes Schutzbedürfnis des Aktionärs	96
3. Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft.....	96
4. Kontrolle der Geschäftsführung.....	96
IV. Aktie, Börse und Kapitalmarktrecht	98
1. Historischer und wirtschaftlicher Hintergrund.....	98
2. Übertragbarkeit der Mitgliedschaft, Begriff der „Aktie“	98
3. Grundlagen des Wertpapierrechts, insbesondere Aktie als Wertpapier.....	99
4. Rechtliche Regulierung des Primärmarkts (Zulassung zum Börsenhandel)	102
5. Rechtliche Regulierung des Sekundärmarkts	102
6. Durchsetzung der Regelungen	103
V. Bedeutung der Börsennotierung für das Gesellschaftsrecht	104
1. Börsennotierte Gesellschaft, Publikumsgesellschaft, Personalistische AG.....	104
2. Corporate Governance und Entsprechenserklärung	104
3. Auswirkungen auf die Managementkontrolle und Corporate Governance	104
4. Regulierung - Übernahmerecht.....	105
5. Börsenkurs und Unternehmenswert	105
VI. Aktionärsrechte und Gerichtlicher Rechtsschutz der Aktionäre	106
1. Abgrenzung Kapitalmarktrecht → Schutz in seiner Rolle als Kapitalanleger.....	107
2. Die Rechtsposition des Aktionärs als Verbandsmitglied.....	107
D. Das Unternehmen im Rechtsverkehr II.....	108
§ 13 Einführung.....	108
I. Wiederholung und Überblick.....	108
II. Themen Unternehmen im Rechtsverkehr II	109
§ 14 Allgemeine Vorgaben für Handelsgeschäfte	109
I. Handelsgeschäft i.S.v. § 343 HGB	109
1. „Geschäfte eines Kaufmanns“	109
2. „die zum Betriebe eines Handelsgewerbes gehören“	109
3. Rechtsfolge des Vorliegens eines Handelsgeschäfts i.S.v. § 343 HGB	109
II. Überblick: Modifikationen der BGB im Handelsverkehr.....	110
III. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben	111
§ 15 Der Handelskauf.....	113
I. Rügeobliegenheit	113
2. Fallbeispiel.....	114
II. Sonstige Vorgaben zum Handelskauf.....	117
§ 16 Beschaffung und Vertrieb im Handelsverkehr.....	117
I. Überblick: Vertrieb mittels Hilfspersonen.....	117
II. Handelsvertreter, §§ 84 ff. HGB.....	118
2. Begriff des Handelsvertreters	118
3. Wesentlicher Inhalt der Rechtsbeziehung Unternehmen – Handelsvertreter.....	118
4. Rechtsverhältnis Unternehmer – Dritte	118
5. Abgrenzung zum Handelsmakler, §§ 93 ff. HGB	118
III. Kommissionsgeschäft, §§ 383 ff.....	119
1. Begriff des Kommissionsgeschäfts	119
2. Kommissionsgeschäft als Unterfall von Treuhandverhältnissen.....	119

IV. Moderne Vertriebsformen.....	120
1. Vertragshändler.....	120
2. Franchising	120
§ 17 Transport und Lagerung.....	121
I. Frachtgeschäft, §§ 407 ff. HGB	121
II. Speditionsgeschäft, 453 ff. HGB	121
III. Lagergeschäft, §§ 467 ff. HGB	121
IV. Frachtgeschäft zur Beförderungen von Gütern zur See.....	121

A. EINLEITUNG: GRUNDBEGRIFFE RECHTLICHE UND WIRTSCHAFTLICHE GRUNDLAGEN

§ 1 Grundbegriffe und systematische Einordnung

Nachlesen und Vertiefen: Roth, S. 1 – 23; Wiedemann/Fleischer, Nr. 1 -12; Hueck/Windbichler § 1

I. Handelsrecht

1. Der klassische Begriff
 - Sonderprivatrecht der Kaufleute
 - Historische Konzeption: Besondere Vorgaben für den „Kaufmannsstand“
2. Gründe für ein solches „Sonderprivatrecht“
 - a. Selbstverantwortlichkeit (vgl. Formfreiheit, § 350 HGB)
 - b. Einfachheit und Schnelligkeit (vgl. Rügepflicht, § 377 HGB)
 - c. Verkehrs- und Vertrauensschutz (vgl. Handelsregister, § 15 HGB; zwingend festgelegter Umfang bei der Prokura, § 49 HGB)
 - d. Praxisnähe und Internationalität (Handelsbräuche)
 - e. Fazit: Recht dient hier vor allem ökonomischen Befürfnissen:
 - Vertrauensschutz → Schaffen von Erwartungssicherheit
 - Senkung von Opportunitätsrisiken
 - Selbstverantwortlichkeit → Freies Spiel von Angebot und Nachfrage
 - Einfachheit und Schnelligkeit → Senken der Transaktionskosten

II. Gesellschaftsrecht

1. Klassische Begriff

Recht der privatrechtlichen Personenvereinigungen, die zur Erreichung eines bestimmten gemeinsamen Zwecks durch Rechtsgeschäft begründet werden

 - privatechtliche → Abgrenzung Körperschaften/Stiftungen des öffentlichen Rechts
 - gemeinsamer Zweck → mehrere schließen sich zusammen und gemeinsam ein Projekt zu verfolgen (Zweck weiter als Unternehmung im betriebswirtschaftlichen Sinne, auch Verfolgung ideeller Zwecke erfasst)
 - P: Einmann-GmbH / Einmann-AG
 - Rechtsgeschäft: Ausgangspunkt ist immer Abschluss eines Gesellschaftsvertrags
2. Grundkategorien des Gesellschaftsrechts
 - a. Personengesellschaften
 - aa. „Grundmodell“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Gbr), §§ 705 ff. BGB
 - bb. Sonstige Personengesellschaften
 - Offene Handelsgesellschaft, §§ 105 ff. HGB

- Kommanditgesellschaft, §§ 161 ff. HGB
- stille Gesellschaft, §§ 230 ff. HGB

b. Körperschaften

- aa. „Grundmodell“: Verein §§ 21 ff. BGB
- bb. Kapitalgesellschaften
 - GmbH (GmbHG)
 - Aktiengesellschaft (AktG)
 - Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)

c. Spezialfall: GmbH & Co KG

3. Betriebswirtschaftliche Relevanz

- Wahl der Rechtsform gehört zu den grundlegenden konstitutiven Entscheidungen bei der Unternehmensorganisation mit weit reichenden Folgen, insbes. im Hinblick auf die Unternehmensfinanzierung, Haftungsrisiken, Strukturierung der Entscheidungsprozesse¹
 - Anwendungsfeld der Unternehmensorganisation und Transaktionskostentheorie
 - Rechtsberater setzen betriebswirtschaftliche Organisationsentscheidungen um
- Trennung von Eigentum und Leitung (vor allem bei Kapitalgesellschaften)
 - Principal-Agent – Probleme → Anwendungsfeld für die principal agency-Theorie
- Gesellschaftsrecht hat u.a. die Funktion, durch Regelungen Transaktionskosten zu senken und Opportunitätsrisiken zu minimieren

III. Historische Entwicklung, Rechtsquellen

1. Entwicklung der nationalen Gesetzgebung bis 2000

Mittelalter	Handelsbräuche und Regelungen in den Stadtbüchern, Zunftordnungen
1794	Handelsrecht kodifiziert im PreußALR (II 8)
1807	<i>Code de Commerce</i> (in Frankreich); AG als <i>société anonyme</i> erstmals kodifiziert
1869	ADHGB
1870	Konzessionszwang aufgehoben
1897	HGB
1892	Inkrafttreten des GmbHG
1937	Einführung eines selbständigen AktG
1951/52	Montanmitbestimmung
1957	Europäisierung des Handels- und Gesellschaftsrechts
1976	Mitbestimmungsgesetz
1985	Bilanzrechtsreformgesetz

¹ Zur Rechtsformentscheidung als konstitutive Entscheidung siehe B/D/S Allg. Betriebswirtschaftslehre, Kap. 4, 2.4 (S. 346 ff.).

1998	Großes Handelsrechtsreformgesetz, Kaufmannsbegriffs und des Firmenrechts	Neuregelung	des
------	---	-------------	-----

2. Internationalität und Europäisierung, Vielfalt der Rechtsquellen
 - a. Rahmenbedingungen: Welthandel und Globalisierung
 - b. Handelsbräuche Handelsklauseln
 - P: Rechtsnatur
 - Handelsklauseln international standardisiert: *Incoterms* aus dem Jahr 2000 (Bsp.: FOB – *free on board* CIF *cost, insurance free*)
 - Teil der sog. *Lex mercatoria* – Sammelbegriff für die international anerkannten Handelsbräuche, Gewohnheiten
→ UNIDROIT-Principles “Principles of International Commercial Contracts”
(keine regelnde Gesetzgebung: keine Regeln was sein soll, sondern Sammlung dessen was als allgemein verbindlich anerkannt *ist*)
 - c. Möglichkeit der Rechtswahl im internationalen Verkehr
 - aa. Allgemeine Regelung des internationalen Privatrechts
 - Art. 27 I S. 1 EGBG: „Der Vertrag unterliegt dem von den Parteien gewählten Recht.“
 - *beachte*: Art. 27 I S. 1 EGBG nur anwendbar, wenn eine Vertragspartei aus Deutschland und die andere Partei aus dem Ausland
 - bb. Spezialregelung für das Kaufrecht:
„Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)“
 - Anwendungsbereich → Art. 1 I: „Dieses Übereinkommen ist auf Kaufverträge zwischen Parteien anzuwenden, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben ...“
 - Folge: Für den Kaufvertrag gelten die Regelungen des CISG, es sei denn die Parteien vereinbaren die Geltung eines anderen Rechts
 - d. Europarechtliche Vorgaben
Das Handels- und Gesellschaftsrecht ist der Bereich des Privatrechts der am stärksten durch Richtlinien harmonisiert ist
 - aa. Grundlage im EGV:
 - Art. 44 lit g (Förderung der Niederlassungsfreiheit)
 - Art. 14, 94 EGV (Verwirklichung des Binnenmarkts)
 - bb. Handelsrecht, u.a.
 - Publizitätsrichtlinie → § 15 III HGB
 - Handelsvertreterrichtlinie → §§ 84 ff. HGB
 - Zweigniederlassungsrichtlinie → §§ 13e ff. HGB

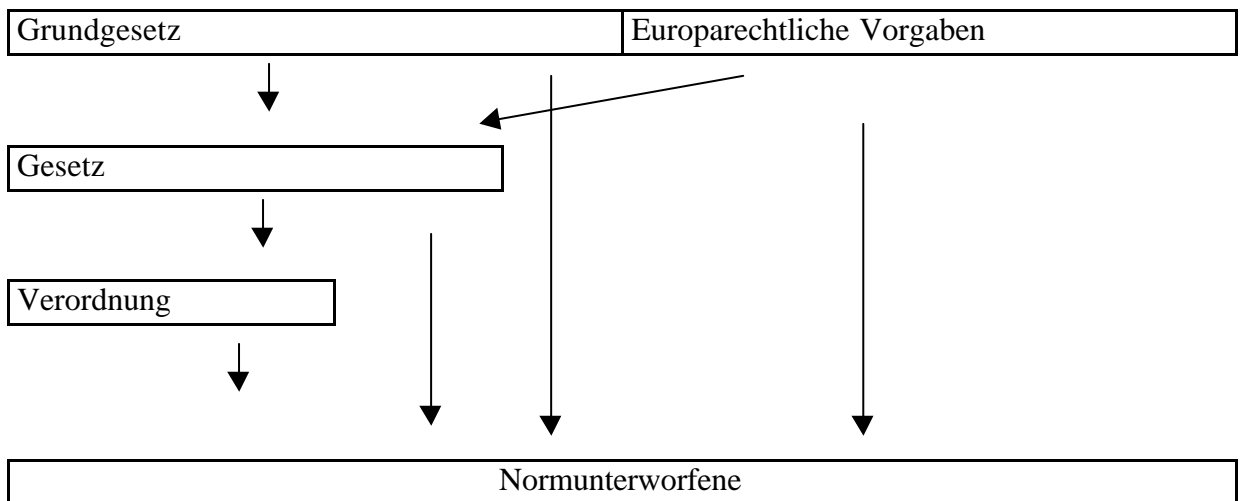
- cc. Gesellschaftsrecht (Grundlage Art. 44 II lit g EGV), u.a.
 - Richtlinien zur Angleichung des Gesellschaftsrechts → AktG, UmwG

- dd. Kapitalmarktrechtliche Richtlinien, u.a.
 - Wertpapierdienstleistungsrichtlinie
 - Übernahmerichtlinie → WpÜG

- ee. Rechnungslegung
 - Bilanzrichtlinie → §§ 264 ff. HGB
 - Konzernbilanzrichtlinie → 290 ff. HGB
 - Abschlussprüfer-Richtlinie → 316 ff HGB
 - VO Br. 1606/2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards → § 315a HGB

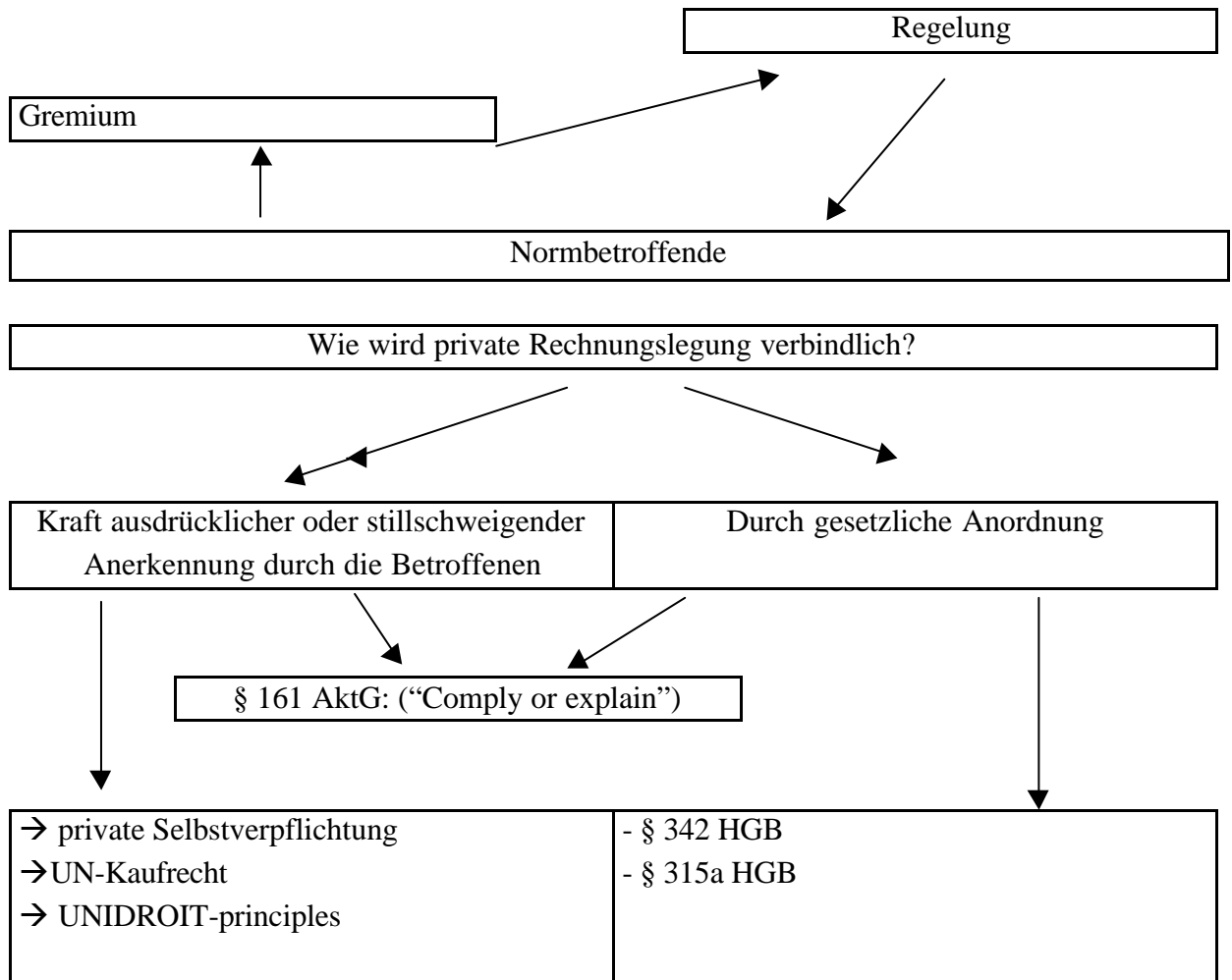
d. Vielfalt der Rechtsquellen, Normenpyramide

„Klassische“ Normenhierarchie



Regelungssetzung durch Private

- Bsp.: Deutscher Corporate Governance Codex,
Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung
Internationale Rechnungslegungsstandards (IAS, IRFS; US-GAAP)



IV. Aktuelle Entwicklung: Vom Handelsrecht zum Unternehmensrecht

1. Zunehmende Anknüpfung an den Unternehmer / Unternehmen anstatt an Kaufmann
→ § 14 BGB / § 15 ff AktG / Europarechtliche Vorgaben, insbes. im Bereich Verbraucherschutz
2. Systematische Komplementarität von Handels- und Gesellschaftsrecht
→ Recht der Unternehmung, Unternehmensrecht
Handelsrecht - (Sonder)außenprivatrecht der Unternehmen
Gesellschaftsrecht – Recht der Organisation von gemeinschaftlichen Unternehmungen
3. Abgrenzung Unternehmensrecht / Allgemeines Privatrecht
 - a. Unternehmer (§ 14 BGB)
 - Kaufmännische Unternehmen (§ 1 HGB)
 - nichtkaufmännische Unternehmen (z.B. Steuerberater)
 - b. „Einfache BGB-Bürger“ – idR Verbraucher iSv § 13 BGB

c. Drei Kategorien – Verträge zwischen

- (1) Unternehmern (b2b)
- (2) Unternehmer und Verbraucher (b2p)
- (3) zwischen Personen, bei denen keine Seite Unternehmer ist (p2p)
 - Nur bei (3) findet Handels- bzw. Unternehmensrecht keine Anwendung
 - (1) + (2) über 95 % der abgeschlossenen Verträge
 - Handelsrecht, zwar als *Sonderrecht* bezeichnet, aber Anwendung von Unternehmensrecht ist der Regelfall

§ 2 Gewerbe, Handelsgewerbe, Unternehmen, Unternehmensträger, Firma

Nachlesen und Vertiefen: Roth, S. 47 – 56, 64 - 66; Wiedemann/Fleischer, Nr. 29 - 52;

Zentraler Anknüpfungspunkt für die Anwendung des HGB ist die Definition des Kaufmanns in § 1 HGB:

§ 1 Abs. 1: Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.

§ 1 Abs. 2: Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert

Dreistufige Prüfung:

- Liegt ein *Gewerbe* vor? → § 1 I, II, 1. HS. dazu I.
- Liegt auch ein *Handelsgewerbe* vor? →, § 1 I, II, 2. HS., dazu II..
- Ist die Person bzw. der Rechtsträger auf den Handelsrecht angewendet werden soll *Betreiber* des Handelsgewerbes? → § 1 I („betreibt“), dazu III.

I. Gewerbe

1. Vorliegen eines Gewerbes kann relevant sein für

a. Wirtschaftsverwaltungsrecht → Anmelde- / Genehmigungspflichten

- Anzeigepflicht: u.a. § 14 GewO, HandwO
- Genehmigungspflicht: Gaststättengesetz, Kreditwesengesetz
- Anlagen-/Betriebsbezogene Regulierungen

b. Steuerrecht

- Einkommen-/Lohnsteuer
- Körperschaftsteuer
- Umsatzsteuer
- Gewerbesteuer

c. Voraussetzung für Handelsgewerbe → Voraussetzung für das Vorliegen der Kaufmannseigenschaft → Voraussetzung für die Anwendung des Handelsrecht
Überblick über die Folgen²:

Handelsregister, §§ 8 ff. HGB

→ Pflicht zur Anmeldung von Firma, Sitz und anderen Angaben (§ 29 HGB)

² Anhand der Pflichten für einen Einzelkaufmann

→ Publizitätswirkungen des Handelsregister (§ 15 HGB)

Firma, §§ 17 ff. HGB

→ Vorgaben für die Firmenbildung (§§ 17, 18 HGB)

→ Haftung bei Fortführung der Firma / Erwerb des Geschäfts (§§ 22 ff. HGB)

Handelsrechtliche Vertretung, §§ 48 ff. HGB

→ Prokura (§§ 48 ff. HGB)

→ Handlungsvollmacht (§ 54 HB)

→ Vollmacht des Ladenangestellten (§ 56 HGB)

Rechnungslegung, §§ 242 ff. HGB

→ Pflicht zur Aufstellung eines Jahresabschluss (§ 242 HGB)

- Allgemeine Vorgaben für die Erstellung des Jahresabschlusses (§§ 243 ff. HGB)

- Spezielle Vorgaben für Kapitalgesellschaften (§§ 264 ff. HGB)

- Vorgaben für Kpnzernabschluss und Konzernlagebericht (§§ 290 ff. HGB)

Handelsgeschäfte (§ 343 ff.)

→ Anknüpfung an die Kaufmannseigenschaft des bzw. der Beteiligten (§§ 343, 344 HGB)

→ Allgemeine Vorgaben für den Handelsverkehr (§§ 346 – 372 HGB), u.a.

- Berücksichtigung von Handelsbräuchen (§ 346 HGB)

- Kaufmännische Sorgfaltspflicht (§ 347 HGB)

- keine Geltung von Schutzvorschriften des BGB (§§ 348 – 350 HGB)

- Besondere Zinsregelungen (§§ 352, 353 HGB)

- Grundsatz der Entgeltlichkeit (§ 354 HGB)

- Kaumännisches Kontokorrent (§§ 355 – 357 HGB)

→ Besondere Vorgaben für Kaufverträge „Handelskauf“ (§§ 373 – 381 HGB)

Beachte auch: Spezialregelungen für Kaufleute außerhalb des BGB

→ z.B. § 38 ZPO: Zulässigkeit der Gerichtsstandvereinbarung

2. Der Begriff des Gewerbes

- Keine gesetzliche Definition

- Definition in der Rechtswissenschaft entwickelt: Ein Gewerbe ist danach jede selbständige (a), entgeltliche (b), planmäßige, auf Dauer angelegte (c) Tätigkeit, die nach außen in Erscheinung tritt (d) und nicht zu den freien Berufen gehört (e).

a. Selbständig → Abgrenzung zum unselbständigen Arbeitnehmer

- Gesamtbild vertragliche Gestaltung und tatsächliche Handhabung

- Anhaltspunkt: § 84 I S. 1 HGB (aber nicht direkt anwendbar)

b. entgeltlich

- BGH spricht von Gewinnerzielungsabsicht

- Aber: Entscheidend nicht, ob subjektiv Gewinn erwartet wird, sondern ob nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen geführt und am Markt im Wettbewerb mit Privatunternehmen tätig ist (vgl. *Baumbach/Hopt § 1 Rn. 16*)

P: Kommunale Unternehmen, die nur kotendeckend arbeiten sollen

(nach BGH (-) / nach Lit (+))

c. planmäßig, auf Dauer angelegt

P: Saisonbetrieb, Arbeitsgemeinschaft im Baugewerbe (ARGE)

- Tätigkeit muss nicht ununterbrochen sein, genügt regelmäßig
→ Saisonbetrieb (+)
- ARGE nur für ein Projekt, damit nicht regelmäßig punktuell
→ ARGE nach h.M. (-)

d. werbende Tätigkeit nach außen

→ Abgrenzung Geschäfte für den Eigenbedarf, wie etwa Verwaltung eigenen Vermögens (Bsp.: Privatpersonen, die regelmäßig Wertpapiere an der Börse kaufen und Verkaufen, um eigenes Vermögen zu mehren³)

→ in der betriebswissenschaftliche Terminologie: Betriebe zur Eigenbedarfsdeckung (Haushalte) sind kein Gewerbe, sondern nur Betriebe zur Fremdbedarfsdeckung (Unternehmen)⁴

e. *nicht* wissenschaftlich, künstlerisch, sportlich oder freiberuflich

- historisch gewachsen, Standesrecht Anwalt gehört nicht zum Handelsstande
→ teilweise ausdrücklich geregelt: 2 II BRAO⁵, § 2 S. 3 BNotO⁶, § 1 II S. 2 WirtschaftsprüferO⁷,
- aktuelle Abgrenzungsprobleme, z.B. Gemeinschaftspraxis / Privatklinik

f. Ergänzend: keine echtes Merkmale, sondern „Denkposten“

Ist nur erlaubte Tätigkeit ein Gewerbe? Unterscheide:

- Unstrittig: Gewerbe genehmigung keine Voraussetzung (vgl. § 7 HGB)
- Problem 1: Tätigkeit die gegen Gesetz verstößt oder gegen die guten Sitten, konkret: Betreibt der Hehler ein Gewerbe?
- Problem 2: Ehevermittler kein Kaufmann, weil keine klagbaren Ansprüche (vgl. § 656 BGB)?

II. *Handelsgewerbe*

→ kaufmännischer Weise eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb

- Abgrenzung zum sog. Kleingewerbe („Kann-Kaufleute“)
- Grund für die Differenzierung: beim Zeitungskiosk und Gemüsehändler „um die Ecke“ wäre die Anwendung des Handelsrechts unverhältnismäßig

1. Kriterien

- Zahl und Art der Geschäfte
- Höhe von Kapital und Umsatz
- Zahl der Beschäftigten
- Vielfalt oder Zahl der Erzeugnisse oder Leistungen und der Geschäftsbeziehungen
- Teilnahme am Wechselverkehr

³ Verwaltung von fremden Vermögen nur dann reine Vermögensverwaltung, wenn die Verwaltung entgeltlich erfolgt. Das Betreiben eines Investmentfonds ist natürlich ein gewerbliche Tätigkeit.

⁴ Vgl. B/D/S Allg. Betriebswirtschaftslehre, Kap. 1, 2.2.2.1. (S. 29)

⁵ Bundesrechtsanwaltsordnung

⁶ Bundesnotarordnung

⁷ Wirtschaftsprüferordnung

- Aufnahme oder Gewährung von Krediten
2. Gesamtbetrachtung (Umsatz daher nur *ein* Indiz) - Bsp.:
- Handelsgewerbe (-): Bundeswehrkantine mit Umsatz EUR 250.000
→ Geschäftsabläufe verhältnismäßig einfach⁸
 - Handelsgewerbe (+) Optiker mit Umsatz EUR 85.000
→ verhältnismäßig geringer Umsatz, aber hohe Kundenzahl und komplizierte Abrechnungen mit den Krankenkassen⁹
3. Gesetzliche Vermutung für Vorliegen eines Handelsgewerbes
→ Formulierung „es sei denn“

III. Betreiben eines Handelsgewerbes , Unternehmen, Unternehmensträger, Firma

- Vorliegen der Merkmale von § 1 HGB (I + II) → Unternehmen ist Handelsgewerbe
 - Kaufmann derjenige, der das Handelsgewerbe betreibt
1. Handelsgewerbe als rechtliche Qualifizierung des Unternehmens
Unternehmen selbst kein handelsrechtlicher Rechtsbegriff, sondern nur untechnisch Gesamtheit von Betriebsmitteln, die auf Herstellung von Gütern oder Erbringung von Dienstleistungen zur Fremdbedarfsdeckung gerichtet sind.¹⁰
2. Betreiben
- Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft an den Unternehmensträger
 - nicht das Unternehmen ist der rechtliche Anknüpfungspunkt für die Kaufmannseigenschaft, sondern die Person, die das Unternehmen betreibt.
 - Der Betreiber des Unternehmens in der Regel der Inhaber des Unternehmens. Der Inhaber wird als *Unternehmensträger* bezeichnet

⁸ OLG Celle NJW 1962, 540.

⁹ OLG Hamm DB 1969, 386.

¹⁰ Vgl. auch detaillierte Definition bei *B/D/S* Allg. Betriebswirtschaftslehre, Kap. 1, 2.2.2.1. (S. 29):
Unternehmen ist eine ökonomische, technische, soziale und umweltbezogene Einheit mit der Aufgabe der Fremdbedarfsdeckung, mit selbständigen Entscheidungen und Risiken.

Form der Organisation	Unternehmensträger	Kaufmannseigenschaft
eingetragener Einzelkaufmann	Inhaber (natürliche Person)	Inhaber
Personenhandels-gesellschaft (OHG; KG)	Die Gesellschaft ist Unternehmensträger (OHG; KG)	unstreitig: die OHG / KG als Handelsgesellschaft (§ 6 I, 105 I HGB, ggf. iVm 161 II HGB) BGH ¹¹ : auch OHG-Gesellschafter und Komplementäre (<i>nicht</i> die Kommanditisten) ¹²
Kapitalgesellschaft	GmbH, AG	<i>Nur</i> die Gesellschaft als sog. Formkaufmann (§ 6 II HGB iVm § 13 III GmbHG / § 3 I AktG)

Merke: nach h.M. und nach dem Leitbild des Gesetzes gilt:

- Die Gesellschaft selbst ist kein Unternehmen, sondern sie *hat* ein Unternehmen
- Wenn sie ein Unternehmen hat und betreibt, das Handelsgewerbe ist, dann ist sie ein kaufmännisches Unternehmen und es finden die handelsrechtlichen Regelungen für Kaufleute auf sie Anwendung

3. Firma

§ 17 I: „Die Firma eines Kaufmanns ist der Name unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt“

- weder Synonym für Unternehmen, noch für Gesellschaft,
- die Firma *ist* kein Unternehmen (und auch keine Gesellschaft), sondern sie *bezeichnet* das Unternehmen

IV. Verhältnis zum Begriff des Unternehmers iSv § 14 BGB

1. Definition nach Kommentarliteratur zum BGB

„Jede Person, die selbständig am Markt planmäßig und dauerhaft Leistungen entgeltlich anbietet“.

2. Vergleich mit den Merkmalen des Handelsgewerbes

- a. Alle vier positiven Merkmale des Gewerbebegriffs (vgl. o. I., „am Markt“ ist das Pendant zu „nach außen werbend“ bei der Gewerbebedefinition
- b. Es fehlt die Einschränkung: „mit Ausnahme der freien Berufe“
- c. Es kommt auf den Umfang der Tätigkeit nicht an
 - Jeder Kaufmann ist auch Unternehmer iSv § 14 BGB, aber nicht jeder

¹¹ BGHZ 34, 293, 296 f.; 45, 282, 284 zur Gegenansicht MünchKommHGB/K. Schmidt, § 1 Rn. 54.

¹² In betriebswirtschaftlichen Kategorien gesprochen hat der BGH hier eine „unternehmerorientierte“ Auffassung des Unternehmens, wonach Unternehmen als Wirtschaftseinheit definiert ist, die von einem Unternehmer geleitet wird → Unternehmer leitet und vertritt die Gesellschaft selbst (vgl. B/D/S Allg. Betriebswirtschaftslehre, Kap. 1, 2.3.2. (S. 41) → juristischen Begriff hierfür: Selbstorganschaft

Unternehmer ist gleichzeitig auch Kaufmann

- Folgende Gruppen, sind Unternehmer i.S.v. § 14 BGB, ohne Kaufmann zu sein
- Kleingewerbetreibende, § 1 II, 2. HS., § 2 S. 1 (Gewerbe, das die Voraussetzungen des § 1 II, 2. HS: HGB nicht erfüllt und im Handelsregister nicht eingetragen ist, vgl. § 2 S. 1 HGB¹³)
 - Land- und Forstwirte (vgl. § 3 HGB)
 - Freie Berufe

3. Rechtsfolgen

a. Rechtsfolgen für alle Unternehmen

- Vorliegen der Unternehmereigenschaft allein führt nicht zur Anwendbarkeit der Vorschriften des HGB
- Wenn Vertrag mit Verbraucher, finden auf alle Unternehmer die Vorschriften zu Verbraucherverträgen Anwendung und damit findet das - europarechtlich überformte - Verbraucherschutzrecht Anwendung, vgl. u.a.
 - § 241a BGB
 - § 310 BGB – keine Anwendung von §§ 305 II, III, 308 309 BGB
 - § 312 BGB - Haustürwiderruf
 - § 474 BGB - Verbrauchsgüterkauf
 - § 491 BGB Verbraucherdarlehensvertrag
- Der Unternehmer selbst kann gegenüber anderen Unternehmen (b2b) die Verbraucherschützenden Regelungen nicht für sich in Anspruch nehmen
- Im Einzelfall kommt die analoge Anwendung vom handelsrechtlichen Vorschriften und Handelsbräuchen in Betracht (Bsp.: kaufmännisches Bestätigungsschreiben)

b. Rechtsfolgen für Unternehmer, die Kleingewerbe betreiben

- HGB ordnet für eine Reihe von Gewerbetreibenden, Anwendbarkeit von Vorschriften an, auch wenn sie kein *Handelsgewerbe* betrieben, vgl. u.a.
- § 84 IV HGB (Vorgaben für Handelsvertreter Handelsvertreterrecht)
 - § 93 III HGB (Vorgaben für Handelsmakler Handelsmakler)
 - § 383 III (Vorgaben für den Kommissionär)

§ 3 Die verschiedenen Arten des Kaufmanns

Nachlesen und Vertiefen: Roth, S. 57 - 64; Wiedemann/Fleischer, Nr. 53 - 73;

I. Der sog. „Istkaufmann“, § 1 HGB

- Der vom HGB antizipierte Normalfall
- Derjenige der die Merkmale des § 1 HGB erfüllt (s.o. § 2 I. – III.)

¹³ In der Formulierung dieser Vorschrift wird das Verhältnis der Begriffe Gewerbebetrieb / Unternehmen / Handelsgewerbe / Firma sehr schön deutlich.

II. Handelsgewerbe kraft Eintragung (sog. *Kannkaufmann*)

§ 2 I S. 1: „Ein gewerbliches Unternehmen, dessen Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 II HGB Handelsgewerbe ist, gilt als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzes, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist.“

1. Wahlrecht

Person, die ein Gewerbe bereibt, das nicht die Merkmale eines *Handelsgewerbes* hat
 Hat Wahlrecht, ob im Rechtsverkehr als Kaufmann agieren will oder nicht
 (daher *Kannkaufman*)

2. Für die Ausübung des Wahlrechts relevante Aspekte:

Pro Eintragung	Zweischneidig	Contra Eintragung
- Provisionsanspruch (§ 354 HGB) - Berufung auf Grundsatz der Entgeltlichkeit - „Strahlkraft“ des Handelsregisters ¹⁴	- Rügepflicht (§ 377 HGB) - Zinssatz und Fälligkeitszinsen (§§ 352, 353 HGB) - Zurückbehaltungsrecht, (§ 363 HGB) - Kontokorrent (§ 355 HGB)	- Schutzverlust (§§ 348- 350 HGB) - Eintragungspflichten - Vertrauenshaftung aufgrund von Register-eintragungen (§ 15 HGB) - Strafrechtliche Risiken (§§ 283 ff. StGB) Strengere Sorgfaltsanforderungen (§ 347 HGB)

→ Letztlich geht es um eine Abwägung der Erhöhung der rechtlichen Risiken gegenüber der (erhofften) Erhöhung von Bekanntheit und Förderung des Rufs (Kreditwürdigkeit!) des Unternehmens, die häufig ein Abstandnehmen von der Eintragung in das Handelsregister zum Ergebnis haben dürfte

III. Die Bedeutung der Vorschrift von § 5 (sog. *Fiktivkaufmann*)

1. Das Verhältnis zu § 2 HGB

- Die Regelung des § 5 (lesen !), wonach sich derjenige dessen Firma im Handelsregister eingetragen ist nicht darauf berufen kann, dass das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, hat vorwiegend nur klarstellende Bedeutung. Warum?
- Wenn das Unternehmen eingetragen ist, dann gilt es gemäß § 2 S. 1 HGB ohnehin als Handelsgewerbe

¹⁴ Damit sind „weiche“ Faktoren wie Werbewirkung, Erhöhung der Seriösität und damit eventuell der Kreditwürdigkeit angesprochen.

2. „wann hat § 5 HGB eigenständige Bedeutung?

Vor allem in zwei Fällen

- a. Unternehmen im Handelsregister eingetragen, das gar nicht eintragungsfähig (z.B. Freiberufersozietät ist kein Gewerbe und darf daher nicht in das Handelsregister eingetragen werden)
- b. Es fehlt an einer (wirksamen) Betragung der Eintragung in das Handelsregister (angesprochen ist hier das sog. Absinken eines eingetragenen Handelsgewerbes auf den Umfang eines ein Kleingewerbe. Hier beruht die Eintragung des – nunmehr – Kleingewerbes nicht auf einer bewussten Entscheidung des Inhabers, trotz geringen Umfangs Kaufmanns sein bzw. bleiben zu wollen)

IV. Abgrenzung: Scheinkaufmann

1. Verhältnis zum Fiktivkaufmann

- Weder § 2, noch § 5 regeln den Scheinkaufmann. Bei § 2 „gilt“ der Betreffende kraft Eintragung als Kaufmann, bei § 5 wird die Kaufmannseigenschaft „fingiert“
- Scheinkaufmann ist eine Ausprägung der allgemeinen Rechtsscheinslehre, wonach wer zurechenbar einen im Rechtsverkehr erheblichen Rechtsschein setzt (hier: Auftreten im Rechtsverkehr als Kaufmann etwa durch Verwenden des Kürzels e.K.) auf den ein Dritter vertraut (Geschäftspartner, der davon ausgeht, dass der Betreffende Kaufmann) sich diesem Rechtsschein entsprechend behandeln lassen muss.
- Aufgrund der unterschiedlichen Ansatzpunkte auch wichtiger Unterschied in der Rechtsfolge:
 - Bei §§ 2, 5 gilt die Kaufmannseigenschaft sowohl zu Lasten als auch zu Gunsten des im Handelsregister eingetragenen
 - Beim Scheinkaufmann darf sich nur die Gegenseite auf die Kaufmannseigenschaft berufen. Der Rechtsschein wirkt nur zu Lasten, nicht Zugunsten, dessen, der den Rechtsschein gesetzt hat

2. Allgemeine Rechtsscheinslehre

- a. Setzen eines im Rechtsverkehr rechtserheblichen Tatbestands
- b. ein Dritter muss auf diesen Rechtsschein tatsächlich vertraut haben
- c. dieser Dritter muss schutzwürdig, d.h. gutgläubig sein
- d. der Rechtsschein muss demjenigen, zu dessen Lasten er gehen soll, zurechenbar sein

V. Kaufmann kraft Rechtsform

1. Handelsgesellschaften, § 6 I HGB

- § 105 I HGB: Personengesellschaft deren Zweck auf Betreiben eines

Handelsgewerbes gerichtet ist → wie Kaufmann

- § 105 II HGB: Personengesellschaft deren Zweck nicht auf Betreiben eines Handelsgewerbes gerichtet ist, nur dann wie Kaufmann, wenn im Handelsregister eingetragen ist
- Gemäß § 161 II HGB gilt § 105 HGB entsprechend für die KG

2. Formkaufmann, § 6 II HGB

§ 6 II HGB iVm § 3 I AktG und § 6 II HGB iVm § 13 III GmbHG:

→ AG und GmbH gelten allein aufgrund ihrer Rechtsform als Handelsgesellschaft, so dass die Vorschriften für Kaufleute ohne Ansehung von Umfang ihres Geschäftsgegenstands Anwendung finden.

VI. Ausnahmegesellschaft für Land- und Forstwirte, § 3 HGB

VII. Handlungsgehilfe und Handelsvertreter

Ist der Handlungsgehilfe Kaufmann? Ist der Handelsvertreter Kaufmann?

Lesen Sie die Definitionen in § 59 I S. 1 HGB bzw. § 84 I S. 1 HGB und vergleichen Sie die dort genannten Merkmale mit den Merkmalen des Kaufmannbegriffs (s.o. § 2)

B. DAS UNTERNEHMEN IM RECHTSVERKEHR I

§ 4 Vertretungsregelungen des HGB

Nachlesen und vertiefen Roth, S. 314 – 340; Wiedemann/Fleischer Nr. 226-265

I. Wirtschaftlicher Hintergrund des Regelungsproblem

- Gesellschaft handelt durch ihre Organe
- Kaufmann/ Unternehmensleitung muss delegieren
- Im Handelsverkehr Bedarf nach Vertrauensschutz (Außenverhältnis)
→ Verkehrsschutz
- Gleichzeitig bestehen Opportunitätsrisiken im Verhältnis Vertreter/Vertretene
→ principal/agent-Problem

II. Stellvertretung nach BGB und Ladenvollmacht nach § 56 HGB

Fallbeispiel V ist Inhaber eines Antiquariats „Schatzkästchen des rheinischen Hausfreundes“¹⁵. V geht in die Mittagspause und bittet seinen Neffen N, der ihm gelegentlich bei der Buchhaltung und der Einordnung der Bücher hilft, auf den Laden aufzupassen. Dann beritt Kunde K den Laden und sieht eine alte Ausgabe der Übersetzung von „Geschichten meiner Großmutter“¹⁶ mit dem Preisschild „EUR 250“ und äußert gegenüber N den Wunsch, dieses Buch zu erwerben. N stimmt zu und K gibt N das Geld. In diesem Moment kommt A in den Laden und sagt, dieses Buch sei nicht mehr verkäuflich, da er es bereits dem Studienrat S verkauft habe. K besteht auf der Durchführung des Vertrages. A argumentiert, N sei zum Verkauf gar nicht ermächtigt gewesen

Frage: Kann K die Übereignung des Buches verlangen?

Rechtliche Würdigung

Anspruchsgrundlage: § 433 II BGB

→ Setzt wirksamen Abschluss eines Kaufvertrages voraus

→ Diese wiederum setzt zwei übereintimmende Willenserklärungen (We) voraus

1. We des K unproblematisch (+)
2. eigene We des V (-)
3. Die We des N könnte gemäß § 164 I S. 1 BGB dem V zugerechnet werden, wenn N zur Vertretung ermächtigt war

Voraussetzungen für Wirksamkeit der Stellvertretung im Überblick

- a. Eigene We
- b. im Namen des Vertretenen
- c. mit Vertretungsmacht
 - aa. wirksame Erteilung der Vollmacht
 - (1) allgemeine Vollmacht (§§ 164 ff. BGB)
 - (2) Vertretungsmacht kraft Organstellung (Gesellschaftsrecht)

¹⁵ Unter diesem Titel erschien in der zweiten Hälfte des 19. Jhr. Jahrbücher mit Kalendergeschichten, Anekdoten, Märchen und Sagen. Damit man Abend am Ofen etwas zum Vorlesen hat.

¹⁶ Dieses Buch, der tschechischen Schriftstellerin *Božena Němcová* (Originaltitel *Babicka*) hat für die Tschechen etwa die Bedeutung, welche die „Märchen der Brüder Grimm“ für Deutschland haben.

- (3) Spezielle kaufmännische Institute
 - Prokura, §§ 49 ff. HGB
 - Handlungsvollmacht, § 54 HGB
- bb. im Rahmen der Vertretungsmacht
 - (1) Grundsätzlich entscheidend, was der Vertretene bestimmt hat
 - (2) Im Handels- und Gesellschaftsrecht oft festgelegt oder zumindest vermutet, welchen Umfang die Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis hat
 - z.B. § 49 HGB, § 126 HGB, § 37 II S. 1 GmbHG
 - für Regelung als Vermutung vgl. § 54 HGB

Prüfung des Falls

- a. Eigene We → Abgrenzung zum Boten
- b. im Namen des Vertretenen
 - aa. grundsätzlich muss erkennbar in fremdem Namen handeln (sog. Offenkundigkeitsprinzip) → Abgrenzung zum Treuhänder / Mittelbaren Stellvertretung, wo Vertreter im Hintergrund bleibt
 - bb. Ausnahme: Bargeschäft des täglichen Lebens (sog. Geschäft für den, den es angeht)
 - N zwar nicht ausdrücklich im Namen des V. aber dies ergibt sich aus den Umständen (vgl. § 164 I S. 1 BGB)
- c. Mit Vertretungsmacht
 - aa. Erteilung der Vollmacht (§ 167 BGB)
 - ausdrücklich (-)
 - konkludent? Auslegung „auf den Laden aufpassen“ eher (-)
 - interpretieren, wohl eher aufpassen, dass nichts weg kommt
 - keine Vollmacht
 - bb. Zwischenergebnis: grundsätzlich keine Vertretungsmacht
- d. § 56 HGB
 - aa. Hiernach würde N aufgrund der Tatsache, dass er in dem arbeitet als ermächtigt gelten, das Buch zu veräußern
 - bb. Aber: ist der § 56 HGB anwendbar
 - (1) Regelung des HGB → Inhaber des „Ladens“ müsste Kaufmann sein
 - (a) Gewerbe (+)
 - (b) *Handels*gewerbe (-)
 - kleines Antiquariat erfordert keinen in kaufmännischer Eingerichteten Gewerbebetrieb
 - P: analog auf Kleingewerbetreibende¹⁷?
 - h.M. ja → Laden iSv § 56 HGB (+)
 - (2) „angestellt“

¹⁷ Roth, Rn. 648.

- nicht technisch
- genügt, dass regelmäßig weisungsabhängig tätig
- (3) Zweck der Vorschrift: Anstellung zu Verkaufszwecken
 - N arbeitet nicht zu Verkaufszwecken
 - § 56 HGB (-)

- e. Allgemeine Rechtsscheinsgrundsätze
 - Anscheins- oder Duldungsvollmacht nach allgemeinem Zivilrecht
 - aa. Duldungsvollmacht (-)
 - erforderlich wäre wiederholtes Auftreten als Vertretet mit Duldung des A
 - bb. Anscheinsvollmacht
 - (1) müsste Rechtsschein der Bevollmächtigung zurechenbar gesetzt haben → könnte man in der Beauftragung des N sehen
 - (2) Anscheinsvollmacht allgemeine Grundsätze, die Lücken schließen sollen. Für diese Kosntellation hat der Gesetzgeber den Vertrauensschutz weitgehend typisiert. Daher kaum Raum für weitere Rechtsfortbildung
- auch aus allgemeinen Grundsätzen ergibt sich keine Vertretungsmacht
- V muss sich die Willenserklärung des N nicht zurechnen lassen
- kein wirksamer Vertrag zwischen V und K

- K kann von V nicht die Übereignung des Buches verlangen
(nur von N. Dieser haftet auch für die Erfüllung - § 179 I BGB. Er kann aber nicht übereignen, da nicht Eigentümer des Buches)

III. Handlungsvollmacht, § 54 HGB

Fallbeispiel Trotz des Faux pas mit dem Buch hat sich der V entschlossen, seinen Neffen anzustellen. Nun verkauft N auch regelmäßig im Antiquariat. V freut sich, endlich einmal in den Urlaub fahren zu können, und beauftragt den N, in seiner Abwesenheit „die Geschäfte zu führen“. Allerdings weist der den N darauf hin, dass N keine Bücher zu einem Preis von mehr als EUR 1.500 ankaufen soll. Dazu bräuhete man mehr Erfahrung. Nachdem der V in den Urlaub gereist sind, kommt der Liebhaber L ins Geschäft, der sich aus finanziellen Gründen von einer alten Schillergesamtausgabe trennen will. N weiß genau, dass der V hinter dieser Gesamtausgabe schon lange her ist. Um ihn zu überraschen, setzt er sich über Anweisung von V hinweg und unterschreibt einen Vertrag über den Kauf der Gesamtausgabe für einen Preis von EUR 2.000,-- zahlbar in zwei Wochen. Als L die Zahlung für die Bücher verlangt, lehnt der aus dem Urlaub zurückgekehrte V die Zahlung mit dem Hinweis ab, dass er dem N ausdrücklich verboten habe, Bücher zu verkaufen.

Frage: Kann L Zahlung des Kaufpreises verlangen?

Rechtliche Würdigung

Anspruchsgrundlage: § 433 II BGB

→ Setzt wirksamen Abschluss eines Kaufvertrages voraus

→ Diese wiederum setzt zwei übereintimmende Willenserklärungen (We) voraus

1. We des L unproblematisch (+)
2. eigene We des V (-)
3. Die We des N könnte gemäß § 164 I S. 1 BGB dem V zugerechnet werden, wenn N zur Vertretung ermächtigt war

Voraussetzungen für Wirksamkeit der Stellvertretung im Überblick

- a. Eigene We
- b. im Namen des Vertretenen
- c. mit Vertretungsmacht
 - aa. Erteilung der Vollmacht (§ 167 BGB) (+)
→ Aufforderung des V „kümmer dich um die Geschäfte“
 - bb. Umfang der Vertretungsmacht
 - (1) V Verkauf der Schillerausgabe ausdrücklich untersagt
 - (2) Gilt N als ermächtigt wegen § 56 HGB
 - (a) Anstellung zu Verkaufszwecken (+)
 - (b) Warum hilft § 56 HGB nicht weiter? Genau lesen!
→ Vertretungsmacht nach § 56 HGB (-)

- (3) Prüfen, gilt N nach § 54 HGB kraft Handlungsvollmacht bevollmächtigt?

- (a) Anwendbarkeit

P: analoge Anwendung auf Kleingewerbetreibende?

→ kann dahinstehen, denn V mittlerweile im Handelsregister eingetragen und damit gilt sein Geschäft als Handelsgewerbe und er als Kaufmann

- (b) Erteilung (+)

- Abgrenzung zur Prokura („ohne Erteilung der Prokura“)
→ N wurde nicht zu allen Geschäften ermächtigt, die ein Handelsgeschäft mit sich bringt → Prokura (-)

- drei Varianten

- Generalhandlungsvollmacht

- Arthandlungsvollmacht

- Spezialhandlungsvollmacht

→ hier Generalhandlungsvollmacht für bestimmte Zeit

- (c) Umfang der Handlungsvollmacht (+)

- gilt im *Außenverhältnis* zu allen Geschäften dieser Art ermächtigt, die derartige Geschäfte mit sich bringen

- Einschränkung des V nur im *Innenverhältnis* nicht aber im Rechtsverkehr gegenüber Dritten relevant → § 54 III HGB

- (d) Einschränkung:

L nicht schutzwürdig, wenn Beschränkung der Vertretungsmacht kannte oder hätte kennen müssen (positive Kenntnis oder leicht fahrlässige Unkenntnis)

→ hier kein Anhaltspunkt

→ § 54 HGB (+)

→ We des N wird dem V nach § 164 I S. 1 BGB zugerechnet

→ Kaufvertrag zwischen V und L (+)

→ L kann Zahlung des Kaufpreises in Höhe von EUR 2.000,-- verlangen

IV. Die Prokura, §§ 49 ff. HGB

Fallbeispiel Nach einigen Jahren zieht sich V aus dem täglichen operativen Geschäft zurück. Da sich nach Anfangsschwierigkeiten (siehe vorhergehenden Fall) N als sehr fähige Nachwuchskraft erwiesen hat, ernennt er N zum Prokuristen und meldet die Ernennung zur Eintragung beim Handelsregister an. Kurz darauf benötigt Kurt Krull, ein alter Schulfreund von N, vom Kredithai Fugger einen Kredit. Daraufhin verbürgt sich N für die Begleichung des Darlehens in Höhe von 250.000 EUR. Dabei fixiert er die Bürgschaftserklärung im Namen von „Antiquariat Schatzkästlein des rheinischen Hausfreundes, Inh. V“ handschriftlich auf der Rückseite des Darlehensvertrages zwischen Krull und Fugger. Ein begleitender Schriftverkehr und besondere Anschreiben unterbleiben. Als der Rückzahlungsanspruch aus dem Darlehensvertrag fällig wird, geht Fugger direkt gegen das Unternehmen des V vor

Frage: Kann Fugger (F) von V Zahlung der Darlehenssumme von EUR 250.000 verlangen?

Rechtliche Würdigung

Anspruchsgrundlage Bürgschaftsvertrag (§ 765 I BGB)

1. Bestehen der Hauptforderung (§ 767 I S. 1 BGB)

- a. Wirksamer Darlehensvertrag zwischen F und K
- b. Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs, § 488 I S. 2 BGB

2. Bürgschaftsvereinbarung zwischen F und iSv § 765 I BGB

→ Diese wiederum zwei übereintimmende Willenserklärungen (We) voraus

- a. We des F unproblematisch (+)
- b. eigene We des V (-)
- c. Die We des N könnte gemäß § 164 I S. 1 BGB dem V zugerechnet werden, wenn N zur Vertretung ermächtigt war
 - aa. eigene We
 - bb. im fremden Namen → aus den Umständen (§ 164 I S. 2 BGB)
 - cc. Mit Vertretungsmacht → könnte sich hier aus der Prokura ergeben
 - (1) Wirksame Erteilung der Prokura - § 49 I HGB (+)
 - (a) Prinzipal Inhaber eines Handelsgeschäfts
 - (b) We des Prinzipals
 - (c) § 53 I HGB verlangt Eintragung in das HR

→ das ist aber keine Voraussetzung für die Wirksamkeit

(Eintragung nicht nicht konstitutiv, sondern deklaratorisch)

→ zur Bedeutung der Eintragung in das Handelsregister näher im Folgenden Kapitel § 5 „Handelsregister“

(2) Vom Umfang der Prokura erfasst (+)

§ 49 I HGB: „Prokura ermächtigt zu *allen* Arten von Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb *eines* Handelsgewerbe mit sich bringt (eigenständig vertiefen: Warum wäre diese Handlung vom Umfang einer Generalhandlungsvollmacht iSv § 54 HGB nicht gedeckt? Lesen Sie genau Wortlaut des § 54 I im Vergleich zu § 49 I HGB)

→ Zwischenergebnis: N hat mit Vertretungsmacht gehandelt

3. Aber eventuell kann sich V auf die Grundsätze zum Missbrauch der Vertretungsmacht berufen

a. dogmatische Begründung

M.M.: §§ 177 ff analog

BGH: Aus § 242 BGB ergibt sich, dass Überschreiten der internen Befugnisse ausnahmsweise Außenwirkung hat, so dass sich Geschäftsherr nicht an dem Geschäft festhalten lassen muss

b. Tatbestand

aa. Auf Seiten des Vertreters:

- unstrittig: Das Handeln muss nachteilig für den Prinzipal sein
- BGH (NJW 1988, 3012, 3013) verlangt zusätzlich Bewusstsein von der Nachteiligkeit

bb. Geschäftsgegner

(1) unstrittig: kollusives Zusammenwirken

Beachte zur Rechtsfolge dann bereits Nichtigkeit nach § 138 BGB, Schadensersatz aus § 826 BGB

(2) Wann darüber hinaus Geschäftsgegner sich Überschreiten der Befugnisse entgegen halten lassen muss, ist im Einzelnen umstritten¹⁸:

- M.M. Mindestens positive Kenntnis
- BGH¹⁹: wenn Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch macht, so dass beim Geschäftsgegner begründete Zweifel entstehen *müssen*, ob nicht ein Treueverstoß vorliegt. Diese müssen sich aufdrängen
Begründung: Erwägungen des Verkehrsschutzes können das in jedem Bereich zu beachtenden Gebot von Treu und Glauben nicht ausschließen
- Evidenztheorie: Offensichtlicher Missbrauch
- Im vorliegenden Fall sind sowohl „Aufdrängen“ als auch „Evidenz“ gegeben (letztlich laufen beide Ansichten auf grob fahrlässige Unkenntnis, vergleichbar mit § 932 II BGB hinaus).

→ Voraussetzungen für einen Missbrauch der Vertretungsmacht liegen vor

¹⁸ Darstellung des Streitstandes bei *Wiedemann/Fleischer*, PdW, Nr. 249, 250.

¹⁹ BGZ 50, 112, 114

c Rechtsfolgen²⁰

h.Lit: §§ 177 ff analog

BGH: Einrede des unzulässigen Rechtsausübung wegen Missbräuchlichkeit aus § 242 BGB

Exkurs: Folgen der Anwendung von §§ 177 ff BGB analog (1) Vertretene kann den Vertrag genehmigen (hier mit Weigerung der Erfüllung konkludent verweigert, §§ 177, 182 BGB) (2) Frage: Kann, wenn man §§ 177, 179 BGB analog anwendet, der Geschäftsgegner den Vertreter nach § 179 I BGB auf Erfüllung in Anspruch nehmen? Nein, wegen § 179 III S. 1 BGB
--

Ergebnis

→ V ist an das Geschäft nicht gebunden

→ Kein Anspruch des F gegen V

V. Gegenüberstellung Prokura / Handlungsvollmacht

	Prokura	Handlungsvollmacht
Wer darf Vollmacht erteilen?	Nur der Geschäftsinhaber ²¹ persönlich Inhaber muss Kaufmann	Kann auch durch Prokuristen oder sonst hierzu Ermächtigte erteilt werden (Untervertretung, vgl. auch § 58 HGB) Nach h.M. es sich auch hier um ein Handelsgewerbe handeln
Wie wird die Vollmacht erteilt?	Nur durch ausdrückliche Erklärung (§ 48 I HGB)	Auch stillschweigend möglich
Handelsregister	Muss eingetragen werden (§ 53 I HGB)	Weder eintragungspflichtig, noch eintragungsfähig
Umfang der Vertretungsmacht	Alle Geschäfte die <i>ein</i> Handelsgewerbe gewöhnlich mit sich bringt (§ 49 I HGB)	Enger: Alle Geschäfte, die <i>der konkrete</i> (nicht irgendein) Betrieb mit sich bringt (§ 54 I HGB)
Beschränkbarkeit / Gestaltbarkeit des Umfangs der Vertretungsmacht	Gesetzlich festgelegt, ggü Dritter nur in den Grenzen des § 50 HGB beschränkbar	Umfang der Handlungsvollmacht kann abweichend von der gesetzlichen Vermutung in § 54 HGB ggü Dritten wirksam gestaltet werden
Rechtsnatur	Vollmacht mit gesetzlich festgelegten Umfang der Vertretungsmacht	Vollmacht mit gesetzlich <i>typisierten</i> Umfang der Vertretungsmacht

VI. Lehren für Unternehmensorganisation und Verhalten im Rechtsverkehr

1. Was sollte derjenige beachten der vertreten wird?

a. Risiken

- Möglichkeit der Untervertretung
- wenig Möglichkeit, im Außenverhältnis beschränken
- Selbst der Ladenangestellte hat im *Außenverhältnis* sehr weit gehende Vollmachten → Notwendigkeit sorgfältiger Überwachung

²⁰ Wiedemann/Fleischer Nr. 249, 250.

²¹ Bei einer Gesellschaft durch das vertretungsberechtigte Organ der Gesellschaft.

- b. Möglichkeit der Risikominierung
 - gegenüber Vertreter präzise Vorgaben
 - Gestaltung der Standardbriefköpfe des Unternehmens

- 2. Was sollte der Vertreter beachten?
 - große Verantwortung
 - Prinzipal kann Regress nehmen
 - sich immer der Vertretungsmacht versichern. Wenn die Vertretungsmacht fehlt, kann Geschäftsgegner den Vertreter persönlich in Anspruch nehmen

- 3. Was sollte der Geschäftsgegner beachten?
 - a. Prüfen der Vertretungsmacht
 - ganz sicher: als Prokurist im Handelsregister eingetragen
 - große Sicherheit: Vertreter zeichnet als Prokurist oder als Handlungsbevollmächtigter.
 - In sonstigen Fällen sollte man Vorlage der Vollmacht für das Einzelgeschäft bestehen, es sei denn es handelt sich um Alltagsgeschäfte des täglichen Lebens
 - b. wenn doch ohne Vertretungsmacht → zwei Optionen
 - aa. Vertretenen zur Genehmigung des Geschäfts auffordern (vgl. § 177 BGB)
 - bb. Gegen den Vertreter vorgehen (§ 179 I BGB)

§ 5 Das Handelsregister

I. Was ist das Handelsregister?

- Öffentliches Verzeichnis (vgl. Grundbuch, Vereinsregister)
- Es wird von den Amtsgerichten geführt (§ 8 FGG, § 125 FGG)
- Kaufmann verpflichtet Tatsachen, die für den Rechtsverkehr von besonderer Bedeutung sind, in das Handelsregister eintragen zu lassen.
- Die Eintragungen werden grundsätzlich vom Rechtspfleger (§ 3 Nr. 2 lit d i.V.m. § 17 RpflG) vorgenommen.
- Eintragungspflichtige Angaben: Firma, Ort der Niederlassung (§ 29 HGB), bei Personengesellschaften die Gesellschafter (vgl. § 106 HGB), vertretungsberechtigte Organe (§ 10 GmbH / § 39 AktG), Prokuristen (vgl. § 53 I S. 1 HGB)

II. Warum ein Handelsregister?

- Als wie essentiell ein solches Register angesehen wird, kann man auch daran ablesen, dass die Publizitätsrichtlinie bereits 1968 erlassen worden ist und die erste Richtlinie auf dem Gebiet der Angleichung des Privatrechts überhaupt war.
- Der Rat der Europäischen Gemeinschaften hat in der Einleitung der Richtlinie die Notwendigkeit einer europaweit harmonisierten Handelsregisterpublizität wie folgt begründet:

„Die in Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) und im Allgemeinen Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit vorgesehene Koordinierung ist insbesondere bei den Aktiengesellschaften, den Kommanditgesellschaften auf Aktien und den Gesellschaften mit beschränkter Haftung dringlich, da die Tätigkeit dieser Gesellschaften häufig über die Grenzen des nationalen Hoheitsgebiets hinausreicht.

Der Koordinierung der einzelstaatlichen Vorschriften über die Offenlegung, die Wirksamkeit eingegangener Verpflichtungen und die Nichtigkeit dieser Gesellschaften kommt insbesondere zum Schutz der Interessen Dritter eine besondere Bedeutung zu.

Auf diesen Gebieten müssen Vorschriften der Gemeinschaft für diese Gesellschaften gleichzeitig erlassen werden, da diese Gesellschaften zum Schutze Dritter lediglich das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung stellen.

Die Offenlegung muß es Dritten erlauben, sich über die wesentlichen Urkunden der Gesellschaft sowie einige sie betreffende Angaben, insbesondere die (1) ABl. Nr. 2 vom 15.1.1962, S. 36/62. (2) ABl. Nr. 96 vom 28.5.1966, S. 1519/66. (3) ABl. Nr. 194 vom 27.11.1964, S. 3248/64.

- Personalien derjenigen, welche die Gesellschaft verpflichten können, zu unterrichten.
- Der Schutz Dritter muß durch Bestimmungen gewährleistet werden, welche die Gründe, aus denen im Namen der Gesellschaft eingegangene Verpflichtungen unwirksam sein können, so weit wie möglich beschränken.

Um die Rechtssicherheit in den Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Dritten sowie im Verhältnis der Gesellschafter untereinander zu gewährleisten, ist es erforderlich, die Fälle der Nichtigkeit sowie die Rückwirkung der Nichtigserklärung zu beschränken und für den Einspruch Dritter gegen diese Erklärung eine kurze Frist vorzuschreiben“

- *Wirtschaftlicher Hintergrund dieser Erwägungen:* Durch Publizität im Handelsregister wird Transparenz von wichtigen Kerninformationen hergestellt. Dies beseitigt Informationsasymmetrien und verschafft Erwartungssicherheit. Hierdurch werden die Transaktionskosten (hier insbesondere Informationsbeschaffungskosten bei der Vertragsanbahnung und/oder Kosten für finanzielle Absicherung gegen Risiken gesenkt) und damit die Durchführung von Transaktionen erleichtert, u.U. erst ermöglicht.

III. Funktionsweise Handelsregisters in der Praxis

1. Wie bewirke ich die Eintragung in das Handelsregister?
 - a. Schriftlicher Antrag beim Handelsregister
 - aa. Inhalt des Antrags
 - Registernummer
 - Eintragung für welches Unternehmen
 - Welche Person stellt den Antrag
 - Was soll eingetragen werden
 - bb. Wer stellt den Antrag.

Antragsteller im rechtstechnischen Sinne ist das Unternehmen. Dieses kann aber selbst nicht den Antrag stellen, sondern nur durch den Inhaber (einzelkaumännisches Unternehmen) bzw. durch ein zur Vertretung befugtes Organ (wenn Antragsteller Gesellschaft)

→ Nachweis der Vertretungsmacht
 - cc. Form
 - jedenfalls schriftlich
 - In der Regel verlangt das Gesetz (vgl. § 12 I HGB) öffentliche Beglaubigung der Unterschriften unter den zur Eintragung bestimmten Dokumenten (d.h. Beglaubigung durch einen Notar, vgl. § 129 BGB)
 - Es gibt auch eine Reihe von Spezialregelungen (z.B. § 39 II GmbHG)
 - dd. Prüfung der Eintragung durch den Rechtspfleger
 - Formell: Vollständigkeit, Einhaltung der Form
→ umfassende Überprüfung
 - Materiell: Rechtliche Zulässigkeit des Vorgangs
→ eingeschränkte Prüfung
→ beschränkt auf evidente Rechtsmängel
(Prüfungspflicht nur, wenn „begründete Zweifel an der Richtigkeit“)²²
 2. Wie gelangen die Informationen in die Öffentlichkeit?
 - a. unterscheide

Eintragung – die Eintragung auf das Blatt im Register
Bekanntmachung – Gericht hat Bekanntmachung „nach außen“ zu veranlassen (§ 10 I S. 1 HGB)
 - b. Durchführung der Bekanntmachung (vgl. § 10 I S. 1 HGB)
 - im Bundesanzeiger *und*
 - in einem der vom jeweiligen Gericht als „Amtsblätter“ (vgl. § 11 HB) benannten „Blätter“, sprich Zeitungen
 3. Wie nehme ich Einsicht in das Handelsregister?
 - a. Sog „Jedermannsrecht“, vgl. § 9 I HGB: „... jedermann zu gewähren“

²² BGH NJW 1983, 222; Roth, S. 33.

- b. Inhalt dieses Rechts (geregelt in § 9 HGB):
- Einsichtnahme im engeren Sinn
 - Abschrift der Eintragung (sprich beglaubigte Fotokopie), § 9 II HGB
 - Erteilung eines Gerichtszeugnisses über einschlägige Eintragungen, § 9 III HGB
 - „Negativattest“: Bestätigung, dass bezüglich eines bestimmten Gegenstands eine Eintragung *nicht* erfolgt ist (§ 9 IV HGB)
- c. Ich will wissen, was im Handelsregister steht. Wie gehe ich vor?
- Schritt 1: Gericht ermitteln, welche das Register führt
 - Adresse des Sitzes des Unternehmens im Gerichtsortsverzeichnis
 - Nachschlagen
 - Schritt 2: Einholen der Abschrift einer Kopie des Handelsregisterauszuges (Abschrift iSv § 9 II HGB) abholen
 - Var. 1: Per Fax beim Gericht Zusendung „bestellen“
(Nachteil: dauert mind. 2 Tage)
 - Var. 2: Jemanden zum Gericht schicken. Dieser erhält vor Ort sofort den Auszug²³
- d. Einsichtnahme umständlich, nicht mehr zeitgemäß – Lösungsansätze:
- aa. Private Dienstleister: Sammeln Informationen und stellen gegen Entgelt zur Verfügung (z.B. creditreform / www.creditreform.de / Firmenauskünfte)
- bb. Gesetzgeber reagiert:
- Gesetz über elektronisches Handelsregister, Genossenschaftsregister und Unternehmensregister (soll zum 1. Januar 2007 in Kraft treten)²⁴
 - Künftig neben Handelsregister bei den Gerichten zusätzlich ein „Unternehmensregister“, das beim Bundesministerium für Justiz als Teil elektronischen Bundesanzeigers geführt wird.
 - § 8 HGB I S. 2 n.F.: „...Die Länder stellen sicher, dass die Daten aus dem Handelsregister über eine einheitliche Internetseite abrufbar sind.“
- cc. Hintergrund: Richtlinie 2003/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.07.2003, ABl. 2003 Nr. L 221/13 zur Änderung der Publizitätsrichtlinie (Ablauf der Umsetzungsfrist 31.12.2007)²⁵

IV. Rechtliche Publizitätswirkungen des Handelsregisters

1. Die Publizitätswirkung von § 15 I HGB – Fallbeispiel

Fallbeispiel (Fortsetzung des Fallbeispiels zur Prokura - § 4 IV) N ist als Prokurist im Handelsregister eingetragen. V ist über den Vorfall mit der Bürgschaft sehr erbost und widerruft die Prokura. Mittlerweile hat der N vom Eigentümer E vier Garagen und das dazu gehörige Grundstück für das Geschäft erworben. (Sein Kalkül: die Garagen kann

²³ Nicht vergessen Geld mitzugeben. Abschrift gebührenpflichtig: Amtsgericht Charlottenburg im Jahr 2004 EUR 10 pro Blatt.

²⁴ Entwurf abrufbar auf der homepage des Lehrstuhl bei den Materialien zur Vorlesung.

²⁵ Richtlinie abrufbar auf der homepage des Lehrstuhl bei den Materialien zur Vorlesung.

man als Lagerräume nutzen und nicht benötigte Garagen gewinnbringend vermieten). Erst drei Tage nachdem der Notar den Kaufvertrag beglaubigt hat, wird der Widerruf der Prokura eingetragen. Der Garagenbesitzer (G) verlangt nun Zahlung des Kaufpreises. V hält dem entgegen, dass N aufgrund des Widerrufs der Prokura keine Vertretungsmacht gehabt hätte. Wer hat Recht?

Anspruch des E auf Zahlung des Kaufpreises § 433 II BGB

→ dieser setzt wirksame Einigung über einen Kaufvertrag voraus

→ Diese wiederum setzt zwei übereintimmende Willenserklärungen (We) voraus

a. We des F unproblematisch (+)

b. eigene We des V (-)

c. Die We des N könnte gemäß § 164 I S. 1 BGB dem V zugerechnet werden, wenn N zur Vertretung ermächtigt war

aa. eigene We

bb. im fremden Namen → aus den Umständen (§ 164 I S. 2 BGB)

cc. Mit Vertretungsmacht → könnte sich hier aus der Prokura ergeben

(1) Wirksame Erteilung der Prokura - § 49 I HGB (+)

(a) Prinzipal Inhaber eines Handelsgeschäfts

(b) We des Prinzipals

(c) § 53 I HGB verlangt Eintragung in das HR

→ das ist aber keine Voraussetzung für die Wirksamkeit

(Eintragung nicht konstitutiv, sondern deklaratorisch)

→ zur Bedeutung der Eintragung in das Handelsregister näher im Folgenden Kapitel § 5 „Handelsregister“

(2) Vom Umfang der Prokura erfasst?

- Wiederholung Grundsatz nach § 49 I HGB: „Prokura ermächtigt zu *allen* Arten von Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb *eines* Handelsgewerbe mit sich bringt“

- *Beachte* Einschränkung § 49 II HGB für Grundstücksgeschäfte

> Veräußerung eines Grundstück (-) → es geht um Erwerb

> Belastung eines Grundstücks → meint Einräumen einer Hypothek, Grundschuld o.ä. (-)

→ Einschränkung des § 49 II HGB greift nicht ein

→ Erwerb des Grundstück mit den Garagen vom gesetzlich vorgesehenen Umfang der der Vertretungsmacht erfasst

(3) Aber Vertretungsmacht könnte dadurch entfallen sein, dass vor Abschluss des Geschäfts die Prokura widerrufen wurde

- Allgemein: eine Vollmacht kann jederzeit ohne Angaben von Gründen widerrufen werden (Widerruf der Prokura betrifft nur die Vertretungsmacht, mit der Kündigung eines Beschäftigungsverhältnisses hat dieser nichts zu tun)

- Auch die Prokura kann jederzeit widerrufen werden (§ 52 I HGB)

→ Prokura wirksam widerrufen

→ Im *Innen*verhältnis ist die Vertretungsmacht entfallen

- (4) Publizitätswirkung des Handelsregisters nach § 15 I HGB : Fiktion der Vertretungsmacht im *Außen*verhältnis

§ 15 I HGB: Solang eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache (a) nicht eingetragen oder bekanntgemacht ist (b), kann sie von demjenigen, in dessen Angelegenheiten (c) sie eingetragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, dass sie diesem bekannt war (d)

- (a) Handelt es sich um eine „eintragungspflichtige Tatsache“? (+)

→ Gemäß § 53 III HGB muss das Eröschen der Prokura zur Eintragung angemeldet werden

- (b) „fehlende Eintragung oder Bekanntmachung“

Der Prokurawiderruf dürfte nicht im Handelsregister eingetragen oder gem. § 10 HGB bekannt gemacht worden sein. Unerheblich ist, aus welchen Gründen die Tatsache nicht eingetragen bzw. bekannt gemacht worden ist. Insbesondere kommt es auf ein Verschulden nicht an. § 15 I HGB greift daher auch dann ein, wenn das Registerverfahren sich – wie es oftmals der Fall ist – langwierig gestaltet. Der Widerruf der Prokura gegenüber P war weder ins Handelsregister eingetragen, noch gem. § 10 HGB bekannt gemacht worden.

- (c) „in den Angelegenheiten des Betroffenen“ (+)

Negative Publizität schützt den Dritten nur gegenüber demjenigen, in dessen Angelegenheiten die Eintragung vorzunehmen war, d.h. wer durch sie irgendwie entlastet, von Haftung befreit oder von der Bindung an die Vertretungsmacht eines anderen gelöst wird

Vereinfacht: Der Schutz des § 15 I HGB richtet sich nur gegenüber demjenigen, der zur Veranlassung der Eintragung bzw. von deren Löschung verpflichtet war.

→ V hat als Inhaber eines Handelsgeschäfts den N zum Prokuristen bestellt. Damit ist die Löschung gemäß § 53 III HGB eine Angelegenheit des V iSv § 15 I HGB.

- (d) „... es sei denn, dass sie diesem bekannt war“ Gutgläubigkeit des Dritten

Dem V dürfte die Tatsache, d.h. die nicht eingetragene Rechtsänderung, nicht (positiv) bekannt sein. Bösgläubigkeit ist nur gegeben bei Kenntnis der wahren Rechtslage. Das bloße Kennenmüssen reicht nicht aus. Nicht erforderlich ist, dass ein konkretes Vertrauen, etwa durch Einsicht in das Handelsregister

gebildet wurde. Die Gutgläubigkeit wird vielmehr vermutet. T war mangels Kenntnis des Prokurawiderrufes gutgläubig.

(e) Handeln im Geschäfts- oder Prozessverkehr

Dabei handelt es sich um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, das nach h.A. aus einer teleologischen Reduktion des § 15 I HGB folgt. § 15 I HGB liegt ein abstrakter Vertrauensschutz zugrunde. Dieser ist nur denkbar bei rechtsgeschäftlichen Kontakten, ausgeschlossen ist er hingegen im sog. „Unrechtsverkehr“ (Schulbeispiel: Verkehrsunfall).

→ Das rechtsgeschäftliche Handeln in Form des Abschlusses eines Kaufvertrages durch N gehört zum Handeln im Geschäftsverkehr.

(f) Ursächlichkeit des guten Glaubens

- sog abstrakter oder generalisierter Vertrauensschutz.
- es ist nicht erforderlich, dass derjenige, der sich auf § 15 I HGB beruft, konkret auf die Registereintragung vertraut oder diese ursächlich für den Vertragsschluss ist

→ dieser Punkt muss nicht näher geprüfte werden
(anders als bei allgemeinen Rechtsscheinstatbeständen)

(g) Rechtsfolge

Als Rechtsfolge aus § 15 I HGB gewährt die h.M.²⁶ (BGH) dem gutgläubigen Dritten ein Wahlrecht:

- G kann sich daher entweder auf die durch die Fiktion des Handelsregisters veränderte Rechtslage oder
- auf die tatsächliche Rechtslage berufen und N gemäß § 179 I BGB als Vertreterin ohne Vertretungsmacht in Anspruch nehmen.
 - G beruft sich darauf, dass der Prokurist war und damit mit Vertretungsmacht gehandelt hat
 - Gemäß § 15 I HGB wird fingiert, dass N Prokurist
 - Damit N behandelt wie Vertrete t mir Vertretungsmacht
 - We des N wird dem V gemäß § 164 I S. 1 BGB zugerechnet
 - Einigung über V und G über Verkauf des Garagengrundstücks (+)

d. Wirksamkeit der Einigung

- Grundsätzlich kommt Verträge bereits zustande, wenn zwei sich deckende Willenserklärungen vorliegen
- Gemäß § 311b I S. 1 BGB bedarf der Vertrag der Beurkundung (vgl. § 128 BGB). Daher ist der Vertrag gemäß § 125 S. 1 BGB nichtig, wenn die Form nicht beachtet wurde
 - Laut Sachverhalt hat Beurkundung stattgefunden
 - Einigung auch formwirksam
 - Vertrag wirksam zustande gekommen

²⁶ BGH NJW 1990, S. 638;

→ G hat gegen V Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises für die Garagen

2. Das Verhältnis zum allgemeinen Rechtsscheinstatbestand
 - § 15 I HGB gesetzliche Ausprägung des allgemeinen Rechtsgedankens, dass derjenige, der im Rechtsschein zurechenbar einen Rechtsschein setzt, auf den ein Dritter vertraut, sich diesem Rechtsschein entsprechend behandeln lassen muss (siehe dazu oben § 3 IV 2)
 - Weitere bereits behandelte Ausprägungen dieses Grundsatzes: Scheinkaufmann, Handlungsvollmacht, Ladenvollmacht
3. Die Bedeutung des § 15 II HGB und Verhältnis zu § 15 I HGB
 - a. Ausgangspunkt

Gemäß § 15 I HGB kann ein Kaufmann in das HR einzutragende Tatsachen einem Dritten nicht entgegen setzen, solange sie nicht im HR eingetragen und bekannt gemacht sind

 - Der Rechtsverkehr darf auf das Schweigen des HR vertrauen (sog. negative Publizität)
 - Vorschrift auf die sich nur der Dritte berufen kann
 - b. § 15 II S. 1 als Vorschrift zugunsten des Kaufmanns
 - Diese Vorschrift gibt dem Kaufmann die Möglichkeit den durch das „Schweigen des Handelsregister“ begründeten Rechtsschein zu zerstören
 - Der Dritte kann sich darauf berufen, dass er von der Tatsache nichts gewusst hat
 - Damit kann er sich auch nicht auf allgemeine Rechtsscheinsgrundsätze berufen
 - *Fallbeispiel* Wenn in dem oben bei 1. beschriebenen Beispiel der Widerruf der Prokura nicht erst nach, sondern vor Abschluss des Kaufvertrages eingetragen worden wäre, könnte sich G nicht darauf berufen, dass er davon ausgegangen ist, dass N Prokura hätte. Wegen § 15 II S. 1 HGB muss er sich den Widerruf entgegenhalten lassen
 - c. § 15 II S. 2 HGB
 - Verlängerung des Vertrauensschutzes von § 15 I HGB, sog. Schonfrist,
 - h.M. aber sehr streng: Kaufmann hat das HR zu verfolgen – Daher liegt „Kennenmüssen“ iSv § 15 II S. 2 HGB bereits ein/zwei Tage nach Bekanntmachung vor
4. Die Bedeutung des § 15 III HGB (Positive Publizität)

Fallbeispiel Der Autohändler H hat als Mitarbeiter die Verkäufer Maier und Mauser. Die Mitarbeiter sind zum Ankauf von Fahrzeugen nicht befugt. Als H eine Filiale eröffnet, erteilt er Herrn Maier Prokura und meldet dies zur Eintragung in das Handelsregister an. Durch ein Versehen wird als Prokurist jedoch Herr Mauser in das Handelsregister eingetragen. Herr Mauser, der nur kauft Herrn Vitius eines Jahreswagen

für einen Kaufpreis von EUR 5.000,00. Die Zahlung steht aber noch aus. Als H sich den Wagen ansieht beschimpft er Mauser, was für eine „Schrottkarre“ sich Mauser hat andrehen lassen. Unter Hinweis darauf, dass Mauser keine Vertretungsmacht gehabt habe fordert er V auf, den Wagen wieder abzuholen. V besteht auf Zahlung des Kaufpreises mit Hinweis darauf, dass Mauser als Prokurist in das Handelsregister eingetragen ist.

Anspruch des V auf Zahlung des Kaufpreises § 433 II BGB

→ Einigung über Kaufvertrag

→ Diese wiederum zwei übereintimmende Willenserklärungen (We) voraus

- a. We des V unproblematisch (+)
- b. eigene We des H(-)
- c. Die We des M könnte gemäß § 164 I S. 1 BGB dem H zugerechnet werden, wenn M zur Vertretung ermächtigt war
 - aa. eigene We
 - bb. im fremden Namen → aus den Umständen (§ 164 I S. 2 BGB)
 - cc. Mit Vertretungsmacht (-)
 - keine Vollmacht zum Kauf von Jahreswagen erteilt
 - keine Vertretungsmacht
 - keine Zurechnung der WE, es sei denn nachträglich durch H genehmigt
- Zwischenergebnis: keine Einigung
- d. Vertrauensschutz nach § 56 HGB (-) → erfasst nicht Ankauf
- e. Handlungsvollmacht → keine Anhaltspunkte für Erteilung von Handlungsvollmacht
- f. We des M könnte dem H gemäß § 15 III HGB aufgrund der Publizitätswirkung der Eintragung des M als Prokurist zugerechnet werden
 - aa. eintragungspflichtige Tatsache (+) → § 53 I S. 1 HGB
 - bb. Unrichtige Bekanntmachung (+)
 - Prokura wurde Herrn Meier erteilt
 - Nach Bekanntmachung Mauser angeblich Prokurist
 - cc. Veranlassung
 - allgemeine Rechtsscheinsgrundsätze (s.o. 3 § IV). Rechtsschein muss zurechenbar sein
 - Deshalb muss die Eintragung zurechenbar veranlasst worden (veranlassen ist nicht gleich Verschulden. Für eine Veranlassung genügt es, wenn ein Antrag auf Eintragung gestellt wird)
 - Veranlassung wäre nur zu verneinen, wenn H überhaupt nicht beteiligt wäre. Aber hier hat er ja eine Eintragung beantragt → Veranlassung (+)
 - dd. Gutgläubigkeit → keine positive Kenntnis des Dritten von der Unrichtigkeit
 - ee. Handeln im Geschäft- und Rechtsverkehr
 - ff. Wie bei § 15 I muss keine Kausalität zwischen Bekanntmachung und Handeln des Dritten bestehen

→ Voraussetzungen des § 15 III HGB liegen vor

→ H darf sich auf die bekannt gemacht Tatsache berufen

→ kann sich darauf berufen, dass Mauser Prokurist

→ Ankauf des Wagens vom Umfang der Prokura erfasst

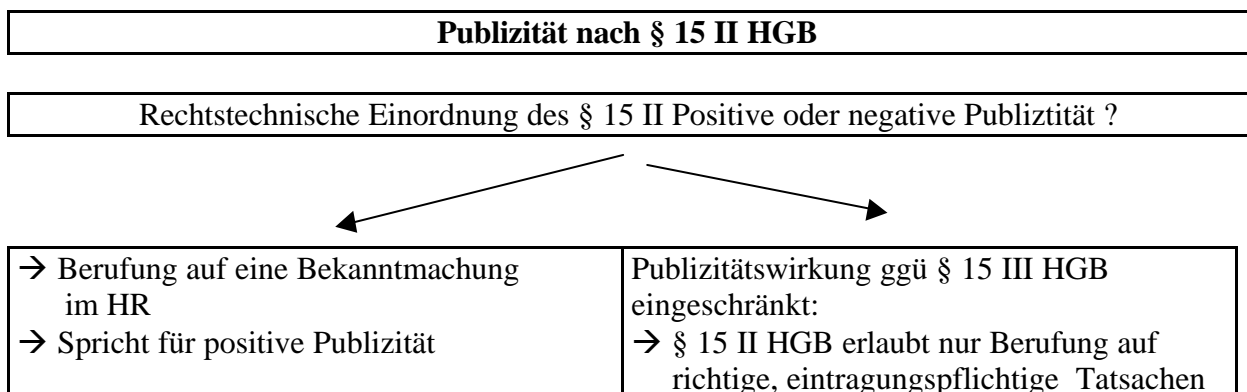
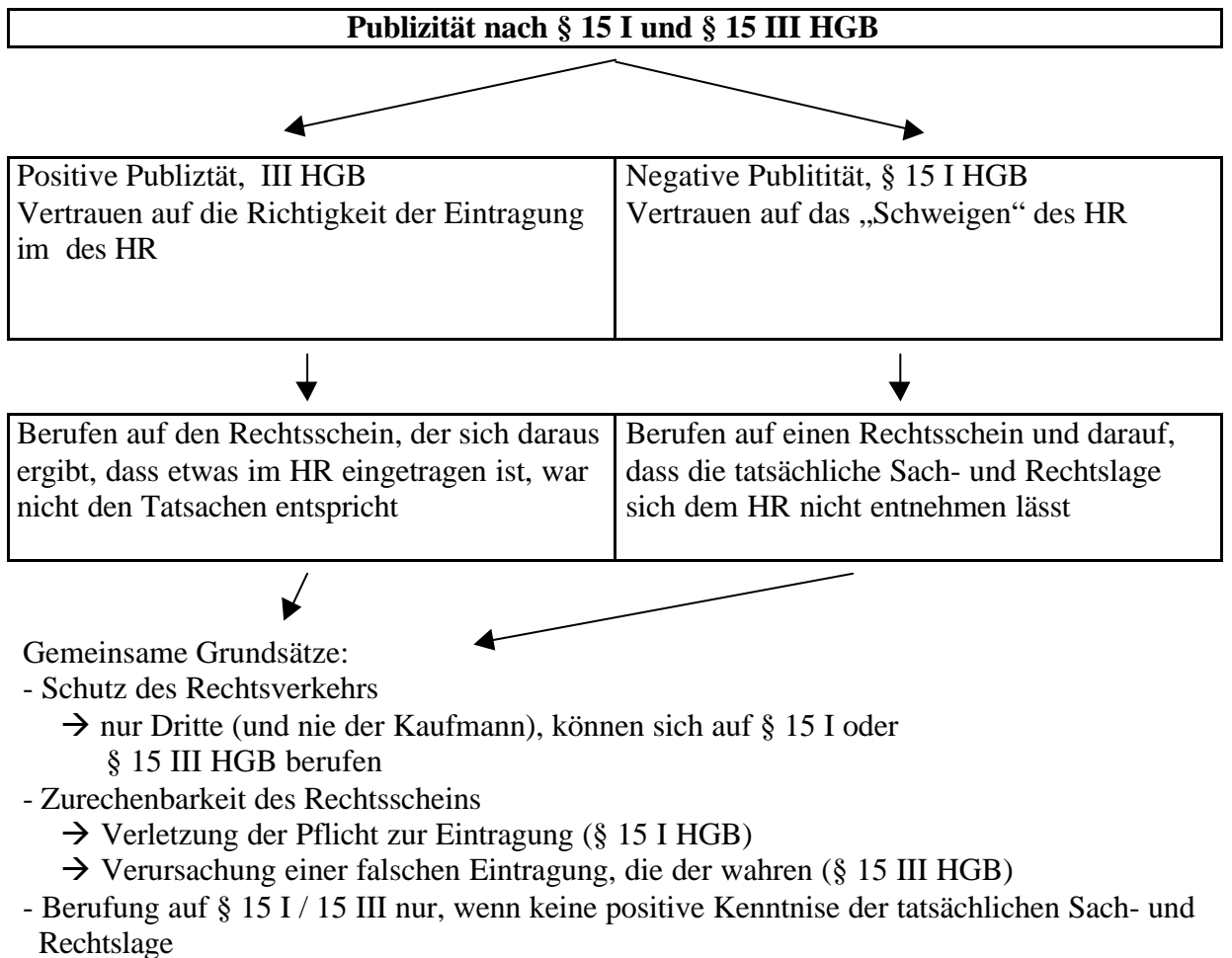
→ Damit hat Mauser mit Vertretungsmacht gehandelt

→ We des Mauser wird gemäß § 164 I S. 1 BGB zugerechnet

→ KV zwischen V und H zustande gekommen

→ V kann von H Zahlung des Kaufpreises verlangen

5. Vergleichende Übersicht



- Nicht zum Schutz des Rechtsverkehrs, sondern des Kaufmanns
 - nur „derjenige in dessen Angelegenheiten“ Eintragungen vorzunehmen sind (und nie Dritte) kann sich auf § 15 II S. 1 HGB berufen
- Da Dritte nicht geschützt werden, kommt es auf die Gutgläubigkeit des Dritten nicht an

- HR nicht nur lästige Pflicht, sondern für Sie sehr wichtig → Leute bösgläubig machen
- Übergangsfrist von der Bentragung bis zur Eintragung gewisses Risiko
- Umgekehrt: beim Geschäftsgegner: HR eine wertvolle Quelle

C. GESELLSCHAFTEN ALS UNTERNEHMENSTRÄGER

§ 6 Einführung in das Gesellschaftsrecht

I. Grundkategorien des Gesellschaftsrechts

→ Zur Grundunterscheidung Personen- / Kapitalgesellschaften s.o. § 1 II 1., 2.

Personengesellschaften	Kapitalgesellschaften
- Teilrechtsfähigkeit	- als juristische Person vollständig verselbständigt
- Selbstorganschaft	- Fremdorganschaft
- enges Kooperationsverhältnis zw. den Gesellschaftern → enge Treubindungen	- Gesellschafter Gemeinschaft von Kapitalgebern
- Konsensprinzip, Bestimmtheitsgrundsatz Kernbereichslehre	- Mehrheitsprinzip
- persönliche Haftung der Gesellschafter (Ausnahme Kommanditist)	- Haftung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt



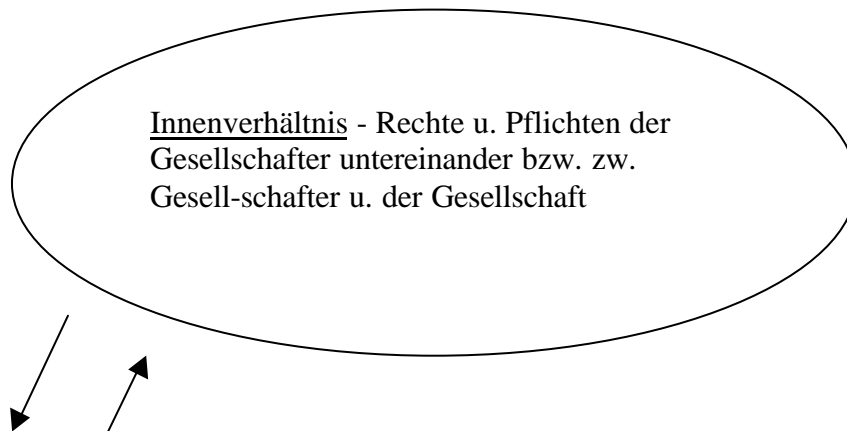
Gesetzliches Leitbild	Gesetzliches Leitbild
Gesellschafter nicht nur Kapitalgeber sondern Gesellschaft als Zusammenschluss von Unternehmern, die selbst aktiv sind und das volle unternehmerische Risiko in vollem Umfang persönlich tragen	Gesellschafter primär Kapitalgeber, die Kapital aufbringen, das von der Leitung des Unternehmens treuhänderisch verwaltet wird Unternehmerische Risiko in der Regel auf die Höhe der Einlage begrenzt

II. Leitfragen des Gesellschaftsrechts

- Wie entsteht die Gesellschaft? (vgl. „Errichtung“, §§ 105, 106 HGB)
- Wer führt die Geschäfte der Gesellschaft → Geschäftsführung, vgl. §§ 114 – 117 HGB
- Wie wird die Gesellschaft im Rechtsverkehr vertreten → Vertretung (vgl. §§ 123 127 HGB)
- Wie erfolgt die Willensbildung in der Gesellschaft / im Verband (vgl. 119 HGB)
→ Voraussetzungen für Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrags und dessen Änderungen, Beschlussfassung
- Welche Informations- und Kontrollrecht hat der Gesellschafter? (vgl. § 118 HGB)
- Vermögensordnung der Gesellschaft
→ Aufbringung der Einlagen (§ 105 III i.V.m. §§ 705, 706 BGB)
→ Gewinn- bzw. Verlustbeteiligung / Gewinnverwendung (vgl. § 121 HG)B
→ Entnahmen (vgl. § 122 HGB)
- Wie wird die Gesellschaft beendet? (Auflösung, §§ 131 ff HGB / Liquidation, §§ 145 ff. HGB)
- Wie geht der Gesellschafterwechsel vonstatten?

Wichtige Grundunterscheidung

§§ 109 – 122 HGB



Außenverhältnis §§ 123 –130 HGB

- Rechtsbeziehungen der Gesellschaft (nicht: der Gesellschafter) mit Dritten
- Vertretung, Haftung ggü Dritten

§ 7 Die offene Handelsgesellschaft (OHG)

I. Entstehung der OHG

Vertiefung: Roth S. 119 - 124

- a. Titel über § 105 HGB: „Errichtung der Gesellschaft“
 - aa. Abschluss eines Gesellschaftsvertrags
 - (1) Definition in § 105 III iVm § 705 BGB
 - gegenseitige Verpflichtung
 - Erreichung eines gemeinsamen Zwecks
 - in einer durch in dem Vertrag bestimmten Weise zu fördern
 - und die vereinbarten Beiträge zu leisten
 - (2) Besonderheiten des Gesellschaftsvertrags
 - Gleichgerichtetheit der Interessen → Kooperativer Charakter (Im Gegensatz dazu: schuldrechtliche, zweiseitige Vertrag ist idR Ergebnis eines Wechselspiels gegenläufiger Interessen)
 - Kein punktueller Austausch, sondern Dauerschuldverhältnis → langfristiger Interessenausgleich
 - bb. Gemeinsamer Zweck muss auf den Betrieb eines Handelsgewerbes iSv § 1 HGB gerichtet sein (wenn kein Handelsgewerbe, dann GbR)
- cc. § 106 HGB schreibt Anmeldung zur Eintragung in das HR vor
→ Eintragung nur deklaratorisch, nicht konstitutiv

→ Wenn Voraussetzungen aa. und bb. vorliegen, dann ist unabhängig von der Eintragung im HR eine OHG errichtet (entstanden).

b. Wirksamkeit gegenüber Dritten, § 123 I, 123 II

Aufnahme der Geschäftstätigkeit, § 123 II HGB

Auch für Wirksamkeit ggü Dritten Eintragung in das HR nicht zwingende

Voraussetzung Eintragung in das HR, § 123 I HGB

→ Eintragung in das HR nur deklaratorisch

c. Ausnahme: Zweck zwar auf ein Gewerbe gerichtet, aber nicht auf ein *Handels*gewerbe

→ § 105 II, 123 II HGB → nur OHG, wenn im HR eingetragen (sonst GbR)

→ Eintragung konstitutiv

(Frage: kann ein Zusammenschluss von Anwälten OHG sein?)

d. Fazit für die Praxis:

- OHG kommt sehr informell zustande → es genügt faktisches Kooperieren (Schriftlichkeit keine Voraussetzung für Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrags!)
- Mit Zustandekommen entsteht Anmeldepflicht. Deren Verletzung ist ein bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit
- Unabhängig von der Eintragung finden alle Vorgaben des HGB, welche teilweise erhebliche Haftungserweiterungen sich bringen Anwendung

II. Vertretung und Haftung bei der OHG

Roth, S. 1124 - 133

Fallbeispiel Die Studienabbrecher A und B suchen ihr neues Glück in der Selbständigkeit und beschließen im Sommer 1997, einen kleinen Schreibwarenladen in Uni-Nähe zu eröffnen. Zunächst läuft das Geschäft recht schlecht, die Umsätze belaufen sich auf 50.000 DM (25.000 €) im Jahr. A und B arbeiten beide nur allein in ihrem kleinen Laden. Die Waren werden ausschließlich beim Großhändler G bezogen. In den Folgejahren bessert sich der Umsatz. Im Jahre 2002 gingen die Geschäfte so gut, dass A und B im Januar 2003 beschließen, ein weiteres Geschäft zu eröffnen und nun auch mehrere Angestellte vor allem für den Verkauf und die Bestellung der Waren einzustellen. Dieses Vorhaben realisieren sie im April 2003. Sie beziehen ihre Waren mittlerweile von verschiedenen Großhändlern; der im Jahre 2002 erwirtschaftete Umsatz beträgt 300.000 €. Einen schriftlichen Gesellschaftsvertrag haben A und B nie schriftlich ausgearbeitet und alle Geschäfte vorher miteinander abgesprochen. Eine Handelsregistereintragung halten sie nicht für notwendig. Durch eine Zeitungsannonce erfährt B im Juni 2003 von einem Räumungsverkauf beim Schreibwarenhändler S. Im Glauben an ein besonders günstiges Geschäft schließt B, ohne vorher mit A zu sprechen, namens der Gesellschaft mit S einen Kaufvertrag über das gesamte Papiersortiment des S. Der Kaufpreis beträgt 20.000 €. Als A von dem Vertrag erfährt, ist er verärgert, da B das Geschäft nicht mit ihm abgesprochen hat, und widerspricht dem Vertrag. S liefert das Papier noch im Juni aus, den Kaufpreis erhält er jedoch nicht.

S, dessen Forderung aus der Papierlieferung im August 2003 noch immer nicht beglichen ist, verlangt von dem Unternehmen und von A persönlich Zahlung des Kaufpreises. A wendet ein, dass das Geschäft eine „Privatsache“ des B sei, da er dem Geschäft widersprochen habe. Kann der S das Unternehmen wegen des Kaufpreises in Anspruch nehmen?

Anspruch des S gegen die OHG auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 20.000 € aus § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 124 Abs. 1 HGB

Dies setzt voraus, dass ein wirksamer Kaufvertrag zwischen S und der HG zustande gekommen ist, der eine Verbindlichkeit iSv § 124 Abs. 1 HGB darstellt.

1. Vorliegen einer OHG → nach außen wirksame OHG (Gesellschaft vorhanden)
 - a. Gemäß § 123 I HGB tritt die Wirksamkeit der OHG gegenüber Dritten grundsätzlich mit der Eintragung in das Handelsregister ein. Das Unternehmen von A und B wurde jedoch zu keinem Zeitpunkt in das Handelsregister eingetragen.
 - b. Gemäß § 123 II HGB tritt die Wirksamkeit bereits schon vor der Eintragung ein, wenn die Geschäfte vor der Eintragung aufgenommen werden. Hier sind A und B bereits eine geraume Zeit im Geschäftsverkehr tätig, so dass eine Geschäftsaufnahme vor Eintragung iSv § 123 II HGB vorliegt.
Jedoch bleiben gemäß § 123 II HGB die Vorschriften von § 2 oder § 105 II HGB unberührt. Daher greift § 123 II HGB nur dann ein, wenn es sich bei dem von A und B betriebenen Unternehmen um eine Gesellschaft ist, deren Geschäftsgegenstand ein Handelsgewerbe iSv § 1 HGB ist.
 - aa. Vorliegen einer Gesellschaft
Zunächst müsste zwischen A und B ein Gesellschaftsvertrag iSv § 705 BGB (iVm § 105 III HGB) vorliegen, d. h. A und B müssen übereinstimmend durch Zusammenwirken einen gemeinsamen Zweck fördern wollen
Hier haben A und B zumindest konkludent vereinbart, gemeinsam mit Schreibwaren zu handeln und gegenseitige Beitragspflichten vereinbart. Da der Gesellschaftsvertrag unterliegt keinen Formerfordernissen unterliegt besteht damit ein wirksamer Gesellschaftsvertrag.
 - bb. Der Gesellschaftszweck müsste gemäß § 105 I HGB auf das Betreiben eines Handelsgewerbes gerichtet sein. Es ist daher zu prüfen, ob es sich bei dem Schreibwarenhandel um ein Handelsgewerbe handelt.
 - (1) Gewerbebetrieb - keine einheitliche rechtliche Definition
Jede (rechtl.) selbständige und berufsmäßige, wirtschaftliche, nicht künstlerische, wissenschaftliche oder freiberufliche Tätigkeit, die erkennbar auf entgeltliche Tätigkeit durch einen auf Dauer gerichteten Geschäftsbetrieb zielt.
 - (2) Umkehrschluss aus § 1 Abs. 2 HGB: Handelsgewerbe liegt vor, wenn ein nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteter Gewerbebetrieb erforderlich ist.
Art (qualitative Merkmale), wie Geschäftsstruktur, d.h. Natur und Vielfalt der gewöhnlichen Geschäfte, Art d. Kundenkreises usw.
Umfang (quantitative Merkmale), wie Größe, Umsatz, Anzahl der Beschäftigten Gesamtwürdigung erforderlich! Letztlich ist dies eine Einzelfallentscheidung!

Fall: Anfangs wohl nicht aber dann:
Umsatz in Höhe von 300.000 € im Jahre 2002, mehrere Läden und mehrere Mitarbeiter im Jahre 2003, verschiedene Lieferanten usw. sind Indiz dafür, dass kaufmännische Einrichtungen erforderlich sind.
- (spätestens) Im April 2003 liegt ein Handelsgewerbe iSd § 1 Abs. 2 HGB vor

- Unternehmen ist Gesellschaft iV § 105 I HGB
- Damit liegen die Voraussetzungen von § 123 II HGB vor

Exkurs:

Im Falle des § 123 Abs. 2 HGB ist die OHG dennoch zur Eintragung zum Handelsregister anzumelden (§ 29 HGB); jedoch hat die Eintragung dann nur noch deklaratorische Wirkung. Ist die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen, muß das Vorliegen eines Handelsgewerbes nicht näher diskutiert werden.

Beachte: Wenn das Gewerbe seinem Zuschnitt nach keiner kaufmännischen Einrichtung bedarf, läßt ohne Registereintragung der Geschäftsbeginn nur eine GbR entstehen. Wächst dann das Unternehmen später doch noch in die vollkaufmännische Qualifikation hinein, so wird die Gesellschaft mit diesem Zeitpunkt OHG

Eine einverständliche Rechtswahl der Gesellschafter ist mit Wirkung nach außen nicht möglich; denn die Rechtsform der OHG und der GbR tritt unabhängig vom Willen der Gesellschafter ein (Rechtsformzwang).

2. Wirksamer Kaufvertrag zwischen der OHG und S

Gemäß § 124 Abs. 1 HGB kann die Gesellschaft selbst Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen. Die Gesellschaft handelt jedoch nicht selbst, sondern wird vertreten; daher Prüfung der wirksamen Vertretungsmacht.

→ Obersatz:

Eine Verbindlichkeit iSv § 124 I HGB liegt vor, wenn ein Kaufvertrag gemäß § 433 i BGB zustande gekommen ist und die OHG durch den B wirksam vertreten wurde.

- a. Einigung zwischen S und B über Kaufvertrag (+)
- b. Fraglich ist, ob der B die OHG wirksam gemäß §§ 164 I BGB, 125 HGB vertreten hat
 - aa. Eigene Willenserklärung
 - bb. offenkundig im fremden Namen
Jedenfalls aus den Umständen (vgl § 164 I S. 2 BGB) ergibt sich, dass der B im Namen der OHG und nicht im eigenen Namen gehandelt hat (Gewährleistung der Offenkundigkeit im Geschäftsverkehr: § 125a HGB)
 - cc. Mit Vertretungsmacht
Der B mußte mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Da die Eintragung in das Handelsregister nicht konstitutiv für die Wirksamkeit der OHG sind, richtet sich die Reichweite der Vertretungsmacht nach den für die OHG maßgeblichen Vorschriften.
Gemäß § 125 I HGB ist jeder Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt, wenn er nicht durch Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist (Grundsatz der Selbstorganschaft)
 - (1) B ist Gesellschafter, so dass er grundsätzlich zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt ist (Grundsatzregelung in § 125 I HGB)
 - (2) Hier könnte aber nach § 125 II S 1 Gesamtvertretung vereinbart worden sind. In diesem Fall, hätte der B seine Befugnisse überschritten.
 - (a) Ausdrückliche Vereinbarung (-)
 - (b) Für Gesellschaftsvertrag keine zwingende Schriftform. Daher könnte man in der Übung, sich immer abzustimmen, eine konkludente gesellschaftsvertragliche Vereinbarung iSv § 125 II 1 HGB sehen.
 - (c) Dies kann dahinstehen.
abweichende Vertretungsregeln sind eintragungspflichtige Tatsachen, vgl. §§ 106,107 HGB
(§ 15 Abs. 1 HGB: solange eintragungspflichtige Tatsache nicht eingetragen, kann sie Dritten nicht entgegengehalten werden, es sei denn

positive Kenntnis des Dritten hier eintragungspflichtige Tatsache, nicht eingetragen und keine Kenntnis des S)

- Es gilt § 125 I HGB
- Damit erstreckt sich gemäß § 126 I HGB Vertretungsmacht grundsätzlich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen

dd. Fraglich ist, ob der Widerspruch des A hinsichtlich des konkreten Geschäfts die Vertretungsmacht des B ausschließt.

Exkurs:

§ 114 HGB regelt die Geschäftsführungsbefugnis (Innenverhältnis)
Grundsatz: Einzelgeschäftsführungsbefugnis aller Gesellschafter (siehe auch § 115 Abs. 1 HGB)
§ 115 Abs. 2 HGB: Möglichkeit, Gesamtgeschäftsführungsbefugnis gesellschaftsvertraglich zu regeln
§ 125 HGB regelt die Vertretung der Gesellschaft (Außenverhältnis)
Grundsatz, § 125 Abs. 1 HGB: Alleinvertretungsberechtigung aller Gesellschafter
§ 125 Abs. 1, 2. HS HGB: Möglichkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters von der Vertretungsmacht
§ 125 Abs. 2 HGB: Möglichkeit, Gesamtvertretung gesellschaftsvertraglich zu regeln.
Beachte: §§ 106 Abs. 2 Nr. 4, 107 HGB: Vertretungsregeln (und ihre Änderungen) sind im Handelsregister eintragungspflichtige Tatsachen
(alte Regelung § 125 Abs. 4 HGB); Eintragung hat aber nur deklaratorische Wirkung

Gemäß § 15 I HS. 2 HGB hat ein Gesellschafter, auch wenn er allein zur Geschäftsführung befugt ist, eine Maßnahme zu unterlassen, wenn ein anderer zur Geschäftsführung befugter Gesellschafter widerspricht

- (1) Vorliegen eines solchen Widerspruchs (+)
→ A ist geschäftsführungsbefugter Gesellschafter
- (2) Zwar liegt ein Widerspruch vor, so dass B zum Unterlassen des Vertragsabschlusses verpflichtet war. Jedoch ergibt sich im Umkehrschluss zu § 126 II HGB, dass der Widerspruch nur die Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis einschränkt, jedoch die Vertretungsmacht nicht tangiert und damit keine Außenwirkung hat.

„Durchschlage im Außenverhältnis nur in zwei Ausnahmefällen:

- (1) Vertragspartner ist nicht „irgendein“ Dritter, sondern Gesellschafter (vgl. § 126 Abs. 2: "Dritten gegenüber")
- (2) die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht greifen ein (s.o. § 4 IV).

- Widerspruch ohne Außenwirkung
- Der Vertragsabschluss war von der Vertretungsmacht umfasst
- B hat die Gesellschaft (OHG) wirksam vertreten
- Wirksamer Kaufvertrag
- Ergebnis: Anspruch des S gegen OHG (+)

III. Haftung im Außenverhältnis und Ausgleich im Innenverhältnis

Fortsetzung des Fallbeispiels oben bei 2.

Frage 1 Kann S von A und B Zahlung des Kaufpreises verlangen?

Frage 2 Wie kann der in Anspruch genommene Gesellschafter bei Der Gesellschaft und/oder seinem Mitgesellschafter Rückgriff nehmen?

Frage 1

I. Anspruch des S gegen A

Auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 20.000 € aus § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. § 128 HGB

§ 128 HGB : (akzessorische bzw. gesetzliche) Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft

1. wirksam begründete Gesellschaftsverbindlichkeit
→ liegt hier vor, vgl. oben
2. Inanspruchgenommener (Haftungsschuldner) war bei Begründung der Verbindlichkeit und zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme Gesellschafter dieser Gesellschaft. (vgl. auch Hinweis unten)
A war Gesellschafter, daher akzessorische Haftung gemäß § 128 HGB
→ A haftet gegenüber S gesamtschuldnerisch für die Verbindlichkeiten der OHG
3. Ob die Haftung nach § 128 I HGB auf Erfüllung gerichtet ist (sog. Erfüllungstheorie) oder nur eine Einstandspflicht in Geld begründet (sog. Haftungstheorie), kann hier dahinstehen, da die Forderung des S ohnehin auf Zahlung eines Geldbetrages gerichtet ist.

Exkurs: Haftungs- / Erfüllungstheorie

Relevant wird dieser klassische Streit des Personengesellschaftsrechts immer dann, wenn die Forderungsgegenstand nicht Geld, sondern ein Tätigwerden oder eine Sachleistung ist. Z.B. wenn im vorliegenden Fall der B nicht Papier erworben, sondern zum Verkauf angeboten hätte. Dann würde sich die Frage stellen, ob der A wie die Gesellschaft haftet also, nach § 128 I HGB verpflichtet ist Papier der vereinbarten Art, Menge und Güte an den S zu übereignen (Erfüllungstheorie) oder ob ihn nur eine Einstandspflicht in Geld trifft (Haftungstheorie).

Nach ganz hM ist zu differenzieren:

- Grundsätzlich trifft den Gesellschafter eine echte Erfüllungspflicht
 - Davon ist nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn
 - (1) es sich um eine unvertretbare Handlung handelt *und*
 - (2) nach Abwägung des Gläubigerinteresses mit der anzuerkennenden gesellschaftsfreien Privatsphäre die Erfüllung nicht zumutbar erscheint
- S kann auch von A Zahlung des Kaufpreises verlangen

II. Anspruch des S gegen B

→ wie Anspruch gegen A

Frage 2

I. Rückgriffsanspruch gegen die OHG - § 110 HGB

Gemäß § 110 HGB kann der Gesellschafter diejenigen Aufwendungen ersetzt verlangen, die ihm in Gesellschaftsangelegenheiten entstehen, die er nach den Umständen für

erforderlich halten darf oder Verluste, die unmittelbar durch die Geschäftsführung entstehen.

Somit besteht der Anspruch, wenn der A Gesellschafter ist und die Begleichung der Verbindlichkeit der Gesellschaft eine Aufwendung ist, die der A nach den Umständen für erforderlich halten darf.

1. A ist **Gesellschafter** einer OHG, s. o.
2. Die Erfüllung der Verbindlichkeit müsste eine **Aufwendung** iSv § 110 HGB sein. Aufwendungen sind freiwillige Vermögensopfer im Interesse der Gesellschaft. Wenn ein Gesellschafter deren Verbindlichkeiten begleicht, dann wird die Gesellschaft durch freiwilliges Handeln des Gesellschafters vor einer Inanspruchnahme bewahrt (BGHZ 37, 301).
3. In **Angelegenheiten der Gesellschaft** (+) → Es handelt sich um eine Verbindlichkeit der Gesellschaft. Dass Gesellschafter *auch* eigene Pflicht erfüllt, steht dem nicht entgegen
4. **Nach den Umständen erforderlich** – Beachte subjektive Formulierung („für erforderlich halten darf.“) Daher auch Begleichung von vermeintlichen Verbindlichkeiten ersatzfähig
→ hier unproblematisch (+)
→ Anspruch aus § 110 HGB (+)

II. Anspruch gegen den B

1. Anspruchsgrundlage §§ 128 HGB, 110 HGB
B könnte einen Anspruch aus §§ 128, 110 I S. 1 F 1 HGB haben. Dies ist der Fall, wenn der A gegen die Gesellschaft einen Anspruch auf Aufwendungsersatz nach §§ 110 HGB hat (a) und der B nach § 128 I für dessen Erfüllung haftet (b).
2. Anspruchsvoraussetzungen
 - a. A hat einen Anspruch aus § 110 HGB gegen die Gesellschaft (siehe oben)
 - b. § 128 HGB
→ für Verbindlichkeiten der Gesellschaften haften die Gesellschafter gesamtschuldnerisch
→ Verweis auf § 421 ff. BGB
→ Anspruch gegen den Mitgesellschafter aus § 426 I S. 1 ?
- b. Fraglich ist aber, ob auch B als Mitgesellschafter für diese Verbindlichkeit haftet.
 - aa. P: § 128 HGB iVm § 426 I BGB gilt nicht für die Haftung im Innenverhältnis
- hier Anspruch gegen die Gesellschaft, damit sog. Sozialanspruch
- Auf Sozialansprüche findet § 128 HGB gds. keine Anwendung

Diese Einschränkung beruht auf dem Gedanken der beschränkten Nachschusspflicht
Ausgangspunkt: Ansprüche der Gesellschafter gegen die Gesellschaft sind sog
Sozialansprüche. Bei diesen gilt: Für diese haftet grundsätzlich nur die Gesellschaft
(Wenn ein Gesellschafter für die Gesellschaft Aufwendungen tätigt, und den Betrag von den anderen
Gesellschaftern verlangen könnte, liefe dies auf eine Nachschussverpflichtung hinaus. Aber nach §
105 III iVm § 707 I BGB ist eine solche Verpflichtung nur mit Zustimmung des Gesellschafters
möglich).

- Aber wäre unbillig, wenn ein Gesellschafter allein für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet. Mitgesellschafter sollen in die Verantwortung genommen werden
- bb. Modifizierter Gesamtschuldnerausgleich
 - Grundregel in § 426 I S 1 BGB: „zu gleichen Teilen“
 - Aber: Haftung muss in angemessenen Verhältnis zur Beteiligung zur Teilhabe am Gewinn und den Geschäftschancen stehen
 - Im Innenverhältnis haftet jeder Gesellschafter entsprechend seiner Gewinn- und Verlustbeteiligung

Gewinnbeteiligung bei der OHG

- Grundregel § 121 I S. 1 HGB entspricht § 426 I S. 1 BGB
- Abweichende Gewinnverteilung muss im Gesellschaftsvertrag geregelt werden!

- entspricht auch der gesetzlichen Grundregel in § 121 I S. 1 HGB
 - Verteilung des Gewinns zu gleichen Teilen
 - dem entsprechend Verlustbeteiligung zu gleichen Teilem
 - damit entspricht gesetzliche Modell des § 121 I S. 1 HGB im Ergebnis dem § 426 I S. 1 BGB
- Aber häufig leisten Gesellschafter unterschiedlich hohe Beiträge
 - Bedarf nach gesellschaftsvertraglicher Regelung
 - Wer mehr beiträgt, soll auch in höherem Ausmaß am Gewinn beteiligt werden

IV. Verhältnis von Geschäftsführung und Vertretung

Vertiefung: Roth, S. 138 – 141

Geschäftsführung

§§ §§ 114 – 117 HGB

Innenverhältnis – Geschäftsführung

- internes Dürfen
- Beschränkungen § 115 I, II, § 116 I
- können vertraglich ausgestaltet werden (vgl. § 109 HGB)

Außenverhältnis mit
Vertragspartnern, z.B. Käufer / Lieferant / Gläubiger

Vertretung „Können“ im Außenverhältnis

Für die Wirksamkeit der Verträge im Außenverhältnis sind ausschließlich die Regelungen für die Vertretung (§§ 125 – 127 HGB) maßgeblich

- Regeln das externe Können
- der Umfang der Vertretungsmacht kann vertraglich nicht mit Wirksamkeit nach außen eingeschränkt werden (vgl. § 126 II HGB)
- Schon beim gesetzlichen Modell geht das rechtliche „Können“ im Außenverhältnis weiter gehen als bei „Dürfen“ im Innenverhältnis (woraus ergibt sich das? Lesen Sie genau § 116 HGB im Vergleich zu § 126 HGB)

1. Einzelgeschäftsführung und Gesamtgeschäftsführung

Einzelgeschäftsführung → §§ 114, 115 I HGB	Gesamtgeschäftsführung → § 115 II
Der einzelne Gesellschafter ist berechtigt <i>allein</i> Geschäfte in dem in § 116 HGB genannten Umfang vorzunehmen <i>Aber:</i> Wenn einer der Gesellschafter widerspricht, muss die Handlung unterbleiben (§ 115 I HGB)	- erforderlich ist spezielle Regelung im Gesellschaftsvertrag - für jedes Geschäft bedarf es der Zustimmung <i>aller</i> Gesellschafter - Ausnahme: „Gefahr im Verzug“ (sog. Notgeschäftsführung)
↓	↓
Umfang der Vertretungsmacht jedes Gesellschafters erstreckt sich <i>zwingend</i> (vgl. § 126 II HGB) auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Handlungen (§ 126 I HGB)	Auch wenn im Innenverhältnis sämtliche Gesellschafter der Maßnahme zustimmen müssen, bedeutet das nicht, dass automatisch im Außenverhältnis Gesamtvertretung
↙	↘
Im Gesellschaftsvertrag nur Gesamtgeschäftsführung geregelt → Vereinbarung der Gesamtgeschäftsführung hat nur Innenwirkung → im Außenverhältnis bleibt jeder Einzelne im in § 126 I HGB geregelten Umfang vertretungsberechtigt	- Im Gesellschaftsvertrag ist zusätzlich Gesamtvertretung vereinbar (dies erlaubt § 125 II HGB) - diese <i>kann</i> auch Außenwirkung entfalten - Reicht eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag aus, um Dritten entgegenhalten zu können, dass keine Einzelvertretungsmacht besteht? ²⁷

²⁷ Grundsätzlich nein. Der gesetzliche Regelfall ist Einzelvertretung. Erinnern Sie sich an § 15 I HGB! Eine eintragungspflichtige Tatsache (vgl. §§ 106 II Nr. 4, 107 HGB), kann einem Dritten solange nicht entgegengehalten werden, wie sie eingetragen ist. Solange nicht eingetragen ist, dass Gesamtvertretung, kann sich Dritter darauf berufen, dass jeder Gesellschafter einzelvertretungsberechtigt ist.

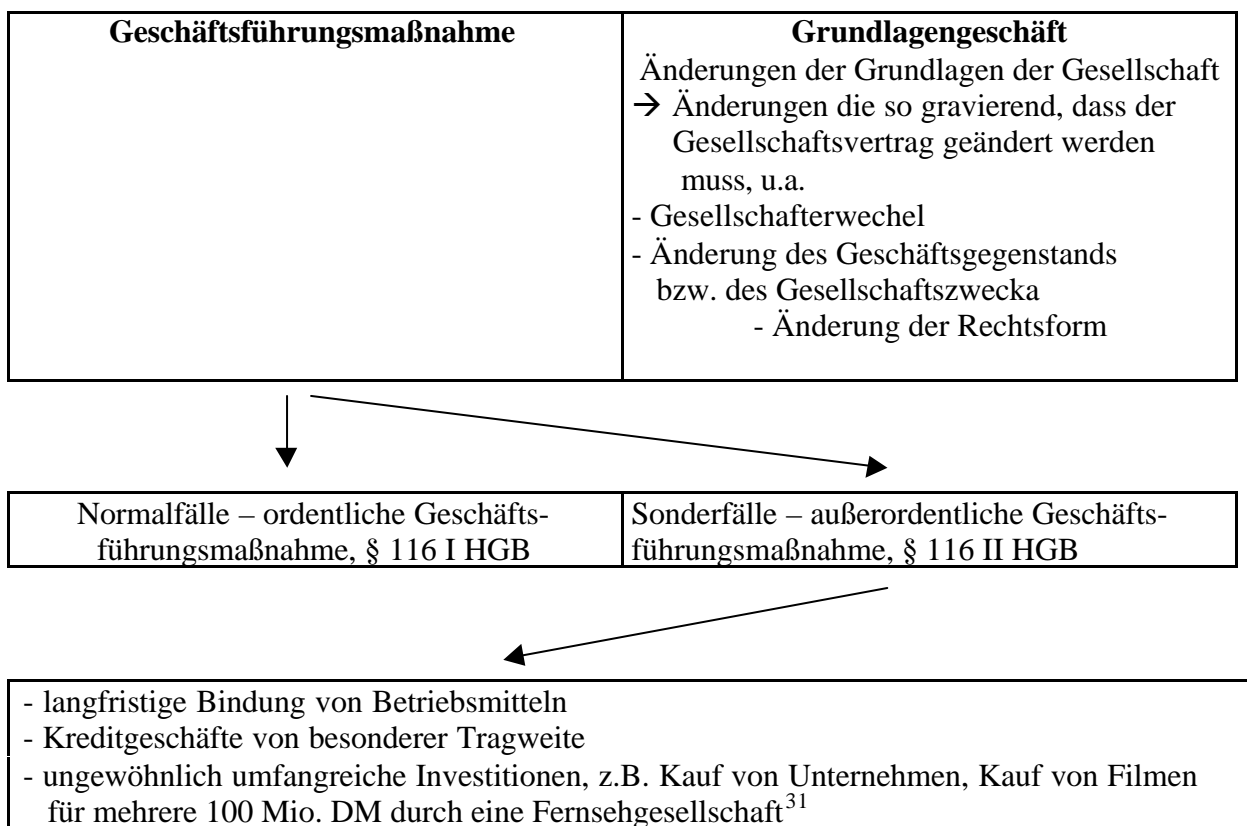
2. Möglichkeiten der Beschränkung der Vertretungsmacht

- a. Ausgangspunkt
Aus § 126 II HGB ergibt sich, dass der *Umfang* der Vertretungsmacht nicht eingeschränkt werden kann
- b. Es gibt nur drei Möglichkeiten
 - aa. Vollständiger Ausschluss von der Vertretung (vgl. § 125 I HGB
(Auch hier gilt: ein Ausschluss des Gesellschafters von der Geschäftsführung nach § 114 II HGB) kann nur dann auf die Vertretung durchschlagen, wenn auch die Befugnis zur Vertretung ausgeschlossen wird)
 - bb. Gesamtvertretung (vgl. 125 II HGB)
 - cc. sog. unechte Gesamtvertretung (vgl. § 125 III HGB)

3. Vertiefung und Verständnisfragen:

- Wo haben Sie bereits kennengelernt, dass eine Vertretungsmacht nur die Befugnisse im Innenverhältnis eingeschränkt werden können, aber im Außenverhältnis der Umfang der Vertretungsmacht zwingend vorgehrieben ist?²⁸
- Kann sich der Geschäftspartner immer auf den gesetzlichen Umfang der Vertretungsmacht berufen oder gibt es Ausnahmen?²⁹
- Wann muss sich Dritter entgegen halten lassen, dass Gesamtvertretung besteht, unabhängig davon, was er gedacht hat?³⁰

4. gewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme / außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme / Grundlagengeschäft



²⁸ Antwort: Prokura.

²⁹ Erinnern Sie sich an die Grundsätze zum Missbrauch der Vertretungsmacht !

³⁰ Aus § 15 II S. 1 HGB sofern die Gesamtvertretung im Handelsregister eingetragen wurde.

³¹ (OLG Koblenz, NJW-RR 1991, 487)

V. Mitgliedschaft und Innenverhältnis – Überblick

- Dreh- und Angelpunkt: der Gesellschaftsvertrag vgl. (§§ 109 HGB, 705, 706 BGB)
- Innenverhältnis der privatautonomen Regelung durch die Gesellschafter überlassen
 - Aus dem Gesellschaftsvertrag und (subsidiär, vgl. § 109 HGB) den gesetzlichen Regelungen ergeben sich die Rechte und Pflichten, die mit der *Mitgliedschaft* verbunden sind

1. Rechte der Mitgliedschaft

a. Teilhabe- und Schutzrechte

- Recht zur Teilnahme an der Gesellschafterversammlung, Stimmrecht, vgl. § 119 HGB
- Informations- und Kontrollrechte, vgl. § 118 HGB
- Befugnis Ansprüche der Gesellschaft gegen Gesellschafter gerichtlich geltend zu machen (sog. *actio pro socio*)

b. Vermögensrechte

- Anspruch auf Beteiligung am Gewinn und Entnahmerecht, §§ 121, 122 HGB
- Beteiligung am Erlös bei der Liquidation der Gesellschaft

2. Mitgliedspflichten

a. Beitragspflichten (vgl. § 706 BGB), meist vertraglich geregelt

- Anspruch der Gesellschaft auf Leistung der Beiträge ist sog. *Sozialverbindlichkeit* (Pflicht des Mitglieds ggü der Gesellschaft)

b. Treupflichten → ergeben sich aus Gesetz, können vertraglich kodifiziert

Vertiefung Roth, S. 145 - 150

aa. Spezielle gesetzliche Ausprägungen → Wettbewerbsverbot, §§ 112, 113 HGB

bb. Allgemeine Treupflicht

Auf die Belange der Gesellschaft und der Mitgesellschafter angemessen

Rücksicht nehmen → drei Anknüpfungspunkte

- mitgliedschaftliche Gemeinschaftsverhältnis
- mitgliedschaftliche Zweckförderungspflicht
- Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung

→ doppelte Richtung:

→ besteht sowohl ggü der Gesellschaft als auch ggü den Mitgesellschaftern

3. Eigenschaft der Mitgliedschaft

a. Abspaltungsverbot

→ Bündel von Rechten und Pflichten das grundsätzlich nicht teilbar ist (sog. Abspaltungsverbot)

→ Mitgliedschaftsrechte sind von der Mitgliedschaft nicht zu trennen, können nicht abgespalten werden

(Ansprüche, die aus der Mitgliedschaft erwachsen, können aber abgespalten werden)

b. Rechtgegenstand

- ist übertragbar
- kann als Sicherheit für Darlehen dienen (Gegenstand der Pfändung, vgl. § 131 III S. 1 Nr. 4 HGB)

4. Hintergrund für das Konzept der Mitgliedschaft

- Gesellschaft ist ein Dauerschuldverhältnis
- Unsicherheiten, nicht alle Situationen können vorgesehen werden
 - Daher können nicht alle Rechte und Pflichten starr und detailliert geregelt werden
 - Daher muss das Gesellschaftsverhältnis laufend angepasst haben
 - Änderungen des Gesellschaftsvertrags durch Gesellschafterbeschluss
 - Personengesellschaft Einstimmigkeitsprinzip, Kapitalgesellschaften Mehrheitsprinzip
- Treupflicht → kein Kanon spezieller Pflichten, sondern allgemeine Pflicht zur Rücksichtnahme

VI. Gestaltungsfragen

1. Beitragspflicht

Vertiefung Roth, S. 134 - 136

- a. Gesetz - §§ 109 HGB, §§ 105 III i.V.m. §§ 705, 706 BGB
 - kaum konkrete gesetzliche Vorgaben
 - Das Verhältnis der Begriffe *Beitrag* und *Einlage*
 - > *Einlagen* sind Beiträge, die als den Gläubigern haftendes Eigenkapital (GmbH – Stammkapital / AG – Grundkapital) dienen sollen → Begriff des Kapitalgesellschaftsrechts (dort sehr strenge und detaillierte Vorgaben)
 - > *Beiträge* – sind alle Leistung, zu denen sich die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag zur Verfolgung des Gesellschaftsvertrags verpflichten
 - > unterscheide:
 - (1) Aufbringungen von Geldmitteln (Bareinlage)
 - (2) Aufbringungen von Sachleistungen (Sacheinlage)
 - (a) Sachen (z.B. Betriebsgrundstück)
 - (b) Forderungen
 - (c) Dienstleistungen (vgl. § 706 III BGB)Bei Personengesellschaftengesellschaft sehr relevant:
→ Handwerksbetriebe
- b. Vertrag
 - Wenig gesetzliche Vorgaben, große Vertragsfreiheit - Warum?
 - > Bei Kapitalgesellschaften ist Haftung der Gesellschafter auf das Vermögen der Gesellschaft beschränkt
 - > Bei der OHG haften die Gesellschafter persönlich, (§ 128 S. 1 HGB)
 - > für den Gläubigerschutz gesetzliche Regelungen nicht erforderlich, Gesellschafter können ihre Angelegenheiten selbst regeln
 - Von dem gesetzlich überlassenen Gestaltungsspielraum sollten die Gesellschafter auch zwecks Streitvermeidung Gebrauch machen
 - Höhe der Beiträge ist Grundlage des Kapitalanteils, dieser wiederum Grundlage für die Gewinn- und Verlustbeteiligung (dazu 2.) und eventuell auch für die Teilhaberechte, insbesondere das Stimmrecht (dazu 3.)
 - Ferner auch wichtig für Beurteilung: Wurde Beitrag ordnungsgemäß erbracht? (Bsp.: Handwerker, der OHG-Gesellschafter geht nicht zur Arbeit, Gesellschafter soll Firmenwagen einbringen. Anstatt Mercedes stellt er einen VW-Polo mit schadhafem Motor zur Verfügung)
→ Gesetz enthält nur Regelung zur verspäteten Leistung (vgl. § 111 HGB)

2. Gewinn- und Verlustbeteiligung

Vertiefung Roth, S. 136 - 138

a. Das gesetzliche Modell – zweistufig:

- aa. Erste Stufe: „Verzinsung“ des Kapitalanteils
§ 121 S. 1 HGB: vom Gewinn 4 % des Kapitalanteils
Kapitalanteil → Beiträge des Gesellschafters (vgl. § 121 II HGB)
+ Gewinne der Vorjahre (soweit nicht ausbezahlt)
./. Entnahmen (vgl. § 122 HGB)
./. Verluste, die auf den Gesellschafter entfallen
(vgl. § 121 III HGB)
- bb. Zweite Stufe: Verteilung nach Köpfen (§ 121 III HGB)
- cc. Nähere Bestimmung der Begriffe
 - (1) Beitrag (s.o.) → § 122 II: „sämtliche Leistungen der Gesellschafter“
 - (2) Entnahmen → § 122 HGB
 - (3) Verlustbeteiligung → § 121 III HGB auch Verluste werden nach Köpfen verteilt

b. Vertraglicher Regelungsbedarf

- aa. Bewertung der gesetzlichen Regelung
 - wird häufig dem Bedarf der Praxis nicht gerecht
 - jedenfalls dann nicht, wenn Beiträge unterschiedlich hoch
 - Ferner problematisch: Aus § 121 III ergibt sich, dass nach Feststellung des Gewinns jeder Gesellschafter Auszahlung seines Gewinnanteils verlangen kann
*Frage: Warum kann das negativ sein?*³²
- bb. Wiederholung: Woraus ergibt sich, dass man vertraglich von dem gesetzlichen Modell abweichen kann?³³
- cc. Zwei Entscheidungen zu treffen
 - (1) Maßstab für die Beteiligung am Gewinn
→ Häufig: entsprechend des Kapitalanteils
 - (2) Davon zu trennen die Frage, wird der Gewinn ausgeschüttet, oder soll er einbehalten (thesauriert)
Theaurierungsinteresse der Gesellschafter ? Bedarf der Gesellschafter, Gefahr des „Aushungerns“ von Gesellschaftern

Modell 1: Regelung ähnlich wie im Gesetz: direkter Anspruch der Gesellschafter auf Anteil am festgestellten Gewinn
→ Gefahr der Ausplünderung Gesellschaft

Modell 2: Gesellschafterversammlung entscheidet über Verwendung des Gewinns

- wenn Einstimmigkeit erforderlich ? Blockaderisiken
- wenn Mehrheitsbeschluss ausreicht ? Gefahr des „Aushungerns“ von Gesellschaftern

³² Antwort: Der Gesellschaft wird Liquidität entzogen. Dieses Geld steht der Verfolgung des Gesellschaftszwecks, der wirtschaftlichen Unternehmung, die Gegenstand der Gesellschaft ist, nicht zur Verfügung.

³³ Antwort: § 109 HGB

Kompromiss:

- Entscheidung der Gesellschafter über Gewinnverwendung +
 - Regelung einer Mindestausschüttung
- Hinweis auf Regelung im Aktienrecht*

dd. Verhältnis zur Rechnungslegung

- Gewinnverwendung setzt bereits bei *Gewinnermittlung* an
 - Gewinn auch abhängig, wie von Bewertungsspielräumen und Möglichkeit der Bildung von Rückstellungen Gebrauch gemacht hat
- Bildung stiller Reserven (Positive Differenz vom tatsächlichen Wert von Gegenständen des Gesellschaftsvermögens und dem Wert zu dem sie in der Bilanz angesetzt sind)
- diejenigen, welche die Bilanz erstellen bestimmen mittelbar auch über die Gewinnverwendung

c. Aufwendungen

aa. Gesetzliche Regelung in § 110 HGB

- Warum Beschränkung: Ersatz nur für Aufwendungen, die Gesellschafter für *erforderlich* halten darf?
- Gesellschafter sollen nicht gegen ihren Willen zu zusätzlichen Beiträgen verpflichtet werden können → sog. Nachschusspflicht
- Diese besteht nur, wenn ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag geregelt (Umkehrschluss § 707 BGB iVm § 105 III HGB)

bb. Um Streit zu vermeiden sollte man im Gesellschaftsvertrag konkretisieren, was „erforderlich“ ist

3. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung

Vertiefung Roth, S. 141 - 145

a. Wann müssen die Gesellschafter entscheiden?

- aa. Grundlagengeschäfte (vgl. § 116 II HGB)
- bb. Änderungen des Gesellschaftsvertrags
- cc. Erlaubnis von Entnahmen (§ 122 II HGB)
- dd. Gewinnverwendung / Gewinnverteilung
(im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, aber häufig im Vertrag geregelt)

b. Wie wird abgestimmt? → § 119 HGB

- Einstimmigkeitsprinzip – alle (nicht nur die anwesenden) Gesellschafter müssen zustimmen
- Warum sieht das Gesetz – trotz der offensichtlichen Blockaderisiken – Einstimmigkeit vor?³⁴

c. Um Blockade der Gesellschaft zu vermeiden, wird häufig geregelt, dass für bestimmte Beschlüsse das Mehrheitsprinzip gilt

- aa. dann Frage klären: wie berechnet sich die Mehrheit?
 - (1) Gesetzliches Modell § 119 II HGB: nach Köpfen

³⁴ Antwort: Jeder Gesellschafter – unabhängig von seinen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen – für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich, § 128 HGB. Ohne Einstimmigkeitsprinzip könnten ihm durch die übrigen Gesellschafter Haftungsrisiken aufzwingen, die er gar nicht übernehmen will.

(2) Bei ungleichen Beiträgen interessengerechter: nach Kapitalanteilen

bb. Grenzen des Mehrheitsprinzips in der Personengesellschaft

(1) Bestimmtheitsgrundsatz

Die Maßnahmen und Regelungen des Gesellschaftsvertrags, die Gegenstand von Mehrheitsentscheidungen sein sollen müssen ausdrücklich und unzweideutig benannt sein

(2) Kernbereichslehre:

bestimmter Kernbereich von Rechten, kann dem Gesellschafter nicht gegen dessen Willen entzogen (Gewinnanteil, Stimmrecht und andere Kernbestandteile der Mitgliedschaft vgl. o. Erläuterungen zur Mitgliedschaft)

d. Fallbeispiel

Vertiefung Roth, S. 146 - 150

A, B und C beschließen, gemeinsam ins Immobiliengeschäft einzusteigen und mit Grundstücken handeln und deren Veräußerung zu vermitteln. A bringt ein Grundstück ein, auf dem das Geschäftsbüro der Gesellschaft steht ein (Marktwert: EUR 200.000) und zusätzlich 100.000 auf. Der B bringt Barmittel in Höhe EUR 300.000 auf. Der C hat kaum Geldmittel und bringt symbolische EUR 1000 ein. Aber er hat viele Erfahrungen auf dem Immobilienmarkt und soll die Geschäfte der Gesellschaft maßgeblich führen.

Frage 1:

Die Gesellschafter wollen, dass jeder entsprechend seiner Beteiligung an Gewinn und Verlust beteiligt sind. Wie würden Sie das regeln

Antwort:

1. Schritt

- Beiträge bewerten
- Grundstück muss nicht zwingend zum Marktwert angesetzt werden. Kann auch als unentgeltliche Überlassung auf Zeit gesehen werden. Dann der Gegenwert der Miete für das Grundstück
- Tätigkeit: Jahresgehalt, das am Markt für eine Person mit den Kompetenzen des C gezahlt würde (Für den Fall von Wert der Tätigkeit des C 100.000)

2. Schritt: Die so ermittelten Beitragswerte zueinander ins Verhältnis setzen

→ 300.000 / 300.000 / 100.000

Frage 2

Da der A sehr viel Mittel in die Gesellschaft gesteckt hat, möchte nicht, dass ein Mitgesellschafter die Maßnahme blockieren kann und will daher, dass für bestimmte Entscheidungen die Mehrheit entscheidet. Ferner meint er, dass für die Stimmrechte der Kapitalanteil maßgeblich sein soll. Die anderen Gesellschafter wollen nicht, dass der A entscheiden kann. Wie kann man das lösen?

Variante 1: Gesetzliche Modell: Mehrheit nach Köpfen

Variante 2: 10.000 EUR Kapitalanteil gewähren eine Stimme (Modell § 47 II GmbHG)
Beschlüssen werden mit einer Mehrheit von 75 % der Stimmen gefasst

Es wird im Gesellschaftsvertrag vereinbart: Über Rechte und Pflichten der Gesellschafter entscheidet die Gesellschafterversammlung mit einer Mehrheit von 75 % der Stimmen.

Frage 3

A sieht die Gelegenheit zwei Grundstücke sehr günstig zum Preis von je EUR 150.000 zu erwerben. Er erwirbt die Grundstücke in eigenem Namen. Dann setzt er sich mit B und C zusammen möchte sich, vom Wettbewerbsverbot befreien lassen. Der C ist dagegen. B ist auch nicht begeistert, aber aus alter Verbundenheit mit A stimmt er, wie auch A für die Befreiung von dem Wettbewerbsverbot. Daraufhin erwirbt A die Grundstücke im eigenen Namen und verkauft sie mit einem Gewinn von je EUR 150.000 pro Grundstück weiter

Der C verlangt nun im Namen der Gesellschaft Schadensersatz

I. Bestehen eines Anspruchs der Gesellschaft

→ Anspruchsgrundlage §§ 112, 113 HGB

→ Rechtsfolge: § 113 I HGB → Anspruch auf Abtretung des Anspruchs aus dem Verkauf der Grundstücke

1. Anwendbarkeit von § 112 HGB → Bestehen einer OHG

a. Gesellschaft mit Handelsgeschäft als Geschäftsgegenstand

aa. Abschluss eines Gesellschaftsvertrags

Detail: A Bringt Grundstück ein. Beachte § 311b I S. 1 BGB. Dadurch wird der eigentlich formfreie Gesellschaftsvertrag formbedürftig (zu den Folgen eines Formmangels s.o. § 5 IV. 1.)

bb. Wirksamwerden gegenüber Dritten

→ gemäß §§ 123 II, 105 I HGB mit Geschäftsaufnahme

→ OHG liegt vor

→ Grundsätzlich unterliegen A, B und C den Verpflichtungen aus § 112

2. Verstoß gegen § 112 I HGB

a. A hat dem Unternehmen eine „Geschäftschance“ genommen, indem im selben Handelszweig auf eigene Rechnung tätig geworden ist

b. Ohne Einwilligung der Gesellschaft

aa. Gesetzlich: Einwilligung *aller* Gesellschafter erforderlich

bb. Aber hier abweichende gesellschaftsvertragliche Regelung

3. Befreiung durch Beschluss der Gesellschafter

a. Nach der gesellschaftsvertraglichen Regelung Befreiung

(„Über Pflichten mit einer Mehrheit von 75 % der Stimmen)

Aber A kann sich nicht darauf berufen, wenn der Beschluss

unwirksam ist (dazu b) oder diese Klausel im Gesellschaftsvertrag nicht wirksam ist (dazu c).

b. Unwirksamkeit des Beschlusses

aa. Stimmverbot – durfte der A hier mitstimmen?

Interessenkonflikt – Eigentinteressen des Gesellschafters und Belange der Gesellschaft

- § 113 II HGB speziell geregelt: „Beschließen die *übrigen* Gesellschafter

- Stimmverbot kann sich darüber hinaus aus allgemeinen Grundsätzen ergeben

- keine ausdrückliche Regelung im Gesetz. Warum Regelung bei der

Personengesellschaft keine Regelung aber bei der GmbH (vgl. § 47 IV S. 1 GmbHG) ja?

- Bei Personengesellschaften Selbstorganschaft haft, persönliche Haftung daher unzumutbar, dass jeder Interessenkonflikt zum Stimmverbot führt

- Aber allgemeine Grundsätze: Verbot des Selbstkontrahierens (vgl. § 181 BGB) Verbot des Richtens in eigener Sache (vgl. § 47 IV S. 1 GmbHG)
→ Zumindest Verbot des Richtens in eigener Sache muss auch bei Personengesellschaften gelten.
- Hier Fall des Richtens in eigener Sache
→ A unterliegt Stimmverbot
→ Folge: Beschluss nicht per se nichtig, sondern Stimmen des A zählen mit
- Situation ohne Stimmen des A:
 - Stimmen für Befreiung von B: 300 Stimmen und C 100 Stimmen
 - Genau 75 % der Stimmen
- Trotz Stimmverbot ist Beschluss mit der erforderlichen Mehrheit

bb. Wenn Regelung im Gesellschaftsvertrag unwirksam, dann auch der Beschluss unwirksam

(1) Bestimmtheitsgrundsatz

„Sofern ein wesentlicher Punkt des Gesellschaftsvertrages geändert werden soll und dieser in der entsprechenden Vertragsklausel nicht ausdrücklich und unzweideutig als durch Mehrheitsbeschluss abänderbar aufgeführt ist, ist eine Vertragsänderung durch Mehrheitsbeschluss nicht möglich“ (BGHZ 48, 251, 253; BGHZ 132, 263, 268)
→ Klausel zu vage und allgemein geregelt

(2) Kernbereichslehre

Der Kern der Rechte und Beugnisse aus der Mitgliedschaft darf einem Gesellschafter nicht gegen dessen Willen entzogen werden (
→ Klausel umfasst nicht nur Pflichten der Gesellschafter, sondern auch Abstimmung über die Rechte der Gesellschafter
→ Verstoß gegen Grundsätze der Kernbereichslehre
→ Regelung im Gesellschaftsvertrag verstößt gegen Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre
→ Damit kann sich A nicht auf diese Regelung berufen
→ Damit gelten für den Beschluss die gesetzlichen Vorschriften
→ § 112 und § 119 I HGB verlangen Einstimmigkeit
→ Weder Einwilligung, noch befreiender Beschluss
→ Verstoß gegen § 112 I HGB

4. Rechtsfolge: Ansprüche aus § 113 HGB

II. Geltendmachung des Anspruchs – Aktivlegitimation

1. C macht nicht eigenen Anspruch geltend, sondern Anspruch der Gesellschaft sog. *actio pro socio* oder auch *actio pro societate*
2. Unproblematisch, wenn Gesellschafter zur Vertretung berechtigt
→ Hier der C als OHG Gesellschafter
 - gemäß § 125 I HGB jeder Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt
 - gemäß § 126 I HGB umfasst Vertretungsmacht alle gerichtlichen und außergerichtlichen Handlungen
3. Schwierig, wenn der Gesellschafter zur Einzelvertretung nicht befugt
→ zu diesem Problem weiter unten

§ 8 Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)

Nachlesen und Vertiefen: Roth, S. 192 – 198.

I. Einführung

1. §§ 705 ff. BGB als Auffangtatbestand
 - GbR (§§ 705 ff. BGB) Grundform der Personengesellschaften
 - Wenn zwei oder mehr Personen zu einem gemeinsamen Zweck zusammenwirken, handelt es sich um eine GbR, wenn nicht eine spezielle Gesellschaftsform vorliegt, (insbes. OHG oder KG)
2. Erscheinungsformen der GbR
 - a. „Alltagskooperation“ (Fahrgemeinschaft, Tippgemeinschaft etc)
 - b. Zusammenarbeit, um ein bestimmtes Projekt zu realisieren (Bietergemeinschaften, Emmissionskonsortien)
 - c. GbR deren Gegenstand erwirbswirtschaftlichen Betätigung ist (unternehmerische GbR)
 - aa. Freiberufler-GbR
 - bb. Gesellschaft die Gewerbe betreibt, das nicht Handelsgewerbe
 - cc. Arbeitsgemeinschaften (z.B. ARGE im Baugewerbe)

II. GbR als Trägerin von Rechten und Pflichten

1. Ursprüngliche Konzeption, §§ 718, 719 BGB
 - Gesellschaft selbst kein eigenständiges Rechtssubjekt
 - Lehre vom individualistischen Gesamthandsvermögen:
 - Vermögen nicht eigenständig, sondern steht den Gesellschaftern in ihrer „gesamthänderischen Verbundenheit“ zu
 - Träger der Rechten und Pflichten ist nicht die Gesellschaft selbst, sondern die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit
2. Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR
(Grundsatzentscheidung des BGH, BGHZ 146, 341 ff)
 - Soweit die Gesellschaft im Rechtsverkehr auftritt kann sie eigenständige Trägerin von Rechten und Pflichten sein
 - Eine GbR, die nach außen als solche auftritt (sog Außen-GbR) ist als eigenständiges Zuordnungsobjekt von Rechten und Pflichten und damit teilrechtsfähig anzusehen „teilrechtsfähige Wirkungseinheit oder Rechtssubjektivität“)
3. Folge: Unterscheidung Innen- / Außen GbR
Tritt die Gesellschaft „nach außen“ im Rechtsverkehr auf (vgl. Merkmal „nach außen gerichtet werbend tätig“ beim Gewerbe)
 - a. Wenn ja, dann Teilrechtsfähigkeit, ähnlich der von § 124 I HGB (BGH wendet § 124 I HGB nicht analog an, sondern liest quasi § 124 I HGB in die §§ 718, 719 BGB hinein)
 - b. Wenn keine Außen-GbR (z.B. Brüder verwalten Vermögen gemeinschaftlich oder Tippegemeinschaft – jeder Gesellschafter gibt Tippschein in eigenem Namen ab)
 - hier bleibt es bei der herkömmlichen Konzeption

III. Die Haftung und Vertretung bei der GbR

Fallbeispiel A und M betreiben gemeinsam einen Malerbetrieb, die im Handelsregister A+M OHG. Als die Rathauskeller-GmbH im Juni 2002 den Auftrag zur Renovierung der von ihr betriebenen Gaststätte „Rathauskeller“ ausschreibt, beschließen A und M mit der auf Tischler und Glaserarbeiten spezialisierten Dachmann-GmbH (D-GmbH) und Fiedlers-Fliesen GmbH (F-GmbH) zu kooperieren, um alles aus einer Hand anbieten zu können. Daher schließen Sie sich mit diesen zu einer auf dieses Projekt begrenzten Arbeitsgemeinschaft zusammen und beteiligen sich unter der Bezeichnung „ARGE neuer Ratskeller“ an der Ausschreibung.

Die Arbeitsgemeinschaft erhält im September 2002 den Zuschlag. Der Vertrag nennt die R-GmbH und die „ARGE Neuer Ratskeller“ als Vertragspartner. Der Entwurf des Vertrages wird an A, M, D und F geschickt. A, B und F bevollmächtigen den D zur Vertragsunterzeichnung, mit der Maßgabe, die von der Stadt geforderte Gewährleistungsfrist für Mängel von den geforderten acht Jahren auf vier Jahre zu „drücken“.

Der D kann in den Verhandlungen aber nur eine Frist von sechs Jahren durchsetzen. Dennoch unterzeichnet er im Namen der „ARGE Neuer Ratskeller“ im August 2000 den Vertrag. Als der D das Verhandlungsergebnis seinen Partnern mitteilt, sind diese über die lange Gewährleistungsfrist nicht sehr glücklich, aber letztlich froh über die Auftragserteilung, so dass sie im September 2000 ans Werk gehen und auch gegenüber der R-GmbH nicht weiter protestieren. Im Juli 2000 regnet es durch die von D-GmbH erneuerten „historischen“ Fenster des Ratskellers. Ein Gutachter stellt fest, dass die undichten Stellen bei den Fenstern auf unsachgemäße Ausführung der Arbeiten durch D und dessen Mitarbeiter zurückzuführen sind. Die Mängel waren bei der Abnahme nicht erkennbar und hätten bei der Beachtung des allgemeinen Standards für Glaser- und Tischlerarbeiten vermieden werden können.

Der Geschäftsführer der R-GmbH fordert den D namens der R-GmbH noch im Juli 2005 auf, die Mängel zu beseitigen. Nachdem sich dieser mehrmals geweigert hatte, lässt R die Arbeiten von einem anderen Betrieb vornehmen. Hierdurch entstehen Kosten in Höhe von 30.000 € D und R sind insolvent. Daher will R jetzt die 30.000 € von der A & M OHG

Frage 1 – Haftung der A & M OHG

§§ 637, 634 I Nr. 2, 633, 631 iVm § 705 BGB iVm § 128 HGB analog

- kein Vertrag unmittelbar zwischen der A & M OHG und der R-GmbH
- Aber A & M OHG könnte gemäß § 128 HGB (analog) für die Verbindlichkeiten der ARGE aus dem Werkvertrag zwischen der ARGE und der R-GmbH haften. Das wäre der Fall, wenn
 - § 128 HGB anwendbar ist (I)
 - die ARGE wirksam verpflichtet wurde und die Forderung fällig ist – Gesellschaftsverbindlichkeit (II)
 - Die A & M OHG Gesellschafterin der ARGE ist und nach Maßgabe des § 128 HGB für diese Verbindlichkeit einstehen muss (III)

I. Anwendbarkeit von § 128 HGB – Bestehen einer Gesellschaft, auf die § 128 HGB Anwendung findet

1. § 128 HGB dann direkt anwendbar, wenn die ARGE als OHG anzusehen ist. Gesellschaft ist nicht im Handelsregister eingetragen.

- Damit liegt eine OHG gemäß §§ 124 II, 105 I, HGB nur dann vor, wenn der Zweck der ARGE auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist.

- a. Betreibt die ARGE ein Gewerbe?
Problematisch: Merkmal „planmäßige, auf Dauer angelegte Tätigkeit“
- aa. Die herkömmliche Ansicht → ARGE nur projektbezogen, so dass die Tätigkeit nicht „auf Dauer angelegt“ sei. Sie trete damit nur einmal (und eben nicht regelmäßig) am Nachfragermarkt auf
- bb. Neuere Rspr. inbes OLG Dresden ³⁵ spricht sich für eine Rechtsfortbildung des Gewerbebegriffs, wonach für ein Gewerbe nicht mehr zwingend ein von dauerhafter Gewinnerzielungsabsicht getragenes Verhalten erforderlich sein soll.
→ funktionales Verständnis des Gewerbebegriffs
→ Argumente des OLG Dresden im Einzelnen:
- ARGE betreuen Großprojekte, die fünf Jahre und länger dauern. Gesellschafter sind Großunternehmen. Nicht einzusehen, warum die ARGE selbst dann den kaufmännischen Pflichten nicht unterliegen soll. Insbesondere bestünde durch aus ein öffentliches Interesse daran, die Vorschriften zur Rechnungslegung beachtet werden
 - Dies zeige, dass das Erfordernis des „auf Dauer angelegt“ im herkömmlichen Verständnis nicht mehr zeitgemäß sei
 - Daher soll jede selbstständige, planmäßige, auf gewisse Dauer angelegte und offen ausgeübte wirtschaftliche – nicht freiberufliche, künstlerische oder wissenschaftliche – Geschäftstätigkeit, die mit dem Ziel betrieben wird, laufende Einnahmen aus dem Angebot entgeltlicher Leistungen am Markt zu erzielen, Gewerbe sein.
- Hiernach *kann* Gesellschaftsgegenstand einer ARGE auch ein Gewerbe sein
- cc. Dogmatische Einwände gegen die Auffassung des OLG Dresden
- Gesetzgeber des Handelsrechtsreformgesetzes hat nicht zu erkennen gegeben, dass der gefestigte Gewerbebegriff eine Änderung erfahren soll.
 - problematisch, wenn die planmäßige Durchführung auch nur eines Auftrags vom Gewerbebegriff umfasst wird, dann müsste auch eine ganze Reihe anderer Erscheinungsformen der GbR OHG sein (planmäßige Zusammenarbeiten bei Kunstauktionen, planmäßige Zusammenarbeit im non-profit-Bereich, Holding- oder Projektgesellschaften, dazu *K. Schmidt* DB 2003, S. 705).
- dd. Selbst wenn man dem OLG folgt, dann greifen die Erwägungen, die dieser Entscheidung zugrunde liegen, nicht ein, denn:
- es handelt sich um kein Großprojekt, das sich über Jahre hinzieht – nur handwerkliche Renovierungsarbeiten
 - Zusammenarbeit weitgehend auf das Bieterverfahren und den Vertragsabschluss beschränkt. Durchführung erfordert keine besondere Koordination.
- selbst wenn man die Kriterien des OLG Dresden zugrunde legt, ist das Vorliegen eines Gewerbes zweifelhaft. Denn auch diese Kriterien verlangen, dass Tätigkeit auf *gewisse* Dauer angelegt ist und die Erzielung laufender Einnahmen angestrebt wird
- b. Selbst wenn man unter Zugrundelegung der Kriterien des OLG Dresden das Vorliegen eines Gewerbes bejaht, wäre gemäß §§ 123 II, 105 I, 1 II HGB weiter zu prüfen, ob die Tätigkeit einen in kaufmännischer Weise eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb erfordert.
- wie schon bei aa erwähnt, eher kleines Projekt, überschaubar

³⁵ OLG Dresden NZG 2003, 124 = DB 2003, 713; vgl. auch LG Berlin BauR 2003, 136; LG Bonn ZIP 2003, 2160.

- Renovierungsarbeiten, drei Partner, die auch eher kleinere Unternehmen, klare Aufgabenteilung
- Auftragsvolumen verhältnismäßig gering
- Das gehört nicht zu den Fällen, die das OLG Dresden im Auge hatte
- Daher spricht sehr viel gegen das Vorliegen eines Handelsgewerbes
- Da weder ein Handelsgewerbe, noch eine Eintragung der ARGE in das Handelsregister vorliegt, ist die ARGE keine OHG (§§ 123 I, II, 105 I, 1 HGB).

2. Analoge Anwendung von § 128 HGB auf die GbR

a. Bis Kurzem herrschender Ansatz: Lehre von der Doppelverpflichtung bzw. Lehre von der Doppelvertretung

b. Jetzt befürwortet BGH sog. Akzessorietätstheorie analoge Anwendung von § 128 HGB

c. Für Interessierte zur Vertiefung: Rechtliches PRO und CONTRA

-aa. Pro Doppelverpflichtungslehre:

Umkehrschluss aus § 128 HGB, vergleichbare Vorschrift gerade nicht bei der GbR, GbR ist die allgemeine Regelung, OHG die spezielle.

Akzessorische Haftung verträgt sich nicht mit der Besonderheit der Gesamthandsgemeinschaft.

bb. Pro Akzessorietätstheorie

(1) Wertungsargument:

Doppelverpflichtungslehre erlaubt Beschränkung der Haftung auf Gesellschaftsvermögen durch Vereinbarung. Die Möglichkeit der Beschränkung der Haftung verstößt aber gegen den Grundsatz, das Haftungsbeschränkung nur bei Einhaltung bestimmter gesetzlicher Vorgaben: Immer Publizität (GbR keine Eintragungspflicht!) und meist auch Aufbringung eines Mindesthaftkapitals.

(2) Dogmatische Erwägungen

- Doppelverpflichtungslehre letztlich eine Folge dessen, dass die GbR lange Zeit nicht als eigenständige Trägerin von Rechten und Pflichten anerkannt war. Wenn die GbR als solche nicht verpflichtet werden kann, sondern nur die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit (Lehre vom individualistischen Gesamthandsvermögen), dann kann es auch keine akzessorische Haftung geben
- Mittlerweile ist weitgehend anerkannt, dass die Gesamthand als eigenständiges Rechtssubjekt anzusehen ist. Ähnlich wie bei der Teilrechtsfähigkeit (§ 124 I HGB), ist die GbR rechtsfähig, ohne juristische Person zu sein.

d. Fazit zur analogen Anwendung von § 128 HGB

- Damit vergleichbare Interessenlage mit der bei der OHG. Für Personengesellschaften die als Rechtssubjekte am Wirtschaftsverkehr teilnehmen, passt das Haftungskonzept des § 128 HGB besser als das Modell der Doppelverpflichtungslehre (Grundsatzentscheidung BGHZ 146, 341 ff - ARGE „Weißes Ross“).
- Dieses Argument passt aber nur für eine GbR, die nach außen als solche auftritt (sog Außen-GbR).

→ Damit findet § 128 HGB hier analoge Anwendung, wenn es sich bei der ARGE um eine Außen-GbR handelt. Das ist der Fall, wenn sie unter eigenem Namen am Rechts- und Wirtschaftsverkehr teilnimmt³⁶
Die ARGE hat sich unter eigenem Namen am Ausschreibungsverfahren beteiligt und sie (nicht die einzelnen Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft) ist Vertragspartner der R-GmbH. Damit sind diese Kriterien erfüllt.

³⁶ Palandt § 714 Rn 11 ff; Ulmer ZIP 2003, 1113 ff; Mülbart AcP 199, 38, 67; zu verfassungsrechtlichen Bedenken Canaris ZGR 2004, 69, 116 ff.

- Es liegt eine Außen-GbR vor
- Die Vorschrift des § 128 HGB findet analoge Anwendung
(Da die ARGE hier unternehmerisch tätig ist, kann dahinstehen, ob die analoge Anwendung auf unternehmerisch tätige GbRs zu beschränken ist³⁷)

II. Prüfung des § 128 HGB – Verbindlichkeit der ARGE

Eine solche Verbindlichkeit könnte sich hier aus Werkvertrag wegen Mängelhaftung ergeben, §§ 637, 634 I Nr. 2, 633, 631 BGB.

1. Dies setzt zunächst voraus, dass zwischen der ARGE und der R-GmbH ein Werkvertrag iSv § 631 BGB wirksam zustande gekommen ist
 - Prüfen Einigung zwischen D und der R-GmbH
 - a. übereinstimmende Willenserklärungen (+)
 - b. R- GmbH ordnungsgemäß vertreten (+) → R Geschäftsführer der R-GmbH (§ 35 GmbHG)
 - c. Vertretung der ARGE durch D
 - aa. Ausgangspunkt: §§ 714, 709 BGB e contr. Gesamtvertretung
(keine analoge Anwendung des § 125 HGB, da keine Regelungslücke)
 - § 714 BGB verweist für die Vertretungsmacht auf die Geschäftsführungsbefugnisse
 - § 709 BGB sieht als (dispositive) gesetzliche Auffangregelung Gesamtgeschäftsführung vor (genau das Gegenteil von § 114 HGB)
 - Damit bei der GbR Gesamtvertretung
 - Grundsätzlich kann die ARGE nur von ihren Gesellschaftern gemeinschaftlich vertreten werden
 - bb. Aber hier liegt Einzelermächtigung durch die übrigen Gesellschafter vor – Vertretung
Problem: In einem Punkt hat der D im Innenverhältnis die „Marschroute für die Verhandlungen“ (Gewährleistungsfrist) verlassen
Daher Unwirksamkeit des Vertragsschlusses wegen Fehlens der Vertretungsmacht gemäß § 177 I BGB ?
- Erster Ansatzpunkt für wirksame Vertretung durch D – Verkehrsschutz:
Darf bei GbR allgemein und/oder ARGE im Besonderen bei Gesellschafter mit Einzelvollmacht für Vertragsverhandlungen auf Unbeschränktheit der Vertretungsmacht vertraut werden?
Vom Sachverhalt her vertretbar, aber nicht zwingend: D ist zwar im Namen der ARGE aufgetreten, hat aber keine Vollmacht vorgelegt. Allgemeiner systematischer Einwand: Mit der Annahme eines solch weitgehenden Verkehrsschutzes würden Unterschiede zwischen GbR und OHG verwischt.
- Zweiter Ansatzpunkt
Vertrag in Kenntnis des Inhalts ohne Protest ggü der R-GmbH von allen Mitgliedern der ARGE durchgeführt
 - Damit jedenfalls konkludente Genehmigung nach § 177 I BGB
 - Durch Handeln des D ARGE vertraglich verpflichtet
 - Werkvertrag iSv § 631 BGB zwischen ARGE und R-GmbH (+)

³⁷ Vgl. Beuthien, JZ 2003, 969 ff., ähnl. Wössner ZIP 2003, 1235 ff. (teleologische Reduktion bei privilegierungsbedürftigen Gesellschaften)

2. Verbindlichkeit auch fällig
3. Da Vereinbarung über Gewährleistungsfrist wirksam, auch nicht verjährt
4. Verbindlichkeit wurde zu einem Zeitpunkt begründet als A & M OHG Gesellschafter
 - a. Erheben der Einrede - § 214 I BGB
 - Verjährung nur beachtlich, wenn sie vom Schuldner erhoben wurde (§ 214 I BGB).
 - Schuldner ist die ARGE
 - Erheben der Einrede ist Geschäftsführungsmaßnahme.
Bei ARGE Gesamtgeschäftsführung und -vertretung (s.o.). Damit darf A & M OHG nicht allein die Einrede erheben
 - > Frage § 129 I HGB analog ?
 - > Diese Frage nur dann relevant, wenn der Anspruch überhaupt verjährt ist:
 - b. Ablauf der Verjährungsfrist
 - aa. Mangel tritt erst nach 5 Jahren auf (Ablauf der gesetzlichen Frist, vgl. § 634a I Nr. 2 BGB)
 - bb. Aber hier Vereinbarung einer Verjährungsfrist von 6 Jahren (s.o.).
 - Verjährungsfrist beträgt sechs Jahre
 - Anspruch nicht verjährt
 - ARGE haftet für die Kosten der Mängelbeseitigung
 - Vorliegen einer fälligen Gesellschaftsverbindlichkeit iSv § 128 HGB (+)

IV. Umgang mit den Haftungsrisiken

1. Problemstellung
 - Große Vielfalt von GbRs
 - nicht bei allen Gesellschaftstypen ist die Haftung nach § 128 HGB analog sachgerecht
 - z.B. ARGE: Großprojekt, an dem sich auch ein kleiner Handwerksbetrieb beteiligt. Dieser haftet für sämtliche Verbindlichkeiten
2. Möglichkeiten für die Vertragsgestaltung
 - a. Beschränkung der Haftung im Außenverhältnis
 - aa Vertretungsmacht – Vertretungsregeln bei GbR nicht zwingend
 - Gesellschafter nur befugt, Gesellschaft zu verpflichten, nicht jedoch seine Mitgesellschafter
 - Beschränkung wird deutlich gemacht durch Firma „GbR mbH“
Verwendung des Zusatzes auf dem Briefkopf
 - bb. Beschränkung der Haftung der Haftung auf den eigenen Tätigkeitsbereich: Modell 8 II PartGG³⁸
 - cc. Beides jetzt sehr problematisch
 - (1) dogmatisches Argument
 - jetzt nicht mehr Doppelvertretungstheorie, sondern gesetzliche Haftung nach § 128 HGB analog

³⁸ Partnerschaftsgesellschaftsgesetz v. 25. Juli 1994 (BGBl. I, S. 1744): § 8 I S. 1 Für Verbindlichkeiten der Partnerschaft haften die Gesellschafter persönlich. § 8 II Waren nur einzelne Partner mit der Bearbeitung eines Auftrags befaßt, so haften nur sie gemäß Absatz 1 für berufliche Fehler neben der Partnerschaft; ausgenommen sind Bearbeitungsbeiträge von untergeordneter Bedeutung.

(2) Wertungsargument

Wer am Rechtsverkehr teilnimmt und seine Haftung beschränken will, muss auch spezielle gesetzliche Vorgaben, die im Interesse des Gläubigerschutzes und der Publizität bestehen erfüllen

→ Faustformel: Ohne Regisztrierung in einem staatlichen Register keine Haftungsbeschränkung

→ Daher generelle Beschränkung der Haftung gds. nicht möglich

→ Allenfalls im Einzelfall, kann mit *einem konkreten* Vertragspartner *individuell* einen Ausschluss der persönlichen Haftung der Gesellschafter oder Haftungsbeschränkung vereinbar werden

(BGH: Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen genügt nicht!)

dd. Wenn Haftung droht, meist nur eine Möglichkeit

- Berufung darauf, dass Haftung beschränkt – wie eben gezeigt - problematisch

- Aber: GbR gesetzliche Modell ist Gesamtvertretung

→ Eventuell Vertrag gar nicht wirksam, weil GbR gar nicht wirksam vertreten

→ Frage zur Wiederholung und Vertiefung: Woraus kann sich, auch wenn Gesellschafter keine Einzelvertretung vereinbart haben, ergeben, dass Vertrag wirksam?³⁹

b. Vereinbarungen im Innenverhältnis

→ Große Haftungsrisiken

→ Umso wichtiger, Innenverhältnis sorgfältig zu regeln, z.B. bei der ARGE, dass jeder Gesellschafter nur für seinen Tätigkeitsbereich, aber dort im vollen Umfang einsteht

V. Gegenüberstellung der GbR mit der OHG

	GbR	OHG
Rechtsfähigkeit	§§ 718, 719 → nur <i>soweit</i> rechtsfähig wie am Rechtsverkehr teilnimmt	Teilrechtsfähigkeit, § 124 I HGB
Geschäftsführung	Gesamtgeschäftsführung, § 709 BGB ⁴⁰ Umfang nicht geregelt	Einzelgeschäftsführungsbefugnis, § 114 I HGB Umfang: § 116 HGB
Vertretung	Gesamtvertretung, gds. dispositiv	Einzelvertretung, zwingend (§ 125 I, II HGB)

³⁹ In Durchführung des Vertrages liegt die stillschweigende Zustimmung der übrigen Gesellschafter, damit Genehmigung iSv § 177 I BGB. Ferner denken Sie an die Lehre von der Anscheins- und Duldungsvollmacht.

⁴⁰ Wenn Einzelgeschäftsführung vereinbart, dann wie bei OHG Widerspruchsrecht (§ 711 BGB). Geschäftsführung in GbR ist im Vergleich zur OHG gewissermaßen spiegelverkehrt geregelt.

	Umfang nicht geregelt	erfasst alle gerichtlichen und außergerichtlichen Handlungen
Haftung	unterscheide: - Außen-GbR - § 128 HGB analog - Innen-GbR – probl. ⁴¹	- § 128 HGB
Pflichten bei der Geschäftsführung	- nach Auftragsrecht (§ 713 BGB (Sorgfaltsmaßstab: §§ 276, 408)	wie GbR (§ 105 III HGB)
Wettbewerbsverbot	Ableitung aus Treupflicht	§§ 113, 114 HGB
Kontrollrechte	§ 716 BGB	118 HGB
Gewinn- und Verlustverteilung	§§ 721, 722 BGB - keine Entnahmen - keine Gewinnverteilung vor Auflösung der Gesellschaft - Gewinn und Verlust nach Köpfen, § 722	Ausschüttung nach § 121 HGB Entnahmen nach § 122 HGB Verlustbeteiligung nach Köpfen (§ 105 III iVm § 722 II BGB)

§ 9 Beitritt und Ausscheiden des Gesellschafters, Beendigung der Gesellschaft,

Nachlesen und Vertiefen: Roth, S. 153 – 164 / 197 - 199

I. Beitritt eines Gesellschafters

1. Rechtsnatur des Beitritts und Innverhältnis

Grundlagengeschäft - Änderung des Gesellschaftsvertrags – Folgen:

→ alle Gesellschafter müssen zustimmen

→ Anpassung der Gewinn- und Verlustbeteiligung usw.

2. Folgen des Beitritts – Außenverhältnis

- Pflicht zur Anmeldung beim Handelsregister zur Eintragung §§ 106 II Nr. 2, 107 HGB

- Haftung nach § 130 HGB (BGH: § 130 analoge Anwendung auf die GbR⁴²)

Warum? → Rechtsverkehr geht davon aus, dass alle Gesellschafter haften. Nicht zuzumuten nachzuprüfen, wer, wann Gesellschafter geworden

II. Ausscheiden eines Gesellschafters

1. Rechtsnatur

- wie oben → auch Änderung des Gesellschaftsvertrags

- freiwilliges Ausscheiden → Kündigung / Austritt, § 132 HGB

- gegen den Willen des Gesellschafters → Ausschluss, § 140 HGB

⁴¹ Hier muss man auf die Lehre der Doppelverpflichtung zurückgreifen. Aber das müssen Sie nicht beherrschen.

⁴² BGH NJW 1992, 1615, 1617. Grunewald GesR I.A. Rn. 131.

2. Ausschluss, § 140 HGB (Vgl. für GbR § 737 I S. 1 BGB)

- Grundsatz nur bei wichtigem Grund
 - wenn unter verständiger Würdigung aller Umstände den Mitgesellschaftern die Aufrechterhaltung der Verbleib des Gesellschafters in der Gesellschaft nicht mehr zuzumuten ist
- Wichtiger Unterschied OHG / GbR
 - > GbR genügt Beschluss der übrigen Gesellschafter (vgl. § 737 I S. 3 BGB)
 - > Gemäß § 140 HGB muss Klage erhoben werden. Erst durch Gestaltungsurteil des Gerichts

3. Freiwilliges Ausscheiden

- a. Gesellschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen (gesetzliche Regelfall)
 - Gesellschafter kann jederzeit / bzw. zum Ende des Geschäftsjahrs kündigen (§§ 723 BGB / § 132 HGB)
- b. Gesellschaft auf bestimmte Zeit geschlossen
 - aa. Grundsätzlich Kündigung nicht möglich
 - bb. Einzige Möglichkeit: Ausscheiden, d.h. Kündigung aus wichtigem Grund
 - GbR § 723 I S. 2 BGB, gilt über § 105 III HGB auch für OHG⁴³
 - bei GbR führt dies zur Beendigung der Gesellschaft bei III)

4. Folgen des Ausscheidens

- a. Vorfrage: Wird die Gesellschaft durch die Kündigung beendet?
 - aa. OHG im Zweifel besteht Gesellschaft fort (§§ 131 III S. 1 Nr. 3, 132 OHG)
 - bb. Bei der GbR wird die Gesellschaft aufgelöst, wenn nicht ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag vorgesehen, dass auch nach Ausscheidens eines Gesellschafters die Gesellschaft fortbestehen soll (§§ 723, 737 BGB)
 - wenn Gesellschaft aufgelöst, findet Auseinandersetzung statt (siehe unten III:
 - Wenn Gesellschaft fortbesteht
- b. Innenverhältnis – „lässt sich Auszahlen“ - § 140 II HGB
 - geregelt in § 738 I BGB (gilt wg. § 105 III HGB auch für OHG)
 - Gesellschaft kauft gewissermaßen dem ausscheidenden Gesellschafter den Anteil zum Vorteil der verbliebenen Gesellschafter ab
 - § 738 I S. 2 BGB: Abfindungsanspruch = Auseinandersetzungsguthaben (Beiträge zurück + alle dem Gesellschafter nicht ausbezahlten Gewinne)
 - § 738 I S. 1 BGB: Anwachsung (Anteile der übrigen Gesellschafter vergrößern sich entsprechend der Beteiligung am Gewinn)

Was sind die Folgen, wenn nach Ausscheiden nur ein Gesellschafter übrig bleibt?⁴⁴

c. Außenverhältnis

- aa. Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister, § 143 II HGB
- bb. Beachte: auch nach Ausscheiden haftet der ausgeschiedene Gesellschafter für alle bis zum Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten maßgeblicher Zeitpunkt:

⁴³ § 133 HGB keine Spezialregelung – betrifft Auflösung der Gesellschaft.

§ 160 I S. 2 HGB (gilt gemäß § 736 BGB auch für die GbR)

→ für ausscheidenden Gesellschafter sehr wichtig, dass das Auscheiden in das Handelsregister eingetragen wird!

Fallbeispiel „Herauspicken der Rosinen?“

Die Brüder Alfons, Bertold und Caesar Meier betreiben unter der Firma „Meier OHG“ einen Getränkegroßhandel. Die Gesellschaft ist im Handelsregister eingetragen. Folgendes geschieht: B kündigt zum Ende des Geschäftsjahrs 1999.

- 31.12.1999 Austritt des B materiell rechtlich wirksam.
01.01.2000 Aufgrund eines Versehens beim Registergericht wird als ausgeschiedener Gesellschafter nicht der B, sondern der C genannt
15.01.2000 schließt C mit der G-Bank im Namen der Meier-OHG Vertrag über Darlehen in Höhe von 200.000 EUR ab

Kann G den B aus dem Darlehensvertrag in Anspruch nehmen?

Variante:

Am 01.02.2000 wird im Handelsregister richtig gestellt, dass nicht der C, sondern der B ausgeschieden ist. Wie ist der Fall zu beurteilen, wenn Rückzahlungsforderung aus dem Darlehensvertrag erst fällig

- wird am (a) am 15.01.2005
(b) am 15.03.2005

Haftung des B nach § 128 I S. 1 HGB

I. Ausgangsfall

1. Anwendbarkeit von § 128 HGB (+) → OHG → § 123 I HGB
2. Verbindlichkeit der Gesellschaft
 - Prüfung wirksamer Abschluss Darlehensvertrages, § 488 I S. 1 BGB
 - müsste wirksam vertreten worden sein
 - a. Materiell-rechtlich: C als Gesellschafter gemäß §§ 125, 126 HGB die OHG wirksam vertreten
 - b. Welche Rolle spielt es, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses laut Handelsregister der C nicht (mehr) Gesellschafter war? Antwort: Keine.
 - § 15 II S. 1 HGB erlaubt nur Berufung auf „richtige“ Tatsachen
 - § 15 III HGB → Auf unrichtige Bekanntmachungen im Handelsregister kann sich nur die Gegenseite berufen.
 - C hat OHG wirksam vertreten
 - Verbindlichkeit der Gesellschaft (+)
3. B muss zum Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit Gesellschafter der OHG sein
 - a. Ursprünglich war B Gesellschafter
 - ist aber vor Abschluss des Darlehensvertrages ausgeschieden

⁴⁴ Gesellschaft wird beendet (vgl. § 705: Wesensmerkmal der Gesellschaft: *Zusammenwirken von mehreren* Personen – geht schlecht bei nur einer Person. Wenn die verbleibende Person Geschäft fortführt, dann wird Handelsgeschäft als einzelkaumännisches Unternehmen fortgeführt.

- b. § 15 I S. 1 HGB B kann B sich aber erst darauf berufen, wenn im HR eingetragen
→ nicht er, sondern C eingetragen
→ wegen § 15 I S. 1 HGB muss sich G Ausscheiden des B nicht entgegenhalten lassen
Warum Vertrauensschutz über § 15 I und nicht über § 15 III HGB?⁴⁵
- c. Was ist an diesem Ergebnis problematisch?
- Für Begründung des Abschlusses des Darlehensvertrages beruft G sich darauf, dass nach der *wahren* Rechtslage, der C Gesellschafter ist
 - Für Begründung der Haftung des B beruft er sich darauf, dass C als ausgeschiedener Gesellschafter eingetragen ist. Damit beruft er sich auf die Registerlage
 - Streitfrage: Ist einen solches „Rosinenpicking“ statthaft
 - BGH grundsätzlich ja
 - Hiernach muss sich B behandeln lassen, als wäre er zum Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit noch Gesellschafter
 - B haftet, obwohl Verbindlichkeit erst nach seinem Ausscheiden begründet wurde

Variante

1 – 3. wie oben

- d. In der Variante, könnte aber Enthftung nach § 160 I S. 1 HGB eingetreten sein
- aa. § 160 I S. 1 HGB: Wenn Forderung erst fünf Jahre nach Ausscheiden fällig keine Haftung
- bb. § 160 I S. 2 HGB: Frist beginnt erst ab Eintragung des Ausscheidens zu laufen. Natürlich kann man sich wegen des Verkehrschutzes nur auf eine korrekte Eintragung berufen
- Frist begann damit hier nicht am 01.01.2000, sondern erst am 01.02.2000
 - Nur von den Verbindlichkeiten befreit, die erst nach dem 01.02.2005 fällig geworden sind
 - Im Fall (a) (Fälligkeit am 15.01.2005) keine Enthftung
 - Im Fall (b) (Fälligkeit erst am 15.03.2005) Enthftung (+)

5. Gestaltungsfragen

- a. Gedanken machen: Soll die Gesellschaft nach Ausscheidens eines Gesellschafters fortbestehen oder nicht (dazu näher unten III)
- b. Gestaltung der Kündigungsmöglichkeiten
- aa. Möglichkeit der Kündigung durch einen Gesellschafter einschränken
Grenze: Kündigung aus wichtigem Grund muss immer möglich sein
- bb. Häufiger auch Interesse an der Erweiterung der Möglichkeiten, einen Gesellschafter gegen dessen Willen auszuschließen
- Bestimmen weiterer Ausschlussgründe möglich.
 - Vertiefung:* Warum ist Klausel: „Mit Beschluss der übrigen Gesellschafter kann ein Gesellschafter zum Ende des Geschäftsjahrs ausgeschlossen werden“ problematisch?⁴⁶
- c. Sehr wichtig: Bestimmung der Abfindung des Gesellschafters
- aa. wenn keine Regelung im Gesellschaftsvertrag: dann nicht einfach anhand

⁴⁵ Dass der C ausgeschieden ist, bedeutet ja nicht zwingend, dass der B *nicht* ausgeschieden ist. Wenn man sich darauf beruft, dass etwas *nicht* passiert ist, geht der Vertrauensschutz letztlich über § 15 I S. 1 HGB.

⁴⁶ Denken Sie an die Kernbereichslehre: Ausschluss bedeutet vollständiger Entzug sämtlicher Rechte aus der Mitgliedschaft.

- der Bilanz Anteil bestimmen (Bilanz weist die „stillen Reserven“ nicht aus
- bb. Verbreitet: sog. Buchwertklausel, d.h. maßgeblich ist der Wert des Vermögens der Gesellschaft wie er sich aus der Bilanz ergibt (damit verbleiben sämtliche stillen Reserven in der Gesellschaft
- cc. Zulässigkeit von Buchwertklausel nicht abschließend geklärt. Wohl zu differenzieren
- (1) Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund – zulässig, da dann Fehlverhalten des Gesellschafters.
- (2) Problematisch hingegen, wenn Ausschlussgründe vereinbart, die nicht an ein schuldhaftes Verhalten des Gesellschafters anknüpfen – Warum ist das im Hinblick auf den Minderheitenschutz problematisch?⁴⁷

III. Auflösung der Gesellschaft

1. Auflösungsgründe – Ereignisse, die zur Beendigung der Gesellschaft führen

	OHG	GbR
Gesellschaftsintern		
Auflösungsbeschluss der Gesellschafter → alle über Beendigung einig	§ 131 I Nr. 2 HGB	Nicht geregelt. So wie Gesellschaft begründet, kann sie auch beendet werden
Erreichen des Gesellschaftszwecks	§ 105 III HGB iVm § 726 BGB	§ 726 BGB
Zeitablauf	§ 131 I Nr. 1 HGB	nicht geregelt, aber ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrag ⁴⁸
Kündigung durch den Gesellschafter	kein Auflösungsgrund (§ 131 III S. 1 Nr. HGB) ⁴⁹	§ 723 I S. 1
Tod eines Gesellschafters	kein Auflösungsgrund § 131 III S. 1 Nr. 1 HGB	§ 727 I BGB
Durch Gläubiger		
Kündigung durch Gläubiger eines Gesellschafters	kein Auflösungsgrund, § 131 III S. 1 Nr. 4 HGB	§ 725 BGB
Insolvenzverfahren gegen Gesellschafter eröffnet	kein Auflösungsgrund, § 131 III S. 1 NR. 1 HGB	§ 728 BGB
Insolvenz der Gesellschaft	§ 131 I Nr. HGB	- nicht geregelt - GbR aber insolvenzfähig

- Fazit: > bei OHG im Zweifel Fortführung der Gesellschaft
> bei GbR im Zweifel Beendigung

⁴⁷ Antwort: Die Übrigen Gesellschafter können wie folgt zusammenwirken: Schließen Mitgesellschafter durch Beschluss aus, dieser bekommt nur den Buchwert. Da der Anteil des ausgeschiedenen Gesellschafters im Wege der Anwachsung auf die übrigen Gesellschafter übergeht, gehen sämtliche stille Reserven auf diese über.

⁴⁸ Befristung der Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag ist quasi ein im Voraus (antizipierter) Beschluss der Gesellschafter

⁴⁹ Wenn Gesellschafter nicht nur eigenes Ausscheiden, sondern Auflösung der Gesellschaft erreichen will, dann muss er die Auflösungsklage erheben (§ 133 i.V.m. § 131 I Nr. 4 HGB).

- Grundsätzlich für wirtschaftliche Aktivitäten die „fortführungsfreundlichen“ Regelungen zur OHG günstiger
- Aber welches Modell im konkreten Einzelfall der Interessenlage besser gerecht wird, muss konkret analysiert werden:
 - einerseits:* wenn Kündigung zur Auflösung der Gesellschaft zur Auflösung führt, hat die Drohung mit der Kündigung ein großes „Erpressungspotentials“
 - andererseits:* Fortführung bedeutet immer, dass verbleibende Gesellschafter dem ausscheidenden Gesellschafter das Auseinandersetzungsguthaben auszahlen muss. Daher Fortführung nur sinnvoll, wenn verbleibende Gesellschafter wirtschaftlich dazu in der Lage sind

2. Folgen der Auflösung

GbR → Auseinandersetzung (§ 730 ff. BGB)

OHG → Liquidation §§ 145 ff. HGB

a. Aufgabe

- (1) Befriedigung der Gläubiger (§ 733 BGB / 149 HGB)
- (2) Verteilung des verbleibenden Vermögens

Das verbleibende Vermögen wird unter die Gesellschafter verteilt

GbR: Rückgewähr von Beiträgen und Einlagen (§§ 732, 733) Verteilung des dann verbleibenden Gewinns entsprechend der Gewinnverteilung (§ 734 BGB)

OHG: Verteilung entsprechend den Kapitalanteilen, § 155 HGB (Verständnisfrage: Warum wird nicht Rückgewähr der Beiträge im Gesetz angeordnet⁵⁰)

b. Aufgabe der Liquidatoren

- Grundsätzlich Durchführung durch die Gesellschafter in Gesamtgeschäftsführung / Gesamtvertretung (§ 730 BGB / 146 I S. 1 HGB)
- Gesellschaftsvertrag kann Abweichende vorsehen
- Beachte Publizität bei OHG: § 148 HGB

IV. Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft

Nachlesen und Vertiefen: Roth, S. 96 – 102; Hueck/Windbichler, S.132 - 140

1. Problemstellung

- a. Ausgangspunkt: Vertragsmangel, z.B. Formmangel (z.B. § 125 BGB, wenn Grundstück in die Gesellschaft eingebracht), Täuschung eines Gesellschafters
 - Anfechtungsgrund (§ 123 I BGB) → Anfechtung § 142 I BGB:
 - „ist das Rechtsgeschäft als von Anfang nichtig anzusehen“
 - Anfechtungsfrist: § 121 I BGB (unverzüglich nach Kenntnis des Anfechtungsgrunds)
 - Anfechtung wegen Täuschung noch Jahre nach der Gründung

⁵⁰ Die geleisteten Beiträge werden bereits bei der Berechnung des Kapitalanteils berücksichtigt, s.o. Ausführungen zur Gewinnverteilung bei der OHG.

b. Problem:

- Anfechtung führt zur Nichtigkeit des Vertrages von Anfang an (*ex tunc*)
- Damit müsste alles rückabgewickelt werden (alle Beiträge zurück, die ausgeschüttete zurück, mit Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages entfällt – zumindest im Innenverhältnis – die Vertretungsmacht usw.)

2. Lösung: Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft

a. Leitsatz: Wenn eine Gesellschaft

- gegründet wurde (d.h. Gesellschaftsvertrag abgeschlossen) *und*
- „in Vollzug“ gesetzt wurde, d.h. wenn die Gesellschaft als solche im Rechtsverkehr aufgetreten ist (Woher kenn Sie die Unterscheidung Errichtung im Innenverhältnis und Auftritt im Rechtsverkehr?⁵¹),

dann wird die Gesellschaft als wirksam gegründet behandelt.

b. Folgen des „als wirksam behandelt“ im Einzelnen

- Gesellschaft ist nicht von Anfang an unwirksam
- Das Vorliegen eines Grundes für die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages führt lediglich dazu, dass die Gesellschaft aufgelöst wird bzw. dass der betroffene Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft verlangen kann.
- Für OHG bedeutet dies:
 - > Gesellschafter muss Auflösungsklage erheben (§ 133 HGB)
 - > Wenn Gericht Auflösung der Gesellschaft ausspricht, dann Auflösung der Gesellschaft *ex nunc* wie oben bei III. beschrieben

3. Anwendungsbereich der „Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft“

a. Erweiterung:

Problem nicht nur bei fehlerhafter Gründung einer Gesellschaft, sondern auch bei fehlerhaftem Beitritt eines Gesellschafters oder fehlerhafte statusändernde Änderungen des Gesellschaftsvertrags (auch Beitritt und Grundlagenänderung werden gds. als wirksam behandelt)

b. Einschränkung: Verstoß gegen Vorschriften, die Interessen schützen, die Vorrang vor dem Interesse an der Rechtssicherheit haben → fehlende Schutzwürdigkeit

- Verabredung von unlauterem Wettbewerb, kriminelle Banden
- Minderjähriger beteiligt sich ohne Einwilligung der Eltern an Gesellschaft

4. Abgrenzung zur Lehre vom Scheinkaufmann

- Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft zielt nicht nur auf Verkehrsschutz, sondern auch auf den Bestandsschutz der Gesellschaft und der Gesellschafter
- Daher kommt es nicht darauf an, ob die Beteiligten im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Gesellschaft gehandelt haben
- Daher Unterscheide:
 - > Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft: Vermeidung einer komplizierten Rückabwicklung

⁵¹ Antwort: Errichtung, § 105 HGB / Wirksamkeit nach außen, § 123 HGB.

- > Lehre von der Scheingesellschaft ist Ergänzung zur Lehre vom Scheinkaufmann
Schutz des Vertrauens darauf, dass Seite Kaufmann, daher muss Gesellschaft, die im
Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, sich behandeln lassen wie eine OHG
(Schein-OHG)

§ 10 Die Kommanditgesellschaft

Nachlesen und Vertiefen: Hueck/Windbichler S. 197 – 218;

I. Einführung und praktische Relevanz

1. Die klassische Situation

A und B betreiben eine angesehenen, lukrativen KfZ-Werkstattbetrieb, der als A & B OHG im Handelsregister eingetragen ist. Nun ist eine umfassende Modernisierung und ein Ausbau der Reparaturwerkstatt an. Dazu benötigen A und B frisches Kapital. Der alte Schulfreund C ist erfolgreicher Architekt und ist bereit Kapital zur Verfügung zu stellen, zumal die Werkstatt sehr gewinnbringend arbeitet. Jedoch hat er keine Zeit sich um den Betrieb zu kümmern. Auch scheut er die persönliche Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Optionen

- Gewährung eines Darlehens Nachteil: grundsätzlich fester Zins, C kann nicht von den Gewinnchancen profitieren. A und B müssen Zinsen auch dann zahlen, wenn es der Gesellschaft schlecht geht
- Gründung einer GmbH Nachteil u.a. hoher Aufwand, Aufbringung des haftenden Mindestkapitals

2. Die KG – Nebeneinander von persönlich haftenden Gesellschaftern und nur kapitalistisch beteiligten Gesellschaftern

Das vom Gesetzgeber vorgesehen Modell für die vorstehend bei 1) geschilderte Problematik ist die KG. A und B behalten sämtliche Befugnisse und Pflichten von OHG Gesellschaftern. Der C bringt Kapital oder Sachgegenstände ein und wird dafür am Gewinn der Gesellschaft wie ein OHG-Gesellschafter beteiligt (§ 168 HGB). Die Haftung des Kommanditisten ist auf die Höhe der Einlage begrenzt. Da die Haftung begrenzt ist, wird er auch an der Geschäftsführung nicht beteiligt. Er hat ein Mitspracherecht nur bei außerordentlichen Geschäftsführungsmaßnahmen und Grundlagengeschäften (vgl. § 164 BGB)

3. Das Regelungsprinzip bei der KG

Sonderregelungen für den Kommanditisten § 164 ff. HGB

Personengesellschaft, die eine Handelsgewerbe, § 105 I HGB

Grundmodell für eine Personengesellschaft: die GbR §§ 705 ff BGB

- KG ist ein „Baugast“

- a. persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementäre) - § 161 I HGB
→ für diesen gelten weitgehend die Vorschriften zur OHG über § 161 II OHG, insbesondere Haftung, Geschäftsführung, Vertretung
- b. Haftung auf bestimmte Vermögenseinlage beschränkt (Kommandisten) - § 161
→ Sonderregelungen in den §§ 162 ff. HGB
 - aa. Innenverhältnis - §§ 164 – 169
 - bb. Außenverhältnis (Vertretung und Haftung) - §§ 170 – 176

II. Die Haftung des Kommandisten

1. Ausgangspunkt - § 171 I HGB

- Es wird eine bestimmte Einlage geleistet
- Wenn diese geleistet ist, dann hat der Kommanditist „seine Schuldigkeit“ getan.
- Er kann grundsätzlich nicht mehr von Gläubiger persönlich wegen Verbindlichkeiten der Gesellschaft in Anspruch genommen werden

2. Erbringung der Einlage und Rückzahlung

beachte Wortlaut § 171 I HGB: Haftung ist ausgeschlossen *soweit* die Einlage nicht geleistet. Damit Haftung in Betracht, wenn

- a. Einlage *noch* nicht oder nur teilweise geleistet („Kapitalaufbringung“)
→ Haftet nach § 171 I S. 1 HGB persönlich fehlenden Betrag
- b. Einlage wurde ganz oder teilweise zurückgezahlt – dann die Einlage nicht *mehr* geleistet („Kapitalerhaltung“)
→ Gemäß § 174 I S. 1 HGB gilt, wenn zurückgezahlt „Einlage als nicht geleistet“. In Höhe der Rückzahlung persönlich Haftung

3. Besondere Haftungsrisiken bei Gründung und Beitritt

a. Ausgangspunkt: § 172 I HGB

- Im Verhältnis zu den Gläubigern wird *nach* der Eintragung die Einlage durch den in der Eintragung angegebenen Betrag bestimmt. Warum ist das so?⁵²
- besondere heikle Phase zwischen Gründung bzw. Beitritt eines Kommanditisten und Eintragung der KG bzw. des Beitritts

b. Gründung der KG

- § 171 I bedingter Haftungsausschluss
- Bedingung: ordnungsgemäße Aufbringung des Kapitals
- solange nicht ordnungsgemäß aufgebracht Haftung Differenz
Was soll geleistet werden
./.. Was wurde geleistet
- Aber beachte „gefährliche“ Norm: § 176 I HGB
Kerngedanke: Wenn KG Geschäftsfähigkeit aufnimmt, wird sie bis zur Eintragung als KG und der Eintragung der Höhe der Einlagen der Kommandisten behandelt wie eine OHG
→ jeder Kommanditist haftet wie ein OHG-Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten, die vor der Eintragung entstanden sind persönlich

c. Beitritt § 176 II

⁵² Gläubiger keinen Einblick in den Gesellschaftsvertrag. Daher sollen sie sich auf die Haftsumme und Haftungsbeschränkung verlassen können, die sich aus dem Handelsregister ergibt.

- Gemäß § 176 II § 176 I gilt entsprechend bei Beitritt
→ Kommanditist der beitrifft haftet für sämtliche Verbindlichkeiten, die zwischen seinem Beitritt und der Eintragung entstehen persönlich
- Beachte auch § 173 I
→ nach Maßgabe von §§ 171, 172 haftet Kommanditist für sämtliche Altverbindlichkeiten
- Vorsicht bei Erwerb eines Kommanditistenanteils!

4. Fallbeispiel zu besondere Haftungsrisiken bei Gründung und Beitritt

Fallbeispiel Teil 1

A, B und C wollen von ihrer Weinkenntnis auch materiell profitieren und beschließen im Juni 2004, unter "Weinhandel A KG" eine Weinhandlung zu betreiben. Sie einigen sich darauf, dass A Komplementär werden soll und B und C jeweils nur bis zur Höhe ihrer Einlage für Verbindlichkeiten der Gesellschaft aufkommen sollen. B und C leisten die vereinbarte Einlage von je 10.000 € Die Gesellschaft wird zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet und erfüllt die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HGB. Da A, B und C die Eintragung ins Handelsregister nicht abwarten können, beschließen sie im gegenseitigen Einverständnis, auch schon vor der Eintragung loszulegen. Im Juli 2004 bestellt der A namens der KG beim Weinhändler X eine Lieferung Sassicaia DOC⁵³ im Wert von 5.000 € den dieser noch im selben Monat an die Gesellschaft liefert. Die fällige Rechnung des X über 5.000 € wird jedoch nicht bezahlt. Im September 2004 wird die KG unter ihrer Firma ins Handelsregister eingetragen, ebenso B und C als Kommanditisten.

Anspruch des X gegen B gem. § 433 Abs. 2 BGB iVm §§ 176 Abs. 1, 161 Abs. 2, 128 HGB

Gesellschaftsverbindlichkeit: wirksamer Kaufvertrag zwischen der KG und X

Bei dem Anspruch des X auf Kaufpreiszahlung müsste es sich um eine bis zur Eintragung begründete Verbindlichkeit der KG handeln; zwischen der KG und X müsste also ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen sein.

- a. Bestehen einer KG – Gesellschaftsvertrag
- b. wirksame KG im Außenverhältnis - §§ 161 Abs. 2, 123 HGB.
 - Es kommt damit darauf an, ob die Tätigkeit auf das Betreiben eines Handelsgewerbes gerichtet ist
- aa. Gewerbe (+)
- bb. *Handelsgewerbe*
Zu Umfang der Geschäftstätigkeit wenig Angaben. Beachte Formulierung in § 1 II „es sei denn“
 - Wenn keine konkreten Umstände genannte, die auf geringen Umfang hindeuten, dann davon ausgehen dass § 1 II (+)
 - Spätestens mit dem Vertragsschluss mit X *betreibt* sie - mit Zustimmung aller Gesellschafter – auch ein Handelsgewerbe gem. § 1 Abs. 2 HGB. Mit Aufnahme

⁵³ Heute wird dieser intensiv rubinfarbene Rotwein zu den allerbesten Italiens gezählt und einem Barolo, Brunello di Montalcino oder Vino Nobile di Montepulciano zumindest gleichgestellt. Er wird aus Cabernet Sauvignon (80-100%), sowie eventuell anderen zugelassenen roten Sorten (bis 20%) gekeltert und hat mit 12% vol auch einen höheren Alkohol-Gehalt als der normale Bolgheri Rosso. Die 12- bis 14-tägige Maische-Gärung erfolgt in Stahltanks, danach wird der Wein 18 bis 22 Monate in Barrique ausgebaut.

des Geschäftsbetriebes ist die KG also ein kaufmännisches Unternehmen und somit gem. §§ 161 Abs. 2, 123 Abs. 2 HGB nach außen wirksam entstanden.

- c. wirksame Vertretung der KG durch A
 - aa. Vertretungsmacht → §§ 161 II, 125 I HGB
 - bb. Vom Umfang der Vertretungsmacht gedeckt
 - Geschäfte vor Eintragung von Vertretungsmacht nach außen gedeckt, da Entstehung der KG unabhängig von der Eintragung
 - Hier auch unproblematisch, da im Innenverhältnis mit Einverständnis aller Gesellschafter
- d. Zwischenergebnis → Zustandekommen Kaufvertrag (+)

2. Inanspruchnahme des B

- a. grundsätzlich Kommanditistenhaftung gem. § 171 Abs. 1 HS 1 HGB
 - Haftung wegen § 171 I HS 2 gds. Mit Zahlung der Einlage ausgeschlossen
- b. Haftung des Kommanditisten gem. § 176 I 1 HGB
 - aa. B Kommanditist
 - bb. Aufnahme der Geschäftstätigkeit vor Eintragung
 - cc. Zustimmung des Kommanditisten
 - dd. Keine Kenntnis des Gläubigers, dass B nur Kommanditist (§ 176 I S. 1 HGB)

→ Rechtsfolge: B haftet gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter (in § 161 I legaldefiniert)

→ §§ 176 I S. 1, 161 I S. 1, 162 II, 128 HGB

→ Haftung nach § 128 S. 1 HGB für die Verbindlichkeit der Gesellschaft

Fallbeispiel Teil 2 (Fortsetzung)

D, ein gemeinsamer Freund, ist von der Gesellschaft begeistert und möchte gern mitmachen. Im September 2004 verkauft der C seine Kommanditbeteiligung an den D. A und B stimmen dem zu. Der Gesellschaftsvertrag wird entsprechend geändert. Im Oktober 2004 bestellt A nun beim Weinhändler Y namens der KG eine Ladung Verdicchio dei Castelli di Jesi⁵⁴ im Wert von 3.000 € den Y noch im selben Monat liefert. Die KG zahlt auch diese Rechnung nicht. Ebenfalls im Oktober 2004 schließt B mit der KG einen Kaufvertrag über einen Lieferwagen. Vereinbart wird ein Kaufpreis von 15.000 €, der Marktwert des Autos liegt aber nur bei 10.000 €. Die KG zahlt den vereinbarten Kaufpreis an B sofort. Im Dezember 2004 wird D als Kommanditist ins Handelsregister eingetragen. Da Y im Januar 2005 immer noch kein Geld von der Gesellschaft bekommen hat, möchte er nun für seine Forderungen B und D persönlich in Anspruch nehmen. B und D halten dem entgegen, dass sie Kommanditisten seien, ihre Einlage gezahlt hätten und somit eine persönliche Inanspruchnahme ausgeschlossen sei.

I. Anspruch des Y gegen B gem. § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB

1. wirksamer Kaufvertrag (Gesellschaftsverbindlichkeit)

1. Inanspruchnahme des B - § 171 Abs. 1 HGB

⁵⁴ Verdicchio ist eine weiße Rebsorte Mittelitaliens. Seit dem 14. Jahrhundert wird in den Marken ein Weißwein gleichen Namens in den DOC - Gebieten Verdicchio dei Castelli di Jesi und Verdicchio di Matelica fast ausschließlich aus dieser Rebsorte gekeltert. Sortenrein angebaut ergeben sich Weine mit einem starken Duft nach Pfirsich und Apfel, manchmal auch unreifes Obst. Die Rebsorte stammt vermutlich aus der Trebbiano-Greco Familie ab und ist schon seit der Zeit der Etrusker in Italien bekannt. Die bestockte Fläche beläuft sich auf ca. 4000 ha. Aufgrund seines hohen natürlichen Gesamtsäuregehalts entstand aus Verdicchio einer der ersten Schaumweine Italiens.

- a. Zunächst - keine Haftung wegen Einlageleistung durch B
- b. Wiederaufleben der Haftung - Einlagenrückgewähr an B
Als Einlagenrückgewähr werden auch Rechtsgeschäfte angesehen, die der Kommanditist mit der Gesellschaft mit für ihn besonders günstigen Bedingungen schließt. Dies liegt wohl dann vor, wenn der Vertrag nicht zu marktüblichen Bedingungen abgeschlossen wurde. Dann liegt eine verdeckte Rückerstattung in Form verschleierte Zuwendungen vor. Das Problem der verdeckten Einlagenrückgewähr liegt in der Praxis bei der Nachweisbarkeit
→ Vorliegend hat B einen Kaufpreis (von der Gesellschaft) von 15.000 € erhalten, obwohl er unter marktüblichen Bedingungen nur 10.000 € dafür erhalten hätte.
→ Darin ist eine verdeckte Rückerstattung seiner Einlage in Höhe von 5.000 € zu sehen. In diesem Umfang gilt die Einlage gegenüber dem Y (Gläubiger) als nicht geleistet, § 172 Abs. 4 HGB.
- c. Kein Ausschluss wegen Gutgläubigkeit des B (vgl. § 172 V HGB)
 - im guten Glauben (Kommanditist muss gutgläubig) +
 - in gutem Glauben errichteten Bilanz (diejenigen die Bilanz erstellt haben – idR die Komplementäre müssen *auch* gutgläubig sein)
→ Y kann daher den Kommanditisten B auch persönlich wegen seiner Kaufpreisforderung in Anspruch nehmen.

II. Anspruch gegen D gem. § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 176 Abs. 2, Abs. 1 S. 1, 161 Abs. 2, 128 HGB

1. Kaufvertrag zwischen Y und KG (Gesellschaftsverbindlichkeit)

2. Inanspruchnahme des D

→ Die Haftung des beitretenden Kommanditisten richtet sich nach § 176 II HGB.

a. Eintritt in eine bestehende Handelsgesellschaft

b. Entstehen der Verbindlichkeit zwischen Beitritt (Eintritt) und Eintragung

→ Der Beitrittsvertrag ist im September 2004 geschlossen worden

→ Die Eintragung erfolgte im Dezember 2004.

c. Rechtsfolge:

- § 176 II HGB verweist auf § 176 I 1 HGB.

- Fraglich ist daher, ob entsprechend der Regelung in § 176 I 1 HGB auch die Zustimmung des Eintretenden erforderlich ist.

→ hM nicht erforderlich

d. Problem: Ist die Übertragung des Kommanditanteils von einem Altgesellschafter auf einen Neugesellschafter ein „Beitritt im Sinne“ § 176 II S. 1 HGB

- Lit: Übertragung ist eine Folge von Austritt und Beitritt

- BGH: Zwar Wortlaut nicht einschlägig, aber § 176 II HGB analog

e. Zwischenergebnis → Die Voraussetzungen des § 176 II HGB treffen auf den der KG im September 2004 beigetretenen D zu.

Ergebnis: Y hat folglich einen Anspruch gegen D in Höhe von 3.000 €

5. Umgang mit den Haftungsrisiken

- Beitritt bzw. Wirksamkeit der Übertragung der Kommanditanteile aufschiebend bedingen mit Eintragung in das Handelsregister (§ 158 I BGB)

- Solange Bedingung nicht eintritt, ist die Verfügung nicht wirksam

- Persönliche Haftung ja nur zwischen Wirksamkeit des Beitritts und Eintragung in das Handelsregister

III. Die Stellung des Kommanditisten in der Gesellschaft

1. Beteiligung an Gewinn und Verlust

- Grundsätzlich hinsichtlich Gewinnverteilung mit Komplementäre gleich behandelt (§ 167 I HGB)
- Warum macht das Gesetz die Einschränkung in § 167 II HGB? Vergegenwärtigen Sie sich wie der Kapitalanteil bei der OHG gebildet wird!⁵⁵
- Welche Bedeutung hat § 167 III HGB? Warum drohte ohne diese Regelung die Haftungsbeschränkung nach §§ 171, 172 HGB leerzulaufen? Erinnern sie sich an die bei der OHG besprochene Möglichkeit (§ 7 III) gegen einen Mitgesellschafter Rückgriff zu nehmen!⁵⁶
- Keine Entnahmen, § 169 HGB. Welche Bedeutung hat § 169 II HGB? Lesen Sie dazu auch § 172 V HGB!⁵⁷

2. Kontroll- und Mitwirkungsbefugnisse

Der haftungsprivilegierten Stellung stehen die eingeschränkten Kontroll- und Mitwirkungsbefugnisse des Kommanditisten gegenüber

a. Vertretung

Warum ist es bei der Betrachtung der bestehenden Anreize und Risiken geradezu zwingend, festzulegen, dass grundsätzlich der Kommanditist die Gesellschaft nicht vertreten darf? (vgl. § 170 HGB)⁵⁸

⁵⁵ Die Beteiligung des Kommanditisten definiert sich ausschließlich über die Höhe seiner Einlage. Er ist ja im Regelfall nicht für die Gesellschaft tätig und leitet diese auch nicht unternehmerisch. Daher begründen stehen gelassene Gewinne nur ein Guthaben bei der Gesellschaft. Allgemeiner Grundsatz bei jeder Art der Beteiligung mit Haftenlage (Kommanditist / GmbH / AG): Der Anteil an der Gesellschaft (bei der KG der Kapitalanteil) kann nicht über die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Beitragshöhe hinausgehen. Sollen Gewinne zur Erhöhung der Beteiligung verwendet werden, muss das Gewinn Guthaben in eine Beteiligung umgewandelt werden (Bei KG durch Erhöhung der Haftenlage, vgl. § 172 II HGB / bei GmbH und AG Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln vgl. § 57c GmbHG / 207 ff AktG)

⁵⁶ Ohne § 167 III würde gemäß § 161 II iVm § 121 III HGB der Verlust nach Köpfen verteilt werden. Bei einer Gesellschaft mit zwei Komplementären A, B und einem Kommanditisten C ergäbe sich für C eine Verlustbeteiligung von einem 1/3. Stellen sie sich vor: A wird wegen Forderung von EUR 300.000 in Anspruch genommen. Wie oben bei § 7 III näher erläutert kann der in Anspruch genommene Gesellschafter seine Mitgesellschafter entsprechend ihrer Verlustbeteiligung in Anspruch nehmen (gilt wegen § 161 II HGB auch für die KG). Das würde bedeuten, dass A von C die Zahlung von EUR 100.000 verlangen kann, egal ob er eine Einlage von 1000, 10.000, 50.000, 100.000 erbracht hat. Gemäß §§ 171, 172 HGB soll er von jeglicher Haftung freierwerden, sobald er die Einlage vollständig erbracht hat. § 167 III HGB stellt sicher, die Haftungsbeschränkung in §§ 171, 172 nicht „hintenherum“ über den Verlustausgleich unterlaufen wird.

⁵⁷ Auch diese Vorschrift ist das Spiegelbild im Innenverhältnis von einer Regelung zur Außenhaftung: § 179 V – Dieser Ausschluss einer Rückzahlungspflicht von gutgläubig empfangenen Gewinnen würde unterlaufen, wenn die Gesellschafter wegen eintretender Verluste (Zahlungspflicht der Gesellschaft kann ja Verlust begründen) vom Kommanditisten die Rückzahlung des erhaltenen Gewinns verlangen kann.

⁵⁸ Es muss immer ein angemessenes Verhältnis zwischen Befugnissen und Haftungsrisiken. Erwägung 1: Nur wenn ich das Geschehen steuern kann, ist mir zuzumuten, für die Folgen uneingeschränkt zu haften. und den Steuerungsmöglichkeiten bestehen.

b. Geschäftsführung

- Auch von der Geschäftsführung ausgeschlossen (§ 164)

c. Kontrollrechte nach § 166 HGB

Vergleichen sie die Kontrollrechte in § 166 HGB mit denen für den OHG Gesellschafter in § 118 HGB und in § 716 BGB für den BGB-Gesellschafter!

- Vergleichen sie die Reichweite der Kontrollrechte! Was fällt Ihnen dabei auf?⁵⁹
- Worin liegt der sachliche Grund für die unterschiedliche Behandlung?⁶⁰

3. Risiken für die Beteiligten und Gestaltungsmöglichkeiten

a. Zur Haftung beim Beitritt und Gründung s.o. III.4

b. Warum ist die Regelung in § 166 HGB im Hinblick auf den Rechtsschutz des Kommanditisten und Schutz der Mitgliedschaft nicht unproblematisch?⁶¹

→ Kommanditist solle darauf dringen, dass er zumindest ein Auskunfts und Einsichtsrecht vergleichbar mit § 51a GmbHG erhält.

c. Welche Gefahren sehen Sie beim Kommanditisten im Hinblick auf eine angemessene Beteiligung am Gewinn?⁶² Wie könnte man den Gesellschaftsvertrag gestalten, um für eine angemessene Beteiligung des Kommanditisten Sorge zu tragen?⁶³

d. Welche Risiken bestehen aus Sicht der Komplementäre?

- aa. kein Wettbewerbsverbot des Kommanditisten (vgl. § 165 HGB)
Bedeutet § 165 HGB, dass Kommanditist nie einem Wettbewerbsverbot unterliegt?⁶⁴
- bb. § 177 HGB – Gefahr, dass „ungebetener“ sich an den Tisch setzt

⁵⁹ Die Mitteilung des Jahresabschlusses und Vorlegung der Bücher und Papiere können alle verlangen. Der Kommanditist hat aber kein *individuelles* Recht, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft *persönlich* zu unterrichten.

⁶⁰ Bei der GbR und der OHG haften die Gesellschafter persönlich. Daher können Fehlentwicklungen in der Gesellschaft ihre wirtschaftliche Existenz bedrohen. Der Kommanditist haftet dagegen *nur* bis zur Höhe seiner Anlage

⁶¹ Um Rechte bzw. Ansprüche geltend zu machen, muss man erst einmal wissen, ob man überhaupt welche hat. Hierzu braucht man Informationen. Diese ergeben sich aber nicht alle aus dem Jahresabschluss. Deshalb ist ein Auskunftsrecht wichtige Voraussetzung für den Rechtsschutz. GmbH-Gesellschaftern (vgl. § 51a GmbHG) und sogar Aktionären in der Hauptversammlung (vgl. § 131 AktG) wird ein solches gewährt.

⁶² Die Komplementäre haben gemäß § 161 II iVm § 122 HGB ein Entnahmerecht. Hier besteht das Risiko, dass die Komplementäre über die Spielräume bei der Rechnungslegung „kleinrechnen“ und sich über die Entnahmen bedienen. Wegen der eingeschränkten Kontrollrechte kann der Kommanditist kaum einschreiten (die gebildeten „stillen Reserven“ sind ja deshalb still, weil sie sich nicht unmittelbar aus der Bilanz ergeben).

⁶³ Z.B. Vereinbarung einer Mindestausschüttung für den Kommanditisten. Wenn der Kommanditist die entsprechende Kompetenz (und die Zeit) hat, kann man auch ein Recht zur Mitwirkung bei der Erstellung des Jahresbilanz vereinbaren

⁶⁴ Wettbewerbsverbot ist eine Ausprägung der allgemeinen Treupflicht. Bei einem Kommanditisten der trotz der formal schwachen Stellung bedeutenden Einfluss auf die Gesellschaft ausübt, kann sich ein Wettbewerbsverbot aus der Treupflicht ergeben. Für einen effektiven Schutz am günstigsten ist es aber, im Gesellschaftsvertrag ein Wettbewerbsverbot geszuschreiben.

IV. Besonderheiten der rein kapitalmäßigen Beteiligung

Besonderheit ggü OHG / GbR-Gesellschafter/ Komplementär ist, dass die Haftung auf den Betrag der erbrachten Einlage beschränkt ist

- rein kapitalistischen Beteiligung. In diesem Punkt vergleichbar mit der Beteiligung an einer GmbH und einer AG
- Strukturprinzipien einer solchen „kapitalistischen Beteiligung“

1. Haftungsbeschränkung

Soweit der Gesellschafter die Einlage, zu der er sich verpflichtet hat erbracht hat und sie sich hat nicht zurückgewähren lassen, wird er von der Haftung frei

2. Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung

Wenn der Gesellschafter die Einlage vollständig erbracht hat, wird er von der Haftung frei. Damit muss gewährleistet werden, dass die Einlage erbracht wird (Kapitalaufbringung) und das Kapital, das Gläubigern als Haftkapital zur Verfügung stehen soll, nicht an den Gesellschafter zurückfließt (Kapitalerhaltung).

3. Höhe der Beteiligung

Die Beteiligung definiert sich ausschließlich über die Höhe seiner Einlage. Allgemeiner Grundsatz bei jeder Art der Beteiligung mit Haftenlage (Kommanditist / GmbH / AG): Der Anteil an der Gesellschaft (bei der KG der Kapitalanteil) kann nicht über die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Beitragshöhe hinausgehen. Sollen Gewinn zur Erhöhung der Beteiligung verwendet werden, muss das Gewinn Guthaben in eine Beteiligung umgewandelt werden (Bei KG durch Erhöhung der Haftenlage, vgl. § 172 II HGB / bei GmbH und AG Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln vgl. § 57c GmbHG / 207 ff AktG)

4. Gesetzliches Leitbild: Kein Entrepreneurship

- In der Betriebswirtschaft wird derjenige der eine Unternehmung aktiv betreibt, auch *entrepreneur* genannt. Bei OHG-Gesellschafter und Komplementären geht das Gesetz davon aus, dass sie die Geschicke der Unternehmung selbst bestimmen (Selbstorganschaft), sie sind gewissermaßen „geborene“ Entrepreneur (der im Gesellschaftsrecht verwendet Terminus: unternehmerischer Gesellschafter)
- Kommanditist hingegen hat keine Geschäftsführungskompetenz qua gesellschaftsrechtlicher Stellung
Leitbild des Gesetzes: Gesellschafter investiert und kontrolliert (Fremdorganschaft)
- Gesellschafter nur dann Geschäftsführer, wenn er zum Geschäftsführer bestellt wird (bei der KG rechtlich gar nicht möglich - § 170 HGB wird als zwingen angesehen)
- KG-Gesellschafter / GmbH-Gesellschafter und Aktionär sind keine „geborenen“ Entrepreneur
- Gerade bei der GmbH häufig der einzige Gesellschafter oder Mehrheitsgesellschafter Geschäftsführer. Auch bei der AktG manchmal Unternehmensgründer Vorstandsvorsitzender
- GmbH-Gesellschafter / Aktionär als „gekorener“ Entrepreneur

V. Abgrenzung zur stillen Gesellschaft

1. Wesen der stillen Gesellschaft, §§ 230 ff. HGB

a. Allgemeines

- Aus einer Unterform der KG hervorgegangen. Im Mittelalter hatten sich zwei Formen von KG-artigen Gesellschaften entwickelt
 - > Kommanditist tritt nach außen auf → heutige KG
 - > „Kommanditist“ tritt im Rechtsverkehr nicht in Erscheinung → heutige stille Gesellschaft
- Der stillen Gesellschafter bildet mit dem einzelkaumännischen Unternehmen oder der Gesellschaft an der er sich beteiligt eine reine Innengesellschaft (deshalb „still“)

b. Pflichten des stillen Gesellschafters

- Leistung einer Vermögenseinlage
- Beteiligung am Verlust in nur sehr eingeschränktem Maße (231 II, 232 I S. 1 HGB)

c. Recht des stillen Gesellschafters

- Beteiligung am Gewinn (§ 231 I HGB)
- Gewisse Kontrollrecht, §233 I HGB

2. Welche Vor- und Nachteile hat die Stellung eines „Stillen“ ggü der Stellung als Kommanditist?

a. Vorteile der stillen Gesellschaft

- reine Innengesellschaft → keine unmittelbare Haftung ggü den Gläubigern (reine Innenhaftung)
- bei Liquidation wird vorrangig bedient, bei Insolvent kann der „Stille“ seine Forderung zur Tabell anmelden
 - vergleichbare Gewinnbeteiligung bei geringeren Risiken

b. Vorteile der Beteiligung als Kommanditist

- Gleichberechtigt mitwirkungsberechtigt bei Änderungen des Gesellschaftsvertrags, Widerspruchsrecht bei außerordentlichen Geschäftsführungsmaßnahmen
 - Vetoposition bei Grundlagengeschäften und Geschäftsführungsmaßnahmen von außerordentlicher Bedeutung
- § 15a KStG: Kommanditbeteiligung als „unternehmerische Beteiligung“ anerkannt, damit Verlust abzugsfähig (bei der stillen Gesellschaft nicht der Fall, da diese grundsätzlich als reine Vermögensanlage gesehen worden anders nur die atypische stille Gesellschaft – ein Produkt der Kautelarpraxis)

§ 11 Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG)

Nachlesen und Vertiefen: Hueck/Windbichler S. 197 – 218 Roth S. 203-207, 224-226, 232-233

I. Einführung

1. Rechtsnatur

- § 13 GmbHG: > § 13 I Juristische Person
 - > § 13 II Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt
 - > § 13 III GmbH gilt als Handelsgesellschaft
- Körperschaft
- Kapitalgesellschaft

2. Geschichte und Bedeutung

- kein geschichtliches Vorbild, 1892 eingeführt
- in vielen Ländern vergleichbare Rechtsform geschaffen
 - Zahl der GmbHs in Deutschland übersteigt 800.000
 - Aus welchen Gründen so verbreitet?
 - > Wer unternehmerisch tätig sein will, ohne persönlich zu haften, muss gds. eine Kapitalgesellschaft: Gründung einer GmbH ggü der AG ungleich weniger aufwendig
 - > nicht nur Form des Zusammenwirken mehrere Gesellschafter, sondern auch „Haftungsschild“ für Einzelunternehmer → Einmann-GmbH (gesetzlich anerkannt in § 35 IV S. 1 GmbHG)

3. Grundbegriffe

a. Stammkapital - § 5 I GmbHG

- Garantieziffer für die Gläubiger
- Zahlungen an Gesellschaften sind verboten, wenn dadurch das Nettovermögen der Gesellschaft unter diese Ziffer sinkt (§ 30 I GmbHG)

b. Stammeinlage

- Stammkapital setzt sich aus den Stammeinlagen zusammen
- Muss mindestens 100 € betragen und durch 50 teilbar sein

c. Geschäftsanteil

- Mitgliedschaft ist in der GmbH durch den Geschäftsanteil verkörpert (§ 14 GmbHG)
- Er bemisst sich nach der Höhe der übernommenen Stammeinlage und bezeichnet den Anteil des Gesellschafters am Stammkapital
- Geschäftsanteil maßgeblich für Stimmrechte und Beteiligung am Gewinn
 - > § 47 II GmbHG je 50 EUR Geschäftsanteil gewähren eine Stimme
 - > § 47 III S. 1: Gewinnverteilung nach Verhältnis der Geschäftsanteile

4. Überblick über die Regelung im GmbHG

a. Komponenten bei jeder Gesellschaft:

- aa. Wie gründe ich eine Gesellschaft?
 - §§ 3, 5, §§ 7-10 GmbHG (Gesellschaftsvertrag, Eintragung)

- bb. Wie tritt die Gesellschaft im Rechtsverkehr auf, wie wird sie vertreten? → §§ 6, 35, 37 GmbHG / § 125 HGB
 - cc. Binnenverfassung und Befugnisse der Gesellschafter
 - Geschäftsanteil §§ 14, 16, 17 GmbHG
 - § 29 GmbHG – Anspruch auf Gewinnbeteiligung
 - §§ 45 ff, 47 II, 50, 51a GmbHG
 - dd. Wie wird die Gesellschaft beendet → § 60 GmbHG
 - § 64 GmbHG
 - b. Besondere Regelungserfordernisse bei Kapitalgesellschaft
 - aa. Kapitalaufbringung bei Gründung (§§ 5, 7-10 GmbHG) und Kapitalerhöhung (§§ 55 ff GmbHG)
 - bb. Kapitalerhaltung §§ 30 ff GmbHG
 - cc. sog Kapitalmaßnahmen §§ 55 ff GmbHG
- Regelungen zum Gesellschaftsvermögen Doppelfunktion:
- bei Personengesellschaften nur Maßstab für die Gewinnbeteiligung
 - bei der Kapitalgesellschaft auch Funktion des Gläubigerschutzes

II. Innere Verfassung der GmbH und Rechtsstellung des Gesellschafters

1. Übersicht

- Trennung von Gesellschafterstellung und Geschäftsführung / Vertretung
 - Gesellschaft wird nicht von den Gesellschaftern, sondern dem/den Geschäftsführern vertreten, damit dieser *Handlungsorgan* (§ 35 I GmbHG)
 - diesen obliegt auch die Geschäftsführung
 - Fremddorganschaft (im Gegensatz zur Selbstorganschaft bei der OHG)
- Zwei notwendige Organe
 - a. Geschäftsführer
 - b. Gesamtheit der Gesellschafter, die vor allem mittels Beschluss der Gesellschafterversammlung handeln

2. Geschäftsführer

- werden durch die Gesellschafterversammlung bestellt (§ 46 Nr. 5 GmbHG) und auch abberufen.
- Vertretungsmacht grundsätzlich unbeschränkt und unbeschränkbar (§§ 35 I, 37 II GmbHG)
- Für Innenverhältnis (Reichweite der Geschäftsführungsbefugnis) beschränkt § 37 I GmbHG
 - Beschränkungen beachten, die im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschlüsse der Gesellschafterversammlung festgelegt sind (§ 37 I GmbHG)
 - Daraus ergibt sich für die Gesellschafter die Möglichkeit, durch Beschluss der Gesellschafterversammlung dem Geschäftsführer Weisung zu erteilen

- Ferner können sich Gesellschafter auch im Gesellschaftsvertrag Geschäftsführungsbefugnisse einräumen lassen (vgl. § 46 I GmbHG)

3. Gesamtheit der Gesellschafter, Gesellschafterversammlung,

a. Ökonomische Überlegungen

- Mit Fremddorganschaft Trennung von Kapitalgeber/Eigentümer und Verwalter/Geschäftsführer
- Daraus ergeben sich Opportunitätsrisiken → Principal/Agency-Problematik
- Regelungen müssen so beschaffen sein, dass opportunistische Anreize für den *agent* möglichst gering sind und eine effektive Kontrolle des *agent* durch den *principal* gewährleistet ist
- Treuhandgedanke: Der Geschäftsführer als Treuhänder für das Vermögen der Gesellschaft und damit letztlich der Gesellschafter
 - Pflicht wie ein ordentlicher Kaufmann damit zu wirtschaften (vgl. § 43 I GmbHG) (*duties of care*)
 - Pflicht zur Loyalität gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschafter, auch der Geschäftsführer unterliegt „Treupflichten“ (*duties of loyalty*)

b. Vergleich mit der OHG

- Bei der OHG hat jeder Gesellschafter das Recht einer Geschäftsführungsmaßnahme zu widersprechen. Außerordentliche Geschäftsführungsmaßnahmen bedürfen der Zustimmung der übrigen Gesellschafter
- Bei der GmbH können Gesellschafter durch Beschluss der Gesellschafterversammlung Weisung erteilen (§ 37 I GmbHG)⁶⁵
- Eine Reihe von Maßnahmen von großer Bedeutung fallen in den Zuständigkeitsbereich der Gesellschafterversammlung (§ 46 GmbHG)
- Im Verhältnis zum Geschäftsführer handelt nicht der einzelne Gesellschafter, sondern die Gesamtheit der Gesellschafter durch Gesellschafterbeschluss

c. Gesellschafterbeschluss in der Gesellschafterversammlung

- § 47 I GmbH → Mehrheitsprinzip
- Näheres zu Beschlussfassung und Anfechtbarkeit vom Beschlüssen unten bei der AG

4. Aufsichtsrat / Beirat

- Grundmodell der GmbH: kein Aufsichtsrat.
- GmbHG trifft Regelungen für den Fall, dass Aufsichtsrat „durch Gesellschaftsvertrag“ vorgesehen wird:
 - > freiwillig (dazu a)
 - > obligatorisch aufgrund arbeitsrechtlicher Vorschriften zur Mitbestimmung

a. Freiwilliger Aufsichtsrat

- Die Vorschriften zum Aufsichtsrat in der AG gelten entsprechend
- Regelung dispositiv, Gesellschaftsvertrag kann Abweichendes vorsehen

⁶⁵ Weisung, etwas nicht zu tun entspricht einem Widerspruch.

b. Obligatorischer Aufsichtsrat

- Wann besteht Pflicht?
- Folgen: Vorgaben nur eingeschränkt dispositiv. Aufgrund zwingender Vorgaben des Arbeitsrecht muss eine angemessene Mitwirkung der Arbeitnehmervertreter gewährleistet sein (vgl. § 1 I Drittelbeteiligungsgesetz)⁶⁶

5. Rechtsstellung des einzelnen GmbH-Gesellschafters

a. Rechte des GmbH-Gesellschafters⁶⁷

aa. Teilhabe- und Schutzrechte

- Recht zur Teilnahme an der Gesellschafterversammlung, Stimmrecht, (§ 47 II GmbHG)
- Auskunfts- und Einsichtsrechte, § 51a GmbHG
- Befugnis, Ansprüche der Gesellschaft gegen Gesellschafter gerichtlich geltend zu machen (sog. *actio pro socio*) besteht nur eingeschränkt
Grund: Diese Befugnis liegt grundsätzlich in der Kompetenz der Gesellschafterversammlung (vgl. § 46 Nr. 8 GmbHG)

bb. Vermögensrechte

- Anspruch auf Beteiligung am Gewinn (§ 29 I S. 1 GmbHG)
- Beteiligung am Erlös bei der Liquidation der Gesellschaft (§ 72 S. 1 GmbHG)

b. Geschriebene Pflichten des GmbH-Gesellschafters

→ Beschränken sich weitgehend darauf, die vereinbarten Beiträge zu erbringen

→ Beitragspflichten

- Pflicht zur Einzahlung auf den übernommenen Anteil des Stammkapitals (Stammeinlage) → ordnungsgemäße Kapitalaufbringung
- im Gesellschaftsvertrag können weitere Pflichten festgelegt werden (z.B. Vereinbarung einer Nachschusspflicht, vgl. §§ 26,27 GmbHG, häufig gewähren Gesellschafter der Gesellschaft auch Darlehen (sog. Gesellschafterdarlehen, dann spricht man auch häufig von einer „gesplitteten Einlage“)

c. Bewertung der Rechtsstellung des GmbH-Gesellschafters

- Auf einer Skala: Unternehmergesellschafter / nur kapitalmäßig beteiligter Gesellschafter ist der GmbHG-Gesellschafter zwischen dem Kommandisten und dem OHG-Gesellschafter angesiedelt
- Wo genau hängt von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Höhe der Beteiligung ab:

⁶⁶ § 1 I „Die Arbeitnehmer haben ein Mitbestimmungsrecht im Aufsichtsrat nach Maßgabe dieses Gesetzes in... Nr. 3 „einer GmbH mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern.“ Seine Zusammensetzung sowie seine Rechten und Pflichten bestimmen sich § 4 I: „Der Aufsichtsrat muss zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen.“ § 9 I S. 1 Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer dürfen in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht gestört oder behindert werden.“

⁶⁷ Vergleichen Sie die folgenden Rechte und Pflichten mit denen des OHG-Gesellschafters! Sie werden bemerken, dass die Struktur der Rechte und Pflichten aus der Mitgliedschaft vergleichbar sind, lediglich die konkreten Ausprägungen dieser Strukturmerkmale unterscheiden sich.

- aa. Nah am Kommanditisten: Gesellschafter mit einer Minderheitsbeteiligung, der nicht an der Geschäftsführung beteiligt
 - Pflichten beschränken sich weitgehend auf die Erbringung der Bareinlage
 - Ansonsten keine Beteiligung am Tagesgeschäft nur Mitwirkung bei der Gesellschafterversammlung
 - Dennoch Beteiligung weniger „passiv“ als bei der KG
 - Der Kreise der Geschäfte und Maßnahmen, bei denen in der KG die Kommanditisten mitwirken müssen ist enger als die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung
 - bb. In Richtung OHG: Der Mehrheitsgesellschafter
 - Da er Mehrheit hat, kann er auch gegen den Willen der übrigen Gesellschafter Weisungen gegenüber dem Geschäftsführer durchsetzen
 - Kann allein den Geschäftsführer bestimmen und auch sich selbst „berufen“
 - Kann in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer den Jahresabschluss aufstellen und in seiner Eigenschaft als Mehrheitsgesellschafter über die Verwendung des Gewinns beschließen (vgl. § 29 II GmbHG)
 - cc. Fazit
 - Mehrheitsgesellschafter letztlich mehr Einfluss als der typische OHG-Gesellschafter: Bei der OHG haben alle im Regelfall gleiches Stimmrecht und bei außerordentlichen Geschäftsführungsmaßnahmen, Grundlagengeschäften es gilt das Einstimmigkeitsprinzip → Kein Gesellschafter kann den anderen seinen Willen aufzwingen
 - Bei der GmbH gilt das Mehrheitsprinzip
 - Problem des Minderheitenschutzes
6. Minderheitenschutz im GmbH-Recht
- a. Geschriebene Vorkehrungen im GmbH Gesetz;
 - Für Änderungen des Gesellschaftsvertrags verlangt Beschluss mit Mehrheit von drei Viertel der Stimmen (§ 53 II GmbHG)
 - Recht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung (§ 50 I GmbHG)
 - b. Ungeschriebene Pflichten der Gesellschafter
 - Auch bei der GmbH bestehen Treupflichten. Sie ergeben sich aus dem Gesellschaftsvertrag
 - Treubindung je stärker, je stärker der Einfluss (*K. Schmidt*: „Maß der Verantwortung muss dem Maß des Einflusses entsprechen“)
 - aa. Spezielle gesetzliche Ausprägung: Wettbewerbsverbot
 - bb. Allgemeine Folgen der Treubindung:
 - Pflicht auf die Belange der Gesellschaft und der Mitgesellschafter angemessen Rücksicht nehmen
 - Treuwidrig ist u.a.
 - „Aushungern“ von Minderheitsgesellschaftern
 - Verhindern von zwingend notwendigen Sanierungsmaßnahmen

7. Besonderheiten bei der Einpersonen-GmbH

a. Sinn und Zweck

- Zweck nicht mehr Regelung des Zusammenwirkens mehrerer Personen, sondern Schutz vor persönlicher Haftung
 - dieses Anliegen auch legitim: nach der 12. Gesellschaftsrichtlinie Mitgliedstaaten sogar verpflichtet, eine Rechtsform zur Verfügung zu stellen, in der auch eine einzelne Person ein Unternehmen mit beschränkter Haftung betreiben kann⁶⁸
 - daneben kann auch steurechtlich motiviert sein⁶⁹
 - Große praktische Bedeutung⁷⁰
- gewissermaßen: Einzelkaufmännisches Unternehmen mit beschränkter Haftung

b. Besonderheiten hinsichtlich der Interessenlage

- Problematik des Minderheitenschutzes stellt sich nicht
- Gesellschafter ist in aller Regel unternehmerisch tätig und typischerweise auch Geschäftsführer⁷¹

c. Regelungsprobleme:

- aa. Wenn – wie häufig der Fall – der einzige Gesellschafter auch der einzige Gesellschafter ist, dann jedes Geschäft zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschaft ein sog. Inschlag i.S.v. § 181 BGB. Gemäß § 35 IV S. 1 GmbHG findet das Verbot des Selbstkontrahierens aus § 181 BGB auch auf diese Situation Anwendung
- unbedingt im Gesellschaftsvertrag den Geschäftsführer vom Verbot des Selbstkontrahierens befreien
 - Schutz der Gläubiger und Gewährleistung von Rechssicherheit durch Pflicht des § 35 IV S. 2 GmbHG: diese Geschäfte müssen in die Niederschrift aufgenommen werden
- bb. Beschluss der Gesellschafterversammlung – Anwendbarkeit von § 47 IV S. 1 GmbHG?

III. Kapitalaufbringung

1. Einführung

Regelungen zum Gesellschaftsvermögen Doppelfunktion

- bei Personengesellschaften nur Maßstab für die Gewinnbeteiligung
- bei der Kapitalgesellschaft auch Funktion des Gläubigerschutzes
- Regelungen sollen gewährleisten, dass bei Gründung mindestens

⁶⁸ 12. Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts (Einpersonengesellschaftsrichtlinie).

⁶⁹ Ausnutzen der Unterschiede zwischen der Besteuerung von Personengesellschaften nach dem EStG und von Kapitalgesellschaften nach dem KStG.

⁷⁰ Geschätzter Anteil 2001 bewegt zwischen 30 % und 40 % (H/W § 35 Rn. 27).

⁷¹ Beliebte auch Verschleierungskonstruktionen: A ist Geschäftsführer, Ehefrau oder Treuhänder Alleingesellschafter.

EUR 25.000,-- der Gesellschaft zur Verfügung stehen

→ *Kapitalaufbringung*

- Ferner soll verhindert werden, dass Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen zu Lasten der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft vermindern

→ *Kapitalerhaltung* (dazu IV)

2. Gründung der Gesellschaft und Kapitalaufbringung

a. Gründung – Abschluss des Gesellschaftsvertrages (§§ 1 – 5 GmbHG)

b. Erbringen der Beiträge

aa. Erbringungen der Mindestbareinlage, 7 II S. 1 GmbHG:

für Anmeldung erforderlich, dass auf jede Stammeinlage mindestens ein Viertel eingezahlt ist

bb. Wenn Sacheinlagen vereinbart, beachte § 5 IV, § 7 III GmbH

- Aufstellen eines Sachgründungsberichts

- Sacheinlage muss *vollständig* der Gesellschaft zur freien Verfügung gestellt werden

c. Anmeldung zur Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister

- Inhalt der Anmeldung: § 8 I GmbH

- Versicherungen des Geschäftsführer, § 8 II, III GmbHG

Haftungs- und strafrechtliche Risiken: §§ 9a, 82 I GmbHG)

d. Eintragung in das Handelsregister

→ Eintragung konstitutiv, vgl. § 11 I GmbHG

3. Zeitraum zwischen Gründung und Eintragung → Vorgesellschaft

a. Der Begriff der Vorgesellschaft

aa. Mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages entsteht eine Gesellschaft. Frage welche?

(1) Warum wohl keine GmbH? Lesen Sie § 11 I GmbHG!⁷²

(2) Was käme eher in Betracht, wenn sie an die Haftung des Kommanditisten vor seiner Eintragung als Kommanditist denken?⁷³

(3) h.M. Gesellschaft eigener Art für die teilweise die Vorgaben des GmbHG entsprechend gelten

Gesellschaftszweck: Herbeiführung der Eintragung der GmbH

bb. Mit Eintragung in das Handelsregister entsteht die GmbH

cc. Vor allem drei wichtige Fragen:

- wie haften die Gesellschafter und Geschäftsführer ? (dazu b)

⁷² Eintragung in das Handelsregister ist konstitutiv für die Entstehung der GmbH. Das Haftungsprivileg (§13 II GmbHG) soll davon abhängig sein, dass die Gesellschafter das Kapital gemäß den gesetzlichen Vorgaben aufgebracht haben.

⁷³ Erinnern Sie sich an § ###! Könnte man daher daran denken GmbH als OHG zu behandeln. *Aber* Gesellschafter wollen laut Gesellschaftsvertrag gerade keine Personengesellschaft, sondern Kapitalgesellschaft.

- wie wird die Vorgesellschaft vertreten, wie weit die Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers? (dazu c)

b. Haftungsrisiken bei VorGmbH und Kapitalaufbringung

aa. Gesellschafter

(1) Leistung der Einlage

- § 19 I GmbHG, bei Sacheinlage zusätzlich § 9 I GmbHG
- § 9a GmbHG
- beachte Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG

(2) Haftung **nach** Eintragung der Gesellschaft → Unterbilanzhaftung

Haftung entsprechend der Beteiligung für Ausgleich der Unterbilanz zum Zeitpunkt der Eintragung:

- Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die vor Eintragung begründet wurden und Differenz Stammkapital
./ Nettovermögen der Gesellschaft

→ Gesellschafter dafür verantwortlich, dass zum Zeitpunkt der Eintragung das Nettovermögen der Gesellschaft dem Stammkapital entspricht

→ auch auf diese Haftung wird Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG analog angewendet!

(3) Problem: Wie haften die Gesellschafter der Vor-GmbH vor Eintragung der GmbH

Wichtige Grundunterscheidung: Außen- oder Innenhaftung

- Außenhaftung → Modell § 128 HGB → typisch bei Personengesellschaften
- Innenhaftung → Modell § 31 GmbH (Gesellschafter haftet gds. nur gegenüber der Gesellschaft, Gläubiger kann nur auf das GmbH-Vermögen zugreifen)
→ typisch bei Kapitalgesellschaften
- Vorgesellschaft ist Rechtsform eigener Art gewissermaßen ein „Zwischending“

Früher h.M.: „KG-Modell“ Haftung wie § 172 HGB

Außenhaftung beschränkt auf die Einlage

BGH nunmehr:

- Haftung für sämtliche Verluste der GmbH (Verlustdeckungshaftung)
- Warum Haftung für sämtliche Verluste, nicht Begrenzung Einlage?⁷⁴
- Warum „nur“ Haftung für Verluste, nicht auch auf Aufbringung des Stammkapitals (vgl. „Unterbilanzhaftung“)?⁷⁵
- Grundsatz: Innenhaftung – Warum?⁷⁶ Wann kann ausnahmsweise die unmittelbare Außenhaftung der Gesellschafter sinnvoll sein?⁷⁷

⁷⁴ Diese wäre Widerspruch zu der Unterbilanzhaftung: Nach Eintragung haften die Gesellschafter auf Ausgleich der Verluste und Aufbringung des Stammkapitals zu haften. Wenn Haftung auf die Einlage beschränkt wäre, würden sie *vor* Eintragung beschränkt haften und *nach* Eintragung unbeschränkt haften (zumindest für die vor der Eintragung begründeten Verbindlichkeiten).

⁷⁵ Erst mit Eintragung „Signal“ an die Gläubiger, dass das Stammkapital aufgebracht sei.

⁷⁶ Vor-GmbH nicht als Personengesellschaft, sondern Kapitalgesellschaft konzipiert. Gesellschafter wollen gerade nicht wie bei einer Personengesellschaft haften. Vor allem: Verhindern eines Wettlaufs der Gläubiger. Wenn Gesellschaft nicht mehr in der Lage ist, ihre Verbindlichkeiten zu bedienen, kommt es zum

bb. Geschäftsführer

- (1) § 9a GmbHG
- (2) wenn Gesellschaft nicht eingetragen ist, § 11 II GmbHG
- (3) § 43 II GmbHG (ein ordentlicher Geschäftsführer sorgt dafür, dass die versprochenen Einlagen ordnungsgemäß erbracht werden)

c. Geschäftsführung und Vertretung bei der Vor-GmbH

- (1) Grundsatz: analog zur GmbH wird die Gesellschaft durch den Geschäftsführer vertreten
- (2) Reichweite der Vertretungsmacht
 - **nicht** § 37 GmbHG analog
 - Zweck der Gesellschaft: Herbeiführung der Eintragung im Handelsregister
→ auf die Geschäfte beschränkt, die für die Herbeiführung der Eintragung erforderlich ist
 - Warum ist diese Begrenzung der Vertretungsmacht erforderlich⁷⁸
- (3) Ausnahme:
 - der Gesellschaftsvertrag sieht ausdrücklich weitere Vertretungsbefugnisse vor
 - Wichtiger praktischer Anwendungsfall: es wird ein Unternehmen als Sacheinlage eingebracht, dann impliziert dies, die Befugnis, die Geschäfte vorzunehmen, die für die Führung dieses Unternehmens erforderlich sind.

d. Vorgründungsgesellschaft → Zusammenwirken vor Abschluss des Gesellschaftsvertrages

f. „Unechte“ Vorgesellschaft – Gesellschafter geben Absicht auf, Gesellschaft Eintragung lassen und setzen Unternehmen fort. Diese Gesellschaft wird wie eine OHG behandelt, (sofern Handelsgewerbe, ansonsten wie GbR)

g. Mantelgesellschaft / Vorratsgesellschaft / Wirtschaftliche Neugründung

aa. Vorratsgesellschaft (neuer Mantel)

Gesellschaft wird auf „Vorrat“ gegründet, Kapital aufgebracht, Eintragung veranlasst, damit für eine neue Unternehmung sofort mit der unternehmerischen Tätigkeit begonnen werden kann, ohne Risiko der persönlichen Haftung einzugehen.

bb. „Gebrauchter“ Mantel → ähnlich wie Vorratsgesellschaft

Unterschied: GmbH nicht neu, sondern es wird das „Rechtskleid“ eines Unternehmens, das seine wirtschaftliche Tätigkeit eingestellt hat, übernommen.
Risiko: Mit Übernahme dieser GmbH übernimmt man sämtliche etwaige

Insolvenzverfahren. Bei unmittelbarer Haftung der Gesellschafter könnten Gläubiger am Insolvenzverfahren vorbei auf die Gesellschafter zugreifen. Wenn Innenhaftung, dann Anspruch der Gesellschaft. Dieser zählt zur Insolvenzmasse und dient damit zur quotenmäßigen Befriedigung aller Gläubiger.

⁷⁷ Gesellschaft hat nur einen Gläubiger. Gesellschaft derart vermögenslos, das Insolvenzverfahren mangels Masse gar nicht eröffnet wird (In der Variante 1 kommt es zu keinem Gläubigerwettlauf, vgl. vorherige Fn.). In der Variante 2 kann ein Gläubigerwettlauf ohnehin nicht vermieden werden.

⁷⁸ Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zur Eintragung unbegrenzt (s.o.). Damit würden sie ähnlichen Haftungsrisiken ausgesetzt sein wie ein OHG-Gesellschafter, obwohl er ja Gesellschafter einer GmbH sein wollte und keine Vertretungsbefugnisse hat.

Verbindlichkeiten, die bis zu diesem Zeitpunkt in deren Namen begründet wurden

- cc. Rechtsprechung des BGH zur sog. wirtschaftlichen Neugründung
BGH (BGHZ 153, 158-165 - ZIP 2003, 251-253)
- Zweck der Kapitalaufbringung: zum Zeitpunkt der Aufnahme der Geschäftstätigkeit soll der Gesellschaft ein Mindestkapital zur Verfügung gestellt werden. Daher reicht es nicht, dass das Kapital irgendwann aufgebracht wurde
 - Schutz des Gläubigerschutzes vor Umgehung
 - Entscheidend tatsächlicher Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit. Daher muss zu diesem Zeitpunkt das Kapital aufgebracht sein
 - Wenn Gesellschaft Tätigkeit einstellt und nach längerer Unterbrechung (mind. ein Jahr) eine andere Tätigkeit aufnimmt, dann sog. wirtschaftliche Neugründung
 - Daher Kapitalaufbringung prüfen, wie bei Neugründung
 - Gesellschafter müssen Kapital erneut aufbringen

4. Absicherung Kapitalaufbringung gegen Umgehung

- a. Aufrechnungsverbot aus § 19 II S. 2 GmbHG
- b. Die Lehre von der verdeckten Sacheinlage

Bsp: Gesellschafter X verpflichtet sich formal zu einer Bareinlage in Höhe von 20.000 € und zahlt diesen Betrag auch ein. Zwei Monate später kauft der Geschäftsführer G im Namen der GmbH von X einen LKW zum Preis von 20.000 €. Der Marktwert des LKWs liegt aber nur bei 15.000 €. Droht Umgehung der Vorgaben Die Sachkapitalerhöhung

Wenn ein GmbH Gesellschafter (gilt auch bei der AG für den Aktionär) zwar formal eine Bareinlage erbringt, er diese jedoch in einem engen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang durch ein zweites Rechtsgeschäft gegen Zuführung einer anderen Leistung zurückerhält, liegt nach ständiger Rechtsprechung des BGH eine sog. verdeckte Sacheinlage vor.⁷⁹ Es wird eine Abrede vermutet, in der sich die Gesellschaft zur Rückzahlung der auf die Bareinlage geleisteten Zahlungen verpflichtet. Wegen dieser Verwendungsabrede fehle es an einer ordnungsgemäßen Erbringung einer Bareinlage, da die Einlage zu keinem Zeitpunkt - wie von § 7 III, vgl. auch § 8 II S. 1 GmbHG / § 36 Abs. 2 S. 2 AktG verlangt - zur freien Verfügung des Vorstands gestanden habe. Zudem wird in einem Hin- und Herzahlen von Geldbeträgen eine Umgehung des Verbots in § 19 II S. 1 GmbHG gesehen, das dem Gesellschafter die Aufrechnung gegen Einlageforderungen der Gesellschaft mit eigenen Forderungen verbietet. Einer Umgehungsabsicht bedarf es nicht. Es geht vielmehr um die Durchsetzung des Prinzips der realen Kapitalaufbringung. Typische Anwendungsbeispiele:

Weitere Bsp.:

- Schütt-aus-Hol-zurück Verfahren: Gesellschaft beschließt zum einen Kapitalerhöhung und zum anderen eine Gewinnausschüttung. Auf die Stammeinlage wird der ausgeschüttete Gewinn eingezahlt (Damit keine Bareinlage, sondern Einlage der Forderung auf Gewinnausschüttung und damit eine Sacheinlage)

⁷⁹ BGH NJW 2000, 725, 726; MünchKommAktG-Pentz, § 27 Rn. 85; Hüffer, Aktiengesetz, § 27 Rn. 10 ff.

- Umwandlung Fremd/Eigenkapital (*debt-equity-swap*):
Gesellschaft zahlt Darlehen zurück. Gesellschafter verwendet diese Summe, um um eine Bareinlage (idR aus einer Kapitalerhöhung) aufzubringen. Wirtschaftlich betrachtet „tauscht“ der Gläubiger seine Fremdkapitalforderung gegen eine Eigenkapitalbeteiligung durch Erlass der Forderung. Damit Einbringung einer Forderung, und damit einer Sacheinlage. Hin- und Herzahlen daher Umgehung der Vorgaben für die Sacheinlage

IV. Kapitalerhaltung

1. Ausgangspunkt - §§ 30, 31 GmbHG

Verbot der Auszahlung des für den Erhalt des Stammkapitals erforderlichen Vermögens. Haftung für den Verstoß

- a. Empfänger haftet nach § 31 GmbHG auf Rückzahlung
 - b. Geschäftsführer, wenn unter Verletzung seiner Sorgfaltspflichten mitgewirkt hat (§ 43 III GmbHG)
 - c. Subsidiär – übrige Gesellschafter § 31 III GmbHG Warum?⁸⁰
- Vertiefung: Folien mit Fall- und Bilanzbeispielen

2. Erweiterung durch die Rechtsprechung

- a. Rechtsprechung zu eigenkapitalersetzenden Leistungen
- b. Regelung in den §§ 32a, 32b GmbHG

Grundgedanke: Wenn ein Gesellschafter in der Krise der Gesellschaft ein Darlehen zuführt oder ihr Gegenstände zur Nutzung überlässt, obwohl ein „vernünftiger“ Gläubiger ihr kein Darlehen mehr gewähren würde, dann ist dieses Darlehen wie Eigenkapital zu behandeln

- Niemand kann den Gesellschafter zwingen, Kapital nachzuschießen.
- Aber er muss sich entscheiden:
Entweder: Gesellschaft in die Insolvenz gehen lassen
Oder: Eigenkapital zuführen. Wenn Sanierung versucht wird, dann muss für Gesellschaft die Verantwortung hierfür übernehmen (sog. Finanzierungsverantwortung)
Nicht: Sanierungsversuche auf Kosten der übrigen Gläubiger

V. Haftungsrisiken in der Krise und Insolvenz

1. Eigenkapitalersetzende Darlehen und sonstigen Leistungen (vgl. o. IV.2.)

- a. Risiken für den Gesellschafter
 - Wenn Gesellschafter in der Krise der Gesellschaft ein Darlehen gewährt oder sonstige Vorteile gewährt, kann er Darlehen und sonstige Gegenstände nur dann zurückverlangen, wenn alle sonstigen Gläubiger begriedigt sind (Nachrang, vgl. 39 I Nr. 5 InsO)
 - Wenn dem Gesellschafter eigenkapitalersetzende Leistungen innerhalb eines Jahres vor der Insolvenz zurückgewährt wurden, kann die Gesellschaft vertreten durch den Insolvenzverwalter gemäß 32b S. 1 GmbHG diese Transaktionen anfechten und vom Gesellschafter zurückverlangen (sog. Insolvenzanfechtung, vgl. § 135 InsO)

⁸⁰ Gläubigerschutz!

b. Risiken für den Geschäftsführer - Haftung nach § 43 I, III GmbHG

2. Sog. Insolvenverschleppungshaftung

a. Ausgangspunkt: Insolvenzantragspflicht, § 64 GmbHG (vgl. auch 92 II AktG)

aa. Regelung des § 64 GmbHG

- § 64 I S. 1 GmbHG → Antragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit
- § 64 I S. 2 GmbHG → Antragspflicht bei Überschuldung
jeweils ohne schuldhaftes Zögern, spätestens innerhalb von drei Wochen

bb. Warum diese Regelung?

Moral hazard – Fortführung der Gesellschaft „Glücksspiel“ auf Kosten der Gläubiger.

Bsp.: Zu einem Zeitpunkt X wird eine Krise festgestellt. Die Ausgaben übersteigen die Einnahmen monatlich um EUR 200.000. Kaum noch Kapitalreserven

(1) Interessenlage bei den Gesellschaftern

- Insolvenz bedeutet, dass sie die der Gesellschaft als Eigenkapital überlassenen Geld- und Sachmittel endgültig verlieren
- Wenn die Rettung gelingt, dann Aussicht durch Erträge das verlorene Kapital zurückzuerlangen und darüber hinaus Gewinn zu erwirtschaften
- Wenn Rettung misslingt ist für die Gesellschafter nicht mehr verloren als bereits verloren war. Stehen zwar nicht besser, als
→ Anreiz auch in hoffnungsloser Lage weiterzuwirtschaften bis nicht mehr die geringste Chance besteht⁸¹

(2) Interessenlage bei den Gläubigern

- Wenn die Rettung gelingt, dann erhalten sie ihr Geld zurück.
- Wenn Rettung misslingt, dann ist weiteres Vermögen verloren gegangen (im obigen Bsp. pro Monat weitere EUR 200.000). Entsprechend wird die Insolvenzmasse verringert und damit die Quote für die Gläubiger. Ferner besteht die Gefahr, das sog. Neugläubiger mit einer maroden Gesellschaft Geschäftsbeziehungen eingegangen und eventuell Vorleistungen erbringen
→ Mit einer Sanierung können Gläubiger zwar auch gewinnen, sie haben aber – im Gegensatz zu den Gesellschaftern – auch viel zu verlieren

(3) Fazit

- Fortführung der Gesellschaft und realistische Sanierungschancen ist moral hazard der Gesellschaft durch das Risiken zu Lasten der Gläubiger externalisiert werden
- Regelung soll gewährleisten, dass sorgfältiger Abwägung der Erfolgsaussichten und Risiken
- Stellen einer sog. Fortführungsprognose. Ist diese negativ muss Insolvenzantrag gestellt werden

b. Risiken für den Geschäftsführer

aa. Haftung § 823 II i.V.m. § 64 I GmbHG

⁸¹ Stellen Sie sich Roulettespieler vor. Jemand geht ins Casino. Er hat ein „Eigenkapital“ von EUR 1000 und sich weitere EUR 1000 von einem Freund geborgt. Das Spiel läuft schlecht. Es sind nur EUR 200 übrig. Nun könnte er aufstehen, um wenigstens noch EUR 200 zurückzugeben. Aber 9 von 10 Menschen würden die EUR 200 setzen. Das Darlehen kann man ohnehin nicht mehr vollständig zurückzahlen. Andererseits die Chance Geld zurückzuzahlen und noch etwas für sich zu behalten.

- Altgläubigern ist der sog. Quotenschaden zu ersetzen (Betrag um den sich die Insolvenzquote ggü rechtzeitiger Antragstellung verringert hat
 - Neugläubigern ist der Schaden zu ersetzen, der sich daraus ergibt, dass sie ein Leistungsversprechen abgegeben haben, dem eine nahezu wertlose Forderung gegenüber steht
- bb. Strafbarkeit § 84 I Nr. 2 GmbHG
- c. Risiken für die Gesellschafter
- aa. Ausgangspunkt: Pflicht des § 64 GmbHG betrifft ausschließlich den Gesellschafter
 - bb. Haftung wegen Beteiligung als Gehilfe (vgl. § 840 BGB / § 27 StGB))
 - cc. Haftung als sog. faktischer Geschäftsführer
- BGH: Wenn Jemand zwar nicht formal Geschäftsführer ist, jedoch faktisch die Gesellschaft wie ein Geschäftsführer leitet, dann muss er sich auch behandeln lassen wie ein Geschäftsführer

V. Die GmbH im Systemwettbewerb

1. Aktuelle Entwicklung

- Diskussion um Konkurrenzfähigkeit der GmbH
- Mittlerweile ein Fünftel der neu eingetragenen Gesellschaften mit beschränkter Haftung keine GmbH, sondern *limited* bzw. Zweigniederlassung einer *limited*
- Hauptvorteil der *limited*:
 - > auch hier Haftung der Gesellschafter grundsätzlich auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt
 - > Es gibt auch Regelungen zu Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung
 - > Es wird aber nicht die Aufbringung eines Mindesthaftkapitals verlangt. Dessen Höhe liegt ganz im Ermessen der Gesellschafter

2. Exkurs: Zweigniederlassung

- a. Regelung und Funktion der Zweigniederlassung in nationalen Rechtsverkehr
- aa. Regelung der Zweigniederlassung - §§ 13 ff. HGB
 - Zweigniederlassung vier Merkmale
 - (1) dauernde räumliche Trennung der Aktivitäten der Haupt- und der Zweigniederlassung
 - (2) Im Wesentlichen gleicher Geschäftsbetrieb, d.h. nicht in allen Einzelheiten gleich aber gleicher Unternehmensgegenstand
 - (3) Identität des Unternehmensträgers - Abgrenzung zur Tochtergesellschaft - Bei Zweigniederlassung besteht Identität des Unternehmensträger, d.h. ein und dieselbe Person (natürliche Person / Handelsgesellschaft / juristische Person) betreibt sowohl die Hauptniederlassung als auch die Zweigniederlassung
 - (4) Organisatorische Selbständigkeit
 - Abgrenzung zum untechnischen Begriff Filiale im weiteren Sinne
 - Leiter der Zweigniederlassung muss zur Vornahme wichtiger Geschäfte ermächtigt sein
 - Wie kann das gestaltet werden?⁸²

⁸² Rechtliche Gestaltung der Vollmacht des „Filialleiter“: Handlungsvollmacht, § 54 HGB; Prokura, §§ 49 ff. HGB (beachte sog. Filialprokura § 50 III S: 1 HGB). Enbehrlich, wenn Geschäftsführer einer GmbH oder OHG-Gesellschafter persönlich Filiale leitet

- bb. Rechtsfolgen des Bestehens einer Zweigniederlassung
 - Bei Vorliegen der Voraussetzungen besteht gemäß § 13 HGB mit Zwangsgeld (vgl. § 14 HGB) bewerte Eintragungspflicht
 - Welche Angaben und Unterlagen sind bei Anmeldung zur Eintragung einzureichen?
 - (1) Grundnorm § 13 VI HGB
 - (2) Sitz im Inland - §§ 13a – 13c HGB
 - für juristische Personen zusätzliche Vorgaben
 - (3) Sitz im Ausland
 - Spezielle Vorgaben für alle Unternehmen, § 13d HGB
 - Zusätzlich Vorgaben für juristische Personen → §§ 13 e, 13 f HGB

- bb. Funktion der Regelung
 - Für die Beurteilung des Unternehmens wesentlichen Informationen sollen vor Ort erlangt werden können
 - Daher Eintragung im „lokalen“ Handelsregister
 - Auch Vorteile für den Kaufmann, z.B. Beschränkung der Vertretungsmacht eines Prokuristen auf die Geschäfte der Zweigniederlassung (vgl. § 50 III S. 1 HGB)

- b. Die Bedeutung der Zweigniederlassung im grenzüberschreitenden Rechts- und Wirtschaftsverkehr
 - aa. Unternehmen, das auf einem ausländischen Markt aktiv werden will, im Wesentlichen drei Optionen:
 - (1) Beteiligung an einem anderen Unternehmen auf dem jeweiligen Markt (Joint Venture / Übernahme u.ä.)
 - (2) Gründung einer Tochtergesellschaft
 - (3) Gründung einer Zweigniederlassung

 - bb. Spezielle Vorgaben für Zweigniederlassungen für Kaufleute / Gesellschaften mit Sitz im Ausland (§§ 13 d ff. HGB, Zweigniederlassungsrichtlinie)
 - Ausländischen Gesellschaften sollen über Zweigniederlassungen ihre Tätigkeit ohne Behinderungen auf dem gesamten europäischen Markt ausüben können → Ausübung der (sekundären) Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EGV)⁸³
 - Schutz des Rechtsverkehrs durch Transparenz der rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft („Informationsmodell“)
 - Wesentlichen Angaben sind nicht nur am Sitz der Gesellschaft einzutragen und bekanntzumachen, sondern auch – in der jeweiligen Landessprache – auch in dem Register, wo die jeweilige Zweigniederlassung eingetragen ist
 - „Informationsmodell“ allgemeines Regelungsprinzip im europäischen Gesellschaftsrecht: Kann durch Transparenzvorschriften eine informierte Entscheidung herbeigeführt werden, so darf keine inhaltliche Gestaltung zwingend vorgegeben werden (dies gebietet auch das Subsidiaritätsprinzip, vgl. Art. 5 III EGV)⁸⁴
 - Es besteht Eintragungspflicht (Durchsetzung durch Zwangsgeld, vgl. § 14 HGB)

⁸³ Niederlassungsfreiheit – Jeder EU-Bürger das Recht, den Staat, in dem er sich wirtschaftlich betätigt, frei zu wählen. Gemäß Art. 48 EGV gilt dies auch für juristische Personen. Das Recht den Sitz der juristischen Person bei der Gründung frei zu wählen wird als primäre Niederlassungsfreiheit bezeichnet. Sekundäre Niederlassungsfreiheit ist die Bezeichnung für die Sitzverlegung oder die Erweiterung der Aktivitäten auf weitere EU-Staaten.

⁸⁴ Vgl. dazu auch EuGH Rs. C-212/97 (Centros) Slg. 1999, I-1459 (1495).

3. Spannungsfeld Niederlassungsfreiheit / Umgehungsschutz

- a. Schutz durch die Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EGV)
 - Wenn die Eintragung einer Zweigniederlassung, bei der diese Publizitätsanforderungen erfüllt sind, abgelehnt wird
 - verstößt dies grundsätzlich gegen das Gemeinschaftsrecht, da Behinderung der Ausübung der Niederlassungsfreiheit
 - Lange Zeit strittig: Gilt dies auch bei „Scheinauslandsgesellschaften“?
- b. Nutzen von Zweigniederlassungen durch „Scheinauslandsgesellschaften“
 - Gründung einer limited in Großbritannien
 - Dann Beantragung einer Zweigniederlassung. Gesamte wirtschaftliche Betätigung über die Zweigniederlassung. In London nur „Briefkasten“
 - Bestrebungen der nationalen Gerichte, solche „Umgehungen“ Ihrer nationalen Vorgaben zu verhindern
- c. Erste „Verteidigungslinie“: Nichtanerkennung ausländischer Gesellschaften
 - aa. Traditioneller Ansatz des BGH und der h.M. in Deutschland
 - Sitztheorie – maßgeblich für ein Gesellschaft sind die Vorschriften des Landes, wo die Gesellschaft ihren *tatsächlichen* Verwaltungssitz hat
 - Gesellschaft zwar im Ausland gegründet, Schwerpunkt der Tätigkeit aber in Deutschland. Damit richtet sich Frage der Rechts- und Parteifähigkeit nach deutschen Recht
 - Deutsche Gründungsvorgaben nicht eingehalten → Keine Ankerung der ausländischen Gesellschaft als juristische Person, Ablehnung der Eintragung der Zweigniederlassung
 - bb. EuGH: „Centros“ (1999), „Überseering“ (2002)⁸⁵
 - Sitztheorie mit Grundfreiheiten nicht zu vereinbaren. Behinderung des Marktzutritts und damit der Niederlassungsfreiheit
 - Es gilt Gründungstheorie: Maßgeblich ist das Recht des Staates, wo die Gesellschaft gegründet wurden
 - Wenn Nachweis, dass in Großbritannien ordnungsgemäß gegründet, dann müssen die deutschen Gerichte diese Gesellschaft anerkennen
- d. „Zweite Verteidigungslinie“: Spezielle Vorgaben zum präventiven Umgehungsschutz „Inspire Art“⁸⁶
 - aa. Niederländisches Recht: Spezielle Vorgaben für Firma und Publizität bei im Ausland gegründeten „Scheinauslandsgesellschaften“:
 - müssen u.a. Firma „formal ausländische Gesellschaft“ führen
 - bb. EuGH: Die Zweigniederlassungsrichtlinie regelt abschließend die Publizitätserfordernisse für Zweigniederlassungen. Darüber hinausgehende Vorgaben des nationalen Rechts allenfalls zulässig bei Missbrauch im konkreten Einzelfall
- e. Fazit:
 - Die bei b beschriebene Praxis ist zulässig und grundsätzlich kein Missbrauch

⁸⁵ EuGH, Urt. v. 5. November 2002 - Rs C-208/00, ZIP 2002, 2037.

⁸⁶ EuGH, Urt. v. 30. September 2003 - Rs C-167/01, ZIP 2003, 1885 – Inspire.

- Die Gerichte müssen Zweigniederlassungen eintragen, auch wenn der eigentliche Hauptsitz und dürfen auch sonst der Gesellschaft nicht die Anerkennung versagen, insbesondere hinsichtlich Rechts- und Parteifähigkeit, Haftungsbeschränkung
4. Gläubigerschutz bei der limited
- a. Schutz nicht primär durch Kapitalvorschriften
 - b. Staatliche Aufsicht
 - Behörde (*secretary of state*) hat umfassende Ermittlungsbefugnisse und Einsichtsrechte, wenn begründeter Verdacht für betrügerisches Verhalten oder Misswirtschaft zu Lasten der Gesellschaft / Gesellschaftern / Gläubigern oder wenn Gesellschaft mit einem Anteil von mind. 20 % Ermittlungen beantragt
 - Verwertung der Ermittlungsergebnisse:
 - > Geschädigte können Schadensersatzansprüche geltend machen
 - > Strafrechtliches Ermittlungsverfahren einleiten
 - > Disqualifikation der Geschäftsführer (*disqualification of directors*)
 - > bei Extremfällen: Auflösung der Gesellschaft anordnen
 - c. Transparenz
 - Zentrales Register für ganz England und Wales⁸⁷
 - Wesentliche Informationen online www.companieshouse.gov.uk
 - d. Eine Reihe von Tatbeständen nach denen Gesellschafter persönlich haften
 - aa. Insolvenzverschleppungshaftung und verwandte Tatbestände
 - (1) *wrongful trading* (section 214 insolvency act 1986)
 - (2) Haftung des *shadow director* und des *de factor director* für *wrongful trading*
 - bb. Rechtsprechung *piercing the corporate veil*
 - (1) Gesellschaft nur Strohmännchen (agent) für Gesellschafter
 - (2) Gesellschaft „Fassade“, die in betrügerischer Absicht vorgeschoben wird („*mere facade*“)
 - (3) Diskutiert, aber nicht Praxis: unzureichende Kapitalausstattung
 - e. Problematisch und höchst umstritten: Gläubigerschutz bei der in Großbritannien ründeten aber nahezu ausschließlich in Deutschland aktiven limited
 - aa. Nach EugH-Rspr. müssen deutsche Gerichte limited als Rechtspersönlichkeit anerkennen, Zweigniederlassung eintragung und wie auch jüngst der BGH betont hat, die Haftungsbeschränkung grundsätzlich akzeptieren
 - bb. Problem: Haftungslücken durch fehlende Abstimmung englisches Gesellschaftsrecht / deutsches Insolvenzrecht
 - (1) EuGH erlaubt Maßnahmen zum Schutz von Gläubigern soweit konkrete Gefährdung der Gläubiger und zu deren Schutz erforderlich. Sog. Vier-Kriterien – Test (sog. *Dassonvielle-Formel* zur Warenverkehrsfreiheit, die mit der „*Gerbhardt*“-Entscheidung auf Niederlassungsfreiheit übertragen wurde)
 - Zwingender Belang des Allgemeininteresses → Gläubigerschutz
 - nicht diskriminierend (keine Differenzierung zw. In- und Ausländer)
 - Zum Schutz des Belangs geeignet
 - erforderlich
 - (2) Nicht erforderlich, wenn ausreichender Schutz durch englisches Gesellschaftsrecht

⁸⁷ Schottland hat ein eigenes Zivilrechtssystem.

Nicht der Fall

- Großteil der Schutzmechanismen im englischen Insolvenzrecht.
- Wenn Schwerpunkt der Tätigkeit in Deutschland kommt gemäß Art 3, 4 EU-Insolvenzverordnung deutsches Insolvenzrecht zur Anwendung
- Weniger streng als das englische Recht → droht Haftungslücke

(3) BGH dürfte auch auf die von ihm entwickelten (siehe unten bei VI) entwickelte deliktische Existenzvernichtungshaftung zurückgreifen

5. Fazit: GmbH befindet sich im Wettbewerb mit einem „Konkurrenzmodell“

- Gläubigerschutz nicht primär durch Aufbringung eines Mindestkapitals
- Stattdessen
 - > Eine Reihe von Tatbeständen, die persönliche Haftung der Geschäftsführer und/oder Gesellschafter anordnen
 - > Selbstschutz der (Vertrags)gläubiger durch vertragliche Regelungen („covenants“)

VI. Durchgriffshaftung – Ergänzung oder Ersatz für Mindestkapital?

1. Durchgriffshaftung im deutschen Recht

Oberbegriff für Fallgruppen, bei denen sich Gesellschafter ausnahmsweise nicht auf das Haftungsprivileg des § 13 II GmbHG berufen können und für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich haften

- a. Unterkapitalisierung → unzureichende Kapitalaustattung
- b. Vermögensvermischung („Waschkorbbuchhaltung“)
- c. Neuste und gleichzeitig wichtigste Fallgruppe: Existenzvernichtung

BGH, BB 2003, 1451 ff. („KBV“)

Die Notwendigkeit der Trennung des Vermögens der Gesellschaft von dem übrigen Vermögen der Gesellschafter und die strikte Bindung des ersteren zur - vorrangigen - Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger besteht während der gesamten Lebensdauer der GmbH. Beide - Absonderung und Zweckbindung - sind unabdingbare Voraussetzung dafür, daß die Gesellschafter die Beschränkung ihrer Haftung auf das Gesellschaftsvermögen in Anspruch nehmen können. Allein dieses Zusammenspiel von Vermögenstrennung und Vermögensbindung einerseits sowie die Haftungsbeschränkung andererseits vermag das Haftungsprivileg des § 13 Abs. 2 GmbHG zu rechtfertigen. Entziehen die Gesellschafter unter Außerachtlassung der gebotenen Rücksichtnahme auf diese Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens der Gesellschaft durch offene oder verdeckte Entnahmen Vermögenswerte und beeinträchtigen sie dadurch in einem ins Gewicht fallenden Ausmaß die Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten, so liegt darin, wie der Senat schon früher ausgesprochen hat (vgl. BGHZ 122, 123 - TBB), ein Mißbrauch der Rechtsform der GmbH, der zum Verlust des Haftungsprivilegs führen muß, soweit nicht der der GmbH durch den Eingriff insgesamt zugefügte Nachteil schon nach §§ 30, 31 GmbHG vollständig ausgeglichen werden kann oder kein ausreichender Ausgleich in das Gesellschaftsvermögen erfolgt (vgl. Röhrich, FS 50 Jahre BGH, 2000, Bd. I, S. 83, 93 ff., 105 ff.).

Persönliche Haftung von Gesellschaftern

Abgrenzung: Geschäftsführerhaftung
- Gesellschafter auch Geschäftsführer
- faktischer Geschäftsführer

Durchgriffshaftung im engeren Sinn
Aufhebung des Haftungsprivilegs aus § 13 II GmbHG wg. Missbrauchs

	Gesellschaftsrechtliche Existenzvernichtungshaftung Gesellschaftsrechtliches Institut: - teleologische Reduktion von § 13 II GmbH wg. Missbrauchs - Haftung § 128 HGB analog	Deliktische Existenzvernichtungshaftung Haftung nach § 823 / § 826 BGB
Subjektiver Anwendungsbereich	Nur Gesellschafter der „Opfer-Gesellschaft“ sowie Mittelbar an der Gesellschaft beteiligte	Auch die Organe der Gesellschaft selbst sowie von juristischen Personen, die an der Gesellschaft beteiligt Auch Schwestergesellschaft der „Opfergesellschaft“ ⁸⁸
Sachlicher Anwendungsbereich	Spezielles Institut des dt. GmbH-Rechts, Übertragbarkeit auf AG diskutiert, aber fraglich	Anwendung kommt grundsätzlich bei allen Rechtsformen (inbes auch auf nach ausländischem Recht gegründeten) Gesellschaften in Betracht
Intensität des Eingriffs	- Entzug von Gesellschaftsvermögen - dadurch wird einem ins Gewicht fallenden Ausmaß die Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten beeinträchtigt	In der Krise wird dem Unternehmen Vermögen entzogen, das zur Befriedigung der Gläubiger benötigt wird Gefährdung der Existenz, des Bestandes des Unternehmens
Berufung auf Kompensationsfähigkeit des Nachteils	Keine Haftung, wenn der Nachteil nach den §§ 31 ff. GmbHG ausgeglichen werden	Berufung auf Möglichkeit eines Nachteilsausgleichs nicht möglich
Subjektive Seite	Nicht geklärt, ob überhaupt Verschulden erforderlich, jedenfalls genügt einfache Fahrlässigkeit	Sowohl bezüglich Eingriff als auch bezüglich Schädigung der Gläubiger ist mindestens bedingter Vorsatz erforderlich
Leitbild	Sorglose, leichtfertige Umgang mit der Gesellschaft, Vernachlässigung der Finanzierungsverantwortung und der Pflicht zur Vermögenstrennung	Rücksichtslos stellt Gesellschafter unter Ausnutzung von Informationsvorsprünge und/oder seines Einflusses

⁸⁸ Vgl. BGH GmbHR 2004, 1530-1532 „Privatklinken“).

		aus, um stellt jemand bei der Ausübung eines bestimmenden Einflusses auf die Gesellschaft seine Privatinteressen über die der Gesellschaft und nimmt die Gefährdung von deren Bestand und eine Schädigung der Gläubiger billigend in Kauf.
--	--	--

2. Defizite des deutschen Kapitalschutzmodells

- Trotz ständiger Verschärfung der Vorgaben der Rechtsprechung zu Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung Lücken im Gläubigerschutz
- Kritik: Erfordernis der Aufbringung des Mindestkapitals schreckt von Gründungen ab, ohne die Gläubiger zu schützen

3. Reformdiskussion – Zwei Ansätze

a. Behutsame Reform der GmbH

- Absenkung des Mindestkapitals
→ vgl. (noch) nicht umgesetzter Gesetzesentwurf, der Herabsetzung des Mindeststammkapitals auf EUR 10.000 vorsah
- Vereinfachung bei Kapitalerhaltung und Kapitalersatzrecht

b. Aufgabe des Mindestkapitals – Argumente

- Wettbewerbsfähigkeit im Wettbewerb mit der limited
- Etwaige Schutzlücken können durch Ausbau der Durchgriffshaftung und vertragliche Vorkehrungen geschlossen werden
- In der Praxis sichern sich Gläubiger bereits jetzt vertraglich in großem Umfang ab

§ 12 Die Aktiengesellschaft (AG)

I. Gründung und Kapitalaufbringung - §§ 23 ff. AktG

1. Errichtung der Gesellschaft

- Phase vor der Errichtung → Vorgründungsgesellschaft GbR
- Errichtung
 - GmbH: Abschluss des Gesellschaftsvertrages (§§ 1 – 5 GmbHG)
 - AG: Feststellung der Satzung durch die Gründer, §§ 23 ff. AktG
(Mindestnennbetrag gemäß § 7 AktG EUR 50.000,--)

2. Phase zwischen Errichtung und Eintragung

- a. Für Vorgesellschaft gilt Rspr. Zur Vor-GmbH entsprechend → „Vor-AG“
- b. Berichtspflichten
 - GmbH – nur bei Sacheinlagen → Sachgründungsbericht, § 5 IV GmbHG
 - AG → immer → Gründungsbericht, § 32 AktG
→ Darüber hinaus: Gründungsprüfung, §§ 34, 35
- c. Erbringen der Beiträge vor Anmeldung zur Eintragung
 - aa. Erbringungen der Mindestbareinlage,
7 II S. 1 GmbHG / § 36a I: für Anmeldung erforderlich, dass auf jede Stammeinlage mindestens ein Viertel eingezahlt ist
 - bb. Sacheinlagen
 - GmbH: § 5 IV, § 7 III GmbH
 - AG: §§ 27, 34 I Nr. 2 AktG
 - Aufstellen eines Sachgründungsberichts, bei AG zusätzlich Gründungsprüfung
 - Sacheinlage muss *vollständig* der Gesellschaft zur freien Verfügung gestellt werden
 - cc. Einlagen müssen endgültig zur freien Verfügung stehen (§ 7 III GmbHG / § 37 I S. 2 AktG)

3. Anmeldung der Eintragung

- Inhalt der Anmeldung: § 8 I GmbH / § 37 AktG
- Versicherungen der Vertreter § 8 II, III GmbHG / 37 AktG
Haftungs- und strafrechtliche Risiken: §§ 9a, 82 I GmbHG)

4. Eintragung in das Handelsregister

- Eintragung konstitutiv, vgl. § 11 I GmbHG / bei AG gitl entsprechend
- Inhalt der Eintragung u. Bekanntmachung § 10 / §§ 39, 40 AktG

5. Haftung bei der Gründung

- a. Handelndenhaftung § 11 I GmbHG / § 41 AktG
- b. Haftung der Vorgesellschafter nach den Grundsätzen der Rspr. zur Unterbilanzhaftung
- c. Haftung für fehlerhafte / verdeckte Sacheinlagen
 - aa. Sacheinlage erreicht nicht Wert der übernommenen Einlage
 - GmbH → Differenzhaftung nach § 9 I GmbHG
 - AG → präventiver Schutz durch Gründungsprüfung (§§ 33, 34 AktG)
→ Haftung der Gründer und Gründungsprüfer für fehlerhafte

Bewertung (§§ 46 – 49 AktG)

- bb. Verdeckte Sacheinlage
 - Lehre von der verdeckten Sacheinlage
 - Verträge über Sacheinlagen nichtig (vgl. § 27 III AktG)
 - Gesellschafter zur (erneuten) Erbringung der Bareinlage verpflichtet
 - Bei AG daneben zusätzlich: Nachgründung, §§, 52, 53 AktG

6. Durchsetzung der Einlageverpflichtung im Innenverhältnis

- a. Anspruch der Gesellschaft, geltend gemacht durch Geschäftsleitung § 19 I GmbHG / § 54 II AktG
Beachte: bei GmbH bedarf Geltendmachung eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 8 GmbHG) bei der AG Vorstand Eigenmächtig (§ 63 I S. 1 AktG)
- b. Ausschluss säumiger Gesellschafter
 - § 21 GmbHG / § 64 AktG
 - Haftung von dessen Rechtsvorgängern § 22 GmbHG / § 66 AktG
 - ABER: bei AG keine Ausfallhaftung (vgl. § 24 GmbHG)

II. Kapitalerhaltung

1. Vorgaben zur Einlagenrückgewähr

- a. Gesetzliche Regelungen
 - GmbH → §§ 30, 31 GmbHG
 - AG → §§ 57, 62 AktG
 - Lesen die Vorschriften genau. Worin liegt der Unterschied?⁸⁹
- b. Rspr. zur verdeckten Einlagenrückgewähr wird bei der AG entsprechend angewandt. Dort spricht man häufig von „verdeckter Gewinnausschüttung“

2. Finanzierungsverantwortung, insbes. Eigenkapitalersetzende Darlehen

- a. §§ 32a, 32b GmbHG → keine entsprechende Regelung im AktG
- b. Daneben Rechtsprechung des BGH zur Erweiterung von § 30 GmbHG
- c. Übertragung der Rechtsprechung zu § 30 GmbH auf die AG?
 - aa. Grundsätze zu eigenkapitalersetzende Darlehen bei AG nur anwendbar, wenn unternehmerische Beteiligung (Indiz: Beteiligung von 25 % oder mehr)
Arg.: Finanzierungsverantwortung setzt Möglichkeit der Einflussnahme voraus (vgl. auch Wertung in § 32a III S. 2 GmbHG)
 - bb. Aktuelles Problem: Inwieweit Rspr. zur Gewährung von Darlehen der Gesellschaft an Gesellschafter auf die AG übertragbar?

Hintergrund: Grundsatzurteil des BGH, BGHZ 157, 72 ff = ZIP 2004, 263 ff. zur GmbH

→ Nach BGH muss bei der Betrachtung, ob eine Unterbilanz herbeigeführt wird, der Gegenanspruch der Gesellschaft auf Darlehensrückzahlung grundsätzlich unberücksichtigt bleiben.

BGH jetzt: rein bilanzielle Betrachtungsweise wird Kapitalschutz nicht gerecht
Diese rein bilanzrechtliche Betrachtungsweise greift aber mit Rücksicht auf die Bedeutung des in § 30 Abs. 1 GmbHG verankerten Kapitalerhaltungsgrundsatzes zu kurz. Vermögensschutz erschöpft sich nicht in der Garantie einer bilanzmäßigen Rechnungsziffer, sondern gebietet die Erhaltung einer die Stammkapitalziffer

⁸⁹ Bei GmbH Zahlung an die Gesellschafter nur verboten, wenn diese zu einer Unterbilanz führt. Bei der AG ist jedwede Leistung an Aktionäre verboten, die nicht in der Auszahlung eines festgestellten Gewinnanspruchs besteht.

deckenden Haftungsmasse (Schön, ZHR 159 [1995], 351, 362). Dementsprechend soll nach Sinn und Zweck des § 30 GmbHG das Vermögen der Gesellschaft bis zur Höhe der Stammkapitalziffer dem Zugriff der Gesellschafter entzogen werden; damit soll nach Möglichkeit der GmbH ein ihren Bestand schützendes Mindestbetriebsvermögen und ihren Gläubigern eine Befriedigungsreserve gesichert werden. Mit diesem Ziel wäre es nicht vereinbar, wenn die Gesellschafter der GmbH zu Lasten des gebundenen Gesellschaftsvermögens Kapital entziehen könnten und der GmbH im Austausch für das fortgegebene reale Vermögen (von etwaigen Zinsansprüchen einmal abgesehen) nur ein zeitlich hinausgeschobener schuldrechtlicher Rückzahlungsanspruch verbliebe (Stimpel, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz 1992, S. 335, 349, 352). Der Austausch liquider Haftungsmasse gegen eine zeitlich hinausgeschobene schuldrechtliche Forderung verschlechtert, wie der Senat schon früher in bezug auf die Stundung der Entgeltforderung aus einem Veräußerungsgeschäft ausgesprochen hat (BGHZ 81, 311, 320 f.), die Vermögenslage der Gesellschaft und die Befriedigungsaussichten ihrer Gläubiger. Zu Recht ist in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen worden, daß durch die Darlehenshingabe die Gläubiger des Gesellschafters zum Nachteil der Gläubiger der Gesellschaft im Ergebnis einen vollstreckungs- und insolvenzrechtlich vorrangigen Zugriff auf Vermögenswerte der Gesellschaft erlangen (Schön aaO, S. 361). Bei Unterbilanz der Gesellschaft ist deshalb gegenüber den Gesellschaftern nicht nur der bilanzielle Wert des Gesellschaftsvermögens zu wahren, sondern auch dessen reale Substanz zusammenzuhalten und vor einer Aufspaltung in schuldrechtliche Ansprüche gegen die Gesellschafter zu schützen (Stimpel aaO, S. 352; Altmeppen in: Roth/Altmeppen, GmbHG 4. Aufl. § 30 Rdn. 93; vgl. ferner Lutter/Hommelhoff, GmbHG 15. Aufl. § 31 Rdn. 10). Da dem Kapitalabfluß eine nur rechnerische, aber nicht sofort realisierbare Forderung gegenübersteht, ist schon aus diesen Gründen auch die Gewährung eines ordnungsgemäß verzinsten Darlehens an einen kreditwürdigen Gesellschafter mit § 30 GmbHG nicht zu vereinbaren (Stimpel aaO, S. 335 ff., 348-352; Schön aaO, S. 351, 359 ff.; Altmeppen in: Roth/Altmeppen aaO, § 30 Rdn. 91 ff.; Michalski/Heidinger, GmbHG 2002, § 30 Rdn. 49).

Das Verbot der Kreditgewährung beugt zudem einer Aushöhlung des § 30 GmbHG durch Umbuchung verbotener Zahlungen in Darlehen vor.

Zu Ausnahmen von diesem Grundsatz (offen gelassen):

„Es kann dahinstehen, ob die Gewährung eines Darlehens aus gebundenem Vermögen ausnahmsweise zulässig sein kann, wenn die Darlehensvergabe

- (1) im Interesse der Gesellschaft liegt,
- (2) die Darlehensbedingungen dem Drittvergleich standhalten
- (3) und die Kreditwürdigkeit des Gesellschafters selbst bei Anlegung strengster Maßstäbe außerhalb jedes vernünftigen Zweifels steht oder die Rückzahlung des Darlehens durch werthaltige Sicherheiten voll gewährleistet ist. Für die Voraussetzungen eines solchen Ausnahmetatbestandes, der im Streitfall ersichtlich nicht eingreift, wäre indes der Gesellschafter darlegungs- und beweispflichtig.“

3. Fazit

- strengere Kapitalerhaltung
- strengere Prüfung bei Kapitalaufbringung
- weniger strenge Finanzierungsverantwortung
- Vorstand kann ohne Beschluss der Hauptversammlung gegen säumige Aktionäre vorgehen

III. Besonderheiten der AG ggü der GmbH

1. Ausgangspunkt: Kapitalsammelfunktion

- a. GmbH primär Funktion vor persönlicher Haftung zu schützen
- b. Grundidee der AG Kapitalsammelfunktion
 - Projekte mit hohem Finanzierungsbedarf
 - Summen, die nicht von einigen wenigen aufgebracht werden können
 - Vielzahl von Kapitalgebern, die zusammen die benötigten Summen aufbringen
 - Eine hohe Anzahl von Gesellschaftern, bei denen jeder einen verhältnismäßig geringen Anteil hält
 - Diversifizierung von Risiken

- (Klein)aktionär ist Gesellschafter, der primär Kapitalanleger, weniger Gesellschafter, der allein maßgeblichen Einfluss ausüben kann
- Oft weder Zeit, Gelegenheit noch Wissen sich um seine Beteiligung und Belange der Gesellschaft zu kümmern
- Daher grundsätzlich keine Finanzierungsverantwortung, die zur Anwendung der Rspr. Zu den eigenkapitalersetzenden Darlehen führt. Eine solche Pflicht soll nach dem BGH nur bei einer „unternehmerischen Beteiligung“⁹⁰ bestehen.

2. Besonderes Schutzbedürfnis des Aktionärs

Reaktion des Gesetzes

- a. Satzungstrenge - § 23 V AktG (Schutz durch zwingende Standardisierung)
- b. Verbot der Einlagenrückgewähr § 57 AktG
 - nicht nur gläubigerschützende Funktion
 - schützt auch davor, dass Großaktionäre Einfluss nutzen, um sich auf Kosten der übrigen Aktionäre zu bereichern

3. Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft

- a. Vorstand leitet Gesellschaft in eigener Verantwortung, § 76 AktG + unbeschränkte und auch nicht beschränkte Vertretungsmacht (§ 78 AktG)
- b. Zuständigkeiten der Hauptversammlung sind zwingend vorgeben, können nicht erweitert werden (vgl. § 119 AktG)
 - kein mit § 37 GmbHG vergleichbares Weisungsrecht
 - Gesetzliches Leitbild:
 - Nur die Grundlagen werden von den Gesellschafter direkt bestimmt
 - Kein unmittelbarer Einfluss einzelner Aktionäre an den Vorstand, vor allem keine Anweisung zu konkreten Geschäftsführungsmaßnahmen⁹¹
 - vielmehr soll der Vorstand als Treuhänder des ihm anvertrauten Gesellschaftsvermögens dieses im Sinne *aller* Aktionäre und im Sinne des Unternehmensinteresses verwalten (Beachte: h.M. Unternehmensinteressen nicht identisch mit radikalem „shareholder value“)
 - Große Eigenverantwortung damit durch auch eine die Minderheit schützende Position
 - umso bedeutender effektive Aufsicht über die Tätigkeit des Vorstands

4. Kontrolle der Geschäftsführung

- bei Publikumsgesellschaft Kontrolle unmittelbar durch alle Gesellschafter kaum möglich und nicht effektiv
- Welche Mechanismen greifen bei der AG?
 - > Delegation an spezielles Gremium Aufsichtsrat, dazu a
 - > Vorstandshaftung, dazu b
 - > bei börsennotierter AG Kapitalmarkt (dazu unten IV)

a. Aufsichtsrat

⁹⁰ Als Faustregel gilt eine sog. Sperrminorität also eine Beteiligung von 25 % oder höher. Sperrminorität, da mit dieser Beteiligung ein Gesellschafter sämtliche Grundlagenänderungen blockieren kann. Jede Kapitalmaßnahme wie Kapitalerhöhung (vgl. §§ 182 ff. AktG), grundlegende Strukturänderungen (z.B. Verschmelzung, vgl. §§ 13, 65 I Umwandlungsgesetz) und allgemein jede Änderung der Satzung (§ 179 I AktG) bedürfen einer Mehrheit von drei Vierteln der anwesenden Stimmen (in Abweichung vom Grundsatz der einfachen Stimmenmehrheit, § 133 I AktG).

⁹¹ Aktionäre oder Unternehmen, die das tut, gehen Haftungsrisiken ein vgl. §§ 117, 311, 317 AktG.

- aa. Zusammensetzung - §§ 95 ff. AktG
 - AG bis 500 Arbeitnehmer → nur Aktionärsvertreter
 - 501 – 1999 Arbeitnehmer → ein Drittel der Mitglieder Arbeitnehmervertreter (§ 1 Drittelbeteiligungsgesetz)
 - 2000 Arbeitnehmer → Hälfte der Mitglieder (§ 1 Mitbestimmungsgesetz)
 - bb. Bestellung
 - (1) Aktionärsvertreter von der Hauptversammlung gewählt - § 101 AktG
 - (2) Arbeitnehmervertreter nach Mitbestimmungsgesetz werden von Delegierten gewählt, die ihrerseits von den Mitgliedern der Belegschaft gewählt wurden⁹²
 - (3) Arbeitnehmervertreter nach Drittelbeteiligungsgesetz werden durch Arbeitnehmer unmittelbar gewählt (§ 5 Drittelbeteiligungsgesetz)
 - cc. Aufgaben des Aufsichtsrats → § 111 AktG
 - dd. Haftung für ordnungsgemäße Erfüllung dieser Aufgabe → § 116 AktG
- b. Haftung des Vorstands
- aa. Grundnorm: § 93 II S. 1 AktG
 - (1) Pflichten
 - „duties of care“ → Unternehmen sorgfältig führen (vgl. § 93 I S. 1 AktG)
 - „duties of loyalty“ → Interessen des Unternehmens zu wahren und nicht Eigeninteresse über das Unternehmensinteresse stellen (Konkretisierung: § 88 I AktG)
 - Pflicht im Unternehmensinteresse zu handeln
 - Problem: Was ist das Unternehmensinteresse
 - (a) sehr eng: shareholder value Ansatz → identisch mit Aktionärsinteresse
 - (b) sehr weit: stakeholder Ansatz
 - (c) Derzeit geltender Maßstab:
 - Primärer Bezugspunkt: Aktionärsinteresse
 - ABER: Verantwortung für Gewährleistung des Bestandes des Unternehmens (auch mittel- und langfristig) und der *dauerhaften* Rentabilität⁹³
 - (2) Sorgfaltsmaßstab § 93 I S. 1 AktG
 - (3) business judgement rule eingeführt durch das UMAG⁹⁴
§ 93 I S. 2 AktG n.F.:
„Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“
 - bb. Problem: Durchsetzung
 - (1) Grundmodell: Aufsichtsrat ist für Aufsicht zuständig und vertritt Gesellschaft ggü Vorstand (§ 112 AktG)
 - auch verantwortlich für Geltendmachung der Schadensersatzansprüche
 - Aufsichtsrat häufig sehr zögerlich⁹⁵

⁹² Dabei sieht § 7 II Mitbestimmungsgesetz vor, dass nicht nur Vertreter der Belegschaft, sondern auch Vertreter der Gewerkschaft zu wählen sind (Verhältnis ca. 2:1).

⁹³ Maßnahmen, die kurzfristig den Börsenkurs des Unternehmens steigern oder hohe Gewinnausschüttungen, können mittelfristig Bestand/oder Rentabilität des Unternehmens gefährden.

⁹⁴ Gesetz zur Modernisierung des Aktienrechts und zur Unternehmensintegrität.

⁹⁵ Eine der Gründe liegt in der verbreiteten Praxis, wonach Vorstandsmitglieder nach Beendigung ihrer Tätigkeit häufig in den Aufsichtsrat wechseln.

- (2) Aktionär nur unter bestimmten Voraussetzungen Schadensersatzklage
 - (a) Beschluss der Hauptversammlung, § 147 I AktG
 - (b) Geltendmachung durch einzelnen Aktionär, neu geregelt durch das UMAG
 - Anteil 10 % / eine Million € → § 147 III S. 1 AktG n.F.
 - Anteil zusammen 1 % / 100.000 € → § 148 I n.F.
- Klagezulassungsverfahren⁹⁶
- c. Zunehmende Bedeutung dritte Säule der Kontrolle der Unternehmensleitung:
 - Kapitalmarkt

IV. Aktie, Börse und Kapitalmarktrecht

1. Historischer und wirtschaftlicher Hintergrund

- Kapitalsammelfunktion der AG → Kapital von möglichst vielen für die Finanzierung des Unternehmens zu mobilisieren
- viele Anleger nur bereit, Aktien zu erwerben, wenn sie sich ohne großen Aufwand das Investment wieder beenden können
- Gefragt ist die Gewährleistung eines Höchstmaßes an Verkehrsfähigkeit.
 - a. Rechtliche Voraussetzungen
 - Keine Beschränkungen der Befugnis zur Übertragung der Anteile (dazu 2.)
 - Verbriefung → Verkörperung der Rechte aus der Mitgliedschaft in einem börsenfähigen Wertpapier (dazu 3.)
 - b. Wirtschaftliche Voraussetzungen
 - Finden eines Käufers
 - Ermittlung eines „fairen“ Preises
 - Börse ein Marktplatz, auf dem die Aktien⁹⁷ gehandelt werden und der die Erfüllung dieser Funktionen zur Aufgabe hat.
 - Zusätzlich wichtige gesamtwirtschaftliche Funktion: Optimierung der Allokation der Ressourcen
 - Notwendigkeit besonderer Rechtlicher Regulierung
 - Organisation der Börse (Börsenorganisationrecht - Börsengesetz)
 - Voraussetzungen für die Zulassung zum Börsenhandel (Primärmarkt, dazu 4)
 - Vorgaben für den Handel der Aktie an der Börse (Sekundärmarkt, dazu 5)

2. Übertragbarkeit der Mitgliedschaft, Begriff der „Aktie“

- a. Wiederholung: Andere Gesellschaftsformen
 - GbR / OHG → Übertragung bedeutet Wechsel des Gesellschafters
 - Gesellschafterwechsel Änderung des Gesellschaftsvertrages
 - Grundsätzlich einstimmig gefasster Beschluss erforderlich
 - GmbHG, § 15 GmbHG
 - Abtretung und Vertrag über Abtretung bedürfen der notariellen Beurkundung
 - § 15 V GmbH: im Gesellschaftsvertrag kann Abtretung an die Genehmigung der Gesellschaft geknüpft werden (Vinkulierung)

⁹⁶ § 148 verlangt vier Voraussetzungen (Wiedergabe hier sinngemäß): Nr. 1 Aktien vor Möglichkeit der Kenntnis von den Umständen erworben, Nr. 2 Gesellschaft aufgefordert Klage zu erheben Nr. 3 Tatsachen, die darauf hindeuten, dass Unredlichkeit oder grobe Verletzung von Gesetz oder Satzung Nr. 4 Geltendmachung stehen keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls entgegen.

⁹⁷ Die verbrieften Rechte und Pflichten aus der Mitgliedschaft im Verband der AG s.o. ###

→ Mehrheit von Drei-Viertel der Stimmen kann eine solche Vinkulierung beschließen

b. Übertragbarkeit der Mitgliedschaft bei der AG

- Aktien frei übertragbar
- Für Vinkulierung ist Beschluss *aller* betroffenen Aktionäre erforderlich
- Rechtliche Unbeschränktheit der Verfügungsbefugnis kann keinem Aktionär gegen dessen Willen entzogen werden

c. „Aktie“ dreifache Bedeutung

- aa. Aktie als Bezeichnung der Mitgliedschaft in der AG = Bündel der Rechten und Pflichten, denen der Aktionär aufgrund seiner Stellung als Mitglied des Verbandes unterliegt
- bb. Bezeichnung des Anteils am Grundkapitals (vgl. § 8 AktG)
 - Stückaktie (§ 8 I, 2. Alt.) → Anteil ergibt sich aus Grundkapital geteilt durch die Zahl der Aktie
 - Nennwertaktie (§ 8 IV AktG) fest in €ausgedrückte Summe Unterscheide
 - (1) Grundkapital als die im Handelsregister eingetragene nominelle Ziffer, welche das Mindesthaftkapital bezeichnet⁹⁸
 - (2) Börsenwert als Summe des Kurswertes aller notierten Aktien → Börsenkurs = wirtschaftliche Bewertung der Beteiligung⁹⁹
- cc. Aktie als Wertpapier, „Aktienurkunde“ (vgl. § 10 AktG)
Verbriefung als Wertpapier Voraussetzung, dass Anteile an der AG überhaupt an der Börse gehandelt werden können („Börsenfähigkeit“) (vgl.

3. Grundlagen des Wertpapierrechts, insbesondere Aktie als Wertpapier

a. Funktion der Verbriefung

- Übertragung von „körperlosen“ Rechtspositionen, insbesondere Forderungen (§§ 398 ff. BGB) birgt Ungewissheiten, mangels Rechtsscheinsträger kein gutgläubiger Erwerb möglich
- Vgl. Übertragung von beweglichen Sachen: §§ 929 ff. BGB. Zusätzlich zur Einigung ist Verschaffung des Besitzes erforderlich. Nach § 1006 BGB Vermutung, dass Besitzer Eigentümer. Deshalb Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs §§ 929, 932 BGB
- Durch „Verbriefung“ Verkörperung von Rechten
 - > Legitimation des Übertragenden (Zedenten) → Legitimationsfunktion
 - > Schuldner kann an den Inhaber des Wertpapiers leisten, und wird dadurch von seiner Verbindlichkeit frei *Librationsfunktion*
 - > Erhöhung der Verkehrsfähigkeit durch Schutz des Vertrauens auf das Bestehen der im Wertpapier verkörperten Rechte → Verkehrsschutzfunktion / Transportfunktion

b. Inhaberaktie als „reines“ Inhaberpapier

- aa. Inhaberpapiere allgemein
 - Der Berechtigte ist nicht namentlich benannt

⁹⁸ Pendant zum bei der GmbH eingetragenen Stammkapital.

⁹⁹ Der Börsenkurs ist nichts anderes als ein auf einem anonymen Markt ermittelte Preis, zudem die Beteiligung veräußert werden kann, so wie bei der GmbH der Kaufpreis für die Veräußerung eines Geschäftsanteils weit über dem nominellen Wert des im Handelsregister eingetragenen Geschäftsanteils liegen kann.

- Als Berechtigte gilt derjenige, der gerade das Wertpapier in der Hand hält oder sonst besitzt
 - Gutgläubiger Erwerb der verkörperten Rechtsposition nach §§ 932 ff. BGB
 - Grundtyp: Inhaberschuldverschreibung (§§ 793 ff. BGB)
 - Weitere Erscheinungsformen: Sog. Inhaberzeichen (Eintrittskarten, die nicht auf einen bestimmten Namen lauten, Fahrausweise)M; Inhaberschecks (Art. 5 II, III ScheckG)
- bb. Inhaberaktien (§ 10 I, 1. Alt. AktG)
- Typisches Inhaberpapier
 - Problem: An der Börse werden keine Wertpapiere übergeben¹⁰⁰
 - Legitimation nicht durch Übergabe des Besitzes wird ersetzt sondern durch Umbuchung vom Depot des Veräußerer in das Depot des Erwerbers¹⁰¹
- c. Orderpapiere
- aa. Orderpapiere allgemein
- Ausgangspunkt: Inhaberpapier
 - Für wirksame Übertragung genügt anders als beim reinen Inhaberpapier nicht allein die Inhaberschaft, zusätzlich muss der Inhaber auf dem Papier als *namentlich* als Berechtigter ausgewiesen sein
 - Übereignung erfolgt durch (vgl. auch §§ 364, 365 HGB)
 - (1) Einigung Übergabe des Papiers (entsprechend § 929 BGB) *und*
 - (2) Versehen des Wertpapiers mit dem Namen des Erwerbers als neuen Berechtigten → Indossament / Indossierung¹⁰²
 - (3) Wenn der Veräußerer als Berechtigter ausgewiesen, auch gutgläubiger Erwerb möglich
 - Grundtyp: Wechsel, vgl. Art. 14, 16 WG
- bb. Namensaktie als Orderpapier
- So funktioniert auch die Namensaktie (§§ 10 I, 2. Alt., 68 I S. 1 AktG)
 - Eine Besonderheit: Anstatt Indossierung auf jeder einzelnen Aktie Führung eines Aktienregisters (vgl. § 67 AktG)
 - Für börsennotierte Gesellschaften überhaupt praktikabel? ¹⁰³
 - Führung des Aktienregisters verursacht Mehraufwand. Warum bevorzugen eine Reihe von Unternehmen, darunter auch große börsennotierte Gesellschaften Namensaktien? ¹⁰⁴

¹⁰⁰ Übertragung von Aktien durch Übergabe der Wertpapiere werden als „Tafelgeschäft“ bezeichnet.

¹⁰¹ Zur Vertiefung für Interessierte: Gemäß § 9a I DepotG erlaubt sämtliche Aktien in einer Sammelurkunde (auch Globalurkunde genannt) zu verbriefen, die bei einer Wertpapiersammelbank verwahrt wird. Die „Aktien“, die man als Anleger im Depot hat, sind regelmäßig die Miteigentumsanteile an der Sammelurkunde. Dieser Miteigentumsanteil ersetzt den Besitz an der Einzelurkunde. Übertragung erfolgt, indem dieser Miteigentumsanteil vom Depot des Veräußers auf das Depot des Erwerbers übertragen wird. Das System indem das geschieht ist der Girosammelverkehr (ausführlich *Claussen* Bank- und Börsenrecht, § 9 Rn. 110 ff. und 268 ff.).

¹⁰² Kommt von *in dosso* (ital., Rückseite), da Name meist auf der Rückseite des Wertpapiers eingetragen wurde. Derjenige der das Recht überträgt wird auch Indossatar (wie Zedent bei Forderungsabtretung), der Erwerber Indossatar genannt (wie Zessionar bei Forderungsabtretung).

¹⁰³ Möglichkeit des Führens des Registers in rein elektronischer Form und damit automatische, mit den Geschäftsvorgängen am Handelsplatz quasi verlinkte Aktualisierung.

¹⁰⁴ Die Gesellschaft vertreten durch den Vorstand hat Überblick, wer an der Gesellschaft beteiligt. Da Adresse einzutragen ist (vgl. § 67 I HGB) ist persönliche Kontaktaufnahme möglich. Ferner kann die Übertragbarkeit unter erleichterten Voraussetzungen eingeschränkt werden, vgl. § 68 II S. 1 AktG. Gerade für Familiengesellschaften oder Gesellschaften mit großen Aktionärsblöcken besteht häufig Interesse der Beteiligten an einer Stabilität und Kontinuität der Beteiligungsverhältnisse. Dies lässt sich bei Namensaktien aus den genannten Gründen besser steuern.

cc. Handelsrechtliche Wertpapiere vgl. § 363 HGB

Fallbeispiel Lagerschein, §§ 475c ff. HGB

A lagert für den B Waren, die B jederzeit abholen kann. Ohne Wertpapier, müssten sich die Angestellten des A auf „das Reden“ des B, also die Behauptung, er sei berechtigt, verlassen. Deshalb stellt er einen Lagerschein mit den Mindestangaben nach § 475c HGB aus. Gemäß § 475d HGB wird vermutet, dass B berechtigt ist. Gemäß § 475f HGB Lagerhalter nur verpflichtet, an den Inhaber des Lagerscheins die Sache herauszugeben¹⁰⁵

(1) Grundmodell des Lagerscheins

- Verschafft dem Rechtsinhaber Möglichkeit, sich zu legitimieren (Leigitimationsfunktion)
- Übertragung der Rechte aus dem Lagervertrag wird hierdurch nicht erleichtert. Papier legitimierte nur denjenigen, für den es ausgestellt ist → Sog. Rektapapier
- Grundmodell: §§783ff . BGB (Anweisung)
- Weitere Erscheinungsformen: Hypothekenbrief (§ 1113 HGB) kaufmännische Wertpapiere, wenn Sie nicht „an Order gestellt sind“ (vgl. § 363 HGB)

(2) „An Order“ gestellter Lagerschein → Orderpapier

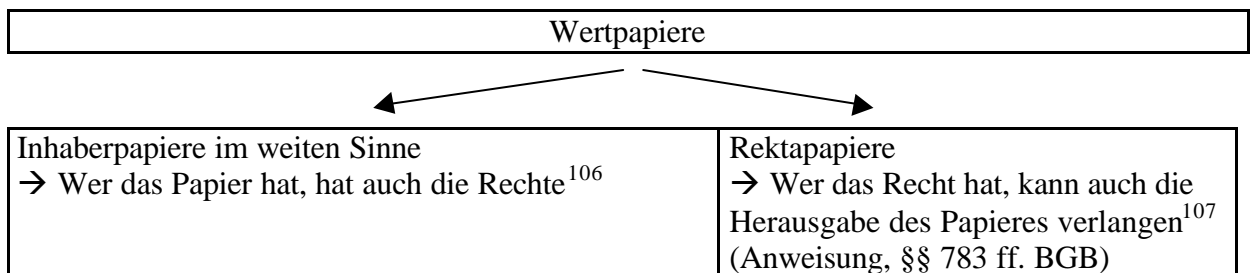
Fortsetzung des Beispiels: B verkauft die Waren an den C und er will, dass C sich die Waren aus dem Lager abholt. Wegen § 475f HGB ist der A nur B gegenüber verpflichtet, die Waren herauszugeben, da nur B als Berechtigter ausgewiesen

- Damit Interesse des B auch die Legitimationswirkung der Lagerscheins auf den C zu übertragen.
- Gemäß §§ 363 I S. 1, 475f S. 1 HGB können die Parteien vereinbaren, dass der Lagerschein „an Order“ lautet. → gekorenes Orderpapier
- Aufgrund einer solchen Vereinbarung können der Lagerschein und die Rechte aus dem Lagervertrag durch Indossament wie oben beschrieben übertragen werden
→ Dadurch der Lagerschein nicht nur Legitimations-, sondern auch Verkehrsschutz und Traditionsfunktion (vgl. § 475g HGB)

(3) Weitere kaufmännische Wertpapiere, die nach diesem Prinzip funktinionieren

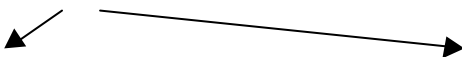
- Ladeschein, §§ 444, 446 I HGB
- Anweisung (vgl. § 363 I HGB i.V.m. § 783 ff. BGB)

d. Zusammenfassende Übersicht



¹⁰⁵ Das ist dasselbe Prinzip wie bei der Gaderobenmarke im Konzert. Da diese aber keine Angaben über den Berechtigten enthält, ist diese ein reines Inhaberpapier (in Form des sog. Inhaberzeichens).

¹⁰⁶ „Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier“



Inhaberpapier im engeren Sinne	Orderpapier
<ul style="list-style-type: none"> - Inhaberschuldverschreibung - Inhaberaktie - Inhaberscheck 	<ul style="list-style-type: none"> „geboren“ - Namensaktie - Wechsel - Schecks wenn nicht Inhaberscheck “gekoren“ (vgl. § 363 I HGB) - Lagerschein an Order - Anweisung an Order

4. Rechtliche Regulierung des Primärmarkts (Zulassung zum Börsenhandel)

- a. Börsengang rechtlich: Zulassung zum Börsenhandel durch Verwaltungsakt, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind (§§ 30, 31 I S. 1 BörsG)
 - § 30 III Nr. 1 BörsG → Anforderungen an die Gesellschaft (dazu b)
 - § 30 III Nr. 2 BörsG → Wertpapierverkaufsprospekt

- b. Anforderungen die Gesellschaft (auch als „Emittent“ bezeichnet)
 - §§ 30 III Nr. 1, 32 BörsG i.V.m. 1 ff. BörsZulVO für Zulassung zum amtlichen Markt
 - Prospekt
 - Mindestkapitalisierung, § 2 BörsZulVO
 - Gesamtnennwert der Aktien EUR 1.250000
 - Mindeststreuung → Streubesitzanteil 25 %, § 9 BörsZulVO
 - Dauer des Bestehens des Emittenten → mind. 3 Jahre, § 3 BörsZulVO
 - ACHTUNG Anforderungen differieren je nach Marktsegment

- c. Gewährleistung der Information der Marktteilnehmer
 - Börsenzulassungsprospekt, der von der BaFin genehmigt werden muss
 - Erforderlichen Informationen Wertpapierverkaufsprospektgesetz¹⁰⁸

5. Rechtliche Regulierung des Sekundärmarkts

Volkswirtschaftlicher / institutionenökonomischer Hintergrund

Die Idee der allokativen Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts (Allokationseffizienz) besteht darin, dass das Kapital dorthin fließen soll, wo es am dringendsten und erfolgversprechendsten benötigt wird. Diese Lenkung des Kapitals wird an der Börse nach der *efficient capital market hypothesis (ECMH)*, dem zentralen Paradigma der modernen Kapitalmarkt- und Finanztheorie, dadurch erreicht, dass sämtliche Informationen sich im Kurs widerspiegeln. Der Börsenpreis ist hiernach das getreue Abbild der Einschätzung der Ertragsaussichten durch den Markt. In der Realität kann die vollständige (in der Sprache der Wirtschaftswissenschaft strenge) Informationseffizienz nicht in vollem Umfang erreicht werden. Daher kann der Börsenkurs immer nur ein Näherungswert zum Gleichgewichtspreis sein. Umso wichtiger ist es, dass ein Höchstmaß an (aktuellen und zukunftsbezogenen) Informationen und eine größtmögliche Markttransparenz gewährleistet werden, damit der Kurs dem Gleichgewichtspreis möglichst nahe kommt. (Daher wäre es präziser nicht vom effizienten, sondern vom möglichst effizienten Kapitalmarkt zu sprechen.)

¹⁰⁷ „Das Recht an dem Papier folgt dem Recht aus dem Papier“.

¹⁰⁸ Beispiel für die enge Verzahnung mit dem Europarecht: Die im Prospekt zu machen Mindestangaben sind in einer EU-Veroerdnung (VO EG Nr. 809/2004 betreffend die in Prospekten enthaltenen Informationen)

Da die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts auf einer größtmöglichen Informationseffizienz basiert, ist die Information der Anleger durch Publizitäts-, Informations- sowie Aufklärungspflichten von entscheidender Bedeutung. Transparenz und Information sind unabdingbare Voraussetzung für eine sachgerechte Anlageentscheidung sowie eine realistische Risikoeinschätzung und damit „Dreh- und Angelpunkt“ des Anlegerschutzes.

→ Aufgabe des Recht ist es, entsprechende Rahmenbedingungen zur Durchsetzung einer möglichst umfassenden Information und Transparenz zu gewährleisten

a. Herstellung von Transparenz

→ Je größer die Informationseffizienz, desto effizienter funktioniert der Markt

aa. Emittentenpflichten

- Pflichten aus § 39 BörsG
 - u.a. angemessene Unterrichtung
 - Konkretisierung in BörsZulVO § 39 II BörsG i.V.m. 53 ff BörsZulVO
- Zwischenberichtspflicht, § 40 BörsG
- Weiter Pflichten, welche die Börse aufstellt - § 42 BörsG iVm BörsO¹⁰⁹
- Ad Hoc Publizität, § 15 WpHG → Haftung §§ 37b, 37 c WpHG
- Veröffentlichung director's dealings, § 15a WpHG
- Führen eines Insiderverzeichnis, § 15b WpHG
- Aufstellung des Konzernabschlusses nach IFRS (§ 315a II HGB iVm Art. 4 IFRS-VO)
- Offenlegung der Vorstandsvergütung (§ 285 Nr. 9 Buchst. 1 HGB)¹¹⁰
- Künftig: Offenlegung der Beteiligungsverhältnisse (Art. 10 ÜbernahmeRiLi)

bb. Pflichten sonstige Beteiligte

- Meldepflichten bei Anteilswerb, §§ 21 ff WpHG

b. Verhaltenspflichten → Gewährleistung von Integrität und Fairness

- Insiderhandelsverbot §§ 12 ff. WpHG
- Verhaltenspflichten aus § 39 BörsG
- Verbot der Marktmanipulation, § 20a WpHG
(wenn Vorstand „zum Wohle des Unternehmens“ manipuliert, wird das dem Emittenten zugerechnet)

6. Durchsetzung der Regelungen

- a. Marktaufsicht durch die Börsen als Behörde
- b. Aufsicht durch die BaFin
- c. Ordnungs- und Strafrecht
- d. Haftung (vgl. §§ 44, 45 BörsG, §§ 37b, 37c WpHG)

¹⁰⁹ Dies ist die rechtliche Anknüpfung für die Einrichtung von *Prime Standard* (zahlreiche zusätzliche Anforderungen, u.a. Quartalsberichterstattung) und *General Standard* (Gesetzliche Mindestanforderungen) an der Frankfurter Wertpapierbörse.

¹¹⁰ Eingeführt durch das Vorstandsvegrütungs-offenlegungsgesetz vom 3.8.2005.

V. Bedeutung der Börsennotierung für das Gesellschaftsrecht

1. Börsennotierte Gesellschaft, Publikumsgesellschaft, Personalistische AG
 - a. Mit der Börsennotierung wird eine personalistische AG zu einer Publikumsgesellschaft
 - b. Börsennotierung ist eine rechtliche Kategorie (vgl. § 3 II BörsG). Publikumsgesellschaft / personalistische Gesellschaft sind keine Rechtsbegriffe, sondern wissenschaftliche Fachbegriffe zur Beschreibung der Realstruktur der Gesellschaft (anders im angelsächsischen Recht: Dort sind public company / private company rechtliche Kategorien)
 - c. Phänomen der nicht börsennotierten Publikumsgesellschaft
 - aa. Anlagemodelle, bei denen dem Anlegerpublikum Anteile an einer KG angeboten werden (Filmfonds, Schiffsfonds, Solar- bzw. Windenergiefonds)
 - bb. AG, deren Aktien ausschließlich im Freiverkehr¹¹¹ (vgl. § 57 BörsG) und an außerbörslichen Märkten (vgl. § 58 BörsG) gehandelt werden
 - d. Bei der börsennotierten Gesellschaft bzw. Publikumsgesellschaft allgemein Aktionär Doppelrolle
 - Mitglied des Verbandes
 - Kapitalanleger
2. Corporate Governance und Entsprechenserklärung
 - a. Corporate Governance Kodex, vgl. Homepage der Regierungskommission <http://www.corporate-governance-code.de>¹¹²
 - b. Entsprechenserklärung, § 161 AktG (Pflicht, die sich an den Vorstand und den Aufsichtsrat richtet
 - Regelungsmodell *comply or explain*
 - Allerdings keine Rechtspflicht zur Begründung von Abweichungen
 - c. Entstehung, Funktion, Inhalt des Kodex siehe Extradatei „Kodex“ auf der Homepage des Lehrstuhls
3. Auswirkungen auf die Managementkontrolle und Corporate Governance
 - a. Börsenkurs als Bewertungsmaßstab
 - b. Analysten, institutionelle Investoren
 - c. Möglichkeit einer feindlichen Übernahme
 - Anreizwirkung eines Marktes für Unternehmensübernahmen
→ „Markt für Unternehmenskontrolle“
 - Funktionsdefizite bei unreguliertem Markt
 - Europarechtliche Dimension des Problems:
Niederlassungsfreiheit, Kapitalverkehrsfreiheit, Übernahmerichtlinie

¹¹¹ Der Handel im Freiverkehr findet zwar an der Börse statt. Rechtstechnisch erfordert die Börsennotierung die Notierung an einem organisierten Markt (vgl. § 3 II AktG, § 2 V WpHG). Der Freiverkehr ist aber ein Markt, das privatrechtlich organisiert ist.

¹¹² Unter der Rubrik „Entsprechenserklärungen“ können Sie die Entsprechenserklärungen des Großteils der börsennotierten Unternehmen einsehen.

4. Regulierung - Übernahmerecht

- a. Information → Erläuterung des Übernahmeangebots § 11 WpÜG¹¹³
- b. Auch bei Herstellung größtmöglicher Transparenz bleiben Ungewissheiten, die einer Entscheidung allein anhand der Angemessenheit des Angebots entgegenstehen (Aktionär muss auch ins Kalkül ziehen, wie sich die anderen Aktionäre entscheiden)
Daher: Vorgaben zur Angemessenheit der Gegenleistung auch bei Übernahmeangebot
- c. Funktion der Regelung des Pflichtangebots (vgl. § 35 WpÜG)
 - Abzugeben nach Erlangung der „Kontrolle“
 - Kontrolle ist gemäß § 29 II WpÜG das Halten von mindestens 30 % der Stimmrechte)
 - Mit Kontrolle durch einen Aktionär sind für die Minderheitsaktionäre Gefahren verbunden, mit denen Sie bei Ihrer Anlageentscheidung nicht gerechnet haben. Sollen daher Möglichkeit haben, gegen eine angemessene Gesellschaft aus der Gesellschaft auszuscheiden
 - Daher unabhängig von Übernahme Pflichtangebot wenn Unternehmen Kontrolle innehat, d.h. 30 % oder mehr der Stimmrechte kontrolliert. (§ 35 I S. 1 i.V.m. § 29 II WpÜG)
- d. Kontrolle und Durchsetzung → Aufgabe der BaFin (§ 4 WpÜG)

5. Börsenkurs und Unternehmenswert

a. Rechtliche Relevanz:

- aa. Abfindungs- und Ausgleichsansprüche des Aktionärs
 - Aktionäre grundsätzlich kein allgemeines Austrittsrecht
Grund: vom Leitbild des Gesetzes kann er die Aktien jederzeit veräußern
 - Bei Strukturänderungen, welche die Gesellschaft und/oder die Rechtsstellung des Aktionärs grundlegend umgestalten, schreibt Gesetz vor, dass Aktionär die Möglichkeit hat, seine Aktien zu einem angemessenen Preis zu veräußern (vgl. u.a. §§ 304, 305, 320b, § 327a I AktG)
 - Diese Normen regeln abschließend das Austrittsrecht aus wichtigem Grund
 - Aktionär kann gerichtliche Überprüfung der Angemessenheit im Spruchverfahren (geregelt im SpruchG) durchsetzen
- bb. Weitere Anknüpfungspunkte für die Frage der Relevanz des Börsenkurses
 - Unternehmenskauf außerhalb der Börse → Bemessung des Kaufpreises
 - Verwertung von Sicherheiten, vgl. u.a. §§ 1221 BGB, § 373 II S. 1 HGB
Angemessenheit von Übernahmeangeboten
 - Börsenkurs / Stock options tauglicher Maßstab für die Leistung der Geschäftsführung?

b. Wirtschaftswissenschaftliche Betrachtung

- aa. Radikalpositionen
 - Bei strikter Anwendung der ECMH Börsenkurs und Unternehmenswert gleichzusetzen
 - Gegner der ECMH meinen, keinerlei Aussagekraft

Eine Strömung in der Wirtschaftswissenschaft, die sog. *Speculative Market Theories*, stellt dieses Modell in Frage. Sie weist darauf hin, dass am Kapitalmarkt nicht nur, wie von der *efficient markets hypothesis* unterstellt, der rationale und sachverständige, aufgrund der Einschätzung der Ertragsaussichten eines Unternehmen handelnde Investor, der sog. *smart money investor*, auftritt, sondern viele Teilnehmer, die diesem Leitbild nicht entsprechen, der sog. *ordinary investor*. Daher stünde die Wette auf das Verhalten der Mehrheit der

¹¹³ Beachte auch Haftung nach § 12 WpÜG → Strukturparallele zum Prospekt

Markteilnehmer im Mittelpunkt. Bei dieser Wette seien die Marktpsychologie, äußere Ereignisse und reine Spekulation maßgeblich. Die Unternehmensdaten seien hierbei nur ein Faktor von vielen¹¹⁴. Nach der *Chaostheorie* beruhen Kursveränderungen vor allem auf nicht linearen Informationsströmen, so dass kleine Zusatzinformationen, zu großen Kursbewegungen führen könnten. Daher führten Börsenkurse zu „Spekulativen Übertreibungen“.

Die Konzeption des Aktien- und Kapitalmarktrechts gründet jedoch auf der Annahme der Eignung des Kapitalmarkts zur effizienten Informationsverarbeitung. Stellvertretend sei hier die Regierungsbegründung zum KonTraG¹¹⁵ angeführt: „Bei einem funktionierenden Kapitalmarkt spiegelt der Kurs die Summe der Einschätzungen des Markts über den Wert und die Zukunftschancen des Unternehmens wider“. Diese Bewertung teilt auch die wohl h. M. in den Wirtschaftswissenschaften. Sie kann plausible Argumente und auch empirische Untersuchungen vorweisen, die dafür sprechen, dass an den Kapitalmärkten zumindest eine schwache Informationseffizienz herrscht, und sehr wohl im Regelfall ein Zusammenhang zwischen Aktienkurs und Unternehmenserfolg besteht. Daher sollte der Einschätzungsvorrang des Gesetzgebers beachtet werden. Die Annahme, dass im Regelfall an einem Kapitalmarkt ohne erhebliche Funktionsdefizite eine effiziente Preisbildung stattfindet, sollte daher Betrachtungen im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht zugrunde gelegt werden.

bb. Vermittelnde Betrachtung, die der rechtlichen Regulierung zugrunde liegt

- (1) Märkte nicht perfekt, keine volle Informationseffizienz
- (2) Andererseits: erhebliche Aussagekraft, sog. schwache Informationseffizienz
→ BVerfG: Börsenkurs verbindlich die Untergrenze
- (3) Wichtige Differenzierung: Damit Börsenkurs aussagekräftig, muss der Handel Mit den jeweiligen Wertpapieren bestimmte Mindestanforderungen erfüllen
 - Gewisser Mindestumfang von Umsätzen
 - Ferner problematisch bei geringem *free float*
- (4) Fazit:
 - Börsenkurs ein wichtiger, wenn nicht der wichtigste Parameter für die Bewertung eines Unternehmens
 - Im Vergleich zu anderen Methoden hohes Maß an Objektivität
 - Aber nicht blind auf diesen Maßstab vertrauen

c. Konsequenzen in Rechtsprechung und Rechtsverkehr

aa. Bestimmung der Abfindung

- (1) Besondere Umstände aufgrund derer Börsenkurs nicht funktionsfähig?
- (2) BVerfG: gewichteter Durchschnittskurs Untergrenze
- (3) Erstellung eines Bewertungsgutachtens
 - Höher als Börsenkurs, dieses verbindlich
 - Niedriger, Börsenkurs verbindlichBeachte WpÜG: Börsenkurs grundsätzlich alleiniger Maßstab
(§ 31 I S. 2 WpÜG iVm § 5 WpÜG-AngebotsVO)

- bb. Regelungen, die auf den Börsenpreis abstellen
u.a. § 1221 BGB, § 373 II S. 1 HGB

VI. Aktionärsrechte und Gerichtlicher Rechtsschutz der Aktionäre

¹¹⁴ Galbraith (Atlantic Monthly 1987, 62) spricht von „dynamic of speculation“. Plastisch veranschaulicht ist diese Sichtweise bei Keynes (The General Theory, 136) “There is no clear evidence from experience that investment policy which is socially advantageous coincides with that which is most profitable”.

¹¹⁵ BT-Druck13/9712, 23.

1. Abgrenzung Kapitalmarktrecht → Schutz in seiner Rolle als Kapitalanleger
 - a. Schutz als Reflex des Publikumsschutz
 - b. Zunehmende Bedeutung Individualschutz
 - nicht mittels individuellen Befugnissen, sondern Schadensersatz und Ausgleichsansprüchen
 - §§ 37b, 37c WpHG, 44, 45 BörsG, § 29 WpÜG

2. Die Rechtsposition des Aktionärs als Verbandsmitglied
 - a. Rechte der Mitgliedschaft
 - aa. Teilhabe- und Schutzrechte
 - Recht zur Teilnahme an der Hauptversammlung, Stimmrecht, §§ 133-137 AktG
 - Informations- und Kontrollrechte, vgl. § 131 AktG¹¹⁶, zur gerichtlichen Durchsetzung vgl. § 132 AktG
 - Befugnis Ansprüche der Gesellschaft gegen Gesellschafter gerichtlich geltend zu machen (sog. *actio pro socio* s.o. III.4.b)
 - bb. Vermögensrechte
 - Anspruch auf Beteiligung am Gewinn und Entnahmerecht
 - Gewinnbeteiligung (§ 60 AktG)
 - Entnahmerecht (-) → Verbot der Einlagenrückgewähr, § 57 I, III AktG
 - Bezugsrecht (§ 182 I AktG); besteht nach BGH auch bei der GmbH
 - Beteiligung am Erlös bei der Liquidation der Gesellschaft
 - § 271 AktG
 - b. Mitgliedspflichten
 - aa. Beitragspflichten (vgl. §§ 36a, 54 AktG), meist vertraglich geregelt
 - Anspruch der Gesellschaft auf Leistung der Beiträge ist sog. *Sozialverbindlichkeit* (Pflicht des Mitglieds ggü der Gesellschaft)
 - bb. Treupflichten → ergeben sich aus Gesetz, können vertraglich kodifiziert
 - (1) Spezielle gesetzliche Ausprägungen, insbes. Wettbewerbsverbot
 - ausdrücklich nicht geregelt
 - Ähnl. wie beim Kommanditisten kann sich bei einflussreichem Aktionär Wettbewerbsverbot aus der Treupflicht ergeben
 - (2) Allgemeine Treupflicht → auch bei AG

3. Gerichtlicher Rechtsschutz des Aktionärs
 - a. Gegen Durchführung von Maßnahmen → unterscheide:
 - aa. Geschäftsführungsmaßnahmen – grundsätzlich keine Handhabe
 - bb. Grundlagengeschäfte, Strukturänderungen
 - Beschlussanfechtung, vgl. §§ 241 ff. AktG

 - b. Schadensersatzansprüche
 - aa. Schadensersatzansprüche des Aktionärs
 - diese sind die Ausnahme (§§ 117 I S. 2 AktG, § 317 I S. 2 AktG)
 - praktisch wichtige Schadensersatzansprüche sind kapitalmarktrechtlich (s.o. 1.)

 - bb. Schadensersatzansprüche der Gesellschaft

¹¹⁶ Kein allgemeines Auskunftsrecht, sondern nur bezüglich der Gegenstände, die relevant sind für die Beurteilung von Tagesordnungspunkten in der Hauptversammlung.

→ Kein eigener Anspruch. Aktionär klagt als Sachwalter der Interessen der Gesellschaft (*actio pro socio*) auf Leistung von Schadensersatz an die Gesellschaft (s.o. III.4.b)

- c. Abfindungs- und Ausgleichsansprüche
 - Aktionäre grundsätzlich kein allgemeines Austrittsrecht
Grund: vom Leitbild des Gesetzes kann er die Aktien jederzeit veräußern
 - Bei Strukturänderungen, welche die Gesellschaft und/oder die Rechtsstellung des Aktionärs grundlegend umgestalten, schreibt Gesetz vor, dass Aktionär die Möglichkeit hat, seine Aktien zu einem angemessenen Preis zu veräußern (vgl. u.a. §§ 304, 305, 320b, § 327a I AktG)
 - Diese Normen regeln abschließend das Austrittsrecht aus wichtigem Grund
 - Aktionär kann gerichtliche Überprüfung der Angemessenheit im Spruchverfahren (geregelt im SpruchG) durchsetzen

D. Das Unternehmen im Rechtsverkehr II

§ 13 Einführung

I. Wiederholung und Überblick

1. Definition des Kaufmanns, §§ 1 ff. HGB (vgl. o. §§ 1- 3)
2. Unternehmen im Rechtsverkehr I
 - a. Handelsregister, §§ 8 ff. HGB (vgl. o. § 5)
 - Pflicht zur Anmeldung von Firma, Sitz und anderen Angaben (§ 29 HGB)
 - Publizitätswirkungen des Handelsregister (§ 15 HGB)
 - b. Firma, §§ 17 ff. HGB
 - Vorgaben für die Firmenbildung (§§ 17, 18 HGB)
 - Haftung bei Fortführung der Firma / Erwerb des Geschäfts (§§ 22 ff. HGB)
 - c. Handelsrechtliche Vertretung, §§ 48 ff. HGB (vgl. o. § 4)
 - Prokura (§§ 48 ff. HGB)
 - Handlungsvollmacht (§ 54 HB)
 - Vollmacht des Ladenangestellten (§ 56 HGB)
 - d. Selbständige Hilfspersonen des Kaufmanns, insbesondere Handelsvertreter, §§ 84 ff. HGB
3. Handelsgesellschaften
 - a. OHG - §§ 105 ff. HGB (vgl. o. §§ 6, 7)
 - b. KG - §§ 161 ff. HGB (vgl. o. § 10)
 - c. Juristische Personen als Rechtsträger von kaufmännischen Unternehmen
 - GmbH → GmbHG (vgl. o. § 11)
 - AG → AktG (vgl. o. § 12)
4. Rechnungslegung, §§ 242 ff. HGB (nicht Stoff dieser VL)
 - Pflicht zur Aufstellung eines Jahresabschluss (§ 242 HGB)

- Allgemeine Vorgaben für die Erstellung des Jahresabschlusses (§§ 243 ff. HGB)
- Spezielle Vorgaben für Kapitalgesellschaften (§§ 264 ff. HGB)
- Vorgaben für Konzernabschluss und Konzernlagebericht (§§ 290 ff. HGB)

II. Themen Unternehmen im Rechtsverkehr II

- Allgemeine Vorgaben für Handelsgeschäfte (§ 343 ff. HGB, **dazu § 14**)
 - a. Definition (§§ 343 – 345 HGB)
 - b. Spezielle Vorgaben für Verträge mit Beteiligung eines Kaufmanns (§§ 346 – 372 HGB)
- Handelskauf (§§ 373 – 381 HGB), **dazu § 15**
- Beschaffung und Vertrieb im Handelsverkehr, **dazu § 16**
- Transport im Handelsverkehr (Überblick) **dazu § 17**

§ 14 Allgemeine Vorgaben für Handelsgeschäfte

I. Handelsgeschäft i.S.v. § 343 HGB

- § 343 HGB: „alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebes seines Handelsgewerbes gehören“
 - § 345 HGB:
 - > Grundsätzlich Vorschriften der §§ 346 ff. HGB bereits dann Anwendung, wenn einer der beiden Vertragspartner Kaufmann
 - > Nur wenn Gesetz ausdrücklich von „beiderseitigem Handelsgeschäft“ oder „für beide Seiten ein Handelsgeschäft“, dann müssen beide Teile Kaufleute sein
- Zwei Punkte prüfen:
- „Geschäfte eines Kaufmanns“ (dazu 1.)
 - „die zum Betriebe eines Handelsgewerbes gehören“ (dazu 2.)
1. „Geschäfte eines Kaufmanns“
- Prüfen der Kaufmannseigenschaft nach den §§ 1 ff. (vgl. o. §§ 2, 3):
- Ist-Kaufmann
 - eingetragener „Kannkaufmann“
 - Handelsgesellschaft oder Formkaufmann
2. „die zum Betriebe eines Handelsgewerbes gehören“
- Abgrenzung zu Privatangelegenheiten
- Bsp.: Kaufmann bucht für sich Urlaubsreise
- Für Beweisbarkeit hilft Vermutung in § 344 I HGB

Hinweis: Abgrenzung zu Handelsgeschäft in § 48 I S. 1 HGB

unglückliche Terminologie des Gesetzgebers: mit 2Inhaber eines Handelsgeschäft“ ist natürlich Inhaber bzw. Betreiber eines Handelsgewerbes gemeint

3. Rechtsfolge des Vorliegens eines Handelsgeschäfts i.S.v. § 343 HGB

- Vorschriften der §§ 346 – 372 finden Anwendung, u.a.
- Berücksichtigung von Handelsbräuchen (§ 346 HGB)
 - Kaufmännische Sorgfaltspflicht (§ 347 HGB)
 - keine Geltung von Schutzvorschriften des BGB (§§ 348 – 350 HGB)
 - Besondere Zinsregelungen (§§ 352, 353 HGB)
 - Grundsatz der Entgeltlichkeit (§ 354 HGB)

- Kaufmännisches Kontokorrent (§§ 355 – 357 HGB)
- Besondere Vorgaben für Kaufverträge „Handelskauf“ (§§ 373 – 381 HGB)

II. Überblick: Modifikationen der BGB im Handelsverkehr

A. Anwendbares Recht

1. Beide Vertragsparteien Sitz im Inland → zwingend BGB
2. Art. 27 EGBG: bei Vertrag mit Auslandsbezug (vgl. Art. 3), können Parteien das auf das Recht anwendbare Recht frei wählen
(Wenn aus dem Vertrag sich keine Rechtswahl ergibt, dann das Recht, zu welchem Vertrag engste Verbindung aufweise, Art. 28 EGBG)

B. Entstehen des Anspruchs → Zustandekommen des Vertrages

1. Einigung über die wesentlichen Vertragsbestandteile
→ übereinstimmende Willenserklärungen
 - a. Allgemeine Regelung im BGB
 - Angebot (§ 145 BGB)
 - Annahme (§§ 147 ff. BGB)
 - b. Grundsatz: Annahme muss ausdrücklich erfolgen, Schweigen keine Annahme (dazu gleich III.)
 - aa. Ausnahme 1: § 362 HGB
 - bb. Ausnahme 2: Grundsätze zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben
2. Wirksame Vertretung
 - a. Allgemeine Vertretungsregeln des BGB (§§ 164 ff. BGB)
 - b. Spezielle Vorgaben zur handelsrechtlichen Vertretung
 - aa. Art und Weise der Vollmachterteilung (z.B. § 48 I HGB)
 - bb. Umfang der Vertretungsmacht (u.a. § 49 I / § 54 / § 56 HGB)
 - c. Vertrauensschutz auf Ermächtigung des Vertreters
 - aa. BGB: Anscheins- und Duldungsvollmacht
 - bb. Vertrauensschutz auf Bestehen der Vertretungsmacht: § 15 I u. § 15 III HGB
 - cc. Vertrauensschutz auf Umfang der Vertretungsmacht (§ 50 III / 54 III HGB)
3. Formwirksamkeit der Einigung
 - a. BGB: Bürgschaft, § 766 BGB → Schriftform
 - b. HGB: § 350 HGB
4. Wirksame Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
 - a. Vertrag Unternehmer mit Verbraucher → §§ 305 – 309 BGB
 - b. Vertrag mit Beteiligung eines Unternehmers (§ 14 bGB)
→ § 305 II, III und die §§ 308 – 309 BGB keine Anwendung (§ 310 I BGB)
→ Inhaltskontrolle der Klauseln nur anhand von § 307 BGB

C. Auslegung des zustande gekommenen Vertrages

1. Allgemeine Regeln: §§ 133, 154, 155, 157 BGB
2. HGB
 - a. Handelsbräuche, § 346 HGB

- b. Handelsklauseln (*Incoterms* aus dem Jahr 2000, Bsp.: FOB – *free on board* CIF *cost, insurance free*)
3. Zweifelsregelungen hinsichtlich Leistungsort / Leistungszeit
 - a. Allgemeine Regelung §§ 269 – 271 BGB
 - b. Spezielle Regelungen: §§ 358, 359 HGB
4. Grundsatz der Entgeltlichkeit
 - a. BGB: Entgelt nur, wenn ausdrücklich vereinbart
 - b. § 354 HGB: Im Zweifel kann Kaufmann für seine Tätigkeit auch dann ein angemessenes Entgelt verlangen, wenn nicht ausdrücklich vereinbart

D. Gegenrechte des Schuldners

1. Aufrechnung
 - a. Ausdrückliche Aufrechnungserklärung erforderlich (§§ 387, 388 BGB)
 - b. Automatische Verrechnung bei Vereinbarung eines Kontokorrents (§ 355 HGB)
2. Zurückbehaltungsrecht
 - a. BGB: § 273 BGB → Erfordernis der Konnexität
 - b. HGB: § 369 HGB
 - Gegenforderung muss mit Hauptforderung nicht in direkten Zusammenhang stehen (Konnexität nicht erforderlich)
 - Zurückbehaltener Gegenstand kann wie Pfandrecht versteigert werden (§ 371 II HGB i.V.m. §§ 1228 ff.)¹¹⁷
3. Speziell bei Bürgschaft
Grundsätzlich bestehende Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) steht dem kaufmännischen Bürgen nicht zu (§ 349 HGB)

E. Leistungsstörungen

1. Schadensersatz
 - Setzt idR Verschulden voraus (vgl. §§ 280 I S. 2 BGB)
 - § 347 HGB: kaufmännische Sorgfaltspflicht (Modifikation des allgemeinen Maßstabs in § 276 BGB)
2. Vertragsstrafe
(auch Konventionalstrafe genannt)
 - Grundsätzlich kann Vertragsstrafe durch Urteil nach § 343 BGB herabgesetzt werden
 - § 348 HGB schließt diese Möglichkeit aus

III. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Fallbeispiel Die Architekten A, B und C gründeten im Mai 2002 die Gesellschaft "Planungsbüro A, B und C GbR mbH". Im Gesellschaftsvertrag ist vereinbart, dass die Gesellschafter bei allen Geschäftsführungsmaßnahmen die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beachten müssen und demgemäß Vertretungs- und Verpflichtungsbefugnis nur für das Gesellschaftsvermögen haben. Im Juli 2002 schickte der A, der in der Vergangenheit mit Wissen von B und C schon häufiger eigenverantwortlich

¹¹⁷ Wenn Gegenstand Börsen- oder Marktpreis hat, ist freihändiger Verkauf möglich § 1235 II i.V.m. § 1221 BGB).

Material bestellt hatte, namens der Gesellschaft dem E eine Aufforderung zur Zusendung von Angeboten für einen Kopiergerät. Diese Aufforderung zeichnete er mit dem Stempel „Planungsbüro A, B und C GbR mbH“. Der E sandte ihm daraufhin per Fax eine Liste mit Angeboten. Auf der Grundlage dieser Liste rief der A beim E an und sie verhandelten über die verschiedenen Modelle, Preise und Zahlungsmodalitäten. Dabei einigten sie sich mündlich auf die Lieferung von zwei Kopierern des Typs CX-P-35 zum Listenpreis von je 2.500 € und unterzeichnet mit der Bezeichnung „vertretungsberechtigter Gesellschafter“. Der E faxte zwei Tage später folgendes an das „A, B und C Planungsbüro GbR mbH“ adressierte Schreiben: „Hiermit bestätigen wird die Bestellung von zwei Kopierern des Typs CX-P-40 zum Preis von je 2.700 € Kurz darauf werden die zwei Kopierer des Typs CX-P-40 geliefert und der Preis von je 2.700 € pro Gerät in Rechnung gestellt. Kann E Zahlung des Kaufpreises für die Geräte von der A, B und C GbR mbH verlangen?“

Voraussetzung ist Zustandekommen eines Kaufvertrages (§ 433 II BGB)

1. Einigung – übereinstimmende Willenserklärungen
 - a. Angebot (siehe § 145 BGB)
 - aa. Zusendung des Katalogs (-) → invitatio ad offerendum
 - bb. Erst die Bestellung ist Angebot
 - b. Annahme durch den E mit dem Fax (siehe § 147 BGB)
 - aa. Grundsätzlich (-) wg. § 150 I BGB
 - bb. Annahme dieses Angebots
 - (1) Grundsätzlich Schweigen keine Willenserklärung,
 - (2) Ausnahme von § 362 I HGB greift nicht ein (schon kein Kaufmann, aber auch es geht auch um keine Geschäftsbesorgung)
 - (3) Aber hier könnte eine Einigung nach den **Grundsätzen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens** zustande gekommen sein.
 - (a) **Anwendbarkeit**
 - (b) **Vorverhandlungen, keine bloße Auftragsbestätigung**
 - (c) **Unmittelbarkeit (Zeitfaktor)**
 - (d) **Schutzwürdigkeit des Vertrauens Absenders (Billigkeitsfaktor)**
 - (e) **Zugang des Schreibens**
 - (f) **Kein rechtzeitiger Widerspruch**

Voraussetzung des Bestätigungsschreiben im Einzelnen

- (a) Anwendbarkeit
Früher galt als Handelsbrauch unter Kaufleuten. Mittlerweile werden sie als zu Gewohnheitsrecht erstarkte Verkehrssitte angesehen, die für alle, die zu Erwerbszwecken berufsmäßig am Rechtsverkehr teilnehmen. Daher muss der **Empfänger** nicht Kaufmann sein, es reicht, wenn er Unternehmer iSv § 14 BGB ist. Das Architektenbüro ist ein Unternehmen iSv § 14 BGB.
Wichtig: Es kommt nur darauf an, dass der Empfänger Unternehmer ist. Der Absender kann nach h.M. auch Verbraucher sein (daher muss auch die Unternehmereigenschaft des E nicht näher geprüft werden).
- (b) Dem Schreiben müssen hinreichend konkretisierte, ernsthafte Verhandlungen vorangegangen sein
- (c) Das Schreiben muss zeitlich unmittelbar auf die Verhandlungen folgen. Das

Verstreichenlassen mehrerer Tage muss nicht schaden, soweit das Schreiben erkennbar auf die Vorverhandlungen Bezug nimmt

- (d) Bestätigung darf nicht bewusst unrichtig oder entstellend sein. Ferner darf soweit entfernt, dass der Bestätigende redlicherweise und verständigerweise nicht mit dem Einverständnis des Empfängers rechnen kann. S
(Diese Einschränkung eng auslegen, Begründung: Verkehrsschutz)
- (e) Das Schreiben muss zugehen, § 130 BGB
- (f) Kein rechtzeitiger Widerspruch
Der Widerspruch ist rechtzeitig, wenn er ohne schuldhaftes Zögern erfolgt. Hier ist er ganz unterblieben
→ Voraussetzung liegen hier vor
→ Damit von einer Einigung über die Lieferung Typs CX-P-40 zum Preis von je 2.700

2. Wirksame Vertretung durch A?

- es geht um Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises gegen die GbR
- Also besteht Anspruch nur dann, wenn die Willenserklärung des A gemäß § 164 I BGB zugerechnet wird
- a. Vertretungsmacht bei der GbR
 - §§ 714, 709 BGB → Gesamtvertretung
 - A hat allein gehandelt.
 - kein nachträgliche Genehmigung (§ 117 I BGB) durch die Mitgesellschafter
→ im Innenverhältnis ohne Vertretungsmacht
- b. Zurechnung nach § 164 I BGB nach den Grundsätzen der Anscheins- oder Duldungsvollmacht?
 - A hat der Vergangenheit mit Duldung von B und C wiederholt allein Verträge im Namen der GbR geschlossen
 - dadurch Rechtsschein gesetzt, dass A zur Vertretung berechtigt
 - dieser noch verstärkt durch die Bezeichnung des A als „vertretungsberechtigter Gesellschafter“
 - E hat darauf vertraut und sein Vertrauen war auch schutzwürdig
→ Voraussetzung liegen hier vor
→ Damit von einer Einigung über die Lieferung Typs CX-P-40 zum Preis von je 2.700
→ Anspruch des E auf Zahlung von EUR 2.700,- (+)

§ 15 Der Handelskauf

I. Rügeobliegenheit

1. Inhalt und Zweck der Regelung

Sachmängelgewährleistung im Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher Wenn die Sache einen Sachmangel (vgl. § 434 BGB) aufweist, dann hat der Käufer folgende Sachmängelgewährleistungsrechte

≥ Stufe 1 – Vorliegen eines Sachmangel

→ Kann Nacherfüllung verlangen (also Reparatur oder Ersatzlieferung)
(vgl. §§ 439, 440 BGB)

→ bis ordnungsgemäß erfüllt, Zahlung des Kaufpreises verweigern

(§ 320 BGB)

> Stufe 2 Sachmangel und

- Wenn keine Nacherfüllung nach vergeblicher Fristsetzung *oder*
- Unmöglichkeit / Unzumutbarkeit / Verweigerung der Nacherfüllung,
→ wahlweise Minderung des Kaufpreises oder Rücktritt

> Wenn Sachmangel vom Verkäufer verschuldet, dann kommt zusätzlich Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§§ §§ 437 Nr. 3, 280, 281, 283 BGB in Betracht)

b. Verjährung, § 438 I Nr. 3 BGB

- Käufer hat zwei Jahr Zeit, diese Mängel geltend zu machen, einzige Einschränkung: § 442 BGB
- Folge: für Verkäufer 2-jährige Ungewissheit verursacht Kosten

c. Modifikation im Handelsverkehr in § 377 HGB

- § 377 I, II HGB: Käufer kann sich nur dann auf Sachmangel berufen, wenn er die Ware unverzüglich untersucht hat und den Mangel unverzüglich anzeigt
- Wenn der Käufer Kaufmann weniger schutzwürdig:
 - ist im Hinblick auf die Ware in der Regel kundig
 - Allgemein im Geschäftsverkehr zu erhöhter Sorgfalt verpflichtet (vgl. § 347 HGB)
- Für Verkäufer wird so frühzeitig Rechtssicherheit geschaffen

2. Fallbeispiel

B ist Inhaber eines im Handelsregister eingetragenen Obsthandels. Von einer Radtour aus Tschechien zurückgekehrt ist der B ganz begeistert von den hervorragenden Aprikosen aus Mähren in der Gegend zwischen Brno (Brünn) und Mikulov. B bestellt im Mai 2004 beim im Handelsregister eingetragenen Großhändler H 10.000 Dosen mit mährischen Aprikosen zum Preis von EUR 700,--. Im August 2004 werden beim B 9.950 Dosen mit Aprikosen angeliefert. Bei der Anlieferung schaut sich B stichprobenartig den Inhalt von zwei Dosen an, und ist mit der Bestellung zufrieden. Allerdings stellt er anhand der Dosenetiketten fest, dass die Aprikosen aus der Gegend um Litomerice (Leitmeritz) stammen und damit aus Nordböhmen und nicht aus Mähren. B gelingt es am 6. September eine erste Charge von 300 Konserven an den Gemüsehändler G zu liefern. Als G die Konserven überprüft, stellt er fest, dass bei zwei Konserven die Aprikosen verschimmelt sind und beschwert sich beim B. Daraufhin schaut sich auch der B eine Reihe von Dosen näher an und stellt fest, dass bei vielen bereits der Schimmel angesetzt hat.

Was kann B unternehmen?

- Wenn Kaufpreis noch nicht gezahlt hat, dann kann er Zahlung des Kaufpreises verweigern (§ 320 BGB)
- Ansonsten kann er Frist zur Lieferung einwandfreier Aprikosen setzen
- Beide Varianten setzen voraus, dass Sachmangel vorliegt und die Berufung auf den Sachmangel nicht durch § 377 HGB ausgeschlossen ist.

1. Mangelhaftigkeit – Sachmangel i.S.v. § 434 BGB

a. § 434 I S. 1 – Abweichung von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit
Vereinbart waren Aprikosen aus Mähren, es wurden aber Aprikosen aus Böhmen geliefert. Damit Abweichung von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit

b. § 434 I S. 2 BGB

Über den Zustand der Aprikosen wurde keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen. Schimmelige Aprikosen eignen sich nicht für die gewöhnliche Verwendung, nämlich den Verzehr. Soweit man hier nicht bereits § 434 I S. 2 Nr. 1 BGB für einschlägig hält, jedenfalls nach § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB Sachmangel.

2. Vorliegen des Sachmangels zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs, §§ 434 I, 446: Schon zum Zeitpunkt der Übergabe waren die Aprikosen mangelhaft.

3. Ausschluss der Gewährleistung wegen Verletzung der Rügeobliegenheit gem. § 377 HGB

Der Anspruch könnte gemäß § 377 HGB wegen Verletzung der unverzüglichen Untersuchungs- und Rügeobliegenheit ausgeschlossen sein. Gemäß § 377 II HGB gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, der Mangel war bei der Untersuchung nicht erkennbar.

zwei Schritte sorgfältig auseinander halten:

Erster Schritt: Besteht überhaupt eine Rügeobliegenheit ? (dazu a)

Zweiter Schritt: Wurde ihr nicht nachgekommen ? (dazu b)

a. Bestehen einer Rügeobliegenheit

aa. „beiderseitiges“ Handelsgeschäft

→ § 343 HGB, Handelsgeschäfte: Geschäfte eines Kaufmanns, sowohl H als auch B müßten Kaufmann sein und der Kauf müßte für beide Kaufleute zum Betrieb ihres Handelsgewerbes gehören.

→ Der Kauf ist ein beiderseitiges Handelsgeschäft → damit Handelskauf → die Vorschriften zur Rügeobliegenheit nach § 377 HGB sind anwendbar

bb. Ablieferung der Sache

Grundsatz Ablieferung liegt vor, wenn die Ware so in den Machtbereich des Käufers gelangt ist, dass dieser die tatsächliche Möglichkeit zu ihrer Untersuchung hat.

nn der Abnehmer kein Kaufmann ist (siehe dazu Abwandlung

cc. Mangel i.S.v. § 377 HGB

Die Rügeobliegenheit besteht nur hinsichtlich von *Sachmängeln*

(1) Hinsichtlich der Schimmeligkeit liegt ein Sachmangel vor

(2) Hinsichtlich der Herkunft (Böhmen statt Mähren) liegt eine sog. *aliud*-Lieferung (Falschliefereung) vor

Die Vorschrift des § 434 III BGB stellt zunächst klar, dass auch eine *aliud*-Lieferung ein Sachmangel ist.

(3) Auch die Zuweniglieferung ist ein Mangel i.S.v. § 377 HGB, der unverzüglich gerügt werden muss

b. Verletzung der Rügeobliegenheit

Der Käufer hat die Obliegenheit, Mangel der Ware unverzüglich rügen. (Die Rechtzeitigkeit der Rüge wird in den meisten Fällen davon abhängen, dass der Käufer die Ware auch unverzüglich untersucht.)

aa. Unverzüglich i.S.d. § 377 I HGB

Allgemeine Vorgaben

- wie § 121 Abs. 1 S. 1 BGB - "ohne schuldhaftes Zögern" usw.
- zu berücksichtigen sind sämtliche Umstände des Einzelfalls
- → Unterscheidung zwischen:
 - (1) Sachmangel ohne Untersuchung erkennbar (offener Mangel), § 377 Abs. 1 HGB = Rüge unverzüglich nach Ablieferung
 - (2) Sachmangel durch angemessene Untersuchung erkennbar (offener Mangel), § 377 Abs. 1 HGB = Rüge unverzüglich nach Untersuchung (aber auch Untersuchung muss unverzüglich erfolgen sog. Kettenpflicht: Rüge muss unverzüglich sein, daher muss auch die Untersuchung unverzüglich erfolgen)
 - (3) Sachmangel durch angemessene Untersuchung nicht erkennbar (versteckter Mangel), § 377 Abs. 3 HGB = Rüge unverzüglich nach der Entdeckung (gem. h.M. grds. spätestens 2 Jahre nach Ablieferung)

Anwendung auf den Fall

- (1) Rüge wegen der Herkunft (Böhmen statt Mähren)
 - es liegt ein offener Mangel vor, denn die Herkunft war anhand der Etiketten erkennbar. Daher ist hier die Untersuchung unverzüglich nach der Ablieferung vorzunehmen.
 - Rüge verspätet
- (2) Auch Zuweniglieferung offener Mangel
 - Rüge verspätet
- (3) Rüge wegen der Schimmeligkeit der Aprikosen
 - Mangel bei Betrachtung der Konserven nicht gleich erkennbar
 - Gemäß § 377 I S. 1 HGB müssen auch die Mängel unverzüglich gerügt werden, die der Käufer bei einer nach ordnungsgemäßem Geschäftsgang tunlichen Überprüfung alsbald nach der Ablieferung erkennen kann.
 - was "nach ordnungsgemäßem Geschäftsgang tunlich ist" (§ 377 I HGB):
 - mangelnde Sachkunde kann der Käufer nicht geltend machen - zur sachgemäßen Untersuchung gehört daher unter Umständen die Zuziehung eines Sachverständigen
 - die Rügeobliegenheit dient einer interessengerechten Risikoverteilung zwischen Käufer und Verkäufer: § 377 HGB dient der Rechtssicherheit. Der Verkäufer soll schnellstmöglich Gewissheit haben, ob er mit der Geltendmachung von Sachmängel rechnen muss. Andererseits muss dem Käufer die Untersuchung zumutbar sein
 - Eine Untersuchung, die - wie bei der Öffnung von Konserven - dazu führt, dass die Ware nicht mehr verkauft werden kann (weiteres Bsp.: Öffnen einer Originalverpackung), ist dem Käufer grundsätzlich nicht zumutbar und damit untunlich.
 - Anders bei Massenerlieferungen dem Käufer zumutbar, Stichproben zu machen, auch wenn diese Stichproben nach der Untersuchung nicht mehr brauchbar sind, wenn der Mangel nur auf diese Weise ermittelt werden kann.
 - nach dieser Rspr. war hier die Untersuchung von mindestens 10 Dosen tunlich. Der B hat bei der Anlieferung nur zwei Dosen untersucht. Damit hat er nicht getan, was „im Geschäftsgang tunlich ist“. Daher kann er sich nicht darauf berufen, dass es sich um einen versteckten Mangel i.S.v. § 377 II HGB handelt. Es liegt versteckter, sondern ein – bei Beachtung der Sorgfaltspflichten – entdeckbarer Mangel handelt.
 - die nähere Untersuchung, die nach der Beschwerde des G vorgenommen wurde, war

verspätet

→ Keine rechtzeitige Rüge des Mangels

c. Redlichkeit des Verkäufers - § 377 V HGB

d. Folgen der Verletzung der Rügeobliegenheit

Unterlässt der Käufer die Rüge, gilt die Ware als genehmigt, der Käufer kann sich nicht mehr auf die Rechte aus §§ 437 ff. BGB berufen. Auch sonst können aus Qualitätsmängeln keine Ansprüche hergeleitet werden

→ Folglich sind alle Gewährleistungsansprüche wegen Sachmängel ausgeschlossen

→ Damit hat der Verkäufer seine Leistung ordnungsgemäß erbracht

→ B kann sich nicht auf die Sachmängel berufen

II. Sonstige Vorgaben zum Handelskauf

1. Bestimmung zum Annahmeverzug (Verzug des Käufers)

a. Grundregeln im BGB §§ 293 ff. BGB

b. Spezialregelungen in § 373 HGB

- § 373 I HGB Lagern im öffentlichen Lagerhaus (BGB: § 304 BGB)

- § 373 II HGB: Nach Androhung Versteigerung / Verkauf zum Börsenpreis

2. Fixhandelskauf, § 376 HGB

→ Regelung zum Schuldnerverzug (Verzug des Verkäufers mit der Lieferung)

a. BGB: Wenn Verkäufer verspätet liefert, grundsätzlich kein sofortiges Rücktrittsrecht.
nur Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung möglich¹¹⁸

b. § 376 HGB:

- Lieferung zu festbestimmter Zeit (z.B. Klausel: „prompt“, „fix“, „genau“, „präzis“
oder wenn bei Incoterms *fob* (*free on board*) *cif* (*cost insurance free*) genauer
Termin vermerkt

- Wenn Termin nicht eingehalten, kann Käufer ohne Fristsetzung zurücktreten

§ 16 Beschaffung und Vertrieb im Handelsverkehr

I. Überblick: Vertrieb mittels Hilfspersonen

- Vermittlung von Geschäften

> Person vermittelt gelegentlich → Handelsmakler, §§ 93 ff. HGB

> Person ständig mit Vermittlung betraut → Handelsvertreter

- direkte Stellvertretung

(Hilfsperson handelt im *fremden* Namen, auf *fremde* Rechnung)

→ unselbständiger Vertreter (vgl. o. § 4)

→ Handelsvertreter (dazu unten § 16 II)

- Eigengeschäft: Hilfsperson handelt im *eigenen* Namen, auf *eigene* Rechnung
z.B. selbständiger Zwischenhändler, moderne Vertriebsformen:

Vertragshändler, Franchisenehmer (dazu unten § 16 IV)

- Kommissionsgeschäft, §§ 383 ff. HGB (dazu unten § 16 III)

dazwischen: Kommissionär handelt im *eigenen* Namen, auf *fremde* Rechnung

¹¹⁸ Ausnahme: absolutes Fixgeschäft, z.B. verspätete Lieferung der Geburtstagstorte.

II. Handelsvertreter, §§ 84 ff. HGB

1. Europarecht: Handelsvertreterrichtlinie¹¹⁹

→ Erweiterung der Anwendbarkeit: nicht nur Vertreter eines Kaufmanns, sondern Vertreter von jedem Unternehmer i.S.v. § 14 BGB

2. Begriff des Handelsvertreters

- Unternehmer (nicht nur Kaufmann) ständige Betrauung → Handelsvertreter
- Handelsvertreter schließt im Namen des Unternehmens Vertrag mit Dritten
→ Dadurch kommt Vertrag über Versicherung / Warenlieferung u.ä. zwischen Unternehmer und einem Dritten zustand

- Abgrenzung zur Vertretung durch unselbständige Hilfsperson
→ Kennzeichen: Selbständigkeit: § 84 I S. 2 HGB.
- Abgrenzung zu Kommissionär / Eigenhändler
→ handelt nicht im eigenen Namen
- Abgrenzung zum Handelsmakler
→ *ständig* damit betraut, Geschäfte im Namen des Unternehmers (*beachte* nicht „Kaufmann“) abzuschließen oder zu vermitteln

3. Wesentlicher Inhalt der Rechtsbeziehung Unternehmen – Handelsvertreter

- Pflichten des Handelsvertreters - § 86 HGB
- Ansprüche §§ 86b, 87 ff. HGB

Exkurs § 86b – was bedeutet *Delkredereprovision*?

Grundsätzlich beschränkt sich die Aufgabe eines Vertreters darauf, den Vertrag ordnungsgemäß zustande zu bringen. Beim Handelsvertreter kann vereinbar sein, dass der Handelsvertreter auch dafür haftet, dass der andere Teil den Vertrag erfüllt (die Stoffe liefert oder den Kaufpreis zahlt). *Delkredederisiko* ist ein Begriff aus dem Bankwesen, der das Risiko, bezeichnet, dass ein Vertrag nicht oder nicht vollständig wird. Wenn der Handelsvertreter dieses Risiko übernimmt, erhält dafür ein Extraentgelt, die *Delkredereprovision*. Warum kann es wirtschaftlich sinnvoll sein, dass der Vertreter und nicht der Vertretene das Delkredederisiko trägt¹²⁰

- Aufgrund der Verpflichtung auf die Wahrung der Belange des Unternehmers, woraus sich auch ein Wettbewerbsverbot ergibt, befindet sich der Handelsvertreter in einer gewissen wirtschaftlichen Abhängigkeit vom Unternehmer
- Daraus folgt Schutzbewürftigkeit
→ Schutzvorkehrungen, insbesondere hinsichtlich der Vertragsbeendigung: §§ 89 ff. HGB

4. Rechtsverhältnis Unternehmer – Dritte

- Vertrauensschutz hinsichtlich des Umfangs der Vertretungsmacht § 91 HGB
- § 91a HGB → Fiktion für Genehmigung der Vertretung

5. Abgrenzung zum Handelsmakler, §§ 93 ff. HGB

- Abgrenzung Vertreter: Vermittlung von Geschäften, ohne *ständig* hiermit betraut zu (Börsenmakler/ Versicherungsvertreter)
- Abgrenzung Makler nach allgemeinem Zivilrecht (§§ 652 ff. BGB): § 93 HGB betrifft nur Waren und Wertpapiere (Vertrieb von Textilien / Immobilienmakler)

¹¹⁹ Richtlinie EG v. 18.12.1986, 86/653/EWG

¹²⁰ Der Vertreter vermittelt die Geschäfte, betreibt die Kontaktpflege, ist in der Region verwurzelt. Daher kennt er die Partner und deren wirtschaftlichen Verhältnisse häufig besser als die Zentrale.

III. Kommissionsgeschäft, §§ 383 ff.

1. Begriff des Kommissionsgeschäfts

- Kommissionär handelt im *eigenen* Namen auf *fremde* Rechnung
- Damit folgende Phasen unterscheiden
Bsp.: A gibt beim Kunsthändler H ein Gemälde „in Kommission“
- a. Damit A als Kommitent dem H als Kommissionär einen Kommissionsauftrag erteilt und ermächtigt dem H zu Verkaufszwecken das Bild an einen Dritten zu übereignen
- b. Nun bietet H im *eigenen* Namen das Bild zum Verkauf an. Der Kaufvertrag (das sog. Ausführungsgeschäft) kommt auch zwischen dem H und dem Käufer zustande. Im (Innen)bverhältnis zwischen H und A ist der A aus dem Kommissionsvertrag verpflichtet, den Kaufpreis abzüglich der vereinbarten Provision an den A abzuführen.
- c. Die Aushändigung des Kaufpreises ist die 3. Phase und wird als Abwicklungsgeschäft bezeichnet
- d. Einkaufs- und Verkaufskommission
 - Das obigen Beispiel war ein Fall der Verkaufskommission
 - Der umgekehrte Fall, H wird beauftragt, für den A ein bestimmten Gemälde zu erwerben, nennt man Einkaufskommission
(Hier wird auch ein Vorteil des Kommissionsgeschäfts gegenüber Vermittlung durch Makler / Stellvertretung deutlich: Da der Kommissionär (H) im eigenen Namen auftritt, ist für den Verkäufer nicht erkennbar, wer an dem Bild interessiert ist.)

2. Kommissionsgeschäft als Unterfall von Treuhandverhältnissen

- Da Kommissionär im eigenen Namen handelt, tritt er im Rechtsverkehr als Eigentümer auf und ist auch Inhaber des Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises
- Er erhält Eigentum („zu treuen Händen“) an dem Bild aber nur zum Zweck des Verkaufs auf Rechnung des A
- Diese Zweckbindung tritt aber nicht nach außen, sondern ergibt sich aus der Vereinbarung im Innenverhältnis zwischen Kommittenten und Kommissionär
- Diese Besonderheit: uneingeschränkte Rechtsmacht nach außen einerseits und Vorgabe, von den Befugnissen nur zu bestimmten Zwecken Gebrauch zu machen ist Kennzeichen der Treuhandverhältnisse allgemein
- Diese Konstellation führt zu spezifischen Regelungsproblemen
Bsp.: Der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises aus dem Kommissionskauf steht dem A zu. Kann der A direkt auf Zahlung des Kaufpreises klagen? (Entscheidung des Gesetzgebers: nein, vgl. § 392 I HGB)
Solange Forderung nicht an den A abgetreten, könnte daher aber ein Gläubiger des H (des Kommissionärs) auf diese Kaufpreisforderung zugreifen. Die verhindert die Sonderregelung des § 392 II HGB)
- bei Verkaufskommission: Eigentümer ermächtigt zur Übereignung. Wegen Verkehrsschutz bei Kommissionsgeschäften erstreckt § 366 HGB Gutglaubensschutz auch auf den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis

IV. Moderne Vertriebsformem

1. Vertragshändler

a. Wesensmerkmale

- Formal Eigenhändler: schließt Verträge im eigenen Namen auf fremde Rechnung
- Aber haben sich gegenüber einem Hersteller vertraglich verpflichtet, nur dessen Waren anzubieten und dessen Vorgaben an Service, Preisgestaltung u.ä. zu beachten (Hauptbeispiel: KfZ-Vertragshändler, vgl. auch Pächter von Markentankstellen)

b. Handelsrechtliche Probleme

- Aufgrund der Tatsache, dass die Vertragshändler häufig nur Waren eines Herstellers anbieten dürfen und auch in der Preisgestaltung nicht frei sind, befinden sie sich häufig in einem ähnlichen Abhängigkeitsverhältnis wie die Vertragshändler
- Daher ist anhand jeder einzelnen Vertrag anhand des Kriteriums „Grad der Eingliederung in die Systemorganisation“ zu überprüfen. Wenn ähnlich wie Handelsvertreter eingegliedert, finden insbesondere die Vorgaben der §§ 89 f. HGB analoge Anwendung (vgl. BGH NJW 2000, 1413)

c. Kartellrechtliche Probleme

aa. Vertikale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung

- Im Gegenzug den Beschränkungen und Vorgaben, denen der Vertragshändler unterliegt, sichert der Hersteller dem Vertragshändler zu, dass dieser in einem bestimmten Gebiet exklusiv die Marke vertreiben darf
- Gemäß 1 GWB sind grundsätzlich Vereinbarungen, zwischen Unternehmern gleicher Wettbewerbsstufen (horizontaler Wettbewerb), und eben auch unterschiedlich der Stufen (vertikale Verinbarungen) verboten, wenn sie darauf zielen, den Wettbewerb zu beschränken (hier Verpflichtung des Herstellers keinen Handel anderer Händler in einem bestimmten Gebiet zu erlauben)

→ Legalität dieses Systems ergibt sich hier § 2 GWB i.V.m.

Gruppenfreistellungsverordnung der eU im Kraftfahrzeugsektor, die regelt unter welchen Voraussetzungen ein Vertragshändlersystem im Kraftfahrzeugsektor kartellrechtlich zulässig ist

bb. Preisbindung

- Häufig sind die Händler verpflichtet, sich an die Preisvorgaben zu halten
- Ein strikte Preisbindung, von welcher der Händler ohne Ausnahm nicht abweichen darf verstößt gegen § 1 GWB bzw. Art. 81 EGV
- Unverbindliche Preisempfehlungen sind aber zulässig (Daher immer die Floskel: „unverbindliche Preisempfehlung“)

2. Franchising

a. Merkmale

- Unternehme übernimmt nicht nur die Ware und deren Vertrieb, sondern das gesamte Unternehmenskonzept, einheitliches Marketing, Produktdesign, Ausbildung der Arbeitnehmer usw.
- Franchisegeber stellt häufig auch kaufmännisches und technisches know how zur Verfügung
- Bsp.: *McDonald*, *Holiday Inn*

b. Rechtliche Probleme

- Abhängigkeit häufig noch stärker als beim Vertragshändler → auch hier Frage der analogen Anwendung des Handelsvertreterrechts
- Häufig lässt sich Franchisgeber umfangreiche Kontroll- und Weisungsbefugnisse einräumen → im Einzelfall kann sich die Frage stellen, ob Franchisenehmer überhaupt noch selbständig i.S.v. § 84 I S. 2 HGB oder ob scheinselfständig bzw. nur Handelsgehilfe
- Kennzeichen einheitliche Preisgestaltung → Problematik der Preisempfehlung (s.o. 1. c. bb.)

§ 17 Transport und Lagerung

I. Frachtgeschäft, §§ 407 ff. HGB

- Verpflichtung selbst bestimmten Transport von A nach B auszuführen
- Frachtführer = Unternehmen, das den Transport ausführt
- §§ 451 ff. spezielle Vorgaben für den „Umzugsvertrag“

II. Speditionsgeschäft, 453 ff. HGB

Vepflichtung Transport von A nach B zu organisieren. Spediteur die Wahl, ob selbst den Transport vornimmt oder einen anderen Unternehmer durch Frachtvertrag mit dem Transport beauftragt

III. Lagergeschäft, §§ 467 ff. HGB

IV. Frachtgeschäft zur Beförderungen von Gütern zur See

→ Speziell geregelt im Seehandelsrecht, (fünftes Buch „Seehandel“ / Vierter Abschnitt §§ 556-663b HGB