

## Handelsrecht

### Schwerpunkte

1. Wer ist Kaufmann/Unternehmensträger?
2. Wer ist verpflichtet und wer haftet?
3. Wer darf worauf vertrauen?
4. Was gilt bei Handelsgeschäften?

#### Fall 1: Die verflochtene Maklerin

K ist Rechtsnachfolger der G-KG. Die G-KG schloss mit B im Februar 2006 einen Maklervertrag im Zusammenhang mit dem geplanten Verkauf eines Grundstücks der B. Als Gesellschafter im Handelsregister waren seit dem 1.1.2005 eingetragen S, die ehemalige Ehefrau des K, als Komplementärin sowie als einzige Kommanditistin die S-GmbH mit S als Geschäftsführerin. Am 31.12.2005 hatten K, S und X vereinbart, dass S mit Wirkung zum 1.1.2006 aus der KG ausscheiden, K an ihre Stelle treten und der Kommanditanteil der S-GmbH an X abgetreten werden solle. Der Wechsel des Komplementärs wurde am 30.9.2007 in das Handelsregister eingetragen, die Übernahme des Kommanditanteils durch X hingegen nicht. Mit notariellem Kaufvertrag vom 24.8.2006 kaufte die von S inzwischen gegründete und von ihr als Geschäftsführerin vertretene „V i.Gr.“ das fragliche Grundstück der B für 1,7 Mio. Euro. In § 10 des Kaufvertrages steht: „Der Vertrag kam durch Nachweis und Vermittlung der Firma G-KG zustande.“

B meint, es liege eine unzulässige Verflechtung zwischen Maklerin und Grundstückserwerberin vor. Kann K die Provision in Höhe von 39.440 Euro von B verlangen?

#### Lösung:

Anspruch des K (als Rechtsnachfolger der G-KG) gegen B auf Zahlung der Provision aus § 652 BGB?

- I. Maklervertrag zwischen G-KG und B (+)
- II. Nachweis der Gelegenheit (Nachweismakler) oder Vermittlung eines Vertrages (Vermittlungsmakler) durch G-KG (+), hier Vermittlung
- III. Kaufvertrag **mit einem Dritten** (nach allg. M. erf.)?
  1. Grundsätzlich **nicht** bei sog. „Verflechtung“ zwischen Makler und vermitteltem Vertragspartner, Arg:

der Dritte soll im Interesse des Auftraggebers die Fähigkeit zu einer selbstständigen und unabhängigen Willensbildung haben. Andererseits: Die bloße Gefahr eines Interessenkonflikts genügt nicht.

- a) **echte Verflechtung**: wesentliche rechtliche Beteiligung am Makler oder wirtschaftliche Steuerung durch den Vertragsgegner
  - b) **unechte Verflechtung**: wenn sich der Makler aufgrund einer besonderen persönlichen Beziehung (z.B. Ehe) regelmäßig auf die Seite des Vertragsgegners des Kunden begeben wird (h.M.)
  - c) **hier**: zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Februar 2006) war S nicht mehr an der G-KG beteiligt (Ausscheiden 31.12.2005, Eintragung nur deklaratorisch), also keine echte Verflechtung. Die frühere Beziehung der S zu K genügt für sich genommen nicht.
2. Problem: **Registerschein gemäß § 15 Abs. 1 HGB** (fehlende Eintragung des Ausscheidens der S, vgl. §§ 106, 107, 161 II HGB) für die **Verflechtungslage** maßgeblich?

S war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch als Komplementärin und Geschäftsführerin der Kommanditistin (GmbH) eingetragen. Anwendung der Verflechtungsrechtsprechung gerechtfertigt?

- pro: Einwendungsausschluss des § 15 Abs. 1 HGB  
- contra: Sinn und Zweck der Verflechtungsrechtsprechung ist es, die **wirtschaftlichen Belange des Auftraggebers vor einer auf der Hand liegenden Interessenkollision** zwischen Makler und Vertragsgegner zu schützen. Schutzzweck erfordert ein Abstellen auf die **tatsächlichen Umstände** (BGH NJW 2009, 1809). Anders gesagt: B hat nicht aufgrund

der Registerlage auf einen „Interessenkonflikt“ vertraut.

Ergebnis: Anspruch aus § 652 BGB (+)

**Schwerpunkt Adressatenkreis: Kaufleute und Handelsgewerbe (§§ 1 ff. HGB)**

**Prüfungsfolge: HGB-Kaufmann**

**Formkaufmann, § 6 II HGB** (Kapitalgesellschaften: AG, GmbH, KG a.A., Genossenschaften; Personenhandelsgesellschaften: oHG, KG, GmbH & Co. KG; **nicht jedoch** kleingewerbetreibende BGB-Gesellschaft: §§ 705 ff. BGB)

**Istkaufmann, § 1 HGB (i.V.m. § 6 I HGB)**: betreibt „großes“ Handelsgeschäft, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (Tatfrage!)

**Kannkaufmann, § 2 und § 3 I HGB (i.V.m. § 6 I HGB)**: fakultative Eintragung

**Fiktivkaufmann, § 5 HGB** (keine Rechtsscheinvorschrift: Gewerbe erforderlich, sonst ggf. § 15 HGB)

**(Rechts-)Scheinkaufmann (Handelsgewohnheitsrecht)**: Zurechenbar gesetzter Rechtsschein und Schutzbedürftigkeit des Dritten

Abgrenzung:

- Unternehmer iSd. § 84 HGB
- Unternehmer iSd. § 14 BGB: auch Kleingewerbetreibende, Freiberufler, Landwirte
- Verwender iSd. 304 ff. BGB
- Unternehmen iSd. Konzernrechts: §§ 15 ff., 293 ff. AktG

### Fall 2: Schweinehandel

Ein städtischer Schweinemastbetrieb – betrieben als Anstalt des öffentlichen Rechts (S AöR) durch die Stadt S und nach den gemeinderechtlichen Vorschriften auf Kostendeckung ausgerichtet – plant, die beim Betrieb entstehenden Abfälle aus Gründen des Umweltschutzes einer noch zu errichtenden Biodieselanlage zuzuführen. S arbeitet hierzu mit dem Investor I zusammen, der für das Projekt bei der Bank B einen Kredit in Höhe von 2 Mio. Euro aufnimmt. Telefonisch verbürgt sich der zuständige Bürgermeister im Namen der S AöR gegenüber B für I. Als I eine fällige Rate nicht zahlt, verlangt B von S die noch ausstehenden Kreditraten. S meint, die Bürgschaft sei unwirksam; jedenfalls müsse B zuerst gerichtlich gegen I vorgehen.

Wie ist die Rechtslage?

#### Lösung:

Anspruch B gegen S (AöR) aus § 765 I BGB?

1. Wirksame Bürgschaftserklärung der S gegenüber B?  
§ 350 HGB: Formvorschrift des § 766 BGB (i.V.m. § 126 I BGB) findet keine Anwendung, wenn Übernahme auf Seiten des Bürgen ein **Handelsgeschäft** im Sinne des § 343 i.V.m. § 1 II HGB darstellt. Ebenso entfiele dann gemäß § 349 S. 1 HGB die Einrede der Vorausklage.
2. „Gewerbebetrieb“?
  - a) Begriff des **Gewerbes**:
    - aa) nach außen erkennbare Markttätigkeit (+)
    - bb) selbstständig (+)
    - cc) auf Dauer (+)
    - dd) kein Freiberuf (+)
    - ee) **Gewinnerzielungsabsicht?** Pb: Nach der Rspr. (z.B. BGHZ 95, 155, 157) ist eine Gewinnerzielungs-

lungsabsicht zwar erforderlich, dies ist aber zweifelhaft: Einerseits sind heute viele Konzernunternehmen aus steuerlichen Gründen nicht auf Gewinn (sondern teilweise sogar explizit auf Verlust) ausgerichtet. Andererseits knüpft die Gewinnerzielungsabsicht an ein rein subjektives Moment an; maßgeblich sollte vielmehr sein, ob im Handelsverkehr von jemandem objektiv erwartet werden kann, dass die kaufmännischen Spielregeln eingehalten werden. Das ist vorliegend der Fall, solange der Schweinemastbetrieb nach außen am Markt geldwerte Leistungen im Wettbewerb mit Dritten anbietet (vgl. mittlerweile auch BGH NJW 2003, 2742) also (+).

b) betrieben (+) durch S (AöR) als Unternehmensträger

c) in **kaufmännischer Weise** eingerichtet (+)

Ergebnis: Handelsgeschäft i.S.d. § 343 HGB (+), daher wegen §§ 349, 350 HGB, § 765 BGB Anspruch (+)

### Fall 3: Großes Kino

Der nicht im Handelsregister eingetragene B betreibt ein kleines Off-Kino nebst Videoverleih mit einem Jahresumsatz von rund 40.000 Euro. Auf seinen Geschäftsbriefen firmiert er mit „B-Filmkunst & Kultur“. Seinen Freund A nimmt er am 1.9. zunächst „als Kommanditisten“ in das Unternehmen auf, ohne dass eine KG zur Registereintragung angemeldet würde. B akzeptiert daraufhin einen Wechsel des Filmverleihers X mit der Unterschrift „B-Filmkunst & Kultur KG“. Den Wechsel übergibt X an seine Hausbank H, die B am 15.9. persönlich aus dem Wechsel in Anspruch nehmen will.

Im Folgenden bringen B und A das Geschäft in die „B-Filmkunst & Kultur-GmbH“ ein. Am 12.10. wird die Gründung der GmbH ordnungsgemäß in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht. B ist laut Satzung alleiniger Geschäftsführer. In der Geschäftskorrespondenz, die B alleine erledigt, verwendet er aus Kostengründen weiterhin den alten Briefkopf mit ersatzlos gestrichenem KG-Zusatz („B-Filmkunst & Kultur-~~KG~~“). Am 20.10. bestellt B bei V für eine Matinée-Retrospektive zehn Charlie-Chaplin-Filme für 8.000 Euro. Kurz nach der Lieferung, die nicht unter Eigentumsvorbehalt erfolgte, wird über die GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet. V verlangt von B den Kaufpreis.

Ansprüche der H und des V gegen B?

#### Lösung:

- I. H gegen B aus Wechselakzept
  1. Anspruch aus Art. 28 I WG  
(-) da B nicht Wechselverpflichteter!
  2. Anspruch aus Art. 28 I WG, §§ 128, 161 II HGB (als **KG-Gesellschafter**)
    - a) formwirksamer Wechsel (+)
    - b) materielle Berechtigung des Anspruchstellers hinsichtlich der Wechselurkunde (+) durch Einigung und

Übergabe an X gem. § 929 Satz 1 BGB plus Indossament.

#### c) Wirksame Wechselverpflichtung des in Anspruch Genommenen?

aa) KG-Verbindlichkeit: Eine KG, vertreten durch B, ist damals nicht eingetragen (§§ 161 II, 123 I HGB).

bb) Gemäß **§ 123 II** iVm. **§ 105 II HGB** entsteht allerdings die KG als Außengesellschaft bereits mit Geschäftsbeginn (Voraussetzung: **Handelsgewerbe!**).

Betreibt die Gesellschaft ein **Handelsgewerbe**? Dazu müsste der Filmhandel nach seiner Art und Weise einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordern. Hiergegen sprechen insbesondere der geringe Umsatz und der Umstand, dass A die Geschäftskorrespondenz selbst erledigt. Bei dem Geschäft handelt es sich um ein **typisches Kleingewerbe** (das nach § 2 HGB vom Unternehmensträger eingetragen werden *kann*, jedoch nicht muss). Folglich ist die Gesellschaft nicht gemäß § 123 II HGB als wechselverpflichtungsfähige KG entstanden (sog. „fehlgeschlagene“ KG).

#### 3. Anspruch aus §§ 705, 709, 714 BGB iVm. § 128 HGB analog gegen B (als **GbR-Gesellschafter**)

B könnte als Gesellschafter der „B-Filmkunst & Kultur“-GbR analog § 128 HGB persönlich für deren Verbindlichkeit haften. Bei der Gesellschaft handelte es sich ohne weiteres um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Sinne der §§ 705 ff. BGB. Gemäß § 714 BGB war B als Geschäftsführer alleinvertretungsberechtigt. Die (Außen-)GbR war damit wechselverpflichtet.

Ergebnis: B haftet gegenüber H für die Verbindlichkeiten der GbR analog § 128 HGB, muss also auf den fälligen Wechsel leisten.

II. V gegen B auf Zahlung des Kaufpreises aus § 433 II BGB

1. Kaufvertrag zwischen V und B?

Nicht B, sondern die „B-Filmkunst & Kultur“-GmbH wäre Vertragspartnerin des V geworden, wenn B in deren Namen mit Vertretungsmacht gehandelt hätte. Vorliegend ist problematisch, dass B entgegen § 4 GmbHG nicht den Zusatz „-GmbH“ geführt hat. Nach dem Grundsatz des „**unternehmensbezogenen Geschäfts**“ (BGH NJW 2000, 2984; BGHZ 62, 216, 219; Scholz, GmbHG § 4 Rn. 5, 53a) kommt allerdings auch bei einer Fehlbezeichnung der Vertrag **mit der real existierenden Gesellschaft** zustande, wenn – wie hier – das Handeln des Vertreters **für den Unternehmensträger** nach außen hin **ersichtlich** war (vgl. § 164 II BGB).

Zwischenergebnis: B haftet wegen § 13 II GmbHG nicht für die Verbindlichkeit der GmbH aus § 433 II BGB.

2. Aber: **Rechtsscheinhaftung** des B?

a) **Rechtsschein** einer persönlichen Haftung (+): Mangels Zusatzes, der auf eine Haftungsbeschränkung hinweist, entstand bei V der Eindruck, wenigstens **irgendjemand hafte persönlich**. Obgleich die Haftungsbeschränkung in das Handelsregister eingetragen war, kann sich auf die Wirkungen des § 15 II HGB nicht berufen, wer durch sein Handeln einen **spezielleren Rechtsschein** hervorruft (vgl. BGH BB 1990, 653, 655; BGHZ 62, 216, 223). Hier Verstoß gegen **§ 4 GmbHG**.

b) **Vertrauen** des V auf die Rechtslage einer unbeschränkten Haftung (+) (trotz § 15 II HGB!) = Schutzbedürftigkeit

c) **Zurechenbare Veranlassung** des Rechtsscheins (Veranlassung nach Risikobereich) durch B (+) durch bewusstes (oder fahrlässiges) Weglassen des GmbH-Zusatzes.

Ergebnis: B haftet analog § 179 BGB für den Kaufpreis.

**Klausurbedeutung der Begriffe Kaufmann/Handelsgewerbe**

**Anwendbarkeit besonderer Regeln für Handelsgeschäfte:** §§ 343 bis 475h HGB grundsätzlich nur auf Kaufleute anwendbar; Handelsgewohnheitsrecht; Handelsbräuche (Verdrängung der allgemeinen BGB-Regeln, Art. 2 EGHGB)

Ausnahmen (anwendbar auf Nicht-Kaufleute-Unternehmen):

- Kommissionsvertrag (§ 383 II HGB)
  - Frachtführervertrag (§ 407 III 2 HGB)
  - Speditionsvertrag (§ 453 III HGB)
  - Lagervertrag (§ 467 III HGB)
- (§§ 348, 349, 350 HGB gelten jedoch nicht!)

**Anwendbarkeit der oHG-Regeln** (§ 105 HGB) statt GbR (§ 705 BGB)

**Haftung** wegen Firmenfortführung (§ 25 HGB) oder Geschäftseinbringung in Gesellschaft (§ 28 HGB)

**Haftung** des Gesellschafters einer Handelsgesellschaft gemäß § 128 HGB (analog)

(Pflicht zur Buchführung gemäß §§ 242 ff. HGB)

**Schwerpunkt Verpflichtungs- und Haftungsrecht (Vertretung,  
Firma, Rechtsschein)**

**Fall 4: Die missbrauchte Prokura**

Der in das Handelsregister eingetragene Autohändler H ist Audi-Vertragshändler. Aufgrund der guten Geschäftsentwicklung stellt H den P als neuen Mitarbeiter ein. In dem schriftlichen Arbeitsvertrag heißt es: „Der Mitarbeiter wird als Prokurist für den Bereich Verkaufsleitung/Organisation mit Wirkung zum 1.5.2007 eingestellt.“ Noch bevor die Prokura in das Handelsregister eingetragen wird, kommt es zum Streit über geschäftliche Maßnahmen. H widerruft gegen den Willen des P die Prokura, lässt den Widerruf jedoch nicht eintragen mit der Überlegung, dass die Prokura ihrerseits noch nicht eingetragen war.

Aus Ärger über seine Zurücksetzung verkauft P seinem Verwandten R einen gebrauchten Audi A8 für 12.000 Euro, die Hälfte des Marktpreises. R wundert sich über die günstigen Geschäftskonditionen sowie darüber, dass die Abwicklung des Geschäfts nach Ladenschluss stattfindet, freut sich jedoch über den guten Deal und leistet bereitwillig eine Anzahlung. Am nächsten Morgen verweigert H die Herausgabe des Wagens. P ist mit der Anzahlung verschwunden. R wirft dem H mangelnde Überwachung seines Personals vor.

Der in der Buchhaltung Angestellte B unterzeichnet am selben Tag mit dem Neuwageninteressenten C einen Kaufvertrag über den Gebrauchtwagen des C zum Preis von 5.000 Euro. Nach den internen Weisungen des H ist B nicht zum An- und Verkauf von Gebrauchtwagen ermächtigt, erledigt jedoch hin und wieder, was H weiß, solche Geschäfte im Rahmen von Kundengesprächen. Als C den Kaufpreis verlangt, verweist H auf die fehlende Vollmacht des B.

Welche Ansprüche haben R und C gegen H?

Lösung:

I. R gegen H auf Übereignung des Audi aus §§ 433 I, 164 I BGB i.V.m. §§ 48, 49 HGB

1. Kaufvertrag zwischen R und H
  - a) Willenserklärung des R (+)
  - b) Wirksame Stellvertretung des H durch P?
    - aa) Willenserklärung im Namen des H (+) mit Vertretungsmacht: Prokura gemäß § 49 HGB? da Einstellung „als Prokurist“ (ausdrücklich im Sinne des § 48 I HGB, wirksam mit Zugang, § 167 BGB). Eintragung nicht konstitutiv, sondern nur **deklaratorisch**
    - bb) Kein Widerruf: (-)! § 52 HGB: Prokura ist jederzeit widerruflich. Der Widerruf ist zwar einzutragen, § 53 II HGB ist jedoch nur deklaratorisch. Danach konnte P mangels bestehender Prokura den H grundsätzlich nicht wirksam verpflichten.
  - c) Fortbestehen der Vertretungsmacht kraft § 15 I HGB? § 15 I HGB schützt auch das Vertrauen auf das Schweigen des Handelsregisters (sog. „negative Publizität“ des Handelsregisters). Streitig ist aber, ob bei fehlender Voreintragung (hier: Prokura-Erteilung) der Dritte sich auf § 15 I HGB berufen kann, obwohl durch die Nichteintragung des Prokura-Widerrufs die **Handelsregisterlage im Ergebnis der wahren Rechtslage** entspricht.
    - starke a.A. (Hueck, Canaris, Hüffer, Medicus): durch das Unterbleiben der Sekundäreintragung werde **kein Rechtsschein** erzeugt; das Vertrauen könne sich stets nur auf kundgemachte Tatsachen beziehen; allgemeine Rechtsscheinhaftung genüge.
    - h.M.: **§ 15 I HGB anwendbar**, da der Vertrauensstatbestand auch außerhalb des Handelsregisters entstanden sein könne und sein Fortbe-

- stand solange zu schützen sei, bis die Rechtsänderung dem Handelsregister entnommen werden könne (Ausnahme: rein interne und kurz aufeinander folgende Handlungen).
- für die h.M. spricht: Ein Rechtsschein entsteht – wie im vorliegenden Fall – deshalb, weil die Handelsregisterlage einen **abstrakten Vertrauensschutz** bewirkt. Die negative Publizität knüpft nicht ausschließlich an registerintern erscheinende Rechtslagen an, sondern greift auch hinsichtlich des Fehlens einer legitimationszerstörenden Tatsache (Prokura-Widerruf) ein.
- d) Missbrauch der Vertretungsmacht
- aa) **Vertreterhandeln**: bewusstes Überschreiten der Bindungen aus dem Innenverhältnis (Rspr.) oder rein objektive Abweichung (h.L.), nach beiden Auffassungen (+)
  - bb) **Verhalten des Geschäftsgegners**: positive Kenntnis schadet immer, bei Kennenkönnen entscheidet entweder, ob **begründete Zweifel** aufkommen mussten (Rspr.) bzw. ob Missbrauch für den Geschäftsgegner **evident** (h.L.) war. Das Verhalten des P war vorliegend für S **erkennbar pflichtwidrig**, weil die Umstände ganz auffällig von dem abwichen, was üblicherweise geschäftlich vereinbart wird (offenkundige Verdachtsmomente: Preis, Zeit).
  - cc) **Rechtsfolge**: Einrede der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB, Rspr.) oder § 177 BGB analog (h.L.)  
Pb: § 254 BGB analog? Hier (-) da Verhalten des P nicht für H vorhersehbar.
2. Ergebnis: R hat keinen Anspruch auf Übereignung des Wagens.

- II. Anspruch des C auf Zahlung des Kaufpreises aus § 433 II BGB: Wirksamer Kaufvertrag zwischen C und H?
1. Handlungsvollmacht des B gemäß § 54 HGB? Nein, da B nicht zur Vornahme von An- oder Verkäufen berechtigt.
  2. Ladenvollmacht des B gemäß § 56 HGB?
    - a) Laden (+), da Verkaufsstätte, die für den öffentlichen Zugang bestimmt und zum Abschluss von Geschäften bestimmt
    - b) im Laden angestellte Person (+)
    - c) Verkauf im Sinne des § 56 HGB? Pb: Wortlaut „Verkäufe“, nach h.M. dahingehend auszulegen, dass Formen der „Entäußerung“ erfasst wird, **nicht jedoch auch „Ankäufe“**. Hierfür spricht insbesondere die systematische Abstufung der § 49 (weit), § 54 (Geschäftsbetrieb) und § 56 (begrenzt). Analoge Anwendung des § 56 HGB scheidet aus, da die Tatbestände des Ankaufs und des Verkaufs nicht gleichgestellt sind (Festlegung der Verkaufspreise durch Geschäftsinhaber/in!)
  3. Duldungsvollmacht des B
    - Vertretener lässt wissentlich zu, dass jemand für ihn als Vertreter auftritt (+)
    - Geschäftsgegner durfte **nach Treu und Glauben auf die Erteilung einer entsprechenden Vollmacht vertrauen** (entfällt, wenn man die Duldungsvollmacht als schlüssige Außenvollmacht ansieht, was aber zweifelhaft ist, da bloßes Dulden noch keinen rechtsgeschäftlichen Bindungswillen beinhaltet), hier aber jdf. (+), da übliches Handelsgeschäft und das Auftreten des B nicht verdächtig war.

Ergebnis: Anspruch C gegen A aus § 433 II BGB (+)

### Fall 5: Riskanter Geschäftseinstieg

A betreibt ein Computer-Fachgeschäft mit zehn Mitarbeitern, das im Geschäftsverkehr als „A Electronics“ firmiert. Das Geschäft ist nicht im Handelsregister eingetragen. Um sein Geschäft auf die Betreuung von Firmenkunden zu erweitern, plant A die Aufnahme sowohl von Fremd- als auch von Eigenkapital. Bei der B-Bank nimmt A zur Anschaffung einer modernen Büroausstattung ein Darlehen in Höhe von 30.000 Euro auf.

Darüber hinaus kommt A mit seinem wohlhabenden Schulfreund F überein, dass F in das Geschäft eintreten soll. Während der Verhandlungen über den Beitritt gelangen beide zu der Überzeugung, dass es aufgrund des durch die geplante Geschäftserweiterung erhöhten Haftungsrisikos zweckmäßig sei, den Computerladen in der Rechtsform einer GmbH zu betreiben. Deshalb gründen A und F mit notariellem Vertrag die „A Electronics GmbH“, in die A sein Computerfachgeschäft einbringt, während F eine Geldeinlage in Höhe von 30.000 Euro leistet. Noch vor Eintragung der GmbH wird der Darlehensrückzahlungsanspruch in Höhe von 30.000 Euro fällig. Die GmbH wird sodann eingetragen.

Die B-Bank verlangt von der GmbH die Rückzahlung und will außerdem F als Gesellschafter persönlich in Anspruch nehmen. Zu Recht?

#### Lösung:

- A. Ansprüche der B gegen die **A GmbH**
- I. B gegen A GmbH auf 30.000 Euro aus § 488 I 2 BGB  
(–) da Darlehensvertrag unmittelbar nur zwischen A und B geschlossen, nicht jedoch mit der GmbH i.Gr.
  - II. B gegen A GmbH aus § 488 I 2 BGB i.V.m. **§ 28 I 1 HGB**  
(Einbringung eines Handelsgeschäfts in eine Mehrpersonengesellschaft)  
Nach § 28 I 1 HGB haftet die Gesellschaft, die durch den Eintritt einer Person als persönlich haftender Gesellschafter oder Kommanditist in das Geschäft entsteht, auch für die im

Betrieb des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Arg: **Kontinuität der Teilhabe** und damit verbundene **Haftungserwartung** des Rechtsverkehrs!

1. Wirksamer Darlehensvertrag (+)
2. Geschäft eines Einzelkaufmanns? § 1 HGB: Das Computerfachgeschäft war ein Gewerbe und erforderte aufgrund des **Umfanges** (zehn Mitarbeiter) auch einen in **kaufmännischer** Weise eingerichteten Gewerbebetrieb. Somit liegen die Voraussetzungen des § 1 II HGB vor. Die fehlende Eintragung ist bedeutungslos, da es sich nur um einen deklaratorischen Akt handelt (anders bei Kleingewerbe). Folglich betrieb A das Geschäft eines Einzelhandelskaufmanns (+).
3. § 28 I 1 HGB: Eintritt eines persönlich haftenden Gesellschafters oder Kommanditisten in eine Personenhandels-gesellschaft? Hier war A GmbH war noch nicht eingetragen (§ 11 I GmbH), daher sog. „Vor-GmbH“ – str. ob **§ 28 HGB (analog) auf Vor-GmbH** anwendbar:
  - a) h.M.: nein, Arg: Vor-GmbH ist keine Personenhandels-gesellschaft, sondern eine „**Personenvereinigung eigener Art**“, auf die **GmbH-Regeln anwendbar** sind, soweit sie nicht eine Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft voraussetzen. Im Übrigen § 28 HGB Sonderregelung, die nicht analogiefähig sei.
  - b) a.A.: § 28 I 1 HGB analog, weil anderenfalls den Gläubigern durch die Einbringung eines Einzelunternehmens erhebliche Haftungsmasse entzogen oder deren Verwertung (Gesellschaftsanteile, ggf. mit Schulden belastet) erschwert würde.
  - c) Stellungnahme: Die a.A. übersieht, dass derjenige, der ein bestimmtes Vermögen übernimmt, nicht grundsätzlich auch für die Schulden aufkommen muss (vgl. Abschaffung § 419



BGB a.F.). Zudem **fehlt es bei der Gründung von Kapitalgesellschaften an der Kontinuität der Teilhabe, die die Haftungserwartung** im Sinne des § 28 HGB auslöst. Wenn man (mit einer differenzierenden Ansicht) auf die prägende Stellung des bisherigen Einzelkaufmanns in der neuen GmbH abstellen wollte, liefe das auf eine Einzelfallbewertung hinaus, die im Gesetz nicht angelegt ist.

Zwischenergebnis: Keine Haftung der A GmbH i.Gr. aus §§ 488 I 1 BGB, 28 I 1 HGB

III. B gegen A GmbH aus § 488 I 2 BGB i.V.m. **§ 25 I 1 HGB (Firmennachfolge)**

1. Handelsgeschäft (+) s.o.
2. Erwerb (+) da **Singularsukzession**. Eine Minderansicht bestreitet zwar die Anwendbarkeit des § 25 I 1 HGB auf Fälle der **Einbringung** eines Handelsgeschäfts in eine Gesellschaft, weil sich der Altunternehmer gerade nicht (wie bei einer Unternehmensveräußerung) völlig vom Unternehmen löse. Dagegen ist – neben dem Wortlaut des § 25 HGB – einzuwenden, dass die Unternehmensträgerschaft gerade vollständig auf die GmbH wechselt. Wer Teilhaber der GmbH ist, spielt insoweit keine Rolle, da die Teilhabe von der Rechtspersönlichkeit zu trennen ist (vgl. § 13 II GmbHG).
3. Fortführung der Firma „A Electronics“ als „A Electronics GmbH i.Gr.“ (+): nach h.M. genügt es, wenn aus der Sicht des Verkehrs der Kern der Firma der Gleiche bleibt, wobei Rechtsformzusätze unerheblich sind.
4. Kein Haftungsausschluss gemäß § 25 II HGB (+)

Zwischenergebnis: Die Gesellschaft haftet gegenüber B gemäß § 488 I 2 BGB iVm. § 25 I 1 HGB für die Rückzahlung des Darlehens.

B. Ansprüche der B gegen F

- I. § 488 I 2 BGB alleine (–), da F nicht Darlehensvertragspartei war und keine Schuldübernahme (Verpflichtungsvertrag gemäß § 311 I BGB) vorlag.
- II. § 488 I 2 BGB, § 25 HGB i.V.m. § 128 Satz 1 HGB analog Ein Rückzahlungsanspruch der B gegen die A GmbH gemäß § 488 I 1 BGB, 25 HGB besteht, s.o. Haftet F hierfür persönlich als Gesellschafter der früheren Vor-GmbH?
  1. frühere Rspr.: Persönliche Außenhaftung bis zur Höhe der Einlage-Schuld
  2. heutige Rspr.: **unbeschränkte persönliche Innenhaftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft** nach den Grundsätzen der „Verlustdeckungshaftung“ (Anspruchsgrundlage: richterrechtlich entwickelte Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft). Arg: bei der GmbH darf keine Unterbilanzierung eintreten, bei der Eintragung muss der Mindesteinlage-Betrag zur Verfügung stehen. Hier wurde die GmbH (unterstellt ordnungsgemäß mit Nachweis des Mindestkapitals) eingetragen, daher keine Haftung.  
*Anm.: Im Normalfall haften die Gesellschafter also im Innenverhältnis (ggü der Gesellschaft) nach ihren Anteilen (solidarisch nach § 24 GmbHG) für alle im Vorstadium entstandenen Schulden „unbeschränkt“, bis das vorgesehene (Mindest-) Haftkapital erreicht ist.*
  3. starke Literatur-Ansicht: **unbeschränkte Außenhaftung** entsprechend den Gesellschaftern einer oHG (§ 128 HGB), weil der nur indirekte Zugriff auf das Vermögen der Vor-GmbH-Gesellschafter den Gläubigern unzumutbar sei.  
Für die Auffassung der Rspr. spricht: Man kann einen Wettverlauf auf die finanzstärksten Gesellschafter verhindern und damit eine gleichmäßige Gläubigerbefriedigung erreichen.
  4. Zwischenergebnis: B hat nach der Rspr. keinen direkten Zugriff auf F (sondern muss sich den Anspruch der Gesell-

schaft gegen F auf Verlustdeckung gemäß §§ 829, 839 ZPO pfänden und überweisen lassen – Höhe vorliegend nicht bezifferbar, da Vermögenslage der GmbH und Gesellschaftsanteil des F im Verhältnis offen).

III. § 488 I 2 BGB i.V.m. § 11 II GmbHG (Handelndenhaftung im Vorstadium)

Es haftet persönlich nach § 11 II GmbHG derjenige, der bereits vor Eintragung der Gesellschaft (bMH) für die Gesellschaft gehandelt hat. Vorliegend beruht jedoch die Haftung der Vor-GmbH nicht auf der Handlung eines Gesellschafters oder eines Geschäftsführers, sondern aufgrund des § 25 I 1 HGB auf der Fortführung der Firma des eingebrachten Handelsgeschäfts. Daher (–).

Ergebnis: B kann den F nicht persönlich in Anspruch nehmen (sondern muss sich den Verlustdeckungsinnenanspruch gemäß §§ 829, 835 ZPO pfänden und überweisen lassen).

**Fall 6: Rosinen für die Weinhändler**

A, die Nichte und Erbin von Florian A, führte ab 1995 dessen Weinhandlung unter dem Namen „Wein- und Spirituosenhandlung Florian A KG“ fort, nachdem sie ihren Freund B als Komplementär und den vermögenden Weinliebhaber C als Kommanditisten aufgenommen und die KG hat eintragen lassen. Laut Gesellschaftsvertrag und Handelsregister waren A und B als persönlich haftende Gesellschafter nur gemeinsam zur Vertretung befugt. Wegen persönlicher Differenzen mit B stieg A mit Wirkung zum 1.10.2003 aus der Gesellschaft aus, was jedoch erst Ende 2004 im Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht wurde.

Im Januar 2004 bestellte B im Namen der Florian A KG eine Lieferung 2003er Spätburgunder bei der Winzergenossenschaft D eG. C verbürgte sich gegenüber D fernmündlich für die Verbindlichkeit. Da die KG nicht zahlt, möchte D wissen, ob sie C oder A persönlich in Anspruch nehmen kann. D meint, eine persönliche Haftung der A ergebe sich daraus, dass ihr Ausscheiden aus der KG nicht eingetragen war. A wendet ein, dass der Liefervertrag unwirksam gewesen wäre, wenn sie damals noch persönlich haftende Gesellschafterin und damit vertretungsbefugt gewesen wäre.

*Lösung:*

Ansprüche der D eG

- I. Anspruch der D **gegen A** auf Kaufpreiszahlung aus § 433 II BGB i.V.m. 161 II, 128 HGB (akzessorische Haftung)
  1. nach außen wirksame KG besteht, §§ 161 II, 123 HGB
  2. Gesellschaftsverbindlichkeit  
Vertretungsbefugnis des B?  
Hier gemeinschaftliche Vertretungsmacht der persönlich haftenden Gesellschafter A und B gemäß §§ 161 II, **125 II HGB** vereinbart. Ausscheiden eines Gesamtvertretungsberechtigten bedeutet noch nicht automatisch die Alleinvertretungsbefugnis jedes Verbliebenen,

da die Gesellschafter gerade keine Alleinvertretung beabsichtigen.

Anders aber bei nur **einem** verbleibenden Komplementär: Kommanditist darf nicht KG-Vertreter sein (§ 170 HGB). Nach dem **Prinzip der Selbstorganschaft** muss mindestens ein persönlich haftender Gesellschafter Vertretungsmacht haben – im vorliegenden Fall wurde B mit dem Ausscheiden der A **alleinvertretungsberechtigt**. Eintragung zwar erforderlich (§§ 161 II, 107 HGB), jedoch nur deklaratorisch. Dementsprechend ist ein wirksamer Vertrag mit der KG gegeben.

3. A Gesellschafterin der KG gemäß §§ 124, 128 I HGB zum Zeitpunkt der Bestellung?
  - a) Ausscheiden der A: Ursprünglich war A Komplementärin, sie ist jedoch ausgeschieden. Eintragung (§ 143 II HGB) ist jedoch nur deklaratorisch, daher materiell wirksam.
  - b) Wirkung des § 15 I HGB
    - aa) Keine Eintragung des Ausscheidens trotz Eintragungspflichtigkeit (+) § 143 II HGB
    - bb) Keine positive Kenntnis der D (+)
    - cc) Folge: persönliche Haftung der A gemäß §§ 161 II, 124 I, 128 Satz 1 iVm. 15 I HGB
    - dd) Problem des **selektiven Berufens auf den Registerinhalt** – rechtliche Behandlung str.:
      - h.M. („Rosinentheorie“): § 15 HGB bewirkt einen **abstrakten Vertrauensschutz**, Alternativsachverhalte können kumulativ berücksichtigt werden, es entscheidet der „typisierte“ Rechtsschein.
      - a.A.: HR-Inhalt nach seiner Gesamtheit zu würdigen; der Dritte dürfe nicht besser stehen, als er bei Richtigkeit der HR-Lage stünde („keine Vertrauenshaftung ohne Vertrauensschaden“).

Nach h.M. muss sich demnach A wie eine persönlich haftende Gesellschafterin behandeln lassen (§§ 15 I, 128 Satz 1, 143 II HGB).

Ergebnis: Die D eG hat gegen A einen Anspruch auf Zahlung gemäß § 433 II BGB, 161 II, 128 HGB.

- II. Anspruch der D eG **gegen C** aus der Bürgschaft gemäß § 765 I, 767 I 1, 433 II BGB iVm. §§ 343, 350 HGB
  1. Hauptschuld (+)
  2. wirksame Bürgschaftserklärung: nur gemäß § 350 HGB, wenn es sich um das Geschäft eines Kaufmanns handelt, das zu seinem Handelsgewerbe zählt. **Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten?** Persönlich haftende Gesellschafter sind stets Kaufleute, da weder oHG noch KG juristische Personen sondern Gesamthandsgesellschaften (std. Rspr.), bei Kommanditisten str.: Wer „betreibt“ das Handelsgewerbe – die KG oder ihre Gesellschafter?
    - a) ganz h.M.: Kommanditisten sind **nicht** Kaufleute kraft Gesellschafterstellung, da sie nichts „betreiben“ (Arg: beschränkte Haftung, Nichtnennung in der Firma, Ausschluss von Geschäftsführung und Vertretung, kein Wettbewerbsverbot § 165 HGB)
    - b) a.A.: Kommanditist haftet vor Eintragung persönlich, es gebe aber keine zeitlich beschränkte Kaufmannseigenschaft; Ausschluss von der Vertretung auch bei Kaufleuten möglich.
    - c) Entscheidend ist: Schutz des Rechtsverkehrs verlangt klare Zuordnung, und die kapitalmäßige Beteiligung begründet noch kein selbstständiges Gewerbe, da kein nennenswerter Einfluss des Kommanditisten auf den Gewerbebetrieb der KG.

Ergebnis: Kein Anspruch aus §§ 765, 767, 433 BGB iVm. §§ 343, 350 HGB.

### Fall 7: Ein echter Freund

Da B für ein halbes Jahr eine Weltreise machen möchte, überlässt er seinem Freund, dem arbeitslosen A, seine Wohnung und erteilt ihm eine Postvollmacht. A, der sich sein bisheriges Leben lang benachteiligt gefühlt hat, wittert seine große Chance: Er entwendet aus der Schreibtischschublade des B Ausweispapiere und Unterlagen des B fingiert damit die Gründung eines einzelkaufmännischen PC-Spiele-Verleihs durch B. Durch geschickte Fälschungen erreicht A, dass die Firma „B Games Vermietung & Ankauf“ in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht wird. Zusätzlich täuscht A auch noch seine Bestellung zum Prokuristen des Scheinunternehmens vor und erwirkt die entsprechende Handelsregistereintragung und Bekanntmachung. Unter Vorlage der Handelsregisterauszüge nimmt A namens der Firma B ein Darlehen über 30.000 Euro bei der C-Bank auf und erfüllt sich damit seinerseits den lang gehegten Wunsch einer Weltreise. Als B einige Wochen später von seiner Reise zurückkehrt, fliegt alles auf. Kann die C-Bank den B auf Rückzahlung des Darlehens in Anspruch nehmen?

Anspruch C-Bank gegen B aus § 488 I 2 BGB?

1. Darlehensvertrag zwischen B und C
  - a. Keine direkte Einigung gemäß § 145 ff. BGB
    - Vertretung des B durch A? Hier keine Vertretungsmacht
    - Wirkung des **§ 15 III HGB**: falsche Bekanntmachung einer Tatsache, **Pb**: Reines Rechtsscheinsprinzip oder **Veranlassungsprinzip**? **Nach ganz h.M. letzteres**, weil nach den Prinzipien der Rechtsscheinhaftung jemand den Schein zurechenbar (nicht notwendig: schuldhaft!) gesetzt haben muss, sonst kein angemessener Interessenausgleich. Vgl. auch Wortlaut des § 15 III HGB („in dessen Angelegenheiten die einzutragen war“).
2. Ergebnis: C hat keinen Anspruch gegen B.

### Schwerpunkt: Besondere Regeln für Handelsgeschäfte (§§ 343 ff. HGB)

#### Fall 8: Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters

(BGH, 29.4.2009, VIII ZR 226/07, BeckRS 09, 13178)

K war seit 1993 Vertragshändlerin der B. Letztere sprach gegenüber K im Jahre 1998 die ordentliche Kündigung des Vertrages zum 31.3.1999 aus. Die Geschäftsführer der K betrieben auch die Autovermietung AVW, eine Lizenznehmerin der A GmbH. A hatte mit der B – auch für ihre Lizenznehmer – eine Nachlassvereinbarung für fabrikneue Volvo-Fahrzeuge geschlossen. AVW kaufte Fahrzeuge von K auf der Grundlage dieser Rahmenvereinbarung. K erhielt hierauf Zuschüsse von der B nach Maßgabe der „Allgemeinen Zuschussgewährung für Großkunden“, nach welcher Voraussetzung für den Großkundenrabatt die Eigennutzung, eine Mindestfahrleistung von 2.000 km sowie die Zulassung auf den Großkunden für mindestens sechs Monate sind. Das Einhalten der Bedingungen hatte K laut den AGB der B ggf. durch Überprüfung sicherzustellen.

Bei 28 Fahrzeugen stellte sich für 1996 und 1997 heraus, dass sie vor Ablauf von sechs Monaten konditionenwidrig weiterverkauft worden waren. B meint, der von K geltend gemachte Ausgleichsanspruch sei gemäß § 89b Abs. 3 Nr. 2 HGB ausgeschlossen, da K mit AVW bewusst zusammengewirkt hätte und planmäßig gegen die Zuschussbedingungen der B verstoßen habe. K hält entgegen, die ordentliche Kündigung sei nicht „wegen“ eines vertragswidrigen Verhaltens erfolgt. Dies sei aber nach Art. 18 lit. a der EG-Richtlinie zur Koordinierung des Rechts der Handelsvertreter erforderlich.

Art. 18 lit. a EG-Richtlinie (Auszug):

„Ein Anspruch auf Ausgleich nach Beendigung des Vertragsverhältnisses besteht nicht, wenn der Unternehmer den Vertrag wegen eines schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters beendet hat, das aufgrund der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften eine fristlose Beendigung des Vertrages rechtfertigt.“

Wie wird der EuGH entscheiden?

### Ausgleichsanspruch des K aus § 89b Abs. 1 HGB analog?

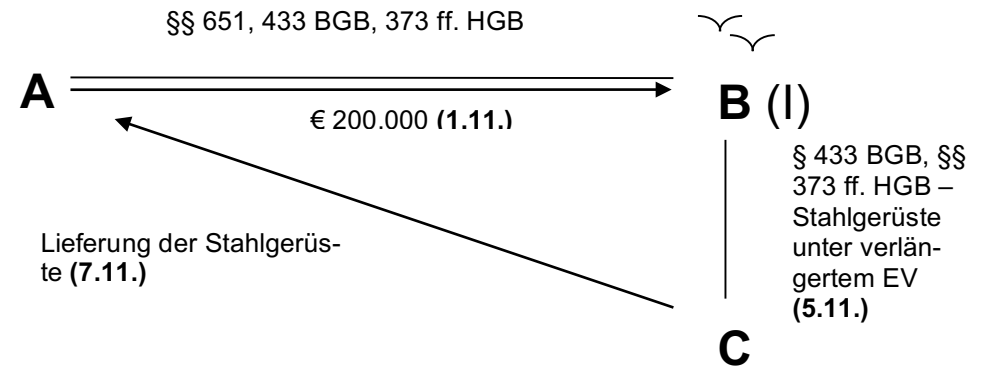
- I. Entstehungsvoraussetzungen
  1. K zwar nicht Handelsvertreter (der im Namen und für Rechnung des Unternehmers tätig wird), jedoch **Vertragshändler** (wird für eigene Rechnung tätig); nach allg. M. ist § 89b HGB hier jedoch entsprechend anzuwenden.
  2. Vorteile des Unternehmers nach Beendigung des Vertragsverhältnisses (+), da Verpflichtung des Handelsvertreters zur Übertragung des Kundenstamms nach Beendigung des Vertragsverhältnisses
- II. Wegfall des Anspruchs: § 89b Abs. 3 Nr. 2 HGB?  
Problem: **Kausalzusammenhang** zwischen schuldhaftem Verhalten des Handelsvertreters und Kündigung des Händlervertrages erforderlich?
  1. EuGH: Richtlinienkonforme Auslegung des § 89b HGB: Kausalzusammenhang erforderlich (Arg: Ausnahmevorschrift eng auszulegen)
  2. wohl h.L.: Verschulden im Rahmen der Billigkeit gemäß § 89b Abs. Satz 1 Nr. 3 HGB mit zu berücksichtigen
  3. Rechtsprechung des BGH: nein, ordentliche Kündigung genügt, solange eine schuldhafte Pflichtverletzung feststeht. Arg: Vertragshändler nicht schutzwürdig (Verwirkungsgedanke: man kann nicht gleichzeitig das Vertragsverhältnis grob missachten und dieses als Quelle für billige Ausgleichsansprüche nutzen). Zudem bestände die Gefahr, dass nach ordentlicher Kündigung der Handelsvertreter noch die verbleibende Zeit nutzt, um sich ungerechtfertigte Vorteile zu verschaffen, ohne dass der Unternehmer davon erfährt.
- III. Ergebnis: K hat (nach BGH-Lösung) keinen Ausgleichsanspruch.

### Fall 9: Solarkraft, nein danke

Die Betreiberin von Solaranlagen A stand seit längerem in Geschäftsbeziehungen mit dem Solarzellenhersteller B. Am 10.10. verhandelten die Parteien über die Herstellung und Lieferung dreier Solarpanels. Über die technische Ausstattung herrschte ebenso Einigkeit wie über einen Gesamtpreis in Höhe von 200.000 Euro brutto, jedoch bestand noch Uneinigkeit über den von A bevorzugten frühestmöglichen Liefertermin innerhalb von vier Wochen, was B zunächst für problematisch hielt. Am darauffolgenden Tag schickte B jedoch an A ein Schreiben mit der Überschrift „Auftragsbestätigung“. Darin nannte B unter anderem einen Gesamtkaufpreis in Höhe von 210.000 Euro brutto bei Lieferung innerhalb von 28 Tagen. Auf dieses Schreiben reagierte A zunächst nicht, weil noch Unschlüssigkeit über die Höhe des Kaufpreises bestand. Am 1.11. überwies A der B dann einen Betrag von 200.000 Euro unter ausdrücklichem Verweis auf die Vertragsverhandlungen vom 10.10., was B nur als „Teilzahlung“ akzeptierte.

Um ihrer Verpflichtung zur Lieferung nachkommen zu können, hatte B daraufhin am 5.11. bei C Stahlgerüste einer bestimmten Serie zur Befestigung der Solarpanels für 25.000 Euro bestellt. Die „Verkaufs- und Lieferbedingungen“ der C sahen in § 7 einen verlängerten Eigentumsvorbehalt vor. C lieferte die Stahlgerüste, die B bei ihr bestellt hatte, direkt an A. Nachdem B in die Insolvenz gefallen ist und die Forderung der C für die Stahlgerüste nicht begleichen kann, verlangt C von A die noch nicht eingebauten Gerüste wieder heraus. A macht geltend, sie habe von den Interna zwischen B und C keinerlei Kenntnis gehabt und verweigert daher die Herausgabe der Stahlgerüste.

1. Kann Insolvenzverwalter I von A weitere 10.000 Euro verlangen?
2. Kann C von A Herausgabe der Stahlgerüste verlangen?



Lösung:

- I. I gegen A auf Zahlung von 10.000 Euro als Restkaufpreis aus Werklieferungsvertrag (§§ 651 Satz 1, 433 II BGB i.V.m. § 80 I InsO)
  1. Werklieferungsvertrag zwischen A und B gemäß §§ 145 ff. BGB zustande kommen?
    - a) Willenserklärung des B (+) Antrag vom 11.10.
    - b) Annahmeerklärung des A?
      - aa) in der Zahlung vom 1.11.? (–) da inkongruent in Bezug auf den Preis, allenfalls Gegenangebot
      - bb) schon früher durch Schweigen gemäß § 362 HGB? (–) da Herstellung und Eigentumsverschaffung keine „Geschäftsbesorgung“
      - cc) Kaufmännisches Bestätigungsschreiben (Gewohnheitsrecht, § 346 HGB)?
        - A und B Kaufleute mit Gewerbebetrieben (+)
        - Vertragsverhandlungen ohne endgültige Einigung (+)
        - keine unverzügliche Antwort? Ohne schuldhaftes Zögern im Sinne von § 121 I 1 BGB, abhängig von der branchenübli-

- chen Überlegungsfrist; jedenfalls bei 20 Tagen (+)
- Pb: Abgrenzung kaufmännisches Bestätigungsschreiben oder nur neues Angebot (dann § 150 II BGB!)? Vorliegend waren Vertragsverhandlungen mit essentiellen Ergebnissen vorausgegangen (Lieferumfang, Preisrahmen). Fraglich ist, wie sich die **inhaltliche Abweichung hinsichtlich des Preises** auswirkt. Bei arglistigen Abweichungen (z.B. in der Hoffnung, der andere Teil werde das Schreiben nicht lesen) wird ein Verkehrsschutzhindernis angenommen.
  - Dagegen lag hier der fixierte Kaufpreis zwar um 10.000 Euro über dem zunächst anvisierten Preis, dafür kam B hinsichtlich einer möglichst baldigen Lieferung dem A entgegen, so dass er nach der Verkehrs-sitte damit rechnen durfte, dass die Konditionen des Bestätigungsschreibens, die auf die Vertragsverhandlungen vom 10.10. ausdrücklich Bezug nahmen, auf Zustimmung – oder unverzügliche Ablehnung – stoßen würden (*a.A. vertretbar*). Danach lagen die Voraussetzungen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens vor, und zwischen A und B kam ein Werklieferungsvertrag über drei Solarpanels zum Preis von 210.000 Euro zustande, da A nicht unverzüglich widersprach.
2. Zwischenergebnis: I kann von A weitere 10.000 Euro aus §§ 651 I, 433 II BGB verlangen.
- II. C gegen A auf Herausgabe der Stahlgerüste
1. § 985 BGB
- a) C ursprünglich Eigentümer (+), möglicherweise jedoch **Verlust von C an B** durch **Lieferung der Stahlgerüste an A** gemäß §§ 929 ff. BGB verloren haben.
- aa) Übergabe: Die Lieferung C an A genügt den Anforderungen an eine Übereignung gemäß § 929 Satz 1 BGB, wenn der Veräußerer (C) **auf Geheiß des Erwerbers** (B) die Sache an einen Dritten (A) übergibt, Arg: Verschaffung des Drittbesitzes als „Besitzsurrogat“.
  - bb) dingliche Einigung zwischen B und C? Maßgeblich, ob (verlängerter) Eigentumsvorbehalt – d.h. Einigung aufschiebend bedingt durch Zahlung B an C oder Forderungsübergang A an C – in AGB des C wirksam einbezogen: (+) da B in Ausübung seiner gewerblichen Berufstätigkeit und damit als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB gehandelt hat (§ 305 II findet also gemäß § 310 BGB keine Anwendung). Gegen einen verlängerten Eigentumsvorbehalt bestehen aus Sicht des § 307 I BGB keine Bedenken.  
Dingliche Einigung nach § 929 S. 1 BGB aufschiebend bedingt durch Zahlung B an C, jedoch Übergang der Forderung B-A an C (-), da nicht (zu >95%) erfüllt.
- b) Eigentumsverlust von **B an A** durch **Verfügung des B** über das Eigentum des C?
- aa) **Erwerb vom Berechtigten**: B gemäß § 185 BGB Verfügungsbefugt kraft verlängerten Eigentumsvorbehalts? Die Vorauszession B an C musste infolge der bereits vor Vertrag B-C (5.11.) erfolgten Kaufpreiszahlung (1.11.) ins Leere gehen. **Die Ermächtigung zur Weiterveräußerung (§ 185 BGB) ist jedoch**

**bedingt durch die Möglichkeit der Abtretung der vollen Kaufpreisforderung A-B.** Der Vorbehaltskäufer ist also nur solange befugt weiterzuveräußern, wie ein (werthaltiger) Forderungsübergang auf den Vorbehaltsverkäufer (C) möglich ist. Vorliegend war die Forderung A-B iHv. 200.000 Euro bereits fast vollständig erfüllt, so dass ein werthaltiger Forderungsübergang nach § 398 BGB nicht mehr in Frage kam; C war aber nur gegen Einräumung eines **insolvenzfesten Vorzugsrechts** (§ 51 Nr. 1 2. Fall InsO) bereit, sein Eigentum aufzugeben (§ 158 BGB).

- bb) **Erwerb vom Nichtberechtigten:** Gutgläubiger Erwerb des A von B (!) gemäß §§ 929, 932 BGB? (-) da A **nicht** gemäß § 932 II BGB ohne grobe Fahrlässigkeit vom Eigentum des B ausgehen durfte. Im heutigen Geschäftsverkehr ist damit zu rechnen, dass Lieferungen (insbesondere: hochwertiger Investitions- und Konsumgüter) unter Eigentumsvorbehalt erfolgen. An einen Kaufmann sind diesbezüglich erhöhte Anforderungen zu stellen (vgl. MünchKommBGB/*Quack*, § 932 Rn. 36). A war hinsichtlich des **Eigentums** des B nicht gutgläubig.
- cc) Erwerb des A kraft guten Glaubens an die **Verfügungsbefugnis des B gemäß § 366 HGB?**  
B betreibt Handelsgewerbe im Sinne des § 1 II HGB und ist somit Kaufmann im Sinne des § 1 I HGB; die Veräußerung erfolgte im Rahmen des Betriebs des Handelsgewerbes. Grundsätzlich kann im Falle einer Geheißlieferung A auch von der Verfügungsbefugnis

des B aufgrund des verlängerten Eigentumsvorbehalts des C (mit Ermächtigung zur Weiterveräußerung nach § 185 BGB) ausgehen.

**Aber:** Infolge der Begleichung der Forderung durch A an B **war dem A klar, dass die Vorauszession B-C ins Leere ging.** Die Vorausabtretung gilt aber als konstitutive Voraussetzung für eine wirksame Verfügungsbefugnis (Arg: Sicherungsinteresse des Vorbehaltsverkäufers, vgl. oben aa). Es fehlt somit am guten Glauben des A gemäß § 366 HGB. C hat sein Eigentum an den Stahlgerüsten folglich nicht verloren.

- c) Besitz des A (+)  
d) kein Recht zum Besitz, § 986 BGB (+)

Ergebnis: I kann von A gemäß §§ 651, 433 II BGB 10.000 Euro verlangen. C kann von A gemäß § 985 BGB die Herausgabe der Stahlgerüste verlangen.



### Fall 10: Brotlose Kunst

K betreibt ein Bildergeschäft, spezialisiert auf den Verkauf von Reproduktionen bekannter Kunstwerke. Aufgrund seiner Expertise führt K gelegentlich für seine Kunden Kommissionsgeschäfte aus. Im Auftrag des N verkauft K eine Kopie des Picasso-Gemäldes „Guernica“ an seinen alten Schulfreund L für 5.000 Euro. Als L erfährt, dass K in Geldschwierigkeiten ist, bangt er um die Rückzahlung eines noch offenen Darlehens über 3.500 Euro, das er vor Monaten dem K gewährt hatte. Deshalb erklärt L gegenüber K die Aufrechnung der Kaufpreisforderung mit der Darlehensforderung.

Des Weiteren hat die Witwe E dem K eine Kopie des Monet-Gemäldes „Seerosen“ übergeben, damit K es möglichst gewinnbringend verkaufe. In dem Geschäft befindet sich auch ein wertvolles Selbstportrait von Goya, das K erst vor kurzem für den passionierten Sammler S erstanden hat. Da K aber aus einer früheren Geschäftsaufgabe noch erhebliche Schulden hat, pfändet der Gerichtsvollzieher aufgrund eines Vollstreckungsbescheides des X die beiden Bilder als wertvollste Stücke im Ladenlokal, obwohl K protestiert und darauf hinweist, daß es sich um Kommissionsware handele.

Wie ist die Rechtslage?

Lösung:

#### Teil 1: Ansprüche wegen „Guernica“

- A. Anspruch des N gegen L aus § 433 II BGB?
- I. Einigung zwischen N und L unmittelbar (-)
  - II. Stellvertretung des N durch R gemäß §§ 164 ff. BGB?  
K trat als Kommissionär auf. Gemäß § 383 HGB gab K damit eine Willenserklärung im eigenen Namen (und nur für Rechnung des N) ab. Daher keine Stellvertretung und Anspruch des N gegen L aus § 433 II BGB (-)
- B. Anspruch des K gegen L auf 5.000 Euro aus § 433 II BGB?
- I. Anspruch entstanden (+) durch Einigung zwischen K und L gemäß § 433 I BGB

- II. Wegfall des Anspruchs in Höhe von 3.500 Euro gemäß §§ 387, 389 BGB?
1. Aufrechnungserklärung, § 388 BGB (+)
  2. Aufrechnungslage, § 387 BGB
    - a) Gleichartigkeit der Forderungen (+)
    - b) Fälligkeit der Gegenforderung (+)
    - c) Erfüllbarkeit der Hauptforderung (+)
    - d) **Gegenseitigkeit** der Forderungen: Problem!  
Hauptforderung aus § 433 II BGB zwischen K und L und Gegenforderung aus § 488 BGB zwischen K und L, an sich gegenseitig (+), aber Fortfall der Gegenseitigkeit wegen **§ 392 II HGB**?
      - aa) Anwendbarkeit des § 392 HGB
        - aA: nicht auf „Gelegenheitskommissionäre“, da die mittelbare Stellvertretung nicht hinreichend deutlich ist
        - h.M.: keine Beschränkung auf gewerbsmäßige Kommissionäre
      - bb) Voraussetzungen des § 392 II HGB
        - Forderung aus dem Ausführungsgeschäft (+) § 433 II BGB
        - keine Abtretung (+)
        - Pb: teilweise wird vertreten, die Aufrechnung sei nur mit „konnexen“ Forderungen (dh. aus demselben Geschäftsvorgang i.w.S.) zulässig (*K. Schmidt*) oder jdf. dann ausgeschlossen, wenn der Dritte wusste, dass es sich um ein Kommissionsgeschäft handelte.  
Nach h.M. (RG, BGH, h.L.) gilt die Fiktion des § 392 II HGB **generell nicht** bei solchen **Gläubigern, die gleichzeitig Schuldner des Kommissionärs** sind, Arg: Schutz des Gläubigers (der Gegenforderung), der den Kommissionär als seinen Vertragspartner ansieht und auf eine entstandene Zugriffsforderung „ver-

traut“, gegen die er aufrechnen kann. Nach h.M. § 392 II HGB also nicht anwendbar, da Gläubiger L gleichzeitig Schuldner des K war. Die Gegenseitigkeit der Forderungen ist danach zu bejahen.

III. Keine Einreden (+)

Ergebnis: Der Anspruch K gegen L ist in Höhe von 3.500 Euro erloschen und besteht nur in Höhe von 1.500 Euro.

C. Anspruch des N gegen K auf Abtretung des Anspruchs K-L auf 1.500 Euro gemäß § 384 II HGB (+)

D. Anspruch des N gegen K auf Schadenersatz wegen des erloschenen Teils der Forderung N gegen L aus §§ 280 I, III, 283, 275 BGB

I. Vertragsverhältnis (+)

II. Unmöglichkeit der Leistungspflicht (§§ 283, 275 BGB) als Pflichtverletzung des K (+) da er die erlangte Forderung gegen L wegen der wirksamen Aufrechnung nicht abtreten kann, obwohl K gegenüber N gemäß § 384 II HGB zur Abtretung verpflichtet

III. Vertretenmüssen des K gemäß § 280 I BGB?

K hätte die Unmöglichkeit der Abtretung vermeiden können, indem er ein **vertragliches Aufrechnungsverbot** mit L vereinbart hätte. Nach ganz h.M. gehört es zu den Pflichten eines ordentlichen Kaufmann-Kommissionärs (§§ 347 iVm. 384 HGB), ein solches Aufrechnungsverbot zu vereinbaren. Dass K Kommissionsgeschäfte nur in geringem Umfang übernahm, spricht nicht dagegen, wie § 384 II HGB zeigt (gilt auch für Kleingewerbetreibende).

IV. Schaden des N gemäß §§ 249 ff. BGB (+) da Verlust der Forderung gegen L

Ergebnis: N kann von K Schadenersatz iHv. 3.500 Euro verlangen.

## Teil 2: Ansprüche wegen „Seerosen“ und „Goya“

A. Drittwiderspruchsklage der Witwe E gegen X gemäß § 771 ZPO

I. E müsste ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehen: Eigentum?

1. E ursprünglich Eigentümerin (+)

2. Verlust des Eigentums an K durch Einigung und Übergabe des Kommissionsgutes an K gemäß § 929 Satz 1 BGB?

a) Übergabe (+)

b) Einigung? Grds. ist eine Übereignungsvertrag zwischen Kommittent und Kommissionär denkbar, **aber**: Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB, 346 HGB ergibt, dass der Kommittent typischerweise **keinen Eigentumsübergang** will, denn der Rechtsverlust (und damit die Positionsschwächung des Kommittenten) kann durch § 185 BGB mit der Ermächtigung zur Weiterveräußerung vermieden werden.

II. Ergebnis: § 771 ZPO (+)

B. Drittwiderspruchsklage des S gemäß § 771 ZPO

I. Eigentumserwerb des S bei Erwerb des Bildes durch K?

1. Grundsätzlich erwirbt der Kommissionär, § 383 HGB, und gibt erworbenes Eigentum an den Kommittenten heraus, § 384 II HGB

2. Folgende Ausnahmen sind möglich:

a) §§ 164 ff. BGB (unmittelbarer Erwerb), muss ausdrücklich sein, s.o., hier (–)

b) Insichgeschäft, § 181 BGB (Durchgangserwerb): Ausführungshandlung erforderlich!

c) Antizipierte Einigung und Besitzkonstitut, §§ 929, 930 BGB (Durchgangserwerb). Ausführungshandlung erforderlich!

Hier ist laut Sachverhalt von einer nach außen erkennbaren Ausführungshandlung (zB Verpacken und Adres-

sierung an S) **nicht** auszugehen, so dass S nicht Eigentümer wurde.

- II. „die Veräußerung hinderndes Recht“ analog § 392 II HGB?  
(–) da keine Analogie notwendig, um den Rechten des Kommittenten Rechnung zu tragen: Dieser kann sich selbst genügend schützen (s.o. zu den Möglichkeiten gemäß §§ 181, 929, 930 BGB)

Drittwiderrspruchsklage des S aus § 771 ZPO daher nicht begründet.

- C. Anspruch des S gegen K auf Schadenersatz gemäß §§ 280 I, III, 283, 275 BGB  
(+) Pflichtverletzung des K, da die Pfändung auf der Nichtzahlung durch ihn beruhte (Beschaffungsrisiko bei Geldschulden: „Geld hat man zu haben“).

### Fall 11: Pizza Italiana

L beliefert die K laufend mit großen Mengen Tiefkühlpizza der Marke „Pizza Italiana“ unter zugesicherter Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Anforderungen. Während die Einkaufs-AGB der K vorsehen, dass die handelsrechtlichen Bestimmungen über Rügepflichten ausgeschlossen sein sollen, bestimmen die Liefer-AGB der L ausdrücklich deren Geltung.

Am 29.5. und am 1.6. stellt K im Zuge einer Verkostung und chemischen Kontrolle zur Qualitätssicherung fest, dass einige im Februar gelieferte Exemplare verdorben sind, und informiert L am 10.6. schriftlich über das Ergebnis. Bei Anlieferung hatte K keine äußerlichen Merkmale des Verderbs ausmachen können. Nach einem Treffen zur gütlichen Klärung verweigert L schließlich eine Nacherfüllung und wendet ein, Gewährleistungsansprüche seien ausgeschlossen, da K die Mängel nicht unverzüglich gerügt habe. K hingegen verweist auf ihre AGB und hält den Einwand etwaiger Rügepflichtverletzungen für unzulässig. K verlangt stattdessen Schadenersatz für die verdorbenen Pizzen sowie Ersatz der Krankenhauskosten, die im Zuge der stationären Behandlung der K wegen einer Lebensmittelvergiftung entstanden sind.

Wer hat Recht?

### Lösung:

- A. Anspruch K gegen L auf Schadenersatz statt der Leistung aus §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB
- I. Kaufvertrag zwischen K und L (+)
  - II. Sachmangel gemäß § 434 I 1 BGB (+)
  - III. Fristsetzung zur Nacherfüllung (§§ 281, 439 BGB) entbehrlich wegen endgültiger Weigerung der L (§ 281 II BGB)
  - IV. Ausschluss gemäß § 377 HGB?
    1. Beiderseitiges Handelsgeschäft (+)
    2. Verletzung der sofortigen Untersuchungs- und Rügeobliegenheit nach § 377 I HGB (-) da keine technischen Prüf-

maßnahmen erforderlich, wenn äußerlich keine Verdachtsmomente vorliegen.

3. Verletzung der Rügeobliegenheit nach § 377 II, III HGB
  - a. Hier „versteckter“ Mangel, der sich später zeigt (+)
  - b. Unverzügliche Anzeige an L? „Rüge“ = Anzeige von Art und Umfang der Mängel (+); Pb: ohne schuldhaftes Zögern (§ 122 BGB)? Nach Rspr. bemisst sich die Frist je nach Einzelfall, grundsätzlich aber **sofort!** Hier 10 Tage, daher nicht mehr unverzüglich (in der Rspr unterschiedlich je nach Branche).
  - c. Ausschluss der Rügepflicht durch AGB der K? (-) da nach std. Rspr. **bei kollidierenden AGB die gesetzlichen Bestimmungen** anzuwenden sind.
  - d. Ausschluss wegen stillschweigenden Verzichts der L durch Aufnahme von Güteverhandlungen?  
(-) vgl. BGH NJW 1988, 52: vorprozessuale Verhandlungen genügen als solche nicht für einen stillschweigenden Verzicht (weil sonst jede Bereitschaft zur gütlichen Einigung erstickt würde)

B. Anspruch K gegen L auf Schadenersatz aus § 823 I BGB

I. Pb: Ausschluss der deliktischen Ansprüche bei – unterstellter – Verletzung der Rügeobliegenheit? nach ganz hM (-), denn hierbei handelt es sich nicht um „Gewährleistungsansprüche“, bei denen allein ein Ausschluss durch rügelose Annahme der mangelhaften Ware gerechtfertigt ist (BGHZ 66, 308; BGH NJW 1988, 52). Zudem kann der Schadenseintritt bei § 823 I BGB uU weit dahinter liegen.

II. Gesundheitsverletzung (+)

III. Kausalität einer Handlung der L (+)

IV. Rechtswidrigkeit (+)

V. Verschulden: FL gemäß § 276 BGB (+)

(ggf. Mitverschulden der K nach § 254 BGB)

## Gesellschaftsrecht

### Schwerpunkte

1. Wann gilt welches Gesellschaftsrecht?
2. Ist die Gesellschaft verpflichtet?
3. Haftung der Gesellschafter?
4. Kapitalerhaltung und Krisenrecht (bei GmbH und GmbH & Co KG)

#### Fall 12: Der kleine Plattenhandel

Die alten Schulfreunde A, B, C und Jura-Student D möchten in Heidelberg mit gebrauchten Schallplatten handeln und eröffnen hierfür ein gemeinsames Konto, auf das jeder 1.000 Euro einzahlt. Jeder soll vereinbarungsgemäß geschäftsführungsbefugt sein. Über eine Anmeldung zum Handelsregister machen sie sich keine Gedanken. A mietet in der Heidelberger Innenstadt mit Zustimmung von B und C eine Wohnung im Namen der „ABC Vinylon“ bei X an. D weilt in Caracas und weiß hiervon nichts.

Die „Einlagen“ sind rasch für Kautions- und erste Schallplattenersteigerungen auf eBay verbraucht. Nachdem D zurückgekehrt ist, verlangt X – der von A abgewiesen wurde – von C und D die rückständige Monatsmiete von 500 Euro. Zu Recht?

*Lösung:*

- A. X gegen C und D auf 500 Euro
  - I. Haftung als oHG-Gesellschafter gemäß § 535 II BGB i.V.m. § 128 HGB?
    1. Bestehende oHG? Einigung über Gesellschaftszweck gemäß §§ 105 BGB, 705 HGB (+)
    2. Gewerbe (+)
    3. in kaufmännischer Weise eingerichteter Gewerbebetrieb? (–) da nur geringe Umsätze zu erwarten (objektiv zu bestimmen, nicht nach dem „Think-big“-Prinzip).
  - II. § 535 II BGB
    1. Originäre Verpflichtung von C und D gemäß §§ 535, 164, 714 BGB?
      - a) Nach inzwischen überholter Ansicht war die GbR nicht rechtsfähig, sondern Gesamthand ohne Rechtssubjektivität mit einem den Gesamthändern zustehenden Sondervermögen (vgl. § 718 BGB). Handelte danach ein Vertretungsbe-

rechtiger, wurde das Gesamthandsvermögen der Gesellschafter gleichzeitig gebunden (einheitliche Verpflichtung mit doppelter Wirkung), vgl. §§ 709, 714 BGB.

b) Heute gilt die GbR als selbst **teilrechtsfähige** Person (K. Schmidt, GesR, § 8 III), die selbstständig verpflichtet wird. Nach der nur noch z.T. vertretenen Lehre von der Doppelverpflichtung sind nunmehr **GbR** (als teilrechtsfähiges Subjekt) **und Gesellschafter** gebunden. Problem: Dann könnte die Verpflichtungswirkung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt werden („GbR mbH“, vgl. Grunewald, Gesellschaftsrecht, 1 A 58 ff.). Die ganz hM wendet dagegen **§ 128 HGB analog** als zwingendes Recht an (akzessorische Haftung der Gesellschafter für die GbR).

2. **Akzessorische Haftung** nach §§ 535 BGB, 128 HGB analog: ABC Gesellschaft als (Außen-)GbR entstanden?

Gesellschaftsvertrag (+) s.o., Gesellschaft ist auch auf ein Auftreten im Rechtsverkehr gerichtet (Plattenhandel). Die Gesellschaft hat mit der gemeinsamen Kontoeröffnung ihre Geschäfte aufgenommen.

3. Verbindlichkeit der Gesellschaft (+) da A (wie die anderen auch) als Geschäftsführungsberechtigter und Vertreter die GbR wirksam verpflichten konnte.

- B. Ergebnis: Anspruch gegen C und D aus § 535 II BGB, § 128 HGB (+)

C und D haften nach § 421 BGB als Gesamtschuldner (und können intern anteilmäßig Regress nehmen).

### Fall 13: Geschäfte im Frühstadium

A möchte mit S und T die G-GmbH zur Errichtung eines Han-

dels mit Baustoffen gründen. Während Geschäftsführer S und T werden sollen, ist im Vorvertrag geregelt, dass der Beginn der Geschäfte erst nach Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister erfolgen solle. Dennoch eröffnen S und T umgehend für die „GmbH in Gründung“ ein Kontokorrentkonto bei der Bank B und kaufen Betriebsmittel, wodurch ein Sollsaldo in Höhe von 100.000 Euro entstand. Dem Bankmitarbeiter versicherten S und T, dass A mit ihrem Vorgehen einverstanden wäre. Desweiteren stellen S und T zum 1.3. den Studenten D zur Durchsicht und Vorbearbeitung der Post und zur Reinigung der Geschäftsräume auf Stundenlohnbasis ein.

Noch vor Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrages kommt es zum Streit zwischen A, S und T. A gibt mit Ablauf des 30.5. das Vorhaben auf. D hat für den Monat Juni seinen Lohn iHv. 1.300 Euro nicht erhalten.

Welche Ansprüche haben B und D gegen A?

*Lösung:*

- A. B gegen A auf Zahlung von 100.000 Euro aus § 488 I 2 BGB i.V.m. § 128 Satz 1 HGB

- I. Entstehung einer oHG, § 105 HGB

1. Gesellschaftsgründung: Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks vertraglich beschlossen (+)
2. Entstehen einer oHG

Da GmbH niemals eingetragen, ist fraglich, ob die „Vorgründungsgesellschaft“ vorliegend eine GbR oder (schon) eine oHG ist.

- a) Handelsgewerbe gemäß §§ 105, 1 II HGB?

Baustoffhandel = Handelsgewerbe, das einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert (+). Der GmbH-Gründungsablauf diene diesem (Fern-)Zweck. **Gegenansicht** vertretbar mit dem Argument, die Vorgründungsgesellschaft bezwecke nur den „Gang zum

Notar“ (Anm.: Den A [nur diesen!] träfe dann auch keine oHG-Rechtsscheinhaftung).

- b) Beginn der Gesellschaft nach § 123 HGB?  
Grds. Eintragung erforderlich (§ 123 I HGB), hier (-)

Jedoch gemäß § 123 II HGB schon vor Eintragung Beginn der Geschäfte (Vorbereitungshandlungen genügen); hier (+), aber fraglich, ob Handeln von S und T genügt:

aa) h.M.: **Zustimmung aller Gesellschafter zum Geschäftsbeginn erforderlich**. Arg: Vertretungsmacht der Geschäftsführer (hier explizit) beschränkt durch Vorgründungszweck; auch an der Anmeldung zur Eintragung nach § 123 I HGB müssen alle Gesellschafter beteiligt sein, **vgl. § 108 HGB**.

bb) a.A.: Ist eine Gesellschaft einmal entstanden, genüge das Handeln ihrer **designierten Vertreter**, um über den Beginn als oHG zu entscheiden. Nach dieser Ansicht wäre eine oHG wirksam entstanden, indem S und T als designierte Vertreter für sie tätig geworden sind.

2. Zwischenergebnis: Darlehensverbindlichkeit der Gesellschaft aus § 488 BGB nach h.M. (-) da S und T die Gesellschaft als oHG nicht wirksam verpflichten konnten.

- II. Haftung des A gemäß § 128 Satz 1 HGB (-), unabhängig von seinem Ausscheiden und der Haftungskontinuität gemäß § 160 I HGB

- B. B gegen A aus § 488 I 2 BGB i.V.m. § 128 HGB analog  
I. Entstehung einer GbR (+) Vorgründungsgesellschaft  
II. Verbindlichkeit der GbR? (-), da S und T im Vorgründungsstadium nicht nach außen vertretungsbefugt (vgl.

§ 714 BGB). **Hier Anwendung der §§ 177 ff. zu Lasten von S und T.**

C. D gegen A auf Zahlung 1.300 Euro aus § 611 BGB

I. Dienstlohnverbindlichkeit der Gesellschaft nach der oben vertretenen Meinung (-) (A I b bb) [Anm.: dann ist die Abwandlung hier zu Ende]

II. Hilfsweise: Haftung des A als ausgeschiedener oHG-Gesellschafter?

1. Gemäß § 160 I HGB (bei wirksam verpflichteter GbR gemäß § 736 BGB i.V.m. § 160 HGB) haftet ein ausgeschiedener Gesellschafter noch **fünf Jahre** für die bis zu seinem Ausscheiden **begründeten** Verbindlichkeiten.

2. Fälligkeit der Lohnforderung erst mit Ablauf des 30.6. (§ 614 S. 2 BGB), aber Auslegung des § 160 I HGB: „begründet“? umfasst alle Verbindlichkeiten, die **auf einem Vertragsschluss beruhen, bei dem der Kreis der Haftenden eine Rolle spielt**. Die Forderung liegt „dem Grunde nach“ also bereits im **Entstehen** des jeweiligen Dauerschuldverhältnisses begründet.

Ergebnis: B und D können A (nicht) in Anspruch nehmen.

#### Fall 14: Actio pro socio in der Lottogemeinschaft

Steinbach, Poggemöller und Friedrich vereinbaren für die Dauer eines Jahres eine Lotto-Tippgemeinschaft. Jeder soll wöchentlich fünf Euro einzahlen. Durch ein präzise ausgetüfteltes System sollen sich die Gewinnchancen drastisch erhöhen. Nach drei Monaten hat sich immer noch kein Gewinn ergeben. Steinbach, die in akuten Geldschwierigkeiten steckt, beschließt daher, keine Zahlungen mehr in die Gemeinschaftskasse zu leisten. Wer kann – auf welchem Wege – die Erfüllung einer etwaigen Zahlungspflicht durchsetzen?

- I. SPF-GbR gegen S aus § 705 BGB
  1. Wirksamer Gesellschaftsvertrag (+)
  2. Nichtleistung der Einlage durch S (+) trotz Möglichkeit und Fälligkeit
  3. Durchsetzbarkeit  
Das Geltendmachen von Beiträgen ist ein Akt der Geschäftsführung. Nach § 709 BGB wären also eigentlich **alle** Gesellschafter gemeinschaftlich zur Geltendmachung befugt. **Aber:** Verbot der Entscheidung in eigener Sache (vgl. § 34 BGB, §§ 43 IV, 136 GmbHG), daher könne die verbleibenden Gesellschafter im Namen der GbR die Einlageleistung der S verlangen (allg. M.)
- II. P (oder F) im eigenen Namen gegen S
  1. Grundsatz: Eine actio pro socio ist unter bestimmten Umständen möglich, str. ist jedoch die dogmatische Konstruktion
    - a) Früher: Klage aus eigenem Recht, da Mitgesellschafter sich auch gegenüber den anderen Mitgesellschaftern verpflichtet haben
    - b) Heute h.M.: gesetzliche Prozesstandschaft, also Geltendmachung eines fremden Rechts (der Gesellschaft) im eigenen Namen. Danach: Klage auf Leistung an die Gesellschaft. **Jedoch** ist die actio pro socio subsidiär gegenüber einer möglichen Klage der Gesellschaft: Sie kommt nur in Frage, wenn deren Mechanismen versagen, wenn also die Aufforderung an die übrigen Gesellschafter zu klagen erfolglos blieb oder von vornherein aussichtslos war.
  2. Im vorliegenden Fall: Keine Anhaltspunkte dafür, dass der jeweils andere verbleibende Gesellschafter sich quer stellen würde, daher bleibt es bei der Klagemöglichkeit der GbR gegen S (oben I); eine actio pro socio ist unzulässig.

#### Fall 15: Der minderjährige GbR-Gesellschafter

M, Inhaber der Gaststätte „Hemingway's“, starb 2014. Seine Ehefrau F führte den Betrieb zunächst allein fort. 2015 schloß sie sich mit ihrer Tochter T und ihrem damals minderjährigen Sohn S zu einer Gesellschaft zusammen. F wurde zur Geschäftsführerin bestellt. F nahm im Juli 2016 bei der Bank B ein Darlehen über € 50.000,00 für die Gesellschaft auf. In der Folgezeit kam es wiederholt zu internen Auseinandersetzungen zwischen F und S. Als S im November 2016 volljährig wurde, schied er aus dem Betrieb aus. B begehrt bei Fälligkeit des Darlehens im Januar 2017 Rückzahlung von T. T wendet ein, eine Gesellschaftsverbindlichkeit sei schon deshalb nicht wirksam zustande gekommen, weil S bei der Darlehensgewährung noch minderjährig gewesen sei. Wie ist zu entscheiden?

#### Lösung:

- A. Anspruch B gegen T auf Rückzahlung des Darlehens gemäß § 488 BGB
  - I. Einigung zwischen B und T direkt (–), die F hat den Vertrag für die GbR abgeschlossen
  - II. T vertreten durch F?
    1. Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht (–)
    2. Gesetzliche Vertretungsmacht, §§ 1629, 1681 BGB (–) T war (anders als S) bei Vertragsschluss volljährigErgebnis: § 488 BGB durch Vertrag zwischen B und T (–)
- B. Anspruch K gegen T auf Rückzahlung des Darlehens gemäß § 488 BGB, § 128 HGB analog
  - I. Wirksame Gesellschaftsverbindlichkeit
    1. Bestehen einer Gesellschaft: Wirksamer Gesellschaftsvertrag gemäß § 705 BGB zwischen F, T und S ein zustande gekommen?
      - a) Mehrere Personen (+) F, T und S
      - b) Zusammenschluss durch Vertrag



- aa) F und T haben im Jahr 2015 wirksame Willenserklärungen iSd § 705 BGB abgegeben
- bb) S war bei Vertragsschluss noch minderjährig, konnte also keine (nicht Onur vorteilhafte) wirksame WE abgeben, § 106 BGB
- cc) In Betracht kommt eine Vertretung des S durch F gemäß §§ 1629, 1681 BGB
  - (1) Nach dem Tod des M war F für S alleinvertretungsberechtigt, § 1681 BGB
  - (2) Nach § 1629 II i.V.m. § 1795 II BGB sind bei der elterlichen Vertretung In-sich-Geschäfte grds. nach **§ 181 BGB** unzulässig  
Folge: Der Abschluss des Gesellschaftsvertrages wäre ein gemäß § 181 BGB verbotenes In-sich-Geschäft. F hätte bei Abschluss des Vertrages für S einen **Ergänzungspfleger** bestellen lassen müssen, **§ 1909 BGB**
  - (3) Zudem ist die Vertretungsmacht der Eltern gem § 1643 BGB beschränkt, wenn ein Erfordernis vormundschaftlicher Genehmigung besteht. Hier Genehmigungserfordernis (+) vgl. § 1822 Nr. 3 BGB.  
Folge: Keine wirksame Willenserklärung des S gemäß § 705 BGB
- c) Problem: Unwirksamkeit betrifft nur die Willenserklärung des S. In Betracht käme eine wirksame „Restgesellschaft“ zwischen T und F:
  - aa) T und F haben wirksame Willenserklärungen i.S.d. § 705 BGB abgegeben
  - bb) Da nach dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag drei Gesellschafter beteiligt sein sollten, liegt Teilnichtigkeit vor
    - (1) Nach § 139 BGB ist im Zweifel die Gesamtnichtigkeit anzunehmen
    - (2) Bei Gesellschaften ist grundsätzlich von **Gesamtnichtigkeit** auszugehen, Arg: Der Gesellschaftsvertrag ist maßgebend durch die **personale Verbindung der Gesellschafter** bestimmt
- d) Problem: Hier war die Gesellschaft bereits in Vollzug gesetzt. Mit der Aufnahme der Geschäfte tritt die Gesellschaft als solche an die Öffentlichkeit. Folge: Es werden schutzwürdige Interessen Dritter berührt. Die BGB-Gesellschaft begründet ein Dauerschuldverhältnis. Bei Nichtigkeit ex tunc müsste Rückabwicklung gem §§ 812 ff. BGB erfolgen. Diese wäre praktisch undurchführbar.
- e) Rechtsfolge: Lehre von der **fehlerhaften Gesellschaft**
  - aa) Soweit sich im Nachhinein die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages herausstellt, wird die Gesellschaft für die Vergangenheit als wirksam behandelt
  - bb) Für die Zukunft kann die Gesellschaft durch einseitige Erklärung aufgelöst werden
- f) Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft gelten nicht uneingeschränkt, sondern nur, soweit keine anderen schützenswerten Interessen beeinträchtigt werden:
  - aa) nicht bei überwiegenden Interessen der Allgemeinheit, §§ 134, 138 BGB, hier nicht einschlägig.
  - aa) nicht bei überwiegenden Interessen einzelner, §§ 104 ff. BGB: Der **Minderjährigenschutz** zu Gunsten des S hat Vorrang. Zwischen F, T und S ist demnach keine (als gül-

tig zu behandelnde) fehlerhafte Gesellschaft entstanden.

- g) Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft sind aber nur ausgeschlossen, **soweit** ihnen Vorschriften zum Schutz des S entgegenstehen. Das Verhältnis von F und T ist davon nicht betroffen. Folge: Nach h.M. entsteht eine **fehlerhafte Gesellschaft zwischen F und T**, auf welche die §§ 705 ff BGB Anwendung finden.

Zwischenergebnis: Nach den Regeln der fehlerhaften Gesellschaft wird für den Zeitpunkt der Darlehensbegründung ein Gesellschaftsverhältnis (nur) zwischen T und F (!) fingiert.

2. Wirksame Vertretung der Gesellschaft durch die F, §§ 709, 710, 714 BGB

- a) Laut Sachverhalt war F zur alleinigen Geschäftsführerin bestellt, § 710 BGB  
b) Folge: Vertretungsmacht für die Gesellschaft, § 714 BGB

Zwischenergebnis: Die F hat für die Gesellschaft wirksam den Vertrag abgeschlossen.

- II. Haftung der T für die Gesellschaftsverbindlichkeit analog § 128 HGB

Die Gesellschafter einer GbR haften für deren Verbindlichkeiten nach § 128 HGB analog. Folge: Haftung der T (+)

Ergebnis: Anspruch B gegen T gem § 488 BGB (+)

### Fall 16: Einreden und Regress des Gesellschafters

Spediteur S betreibt sein Unternehmen mit Lkws, die er regelmäßig bei der X-oHG warten und reparieren lässt. Am 15.7.2002 wird ein Lkw von X persönlich repariert. Während der Reparatur beschädigt X, der den S nicht leiden kann, vorsätzlich die Ladefläche des Fahrzeugs (Schaden: 1.000 Euro). Ein Fahrer bemerkt dies am darauffolgenden Tag und macht dem S eine entsprechende Meldung. Wegen dringlicher Geschäftsangelegenheiten wird ein Schadenersatzanspruch zunächst nicht geltend gemacht.

Kurz vor Weihnachten 2005 erfährt S von Zahlungsschwierigkeiten des X und der X-oHG und wendet sich an deren weder geschäftsführungs- noch vertretungsbefugten Gesellschafter G. Diesem wird am 28.12.2005 ein Mahnbescheid des Amtsgerichts Charlottenburg zugestellt. G verweigert die Zahlung und legt fristgemäß im Januar Widerspruch ein. Zum einen beruft er sich darauf, dass die Forderung inzwischen verjährt sei; seine Haftung entfalle damit. Im Übrigen bestünden – was zutrifft – aufgrund kürzlich von der X-oHG für S durchgeführter Reparaturen Ansprüche, gegen die S aufrechnen könne. Auch Mitgesellschafter X ist zu einer Zahlung nicht bereit.

Kann S von G Ersatz seines Schadens verlangen? Kann G, wenn er zahlt, Ersatz von der Gesellschaft verlangen?

*Lösung:*

- A. S gegen G auf Zahlung von 1.000 Euro

- I. §§ 823 I, 31 BGB analog i.V.m. § 128 HGB

*Beachte: grds. ist mit vertraglichem Anspruch aus § 280 I BGB iVm Vertrag zu beginnen, das wäre hier jedoch ungeschickt, da dann bei § 129 III HGB, § 393 BGB das deliktische Aufrechnungsverbot (unten I 2 c), das u.U. auf vertragliche Ansprüche durchschlägt (unten II 4), inzident geprüft werden müsste.*

1. Gesellschaftsverbindlichkeit

- a) Analoge Anwendung des § 31 BGB auf die oHG
  - aa) Verselbstständigung des Verbands gegenüber seinen Mitgliedern (+)
  - bb) Repräsentationsprinzip = Handeln der GF für Verband (+)
- b) Tatbestand des § 31 BGB
  - aa) Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen (+) Reparatur; Beschädigungshandlung als Überschreitung der Befugnisse lässt die Zurechnung nicht entfallen bei **hinreichendem objektiven Zusammenhang** mit der Geschäftstätigkeit!
  - bb) Anspruch des S gegen X-oHG (+)
- 2. Haftung des G gemäß § 128 HGB
  - a) Akzessorische Haftung der Gesellschafter für **deliktische** Verbindlichkeiten der Gesellschaft? str!
    - a.A. (1): § 128 HGB kann als Ausgleich dafür gesehen werden, dass auf ein gesetzliches Mindesthaftkapital als Grundlage für die Kontrahierungsbereitschaft der Gläubiger verzichtet wird. Niemand, so die Mindermeinung, habe aber Anspruch auf einen Haftungsschutz gegenüber deliktischen Schuldnern (man lasse sich nicht „im Vertrauen“ auf eine persönliche Haftung deliktisch schädigen).
    - a.A. (2): nur bei deliktischer Schuldbegründung, die in einem objektiven Zusammenhang mit einer (möglichen) geschäftlichen Verbindung steht. Hier (+)
    - Die h.M. nimmt dennoch eine Gesellschafterhaftung auch für deliktische Verbindlichkeiten an, weil zum einen § 128 HGB nicht nach Art der Schuldbegründung differenziere, zum anderen die Rechtssicherheit eine klare Abgrenzung gebiete (Delikt/Vertrag überschneiden sich oft). Nach h.M. also (+)
  - b) Verjährungseinrede gemäß § 214 BGB, § 129 HGB (-)
    - aa) Verjährung der Gesellschaftsverbindlichkeit grds. (+), §§ 195, 199 BGB: am 31.12.2005
    - bb) Hemmung der Verjährung durch Zustellung des Mahnbescheids an G, § 204 I Nr. 2 BGB?  
Pb: **keinem vertretungsberechtigten Organ der Gesellschaft zugestellt** und daher gegenüber dieser keine Hemmungswirkung.  
a.A.: lehnt § 242 BGB zu Lasten des G ab, da es im Vorfeld der Verjährung für den Adressaten wichtig ist, Grund und Rechtslage genau zu erkennen; hierzu gehört insbesondere bei (u.U. weit) in der Vergangenheit liegende Umstände das Erkennen der richtigen Verteidigungsstrategie.  
h.M.: Der Gesellschafter ist gewarnt, er kann sich regelmäßig Informationen über Grund und Berechtigung der Inanspruchnahme verschaffen und **darf nicht mehr auf die Nichtinanspruchnahme vertrauen** (§ 242 BGB i.V.m. Verjährungszweck).
  - c) Einrede der Aufrechnungslage wegen Forderung S gegen oHG aus § 631 BGB, § 129 III HGB?
    - aa) Wortlaut: (+) da Forderung des S gegen X-oHG i.S.v. § 387 BGB aus § 631 BGB; G kann S grds. auf seine Aufrechnung verweisen.
    - bb) Pb: Nach § 393 BGB darf man nicht gegen eine vorsätzlich-deliktische Forderung (hier §§ 823 I, 31 BGB analog) aufrechnen. Dies kann sich auswirken auf den Einwand des

Gesellschafters (G), der Gläubiger könne gegen die Gesellschaft aufrechnen. Nach h.M. (z.B. BGHZ 42, 397) ist in § 129 III HGB berichtigend die **Aufrechnungsbefugnis der Gesellschaft** hineinzulesen: Der Gesellschafter solle nicht besser stehen als die Gesellschaft (die ihrerseits nicht die Einrede der Aufrechenbarkeit erheben kann). G kann den Deliktsgläubiger S daher **nicht** auf Aufrechnungslage verweisen.

- II. §§ 280 I, 31 BGB analog i.V.m. § 128 HGB
  - 1. Wirksamer Werkvertrag (+)
  - 2. Nebenpflichtverletzung, § 241 II BGB (+) beachte: Nach allg. M. ist § 31 BGB analog – und nicht § 278 BGB – die richtige Zurechnungsnorm, da die Organe einer Gesellschaft nicht ihre Erfüllungsgehilfen sind, sondern nach dem **Repräsentationsprinzip** für diese handeln.
  - 3. keine Verjährung (+)
  - 4. Einrede gemäß § 129 III HGB? Eigentlich (+), da hier kein Aufrechnungsverbot gemäß § 393 BGB. Nach h.M. aber entsprechende Anwendung auf vertraglich begründete Schulden, soweit diese mit deliktischen Schulden konkurrieren, also auch hier § 129 III HGB (–)
- III. Ergebnis: Haftung des G (+) aus §§ 823 I, 31 BGB und § 280 I, 31 BGB i.V.m. § 128 HGB

B. G gegen X-oHG auf Zahlung von 1.000 Euro aus § 110 I 1 HGB

- I. Aufwendung  
Freiwilliges Vermögensopfer? Bei der Erfüllung von Gesellschaftsschulden nach § 128 HGB (+) Arg: Gesellschafter soll im Innenverhältnis nur haften, aber nicht schulden!
- II. Erforderlichkeit?

Zweifelhaft wegen der Verjährung der Verbindlichkeit. Aber Ergebnis wäre zufällig, wenn G allein den Schaden tragen müsste, obwohl es sich um eine Gesellschaftsverbindlichkeit handelt. Maßgeblich ist, ob G zur Leistung verpflichtet war (+)

- III. Ergebnis: Regressanspruch des G gegen die X-oHG aus § 110 I 1 HGB (+)

### Fall 17: Haftung des Kommanditisten

A, B, C und D machen mit Schallplattenverkäufen und Turntable-Zubehör zunehmend Gewinne. Als „Vinyon oHG“ wird die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen. D möchte sein persönliches Insolvenzrisiko mit Blick auf die zunehmende Konkurrenz des Musik-Downloads allerdings begrenzen und überredet seinen alten Schulfreund E, sich ebenfalls mit einer Kommanditeinlage an der Gesellschaft (10.000 Euro) an der Gesellschaft zu beteiligen. Der Gesellschaftsvertrag wird am 1.11. entsprechend geändert und die Gesellschaft in „Vinyon KG“ umbenannt. D's Einlage besteht in seinem Gesellschaftsanteil, der allerdings zu diesem Zeitpunkt nur 9.000 € wert ist. E zahlt am 2.11. 8.000 € auf das Konto der Gesellschaft ein. Die Eintragung erfolgt am 6.12.

Kurz darauf wird der Handwerker H damit beauftragt, ein Reklameschild über der Ladentür anzubringen. H verlangt das Entgelt in Höhe von 3.000 € von D und E. Bereits am 5.11. hatte DJ S bei der oHG 20 Dual-Diamant-Tonabnehmer bestellt und verlangt nunmehr von D und E Lieferung. Der Raumausstatter O möchte von D und E 4.000 € für einen Regaleinbau bekommen, den er im August vorgenommen hat.

Welche der geltend gemachten Ansprüche bestehen in welcher Höhe, wenn die Ansprüche in der geltend gemachten Reihenfolge, soweit sie bestehen, sofort beglichen werden?

**Lösung:**

- A. Ansprüche des H auf Zahlung von 3.000 € aus § 631 I BGB i.V.m. § 171 I HGB
- I. Anspruch gegen D
1. Bestehen einer KG-Verbindlichkeit
    - a) Entstehung der KG (+): für Umwandlung einer oHG in KG genügt Satzungsänderung. Eintragung deklaratorisch (§ 176 HGB).
    - b) Wirksame Vertretung der KG durch A (+), §§ 161 II, 125 I HGB i.V.m. § 164 BGB.
    - c) Werklohnforderung gemäß § 641 I BGB mit Abnahme fällig
  2. Haftung des D
    - a) Beschränkung auf die Einlage, § 171 HGB?
      - bb) D hat seine Einlagepflicht im **Innenverhältnis** vollständig erfüllt (vgl. § 705 BGB) durch Einbringung des oHG-Anteils. Beachte: Pflichteinlage im Innenverhältnis und Haftsumme im Außenverhältnis können – wie hier – voneinander abweichen.
      - cc) Im **Außenverhältnis** (also für die Haftung) ist, wie sich bei einer auf den **Haftungsumfang** bezogenen Auslegung des § 171 HGB ergibt, auf den **Wert der Einlage** abzustellen (objektive Wertdeckung erforderlich), d.h. hier **Unterdeckung** in Höhe von 1.000 Euro. Die Voraussetzung für die Haftungsbefreiung nach § 171 I Hs. 2 HGB ist demnach nur iHv. 9.000 Euro gegeben. D haftet daher für die Werklohnforderung (nur) iHv. 1.000 Euro.
      - dd) Zahlung D an H „auf die Haftung“ führt zur Haftungsbefreiung (§ 171 I HS. 2 HGB) und Regressanspruch des D gegen die KG ge-

mäß §§ 161 II, 110 HGB (bei Ausgleich lebt die Haftung wieder auf, §§ 172 IV, 171 HGB)

- II. Anspruch gegen E
1. Bestehen einer KG-Verbindlichkeit (+) s.o.
  2. Haftung des E
    - a) Haftungshöhe gemäß § 171 HGB: 2.000 € aus der Differenz der geschuldeten 10.000 € und den geleisteten 8.000 €
    - b) Zahlung an H „auf die Haftung“ führt zu Regressanspruch des E gegen die KG gemäß §§ 161 II, 110 HGB (s.o.).
- B. Ansprüche des S auf Übereignung aus § 433 I BGB i.V.m. § 171 I HGB
- I. Lieferungs- und Übereignungsanspruch **S gegen D**
1. Wirksamer Kaufvertrag zwischen S und KG (+) §§ 433, 164 BGB
  2. Haftung des D gemäß § 171 I HGB
    - a) Grundsätzlich (+)
    - b) Fortfall der Haftung durch Zahlung „auf die Haftung“ an H (s.o.)
    - c) **§ 176 II HGB**: Zwischen Eintritt eines Kommanditisten und seiner Eintragung, haftet dieser für in diesem Zeitraum entstandene Verbindlichkeiten **wie ein persönlicher Gesellschafter**. Hier aber kein „Eintritt“, sondern Anteilsuwendung; Analogie scheidet nach h.M. aus, weil § 176 II HGB seinem Zweck nach auf **Bildung eines neuen Anteils** zielt. Aber: Eine Haftung nach § 15 HGB bleibt unberührt.
    - d) § 128 HGB i.V.m. § 15 I HGB wegen noch nicht eingetragener Haftungsbeschränkung des D? Person und Haftsumme des eintretenden (auch: aus der Komplementärstellung wechselnden) Kommanditisten sind gemäß § 162 I, III HGB eintragungspflichtig, hier zum Zeitpunkt des Vertra-

ges keine Eintragung (beachte: nach § 162 II HGB ist § 15 HGB nur hinsichtlich der *Bekanntmachung* gemäß § 10 HGB – ohne Kommanditisten – nicht anwendbar). Registerlage: D nach wie vor persönlich haftender Gesellschafter.

(Anm.: § 160 III HGB bewirkt nach h.M. lediglich eine Haftungsbegrenzung und ist keine eigene Anspruchsgrundlage, a.A. aber vertretbar)

- e) Inhalt der akzessorischen Haftung des D  
Pb, da hier keine Geld- sondern Gattungsschuld.
- Haftungstheorie: Gesellschafter schuldet nicht Erfüllung, sondern haftet nur, wenn die Gesellschaft nicht zahlt, auf das Erfüllungsinteresse
  - **Erfüllungstheorie** (h.M.): Haftungsinhalt entspricht grundsätzlich dem Schuldinhalt, es sei denn unzumutbare Beeinträchtigung der Privatsphäre des Gesellschafters (Arg: Funktion des § 128 HGB, die Durchsetzung des Primäranspruchs zu erleichtern).

Ergebnis: D haftet auf Lieferung der Tonabnehmer (ggf. § 510b ZPO)

- II. Lieferungs- und Übereignungsanspruch **S gegen E** aus § 433 I BGB i.V.m. §§ 128, 176 HGB
1. Anspruch des S gegen die KG (+)
  2. Haftung des E gemäß §§ 128, **176 II HGB**
    - a) Eintritt in eine bestehende KG (+)
    - b) Begründung der Verbindlichkeit zwischen Eintritt und Eintragung (+)
    - c) Zustimmung des E zur Geschäftsaufnahme (§ 176 I HGB; vorliegend: *Geschäftsfortführung*) der Gesellschaft? Nach heute h.M. nicht erforderlich, weil Erstaufnahme nicht vergleichbar mit **Fortführung**, und Zustimmungserfordernis mit dem Verkehrsschutzgedanken nicht vereinbar. Im

vorbehaltlosen Eintritt in die Handelsgesellschaft kann iÜ eine **konkludente Zustimmung** gesehen werden. Schließlich hätte der Eintrittsvertrag auch durch die Eintragung aufschiebend bedingt werden können (so die übliche Praxis).

- d) Kein Fortfall der Haftung durch Eintragung (vgl. § 160 III HGB in entsprechender Anwendung) (+)

3. Inhalt der Haftung des E  
Anders als beim persönlich haftenden Gesellschafter ist im Grundsatz anerkannt, dass die Haftung des **Kommanditisten** nur auf Geldersatz, nicht auf den primären Erfüllungsanspruch gerichtet ist (Arg: summenmäßige Begrenzung, § 171 HGB). Als kapitalistischer Beteiligter, der nicht zur Geschäftsführung berechtigt ist, steht der Kommanditist der Erfüllung in natura fern.

**Vorliegend** ist aber die summenmäßige Begrenzung der Haftung noch nicht eingetreten (wegen § 176 II HGB, s.o.), so dass die akzessorische Haftung nach §§ 176, 128 HGB auf **Erfüllung** geht (wie oben), E ist wie ein persönlich haftender Gesellschafter unter Vorbehalt der Zumutbarkeit auf die konkrete Schuld verpflichtet.

- D. Ansprüche des O auf Zahlung von 4.000 Euro
- I. Anspruch **O gegen D** aus § 433 II BGB i.V.m. § 171 I HGB
    1. Anspruch gegen die KG  
Ursprünglich Anspruch gegen die oHG, der durch identitätswahrenden Formwechsel (vgl. §§ 190, 191 UmwG) nun die KG trifft (+)
    2. Haftung des D gemäß § 171 HGB  
(-) da D bei Inanspruchnahme durch O seine Einlage bereits geleistet hat (unterstellt im SV)
  - II. Anspruch O gegen D aus § 433 II BGB i.V.m. § 128 HGB

1. Anspruch gegen KG (+) s.o.
  2. Haftung des D aus § 128 HGB (+), da D damals persönlich haftender Gter und keine Enthaftung wegen § 160 III HGB (bis 5 Jahre nach Ausscheiden)
- III. Anspruch **O gegen E** aus § 433 II BGB i.V.m. §§ 128, 161 II bzw. §§ 171 I, 173 bzw. § 176 HGB (–) da **keine Haftung des neueingetretenen Kommanditisten für Altverbindlichkeiten**. § 176 II HGB gilt als abstrakte Vertrauensschutznorm nur für zwischen Eintritt und Eintragung begründete Verbindlichkeiten.
- Ergebnis: O kann von D (als damaligem persönlich haftendem Gesellschafter), nicht aber von E die Bezahlung der Einbauten verlangen.

#### Fall 18: Verdeckte Gewinnausschüttung

Albrecht (26%), Birnbaum (48%) und Clement (26%) sind Gesellschafter der „Heidelberger Schmuck GmbH“, die Wertgegenstände aller Art an- und verkauft und deren Stammkapital 50.000 Euro beträgt. Die HS-GmbH hat Aktiva in Höhe von 70.000 Euro, denen 20.000 Euro Verbindlichkeiten gegenüberstehen. Zum Geschäftsführer ist Gottlieb bestellt.

Birnbaum möchte die Taschenuhr seines Großvaters verkaufen, für die ihm jedoch bei den ihm bekannten Händlern lediglich der reale Marktwert von 5.000 Euro angeboten wird. Deshalb bittet er Gottlieb in seiner Funktion als Geschäftsführer, ihm die Uhr für 10.000 Euro abzukaufen, worauf dieser sich schließlich mit Rücksicht auf die Gesellschafterstellung des B einlässt. Die bilanzielle Situation ist beiden bekannt.

Als A und C von dem Deal erfahren, sind sie empört und verlangen dessen Rückgängigmachung. G verlangt daraufhin von B den Kaufpreis zurück, jedoch erfolglos, da B sich mit dem Hinweis darauf weigert, das Geschäft sei wirksam zustande gekommen und eine etwaige Kapitalminderung sei – was zutrifft – jedenfalls durch spätere Gewinne wieder ausgeglichen worden. Im Laufe erregter Schriftwechsel brennt der Lagerraum der HS GmbH ab und mit ihm die Uhr. B rechnet deshalb sicherheitshalber mit seinem Wertersatzanspruch auf.

Welche Ansprüche hat die GmbH gegen B und G?

- A. Ansprüche der HS-GmbH gegen B
- I. Rückgewähransprüche
    1. Rückzahlung von 10.000 Euro aus §§ 31, 30 I GmbHG
      - a) Verstoß gegen § 30 GmbHG
        - aa) Auszahlung aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft an Gesellschafter

- (+) hier kein „Drittgeschäft“ mit gleichwertiger Gegenleistung, sondern sog. **verdeckte Gewinnausschüttung**, die die Gesellschaft zu diesen Konditionen nicht mit einem Dritten abgeschlossen hätte.
- bb) Beeinträchtigung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens Unterbilanz entstanden oder verstärkt (+) aber nur iHv. 5.000 Euro!
- cc) Subjektive Seite  
str. ob Vorsatz/Fahrlässigkeit auf Seiten der handelnden Personen erforderlich, hier jedenfalls (+)
- b) Anspruchsinhalt: Rückzahlung von 5.000 Euro durch B
- c) **Einwendungen** des B
- aa) § 31 II GmbHG  
(-) da B nicht gutgläubig
- bb) **Wiederauffüllung** des Stammkapitals durch späteren Gewinn
- a.A.: lässt Anspruch aus § 31 I GmbHG entfallen, Arg: Gläubigerschutz obsolet
  - zutr. h.M.: Es entfällt auch der Einlage-Anspruch nicht bei anderweitigem Erreichen des Stammkapitals (Arg: zu unsicher; Spekulationen sollen vermieden werden). Schließlich kann nach Auffüllen erneut eine Unterbilanz eintreten – die andauernde Ungewissheit über das Bestehen des Anspruchs unterliefe den Gläubigerschutz.
- cc) Aufrechnung gemäß §§ 387, 389 BGB mit Ersatzanspruch durch zerstörte Uhr  
(-) Aufrechnung unzulässig **analog § 19 II 2 GmbHG**, da planwidrige Regelungslücke
- und Vergleichbarkeit der Schutzrichtungen von Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung
- d) Gesellschafterversammlung gemäß § 46 Nr. 2 GmbHG nicht erforderlich
- Ergebnis: Die HS-GmbH hat gemäß §§ 30, 31 GmbHG einen Erstattungsanspruch iHv. 5.000 Euro
2. Herausgabeanspruch GmbH gegen B aus § 812 I 1
1. Fall BGB
- a) etwas erlangt (+) 10.000 Euro
- b) durch Leistung der Gesellschaft (+)
- c) ohne Rechtsgrund: Vertrag wirksam?
- aa) Pb: fehlende Vertretungsmacht des G?  
Grundsätzlich hat der GF unbeschränkte Verfügungsmacht, §§ 35 I, 37 II 1 GmbHG. Aber str. bei verdeckten Gewinnausschüttungen.
- (1) Fehlen der Vertretungsmacht?
- (2) Grundsätze über Missbrauch der Vertretungsmacht?
- (3) h.L.: (-) denn Verstoß gegen §§ 30, 31 GmbHG wirkt sich **nicht** auf die **Vertretungsmacht** aus. Arg: System – Rechtsfolgen des § 31 GmbHG, insbesondere höherer Gutgläubensschutz. Dagegen spricht auch nicht, dass Verstoß gegen Kompetenzgefüge und Verstoß gegen Kapitalerhalt zu unterscheiden wären, denn beides fällt faktisch regelmäßig zusammen.
- bb) § 30 I GmbH i.V.m. § 134 BGB?  
Str. aber mit h.M. (-), da das Verbot des § 30 I GmbH nur zum Ausgleich des bilanziellen Fehlbetrages zwingt, nicht jedoch zur Rückabwicklung ganzer Verträge.



- cc) § 138 I, II BGB
  - wegen Missverhältnisses zwischen Kaufpreis und Wert (-), da keine verwerfliche Gesinnung (str. ob erforderlich)
  - wegen Benachteiligung der Gläubiger? (-) da Ausfall von Kreditoren nicht konkret ersichtlich.

b) Zwischenergebnis: Keine Leistungskondition

II. Schadenersatzansprüche

1. § 280 I i.V.m. Gesellschaftsvertrag  
Treupflichtverletzung liegt darin, den Geschäftsführer zu einer verdeckten Gewinnausschüttung zu veranlassen (+)  
Schaden: 10.000 Euro
2. §§ 830 II, 823 II BGB i.V.m. § 266 StGB (+)

B. Ansprüche der HS-GmbH gegen Geschäftsführer G

- I. Schadenersatzanspruch aus § 43 III I 1. Fall i.V.m. § 43 II GmbHG
  1. Zahlung an Gesellschafter entgegen § 30 GmbHG (+)
  2. Verschulden (+) Vorsatz!
  3. Schaden (+), entfällt nicht durch Rückgewähranspruch gegen Gesellschafter, sondern es besteht Anspruchskonkurrenz
  4. Geltendmachung: durch Gesellschafterbeschluss, § 46 Nr. 8 GmbHG
- II. Schadenersatzanspruch aus § 280 I BGB i.V.m. § 611 BGB (-)  
Str. ob neben § 43 GmbHG zusätzlich Anspruch wegen Pflichtverletzung aus dem Kausalverhältnis. Nach h.M. nein, da § 43 GmbHG mit besonderer Verjährung des § 43 IV GmbHG **Spezialregelung**.
- III. Schadenersatzanspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 266 I 2. Fall StGB (+)

**Fall 19: Kapitalschutz in der GmbH & Co. KG**

A und B sind mit je 10.000 Euro voll eingezahlter Einlage Kommanditisten der „Rhein-Neckar Konzertveranstaltungs GmbH & Co. KG“, deren persönlich haftende Gesellschafterin die „RN Management GmbH“ mit einem satzungsmäßigen Stammkapital von 25.000 Euro. Alleingesellschafter der GmbH ist C, der seinen Freund G zum Geschäftsführer bestellt hat. Beim Raumausstatter V bestellte G für die GmbH & Co. KG eine mobile Theaterbühne für 20.000 Euro. Zuvor hatte G dem A, der unter akuter Geldnot litt, einen Betrag von 20.000 Euro aus dem Vermögen der RN Management GmbH zugewandt. Auch C ging es finanziell nicht besonders gut. Er hatte Ende 2002 private Steuerschulden in Höhe von 10.000 Euro. Auf Ansinnen des C beglich die GmbH & Co. KG die Schulden. Dies führte dazu, dass das Stammkapital der GmbH wegen der zu bildenden Rückstellungen unter 25.000 Euro sank. Über das Vermögen RN Management GmbH wird Mitte 2003 das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter I verlangt von C als Gesellschafter der RN Management GmbH die Rückzahlung der 10.000 Euro. Raumausstatter V fordert von A die Bezahlung der Theaterbühne.

1. Kann I für die GmbH von C Rückzahlung von 10.000 Euro verlangen?
2. Kann V von A 20.000 Euro verlangen oder sich Ansprüche der GmbH & Co. KG gegen A pfänden lassen?

*Lösung:*

- A. RN Management GmbH gegen C aus **§ 31 GmbHG** auf Zahlung von 10.000 Euro?
  - I. Auszahlung als unmittelbare Vermögensminderung (-) da die 10.000 Euro an GmbH-Gesellschafter C nicht aus dem Vermögen der RN Management GmbH, sondern aus dem Vermögen der GmbH & Co. KG geleistet wurden.
  - II. Mittelbare Vermögensminderung
    1. Grundsatz

Nach h.M. genügt eine **mittelbare Minderung** des Gesellschaftsvermögens der GmbH für § 31 GmbHG, Arg: Ein wirksamer Gläubigerschutz, der an die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens anknüpft, verlangt einen wertmäßigen Vermögensschutz (problematisch bei Austauschverträgen wie Krediten und Kreditsicherungen; der BGH hat sich inzwischen von der rein bilanziellen Betrachtung gelöst und legt die reale Vermögenssubstanz zugrunde.)

2. Vorliegender Fall

Durch den Vermögensabfluss bei der GmbH & Co. KG erhöhten sich – aufgrund der persönlichen Haftung der GmbH – deren Passiva entsprechend. Diese Minderung ist dem oben Gesagten zufolge als (mittelbare) „Auszahlung“ anzusehen.

Ergebnis: C muss 10.000 Euro an die GmbH zahlen.

B. V gegen A auf Zahlung von 20.000 Euro

I. §§ 433 II BGB, **172 IV, 171 HGB**

1. Anspruch aus § 433 II BGB (+)
2. Persönliche Haftung des A
  - a) Kommanditistenhaftung nur vor Einlageleistung, Untergang durch Einbringung der Einlage, § 171 I HGB
  - c) Wiederaufleben der Haftung durch Einlagerückgewähr, § 172 IV 1 HGB (analog)? Wenn die KG an den A gezahlt hätte, wäre das unproblematisch der Fall.  
Hier hat jedoch die **GmbH** an A gezahlt, so dass ein unmittelbarer Vermögensabfluss bei der GmbH & Co KG nicht vorlag. Grundsätzlich kann eine Zahlung durch einen Komplementär **nicht** als „Rückzahlung“ angesehen werden. Fraglich ist, ob dies in der GmbH & Co KG anders ist, soweit sich die **Haftungslage bei der KG faktisch verschlechtert**. Bei einer Unterschreitung des Min-

desthaftkapitals der Komplementär-GmbH oder ihrer Zahlungsfähigkeitsgrenze wird eine entsprechende Anwendung des § 172 IV HGB in Betracht gezogen (MünchKommHGB/K. Schmidt, §§ 171, 172 Rn. 71; Bälz, BB 1977, 1481, je m.w.N.). Dagegen hält der BGH § 172 IV HGB nur für anwendbar, wenn der Komplementär wegen der Zahlung bei der KG Regress nehmen kann (BGHZ 93, 246).

3. Ergebnis: Haftung des A lebt nach h.M. nicht analog §§ 172 IV, 171 HGB wieder auf.

II. Anspruch der GmbH & Co. **KG** gegen A auf Rückzahlung aus **§ 31 I GmbHG analog** (den V als Gläubiger der GmbH & Co. KG gemäß §§ 829, 835 ZPO pfänden und sich überweisen lassen könnte)?

1. §§ 30 ff. GmbHG gelten nach h.M. analog für GmbH & Co. KG, **soweit** entsprechendes Schutzbedürftigkeit der Gläubiger, vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, § 30 GmbHG Rn. 33 f. m.w.N. Bei Zuwendungen der KG, die zu einer Minderung des Stammkapitals der GmbH führen (weil deren Anteil sich wertmäßig verringert!), besteht unstreitig ein Anspruch der KG aus §§ 30, 31 GmbHG analog (BGHZ 60, 324 ff.).
2. Hier Zuwendung an den Kommanditisten A aus dem Vermögen der **GmbH**. Ein das Stammkapital mindernder Abfluss bei der GmbH wäre nach dem unter (1) Gesagten ebenfalls direkt von der KG zurückzufordern (deren Haftungsverfassung eine ordnungsgemäß ausgestattete Komplementär-GmbH voraussetzt). Str. da eigenständiger GmbH-Kapitalschutz.
3. Anspruchsberechtigung: GmbH & Co KG (+/-)
4. Ergebnis: V könnte den Rückgewähranspruch der GmbH & Co. KG gegen A, so man ihn bejaht, pfänden und sich überweisen lassen, §§ 829, 835 ZPO.

**Fall 20: Vorstand in der Krise**

V ist seit zehn Jahren Vorstandsvorsitzender der B-AG, die in der Hoch- und Tiefbau-Branche der Region eine führende Rolle einnimmt, in der letzten Zeit jedoch zunehmend unter starken Konkurrenzdruck aus Osteuropa geraten ist. V ist an dem Grundkapital der B-AG von 1,7 Mio. Euro mit Aktien im Nennbetrag von 100.000 Euro beteiligt. Der Aufsichtsrat hat ihm darüber hinaus neben seinem Gehalt als Vorstand eine Gewinnbeteiligung zugesagt. Anfang Mai erfährt V von dem Leiter der Buchhaltung L, dass das Unternehmen in eine „Krise ungewissen Ausmaßes“ geraten ist. V misst solchem „Krisengerede“ wenig Bedeutung bei, sondern geht davon aus, dass es bald wieder deutlich bergauf gehen werde. In Wirklichkeit ist zu diesem Zeitpunkt die AG bereits überschuldet und zahlungsunfähig. V hätte dies auch erkennen können, wenn er entsprechende kaufmännische Kontrollmaßnahmen durchgeführt hätte, die von ihm als Vorstand in einer solchen Situation erwartet werden. Stattdessen beauftragt die B-AG, vertreten durch V, den Bauunternehmer U mit der Ausführung von Natursteinarbeiten für ein größeres Bauvorhaben. U beginnt sogleich mit den Arbeiten. Vier Wochen später muss V für die B-AG die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragen, die allerdings mangels Masse abgelehnt wird. U hat bislang noch keinerlei Zahlungen von der B-AG für seine Arbeiten erhalten. Er verlangt nunmehr von V persönlich Ersatz für seine Aufwendungen in Höhe von 50.000 Euro. Zu Recht?

Ändert sich die rechtliche Beurteilung, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht abgelehnt wird?

*Lösung:*

U gegen V auf 50.000 Euro aus §§ 92 AktG, 15a InsO, 823 Abs. 2 BGB

I. Verletzung eines Schutzgesetzes: § 15a I InsO

1. U Vorstand der B-AG (+) als organschaftliche Stellung mit kausalem Dienstverhältnis
2. B-AG zahlungsunfähig oder überschuldet (+) laut SV gegeben; für die Zahlungsfähigkeit ist laut BGH ein Zeitfenster von zwei Wochen für die aktuell fälligen Verbindlichkeiten maßgeblich (vgl. § 17 InsO).
3. Pflichtwidrige Nichtstellung des Insolvenzantrags

Zw., da der Antrag nach § 15a InsO unverzüglich, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung zu stellen ist. Vorliegen hätte V, der die Situation erkannt hatte, sofort, also ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 122 BGB), handeln müssen, also Pflichtwidrigkeit (+)

4. Schutzgesetz iSd. § 823 II BGB nach ganz h.M. (+), da die Verhaltenspflichten die Gläubiger vor Auffällen schützen sollen und dieser Personenkreis hinreichend bestimmbar ist (vgl. BGHZ 126, 181 Rn. 22 zu § 64 GmbHG a.F.)

II. Rechtswidrigkeit und Verschulden (+)

III. Ergebnis: V haftet dem U persönlich.