

Wiederholungs- und Vertiefungskurs zum Gesellschaftsrecht**Besprechungsfall 1**

A und B gründen im Januar 2008 die „A&B-Hausverwaltungs-GbR“, die sich mit der Vermittlung und Verwaltung von Wohnungen befassen soll. Die Tätigkeit der Gesellschaft hat nur einen relativ geringen Umfang, Angestellte gibt es nicht. Im Gesellschaftsvertrag finden sich u.a. folgende Klauseln:

„§ 5 Den Gläubigern der Gesellschaft haftet nur das Gesellschaftsvermögen. Der Abschluss von Verträgen, für deren Erfüllung die Gesellschafter den Gläubigern auch persönlich haften, ist den Gesellschaftern und den Vertretern der Gesellschaft nicht gestattet.

...

§ 14 Die Bareinlage jedes Gesellschafters beträgt 5000 €. Die Gesellschafter beschließen jeweils am Jahresende mit Mehrheit über etwaige erforderliche Nachschussbeiträge der Gesellschafter.“

Die Aufgabenverteilung zwischen den Gesellschaftern regelt der Vertrag nicht. Im Folgenden schließt A allerdings praktisch alle Verträge im Namen der GbR ab, ohne B zu beteiligen. B, der sich der internen Bürotätigkeit widmet, erfährt zwar von diesen Geschäftsabschlüssen, unternimmt aber nichts dagegen.

Im August 2008 kauft A im Namen der GbR für 5.000 € eine Computeranlage bei X. Als B davon erfährt, widerspricht er dem Geschäft und untersagt A, in Zukunft ohne seine Mitwirkung für die Gesellschaft aufzutreten. Anschließend bestellt A dennoch bei Y, der von dem Widerspruch des B weiß, im Namen der GbR Computerzubehör für 500 € B bleibt das zunächst verborgen.

Im September 2008 gelingt es A, den C für eine Mitgliedschaft in der GbR zu interessieren. C betraut Rechtsanwalt R mit den Beitrittsverhandlungen. Allerdings soll R den Beitritt nur bewirken dürfen, wenn C keine Nachschusspflicht trifft. R, der den Gesellschaftsvertrag nur kurz überflogen hat, schließt im Namen des C den Beitrittsvertrag mit A und B. C fällt § 14 des Vertrages erst auf, nachdem er die vereinbarte Einlage gezahlt und seine Tätigkeit für die GbR aufgenommen hat. Er erklärt A und B daraufhin, dass er seine Mitgliedschaft als gegenstandslos betrachte.

1. Welche Ansprüche hat X gegen B und C?

2. Welche Ansprüche hat Y gegen B?

Abwandlung:

C einigt sich mit A und B auf seinen Verbleib in der Gesellschaft. Um aber künftig von vornherein zu verhindern, dass er von Gesellschaftsgläubigern belangt wird, vereinbart C mit A und B, dass er ab sofort Kommanditist sein soll; seine Einlage von 5.000 € erbringt er ordnungsgemäß. Noch vor der Eintragung ins Handelsregister wird die Gesellschaft von Z mit der Erstvermietung einer kleineren Wohnanlage betraut. Dabei verpflichtet die Gesellschaft sich für den Fall, dass eine Vermietung scheitert, Z seinen Mietausfall bis zu einer Höhe von 30.000 € zu ersetzen. Dem Vertrag mit Z liegen die AGB der Gesellschaft zugrunde, in denen sich u. a. eine mit § 5 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages wortgleiche Regelung findet. Zudem ist Z bekannt, dass C nur Kommanditist sein soll. Nunmehr erfolgt die Eintragung. Kann Z gegen B und C persönlich aus der Mietgarantie vorgehen, wenn die Zahlungsvoraussetzungen dieser Garantie im Verhältnis zur Gesellschaft erfüllt sind?

Lösungshinweise

Ausgangsfall

Frage 1: Ansprüche des X

A. Anspruch des X gegen B auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 5000,- Euro aus Kaufvertrag (§ 433 Abs. 2 BGB) i.V.m. §§ 128 S. 1 HGB analog, 705 BGB

I. Die A&B-Hausverwaltung als GbR

Die von A und B gegründete Gesellschaft ist eine GbR. Ihre Tätigkeit erfüllt zwar den Gewerbebegriff des § 1 Abs. 2 HGB (dass es nur um die Verwaltung eigenen Vermögens [vgl. § 105 Abs. 2 HGB] ginge, ergibt sich aus dem Sachverhalt nicht). Aufgrund der Angaben im Sachverhalt (geringer Geschäftsumfang, keine Angestellten) ist aber davon auszugehen, dass das Unternehmen keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Es handelt sich daher nicht um ein Handelsgewerbe i.S.d. § 1 Abs. 2 HGB. Die Gesellschaft kann somit nur durch eine Eintragung ins Handelsregister nach § 105 Abs. 2 HGB zur OHG werden.

II. Analoge Anwendung des § 128 S. 1 HGB auf die GbR

Nach der herrschenden Gruppenlehre ist die (Außen-)GbR selbst Trägerin von Rechten und Pflichten (BGHZ 146, 341 ff.; 154, 88, 93 ff.; zum Schrifttum vgl. zusammenfassend MünchKomm-BGB/Ulmer, § 714 Rn. 3 ff.). Die Haftung der Gesellschafter für während ihrer Mitgliedschaft begründete Verbindlichkeiten ergibt sich nach der auch von der neueren Rechtsprechung vertretenen Akzessoritätstheorie aus einer Analogie zu § 128 HGB (bzw. – so BGHZ 146, 341, 358 – aus einem allgemeinen, in § 128 HGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken). Das wird im neueren Schrifttum nur noch vereinzelt in Frage gestellt; eine Diskussion der möglichen Alternativkonzepte (Gesamthandslehre; Doppelverpflichtungstheorie) ist von den Bearbeitern nicht zu erwarten.

III. Anspruch des X gegen die A&B- Hausverwaltungs-GbR aus § 433 Abs. 2 BGB

Für eine Haftung analog § 128 S. 1 HGB ist zunächst eine Gesellschaftsschuld erforderlich. A hat im Namen der GbR (vgl. § 164 Abs. 1 BGB) mit X einen Kaufvertrag abgeschlossen. Dadurch wird die GbR zur Kaufpreiszahlung verpflichtet (vgl. § 433 Abs. 2 BGB), wenn A **Vertretungsmacht** hatte (vgl. § 177 Abs. 1 BGB).

1. Einzelvertretungsmacht des A

Die Vertretungsmacht entspricht bei der GbR nach § 714 BGB im Zweifel der Verteilung der Geschäftsführungsbefugnis (§ 714 BGB ist nach der Gruppenlehre, obwohl er nur von der Vertretung der „anderen *Gesellschafter*“ spricht, als Regelung über die Vertretung der *Gesellschaft* zu verstehen). Die Gesellschafter haben daher grundsätzlich nur Gesamtvertretungsmacht (vgl. § 709 Abs. 1 BGB). Das galt ursprünglich auch für A und B, da im Gesellschaftsvertrag keine abweichende Aufgabenverteilung – insb. keine Einzelgeschäftsführung oder -vertretung durch A – vorgesehen war.

Eine Einzelvertretungsmacht des A kann sich aber daraus ergeben, dass B über mehrere Monate hinweg duldete, dass A praktisch alle Verträge der Gesellschaft allein abschloss.

a) Einseitige Bevollmächtigung oder Ermächtigung durch B

Der BGH hat in einem vergleichbaren Fall (ein Gesellschafter schließt mit Duldung des anderen 95 % der Verträge für die Gesellschaft allein ab) eine konkludente, für alle Rechtsgeschäfte der Gesellschaft geltende Bevollmächtigung des einen Mitgesellschafters durch den anderen zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft angenommen (BGH NZG 2005, 345). Wenn man dies zugrunde legt, hatte auch A hier Alleinvertretungsmacht.

Die Lösung des BGH überzeugt allerdings konstruktiv nicht ohne weiteres (vgl. *Wertenbruch* NZG 2005, 462 f.): Nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR genügt es nicht, wenn ein Gesellschafter-Gesamtvertreter den anderen Gesamtvertreter bevollmächtigt, in *seinem* (= des Gesellschafters) Namen zu handeln; erforderlich ist vielmehr eine Bevollmächtigung zur Alleinvertretung der *Gesellschaft*. Ob eine solche (generelle) Vollmacht ohne Änderung des Gesellschaftsvertrages erteilt werden kann, ist aber zweifelhaft: Bei anderen Gesellschaftsformen verlangt man zur Übertragung der Befugnis zur Alleinvertretung eine *Ermächtigung* (dabei handelt es sich nach h.M. um ein Rechtsgeschäft eigener Art, für das die §§ 182 ff. BGB entsprechend gelten) des einen durch den anderen Gesamtvertreter; diese Ermächtigung kann dabei nicht generell, sondern *nur für einen bestimmten Kreis von Geschäften* erteilt werden (vgl. §§ 125 Abs. 2 S. 2 HGB, 78 IV AktG). Wenn man diese Einschränkung mit der Kontrollfunktion der Gesamtvertretung begründet, liegt es nahe, sie auch auf die GbR zu übertragen (so *Wertenbruch* aaO.: es handele sich um ein allgemeines Institut der Gesamtvertretung von Gesellschaften). Nach dieser Ansicht liegt hier keine wirksame einseitige Bevollmächtigung oder Ermächtigung des A durch B vor, da eine Einschränkung des Kreises der Geschäfte fehlt, zu denen A befugt sein soll.

b) Änderung des Gesellschaftsvertrages

Wenn man eine Ermächtigung aus den unter a) geschilderten Gründen ablehnt, kann (und muss) man allerdings das Verhalten von A und B als konkludente Änderung des Gesellschaftsvertrages verstehen, durch das die §§ 709, 714 BGB abbedungen wurden und A – jedenfalls für gewöhnliche Geschäfte – zum Alleingeschäftsführer und -vertreter gemacht wurde (vgl. *Wertenbruch* NZG 2005, 462, 464, anders aber – keine organschaftliche Alleinvertretung – BGH NZG 2005, 345). Die Vertretungsmacht des A ergibt sich dann aus dem (geänderten) Gesellschaftsvertrag.

Hinweis: Kenntnisse der Einzelheiten dieses Streits können nicht verlangt werden. Man kann aber schon erwarten, dass sich die Bearbeiter Gedanken darüber machen, wie sich eine Alleinvertretung durch A konstruieren lässt (Anlass dazu gibt spätestens die Frage 2 nach den Ansprüchen des Y, bei der es auf die genaue Begründung der Vertretungsmacht ankommt).

c) Duldungsvollmacht

Bearbeiter, die weder eine Bevollmächtigung oder Ermächtigung noch eine Änderung des Gesellschaftsvertrages bejahen, müssen zumindest zu einer Duldungsvollmacht des A kommen: Aufgrund des mehrfachen Auftretens des A als Vertreter der GbR bestand der Rechtsschein seiner Alleinvertretungsmacht, dieser Rechtsschein wurde durch alle Gesellschafter der GbR veranlasst bzw. geduldet; dass X im Vertrauen auf die Alleinvertretungsmacht gehandelt hat, ist zu unterstellen. Der Streit, ob es sich bei der Duldungsvollmacht um einen Fall der konkludent erteilten Bevollmächtigung handelt, muss – als eher dogmatische Frage – nicht näher erörtert werden.

d) Ergebnis zu 1.

A hatte damit Alleinvertretungsmacht für die GbR.

2. Einschränkung der Vertretungsmacht durch § 5 S. 2 des Gesellschaftsvertrages:

Möglicherweise war die Vertretungsmacht des A aber sachlich beschränkt. Nach § 5 S. 2 des Gesellschaftsvertrages ist den Gesellschaftern und den Vertretern der Gesellschaft der Abschluss von Verträgen, für deren Erfüllung die Gesellschafter auch persönlich haften, nicht gestattet. Dies lässt sich als Einschränkung der Vertretungsmacht des A (und jedes anderen für die Gesellschaft handelnden Vertreters) verstehen. Die zur Vertretung berechtigten Gesellschafter dürfen danach nur Gesellschaftsverbindlichkeiten begründen, für die die Gesellschafter nicht persönlich haften.

A hatte daher grundsätzlich nur Vertretungsmacht zum Abschluss von Verträgen, die eine (wirksame) Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen enthalten. Daran fehlt es hier, da sich aus dem Sachverhalt nicht ergibt, dass A mit X eine solche Haftungsbeschränkung vereinbart hat.

§ 128 S. 2 HGB steht einer solchen einseitigen Beschränkung der Vertretungsmacht durch die Gesellschafter nicht entgegen. Die Haftung nach § 128 S. 1 HGB wird nämlich durch die Vertretungsbeschränkung nicht ausgeschlossen, vielmehr wird bereits die Entstehung einer Gesellschaftsverbindlichkeiten verhindert. Zudem zeigt 126 Abs. 2 HGB, dass § 128 nicht ohne weiteres auch Vertretungsbeschränkungen erfasst.

Dennoch wird eine Beschränkung der Vertretungsmacht im Schrifttum wohl überwiegend (jedenfalls für bestimmte Fallgruppen) für unbeachtlich gehalten. Folgende Ansätze werden diskutiert (Überblick bei *Armbrüster ZGR 2005, 1, 38 ff.*):

a) Unwirksamkeit der Beschränkung analog § 126 Abs. 2 HGB

Kritik: § 714 BGB ist abdingbar

b) Unwirksamkeit der Beschränkung nach § 307 BGB – die (interne) Beschränkung wird dem Vertragspartner zwar nicht einseitig „gestellt“ i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB, zur Vermeidung der Umgehung der für Haftungsbeschränkungen im Außenverhältnis geltenden Grenzen (s.u. III.) ist sie aber nach § 306a BGB ausnahmsweise auch dann kontrollfähig, wenn mit dem Vertragspartner eine Haftungsbeschränkung in AGB vereinbart wurde (vgl. *Canaris ZGR 2004, 69, 97*)

Kritik: Unwirksamkeit der Beschränkung würde nicht zu unbeschränkter Alleinvertretungsmacht, sondern im Zweifel nur zur Gesamtvertretung führen. Zudem fehlt Ansatzpunkt für Kontrolle über § 306a BGB in solchen Fällen, in denen überhaupt keine Haftungsbeschränkung vereinbart wurde.

c) Die Gesellschafter dürfen sich grundsätzlich nicht auf die Beschränkung der Vertretungsmacht berufen, weil diese der berechtigten Erwartung des Rechtsverkehrs widerspricht, dass ein Alleingeschäftsführer ohne eine solche Beschränkung abschließen darf. Erheblich ist die Beschränkung daher im Regelfall nur, wenn der Geschäftspartner sie **kannte** oder wenn sie **evident** war. Eine Aufnahme der Regelung in eine AGB-Klausel genügt dafür nicht (*Armbrüster ZGR 2005, 1, 41 ff.*). Danach kann sich auch B gegenüber X nicht auf die Vertretungsbeschränkung berufen, weil X keine Kenntnis davon hatte und die Beschränkung auch nicht evident war.

d) Ergebnis zu 2.

Wenn man sich einer der geschilderten Ansichten anschließt, wird die Vertretungsmacht des A durch § 5 des Gesellschaftsvertrages nicht wirksam beschränkt (a.A. vertretbar).

3. Ergebnis zu III.

Daher besteht ein wirksamer Kaufvertrag zwischen X und der GbR, aus dem X ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung in Höhe von 5.000,- € zusteht.

IV. B als Gesellschafter der A&B-GbR

Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit X war B Gesellschafter.

V. Ausschluss der persönlichen Haftung durch den Gesellschaftsvertrag

Die persönliche Haftung des B analog § 128 S. 1 HGB ist auch nicht durch die Regelung in § 5 S. 1 des Gesellschaftsvertrages ausgeschlossen; insoweit greift § 128 S. 2 HGB.

VI. Ergebnis zu A.

B haftet X daher entsprechend § 128 S. 1 HGB für die Kaufpreisforderung. X kann von B Zahlung von 5000,- Euro verlangen.

B. Anspruch des X gegen C auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 5000,- Euro aus Kaufvertrag (§ 433 Abs. 2 BGB) i.V.m. §§ 128 S. 1, 130 HGB analog, 705 BGB

Im Hinblick auf die Haftung des C sind folgende zusätzliche Punkte anzusprechen:

I. C als Gesellschafter der GbR

Zunächst ist problematisch, ob C überhaupt Gesellschafter der GbR geworden ist. R hat zwar in seinem Namen (vgl. § 164 Abs. 1 BGB) den Beitritt erklärt. Der Beitrittsvertrag kann aber gemäß § 177 Abs. 1 BGB unwirksam sein.

1. Vertretungsmacht des R

Dazu muss R Vertreter ohne Vertretungsmacht gewesen sein. C hat ihn zwar bevollmächtigt (vgl. § 167 BGB), den Beitrittsvertrag in seinem Namen abzuschließen. Bedenken an der Vertretungsmacht ergeben sich aber daraus, dass R den Beitritt nach der ausdrücklichen Weisung des C nur bewirken durfte, wenn C keine Nachschusspflicht trifft. Darin liegt eine Einschränkung der Vertretungsmacht.

a) § 14 des Gesellschaftsvertrages als Grundlage für eine Nachschusspflicht

R hat diese Grenze seiner Vertretungsmacht jedenfalls dann überschritten, wenn den C nach dem Gesellschaftsvertrag abweichend von § 707 BGB eine Nachschusspflicht treffen kann. Das ist der Fall, wenn § 14 des Gesellschaftsvertrages die anderen Gesellschafter dazu ermächtigt, C zu Nachschüssen zu verpflichten, ohne dass er nochmals besonders zustimmen muss. Die Einschränkung der Vertretungsmacht ist nämlich jedenfalls dahin zu verstehen, dass C vor einer solchen Mehrheitsentscheidung sicher sein will. Ob § 14 A und B dazu ermächtigt, ist allerdings problematisch.

aa) Bestimmtheitsgrundsatz

Man kann zunächst daran zweifeln, ob § 14 des Gesellschaftsvertrages dem sog. **Bestimmtheitsgrundsatz** genügt. Nach diesem Grundsatz setzen Vertragsänderungen mit ungewöhnlichem Inhalt durch Mehrheitsbeschluss bei Personengesellschaften voraus, dass sich der Beschlussgegenstand unzweideutig - sei es auch nur durch Auslegung - aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt (BGHZ 85, 350, 356 m.w.N.; K. Schmidt, GesR, § 16 II 2, S. 454 ff.). Eine bloß allgemeine Mehrheitsklausel genügt nicht. Das gilt insbesondere auch für eine Ermächtigung zu nachträglichen Beitragserhöhungen (s. z.B. BGHZ 66, 82, 85).

(1) Ob § 14 des Vertrages diesen Anforderungen genügt, ist fraglich: Der mögliche Gegenstand der Mehrheitsentscheidung (die Nachschusspflicht) wird zwar hinreichend klar benannt. Offen bleiben aber die möglichen Anlässe für eine Erhöhung des Beitrags sowie der mögliche Umfang der Erhöhung. Wenn man für die hinreichende Bestimmung des Beschlussgegenstandes nicht nur verlangt, dass das „Ob“ einer Mehrheitsentscheidung über eine bestimmte Frage geregelt ist, sondern auch eine Eingrenzung des wesentlichen Inhaltes dieser Entscheidung fordert, kann man die Regelung daher als zu unbestimmt ansehen (für eine Obergrenze im Zusammenhang mit dem Bestimmtheitsgrundsatz auch BGHZ 66, 82, 85 f.).

(2) Allerdings wird im Schrifttum verbreitet in Zweifel gezogen, ob ein Bestimmtheitsgrundsatz mit dem skizzierten Inhalt überhaupt anzuerkennen ist (vgl. insb. MünchKomm/*Ulmer* § 709 Rn. 87 ff.). Die an die Bestimmtheit gestellten Anforderungen sind danach zu formal und zum Schutz der Minderheitsgesellschafter nicht ausreichend. Anstelle des Bestimmtheitsgrundsatzes soll danach eine Prüfung ausschließlich anhand der sog. Kernbereichslehre (s. dazu sogleich unter bb)) treten (MünchKomm/*Ulmer* § 709 Rn. 90 ff.). Auch der BGH hat in neueren Entscheidungen die Bedeutung des Bestimmtheitsgrundsatzes relativiert (BGH NJW 1995, 194 f. lässt offen, ob der Bestimmtheitsgrundsatz ganz aufzugeben ist, und argumentiert alternativ mit der Kernbereichslehre; ähnlich BGHZ 132, 263, 268). Wenn man sich diesen Bedenken anschließt, scheidet eine Mehrheitsentscheidung daher nicht schon am Bestimmtheitsgrundsatz.

bb) Kernbereichslehre

Unabhängig von dem Bestimmtheitsgrundsatz kann sich aber aus der sog. **Kernbereichslehre** (auch nach der Ansicht, die am Bestimmtheitsgrundsatz festhält, steht dieser selbständig neben der Kernbereichslehre, vgl. Baumbach/*Hopt*, HGB, § 119 Rn. 37) ergeben, dass § 14 des Gesellschaftsvertrages nicht zu einer Nachschusspflicht qua Mehrheitsentscheidung ermächtigt.

(1) Beschlüsse, die in den Kernbereich der Mitgliedschaft eingreifen, bedürfen nach der Kernbereichslehre der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter. Um einen solchen Beschluss geht es auch bei der Entscheidung über die Nachschusspflicht: Die durch § 707 BGB bestimmte Freiheit des Gesellschafters von Beitragserhöhungen gehört zum Kernbereich der Mitgliedschaft (MünchKomm/*Ulmer* § 709 Rn. 93; der Sache nach auch BGH NJW-RR 2005, 1347, 1348, der eine Zustimmung aller Gesellschafter fordert, ohne jedoch ausdrücklich vom „Kernbereich“ zu sprechen [den Bestimmtheitsgrundsatz erwähnt die Entscheidung nicht, weil es dort um Publikums-Gesellschaften geht, für die dieser Grundsatz nicht gilt]). Auch ein solcher Beschluss bedarf daher der Zustimmung des C.

(2) Allerdings ist diesem Einstimmigkeitserfordernis genügt, wenn in der (mit dem Beitritt im Namen des C von R erklärten) Zustimmung zu § 14 des Gesellschaftsvertrages bereits die **antizipierte Zustimmung** zu einer späteren Beitragserhöhung liegt. Um eine solche Zustimmung anzunehmen, muss sich eine Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag eindeutig auf mehrheitliche Eingriffe in das zum Kernbereich gehörende Recht beziehen und zudem Art und Ausmaß des zulässigen Eingriffs erkennen lassen (MünchKomm/*Ulmer* § 709 Rn. 92 – der Sache nach finden sich hier die im Zusammenhang mit dem Bestimmtheitsgrundsatz diskutierten Kriterien wieder). Bei Beitragserhöhungen erfordert dies die Angabe einer Obergrenze für die Erhöhung oder sonstiger Kriterien, die das Erhöhungsrisiko eingrenzen (BGH NJW-RR 2005, 1347, 1348 für eine der hier interessierenden entsprechende Klausel im Gesellschaftsvertrag einer Publikums-KG). Daran fehlt es hier: In welchen Fällen und in

welchem Umfang Nachschüsse festgesetzt werden können, ergibt sich aus der Klausel nicht. Der Beitritt zu der Gesellschaft enthält daher keine antizipierte Zustimmung des C zu späteren Beitragserhöhungen.

cc) § 14 des Gesellschaftsvertrages ermächtigt die anderen Gesellschafter daher nicht dazu, C ohne dessen Zustimmung eine Nachschusspflicht aufzuerlegen. Allein mit dieser Vertragsbestimmung kann man daher nicht begründen, dass R seine Vollmacht überschritten hat.

Hinweis zur Vertiefung: Zur Nachschusspflicht lies BGH NZG 2008, 335; NZG 2007, 381; NZG 2007, 382; NZG 2007, 582; NZG 2006, 379 sowie *Armbrüster* ZGR 2009, 1 ff.

b) Kein Ausschluss einer Nachschusspflicht aus § 242 BGB

Eine Überschreitung der Vertretungsmacht könnte freilich schon darin liegen, dass R eine Nachschusspflicht im Beitrittsvertrag nicht ausdrücklich ausgeschlossen hat. Ohne eine entsprechende Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag steht einer Nachschusspflicht zwar grundsätzlich § 707 BGB entgegen. Gänzlich ausgeschlossen wird sie dadurch indes nicht: Im Einzelfall kann sich aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht eine Pflicht des Gesellschafters ergeben, einer Beitragserhöhung zuzustimmen (BGH NJW-RR 2005, 1347, 1349; MünchKomm/*Ulmer* § 707 Rn. 1; 705 Rn. 233). Möglicherweise durfte R den Beitritt nur dann im Namen des C erklären, wenn er auch diese Verpflichtung ausschloss.

Dagegen spricht aber (unabhängig davon, ob man einen vollständigen Ausschluss einer aus der Treuepflicht abgeleiteten Zustimmungspflicht überhaupt für zulässig hält), dass an eine Pflicht des Gesellschafters, einer Beitragserhöhung zuzustimmen, besonders hohe Anforderungen zu stellen sind: Ein Gesellschafter darf grundsätzlich nicht zu neuen Vermögensopfern gezwungen werden (BGH NJW-RR 2005, 1347, 1349; MünchKomm/*Ulmer* § 707 Rn. 1; 705 Rn. 233). Eine Beitragserhöhung ist dem Gesellschafter daher nur in Extremfällen zumutbar. Dass C auch für diese Fälle eine Nachschusspflicht ausschließen (und seinen Beitritt davon abhängig machen) wollte, ist nicht ohne weiteres anzunehmen. Vielmehr ist im Regelfall davon auszugehen, dass er (wie auch § 707 BGB) nur für den „Normalfall“ eine Beitragserhöhung ausgeschlossen haben wollte. Die Einschränkung der Vertretungsmacht des R betrifft bei dieser Auslegung nur gesellschaftsvertragliche Regelungen, durch die (wie etwa durch eine Mehrheitsklausel mit Obergrenze) § 707 BGB wirksam abbedungen wurde. R hat seine Vertretungsmacht daher dadurch, dass er keinen ausdrücklichen Ausschluss der Nachschusspflicht vereinbart hat, nicht überschritten.

Hinweis: Eine andere Auslegung der Vollmachtsbeschränkung ist bei entsprechender Argumentation vertretbar. Zudem ist es den Bearbeitern auch nicht anzukreiden, wenn sie die Frage des Ausschlusses einer Nachschusspflicht aus § 242 gar nicht ansprechen.

c) Ergebnis zu 1.

R handelte beim Abschluss des Beitrittsvertrages im Namen des C mit Vertretungsmacht.

2. Fehlende Genehmigung, Fehlerhafter Beitritt

Wer eine Vertretungsmacht des R ablehnt, muss noch folgende Punkte ansprechen:

a) Keine Genehmigung durch C

In der Erbringung der Einlage durch C und seinem Tätigwerden für die Gesellschaft liegt keine Genehmigung des Beitritts, da daraus aus Sicht von A und B nicht ohne weiteres darauf

geschlossen werden kann, dass C die Unwirksamkeit des Beitritts bewusst war. Mit der Erklärung, dass er die Gesellschaft als gegenstandslos betrachte, hat C eine Genehmigung des Beitrittsvertrages endgültig verweigert. Die Voraussetzungen des § 177 BGB liegen daher vor.

b) Fehlerhafter Beitritt

Allerdings kann C dies dann erst mit Wirkung für die Zukunft geltend machen (mit der Folge, dass er zunächst Gesellschafter geworden ist), wenn die Regeln über den fehlerhaften Beitritt eingreifen.

Das setzt voraus, dass ein Beitrittsvertrag geschlossen und der Beitritt in Vollzug gesetzt wurde. Der Beitrittsvertrag muss ferner unter einem Fehler leiden, der nach allgemeinen Regeln zur rückwirkenden Nichtigkeit führen würde. Außerdem darf der Fehler nicht so schwerwiegend sein, dass seine Nichtbeachtung mit höherrangigen Interessen unvereinbar ist.

Auf den ersten Blick liegen diese Voraussetzungen hier vor: Ein Beitrittsvertrag ist zustande gekommen; die fehlende Vertretungsmacht berührt nur die Wirksamkeit des Vertrages (arg. § 177 Abs. 1 BGB). Der Beitritt wurde auch durch die Zahlung der Einlage in Vollzug gesetzt. Die Verweigerung der Genehmigung führt nach allgemeinen Regeln zudem zur rückwirkenden Nichtigkeit. Schließlich ist der Schutz eines Geschäftsherrn, dessen Vertreter beim Beitritt die Grenzen seiner Vollmacht überschreitet, kein besonders schwerwiegender Belang. Es lässt sich nämlich kaum sagen, dass der Vertretene schutzwürdiger ist als etwa ein arglistig Getäuschter (für den die Grundsätze über den fehlerhaften Beitritt gelten, vgl. Baumbach/*Hopt*, § 105 Rn. 80 m.w.N.).

Auch der BGH hat in zwei neueren Entscheidungen die Grundsätze über den fehlerhaften Beitritt bzw. die fehlerhafte Gesellschaft ohne nähere Problematisierung angewendet, wenn ein Gesellschafter durch einen vollmachtlosen Vertreter vertreten wurde (BGHZ 154, 214, 221 f. [Nichtigkeit der Vollmacht wegen Verstoßes gegen das RBerG]; BGH NZG 2005, 276, 277). Im Schrifttum wird demgegenüber eine Geltung der Regeln über den fehlerhaften Beitritt z.T. mit Hinweis auf die fehlende Zurechenbarkeit des Vertreterhandels bei Vertretung ohne Vertretungsmacht generell abgelehnt (Baumbach/*Hopt* § 105 Rn. 80; MünchKomm/*Ulmer* § 705 Rn. 327 a.E.). Allerdings überzeugt diese Begründung wohl nur für den Fall (den die zitierten Kommentarstellen wohl auch nur im Auge haben), dass eine Vertreter *ganz ohne Veranlassung* des Geschäftsherrn tätig geworden ist. Darum geht es hier (wie auch in den angeführten BGH-Fällen) nicht, da C mit seiner Vollmacht das Tätigwerden des R veranlasst und damit auch das Risiko geschaffen hat, dass R seine Vertretungsmacht überschreitet. Im vorliegenden Fall liegen daher die Voraussetzungen für einen fehlerhaften Beitritt vor.

Hinweis: Die Kenntnis dieses Streites kann bei den Bearbeitern nicht vorausgesetzt werden. Vielmehr genügt eine nachvollziehbare Subsumtion unter die Voraussetzungen des fehlerhaften Beitritts.

Die Fehlerhaftigkeit des Beitritts führt mithin nicht zu dessen anfänglicher Nichtigkeit. C kann die Fehlerhaftigkeit vielmehr nur mit Wirkung für die Zukunft nach Maßgabe der Regeln geltend machen, die allgemein bei Vorliegen eines wichtigen Grundes für die Lösung von der Gesellschaft gelten, d.h. er kann die Gesellschaft nach § 723 Abs. 1 S. 2 BGB fristlos kündigen. Daran, dass er zunächst Mitglied der Gesellschaft geworden ist, ändert das aber nichts mehr.

3. Ergebnis zu I.

C ist – jedenfalls über die Grundsätze über den fehlerhaften Beitritt – Gesellschafter der A&B-GbR geworden.

II. Haftung für Altverbindlichkeiten

Allerdings wurde die Verbindlichkeit der GbR bereits mit Abschluss des Kaufvertrages mit X und damit vor dem Beginn der Mitgliedschaft des C begründet. Für solche Altverbindlichkeiten haftet C nur dann, wenn § 130 HGB, der für den OHG-Gesellschafter die Haftung für Altschulden anordnet, analog auch auf die GbR angewendet werden kann. Diese Analogie ist umstritten.

1. Gegen die Analogie sprechen folgende Überlegungen (vgl. im Einzelnen *Armbrüster ZGR* 2005, 34, 49ff.): § 130 HGB ist schon in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich rechtspolitisch bedenklich. Der verbreitet zur Rechtfertigung herangezogene Schutz der Gesellschaftsgläubiger erfordert nicht zwingend eine Mithaftung der Neugesellschafter für vertragliche Altverbindlichkeiten, da sich die Gläubiger anhand der Registereintragung bei Vertragsschluss Gewissheit darüber verschaffen können, wer Gesellschafter ist. Zudem kommt den Gläubigern der Beitritt eines neuen Gesellschafters auch ohne dessen Mithaftung zugute, da sich das Gesellschaftsvermögen (und damit die Haftungsmasse) um die Einlage des Neugesellschafters vergrößert. Für Personen*handels*gesellschaften lässt sich § 130 HGB daher allenfalls damit rechtfertigen, dass den Beitretenden regelmäßig das Risiko einer Haftung für Altverbindlichkeiten bewusst sein muss und ihnen – anhand der von einer Handelsgesellschaft zu führenden Bücher – Ermittlungen hinsichtlich bestehender Altschulden möglich sind. Das ist bei der GbR wegen der fehlenden handelsrechtlichen Buchführungspflicht anders.

2. Der BGH (BGHZ 154, 370, 374 = NJW 2003, 1803, 1804) hat allerdings eine Haftung des eintretenden Gesellschafters für Altschulden mit verbreiteter Zustimmung des Schrifttums (vgl. z.B. *Habersack/Schürnbrand* JuS 2003, 739, 741f. m.w.N.) grundsätzlich bejaht. Die Haftung neu eingetretener Gesellschafter für bestehende Verbindlichkeiten folge aus der Eigenart der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die - anders als etwa eine GmbH - über kein eigenes, ausschließlich zur Tilgung ihrer Schulden bestimmtes Vermögen verfügen muss. Da der Gesellschafter ab seinem Eintritt an dem Vermögen der Gesellschaft partizipiere, müsse er im Gegenzug auch eine akzessorische Haftung für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten hinnehmen. Die persönliche Haftung sei das Gegenstück zum Fehlen jeglicher Kapitalerhaltungsvorschriften.

3. Folgt man dem BGH, so haftet C dem X entsprechend §§ 128 S. 1, 130 HGB auch für Altverbindlichkeiten.

III. Ergebnis zu B.

X hat gegen C einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises für die Computeranlage.

Frage 2: Ansprüche des Y gegen B

A. Anspruch des Y gegen B auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 500,- € aus Kaufvertrag (§ 433 Abs. 2 BGB) i.V.m. §§ 128 S. 1 HGB analog, 705 BGB

Für den Anspruch des Y gilt das bei Frage 1 zum Anspruch des X gegen B unter A.I. und II. Gesagte entsprechend. Änderungen ergeben sich allerdings im Hinblick auf die Vertretungsmacht des A:

I. Einzelvertretungsmacht des A

Einer Einzelvertretungsmacht des A steht möglicherweise entgegen, dass B dem Geschäft vorab widersprochen hat. Die Bedeutung dieses Widerspruchs hängt davon ab, wie man bei Frage 1 eine Einzelvertretungsmacht des A begründet hat:

1. Wenn man (mit BGH NZG 2005, 345, s.o. Frage 1) eine einseitige (generelle) Bevollmächtigung bzw. Ermächtigung des A durch B zur Alleinvertretung der Gesellschaft angenommen hat, dann hat B diese gemäß § 168 BGB (bei Bevollmächtigung) oder § 183 BGB (bei Annahme einer Ermächtigung, wenn man darauf die §§ 182 ff. BGB entsprechend anwendet) widerrufen. A hatte dann von dem Widerruf an keine Alleinvertretungsmacht mehr. Auch eine Rechtsscheinsvollmacht (insbesondere Duldungsvollmacht) scheitert (wenn man nicht schon davon ausgeht, dass B durch den Widerspruch die Zurechenbarkeit des weiteren Handelns des A beseitigt hat) jedenfalls an der Kenntnis des Y von dem Widerruf.

Bei diesem Ansatz ergibt sich daher Folgendes: A war Vertreter ohne Vertretungsmacht; eine Genehmigung durch B – der von der Vornahme des Geschäftes noch nichts erfahren hat – fehlt. Der Kaufvertrag zwischen der GbR und Y war daher nach § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam. Da es keinen Anspruch gegen die Gesellschaft gibt, kann Y daher auch nicht von B analog § 128 S. 1 HGB Zahlung verlangen.

2. Wenn man eine konkludente Änderung des Gesellschaftsvertrages angenommen hat, durch die A zum Alleingeschäftsführer und -vertreter wurde, dann konnte B diese Änderung nicht mehr einseitig rückgängig machen; erforderlich war vielmehr eine erneute Vertragsänderung. Auch zum (intern bedeutsamen, vgl. MünchKomm/Ulmer § 711 Rn. 14) Widerspruch nach § 711 BGB war B dann nicht mehr berechtigt, da er auch von der Geschäftsführung ausgeschlossen war. Man kann daher auch nicht mit den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht begründen, dass Y sich nicht auf die Vertretungsmacht des A berufen kann – das Handeln des A war ja noch nicht einmal intern pflichtwidrig (anders ist es nur, wenn man die konkludente Änderung des Vertrages dahin auslegt, dass B ebenfalls allein zur Geschäftsführung berechtigt sein sollte; dagegen spricht jedoch, dass A nicht zu erkennen gegeben hat, dass er auch B allein handeln bzw. entscheiden lassen wollte).

Legt man diese Lösung zugrunde, so hatte A daher Alleinvertretungsmacht. Y hat daher – ebenso wie X in Frage 1 – bei Annahme einer konkludenten Änderung des Gesellschaftsvertrages - einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung gegen B aus Kaufvertrag i.V.m. § 128 S. 1 HGB analog.

Abwandlung

A. Anspruch des Z gegen B auf Zahlung von 30.000 Euro aus der Mietgarantie i.V.m. § 128 S. 1, 161 Abs. 2 HGB

I. Gesellschaftsverbindlichkeit, K als Komplementär

Z hat einen Anspruch gegen die KG aus der Mietgarantie; dass es sich bei Begründung der Forderung noch um eine GbR handelte (der Auftrag zur Vermietung der kleineren Wohnanlage änderte nichts am kleingewerblichen Charakter der Gesellschaft, die daher gemäß § 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB erst mit Eintragung zur KG wurde), ist unerheblich. B ist Komplementär. Er haftet daher grundsätzlich nach § 128 S. 1 HGB.

II. Ausschluss der persönlichen Haftung durch die AGB-Klausel

Die persönliche Haftung kann allerdings durch die AGB der GbR ausgeschlossen sein.

1. Eine vor Entstehung der KG wirksam vereinbarte Haftungsbegrenzung auf das Gesellschaftsvermögen kommt – wie auch andere Einschränkungen von Gesellschaftsverbindlichkeiten, etwa eine Haftungshöchstgrenze – auch den späteren Komplementären der KG zugute.

2. § 128 S. 2 steht der Wirksamkeit der AGB-Klausel nicht entgegen: § 128 S. 2 HGB erfasst, wie sich aus der Formulierung „Dritten gegenüber“ ergibt, nur Vereinbarungen der Gesellschafter untereinander, nicht aber Vereinbarungen mit den Vertragspartnern der Gesellschaft.

3. Die Haftungsbeschränkung in der AGB-Klausel muss sich aber an § 307 BGB messen lassen. Die Beschränkung weicht von § 128 S. 1 HGB (analog) ab und trifft damit eine von dispositivem Recht abweichende Regelung (vgl. § 307 Abs.3 S.1 BGB). Für den hier vorliegenden „Normalfall“ der Außen-GbR wird der Geschäftspartner dadurch – wenn man seine berechtigten Haftungserwartungen gegen die Interessen der Gesellschafter abwägt – unangemessen benachteiligt (BGHZ 150, 1, 4 = NJW 2002, 1642, 1643). Die Haftungsbeschränkung in den AGB der GbR ist daher unwirksam. Die persönliche Haftung des B wird dadurch nicht ausgeschlossen.

III. Ergebnis

Z hat daher einen Anspruch gegen B auf Zahlung von 30.000,- € aus der Mietgarantie i.V.m. § 128 S. 1, 161 Abs. 2 HGB.

B. Ansprüche des Z gegen C auf Zahlung von 30.000 Euro

I. § 176 Abs. 1 HGB i.V.m. der Mietgarantie

Aufbauhinweis: Man kann auch mit § 128 S. 1 HGB (analog) beginnen (s.u. unter 3.) und § 176 HGB dabei inzident ansprechen.

1. Begründung der Forderung nach Entstehung der Kommanditgesellschaft

a) § 176 Abs. 1 S. 1 HGB gilt unmittelbar nur für Gesellschaften, die bereits vor ihrer Eintragung eine KG – und nicht bloß eine GbR – sind. Das ergibt sich aus § 176 Abs. 1 S. 2 HGB. Danach kommt § 176 Abs. 1 S. 1 HGB nicht zur Anwendung, soweit sich aus § 2 oder § 105 Abs. 2 HGB etwas anderes ergibt. Daraus lässt sich entnehmen, dass für eine werdende KG, die auf den Betrieb eines Kleingewerbes i.S.d. § 2 HGB gerichtet ist oder lediglich eigenes Vermögen verwaltet (vgl. § 105 Abs. 2 HGB) und die deshalb bis zur Eintragung eine GbR ist, nicht § 176 HGB, sondern die für eine GbR geltenden Regeln maßgeblich sein sollen. Wenn man dies zugrunde legt, greift § 176 HGB hier nicht, da es sich bei der Gesellschaft bis zur Eintragung noch um eine GbR handelte (s.o. A. I.).

b)

aa) Dieses Ergebnis wird im Schrifttum allerdings verbreitet für nicht sachgerecht gehalten (Übersicht bei *Armbrüster* ZGR 2005, 34, 60). Danach drohen Wertungswidersprüche, wenn man auf eine kleingewerbliche oder vermögensverwaltende werdende KG nur die §§ 128 ff. (analog) anwendet. Da die Gesellschafter einer GbR ihre Haftung nicht einseitig durch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag beschränken können (§ 128 S.2 HGB), stünden die Gesellschafter einer solchen KG schlechter als diejenigen einer KG, die von Anfang an ein Handelsgewerbe betreibt: Letztere könnten ihre persönliche Haftung, soweit sie ihre Einlage

erbracht haben, allein schon dadurch vermeiden, dass sie den Geschäftspartner nach § 176 Abs. 1 S.1 Hs.2 HGB auf ihre Kommanditistenstellung hinweisen. Um eine Schlechterstellung der kleingewerblichen und vermögensverwaltenden Gesellschaften zu verhindern, wird deshalb insoweit z.T. § 176 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 HGB analog angewendet (*Dauner-Lieb*, FS Lutter, 2000, S.835, 846), z.T. § 176 Abs.1 S. 2 HGB teleologisch reduziert (*J.Wagner* NJW 2001, 1110, 1112). Zumindest die letztgenannte Ansicht hat zur Folge, dass auch der Gesellschafter einer kleingewerblichen GbR bis zur Eintragung (nur) nach Maßgabe des § 176 Abs. 1 HGB haftet.

bb) Gegen diese Lösung spricht, dass danach vom unmittelbaren Anwendungsbereich des § 176 Abs. 1 S. 2 HGB praktisch nichts mehr über bliebe (*Armbrüster* ZGR 2005, 34, 60). Zudem drohen, wenn man die persönliche Haftung des GbR-Gesellschafters aus dem schutzwürdigen Vertrauen des Rechtsverkehrs herleitet (s.o. Frage 1 A.III.2.c)), auch bei uneingeschränkter Geltung des § 176 Abs. 1 S. 2 HGB keine Wertungswidersprüche: Wenn der Geschäftspartner Kenntnis von der Kommanditistenstellung eines Gesellschafters hat, dann ist sein Vertrauen in eine uneingeschränkte persönliche Haftung dieses Gesellschafters als Mitglied einer GbR analog § 128 S. 1 HGB nicht schutzwürdig. Bei Kenntnis des Gläubigers von der Kommanditistenstellung scheidet eine persönliche Haftung des Kommanditisten daher unabhängig von § 176 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 HGB ohnehin aus (*Armbrüster* ZGR 2005, 34, 60 f.).

Hinweis: Diese Auffassung müssen die Bearbeiter nicht kennen. Von überdurchschnittlichen Arbeiten kann aber schon erwartet werden, dass mögliche Wertungswidersprüche bei Anwendung des § 176 Abs. 1 S. 2 HGB angesprochen werden.

2. § 176 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 HGB

Auch wenn man § 176 Abs. 1 S. 1 HGB hier anwendet, ist eine Haftung des C gegenüber Z jedenfalls deshalb ausgeschlossen, weil Z die Kommanditistenstellung des C kannte.

II. Anspruch des Z gegen C auf Zahlung von 30.000 Euro aus §§ 171 Abs. 1, 173 HGB i.V.m. der Mietgarantie

Eine Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB setzt voraus, dass C bei Begründung der Forderung Kommanditist war (arg.: Wortlaut des § 171 Abs. 1; Umkehrschluss aus § 173 HGB). C war – s.o. - bei Abgabe der Mietgarantie indes noch Gesellschafter einer GbR. Eine Haftung aus § 171 Abs. 1 HGB kann sich jedoch i.V.m. § 173 Abs. 1 HGB ergeben. Als „Eintritt“ i.S. dieser Vorschrift wird auch die Umwandlung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters in eine Kommanditistenstellung angesehen; die Haftung nach §§ 171, 173 HGB tritt in einem solchen Fall neben eine etwaige Haftung als persönlich haftender Gesellschafter aus der Zeit vor der Umwandlung (*Baumbach/Hopt*, 32. Aufl. 2006, § 173 Rn. 4, 8; *MünchKomm HGB/K.Schmidt*, 2002, § 173 Rn. 9). Allerdings haftet C nach § 171 Abs. 1 HGB nur in Höhe seiner Einlage, d. h. höchstens in Höhe von 5000 € Zudem ist seine nach § 171 Abs. 1 Hs. 1 HGB hier nach § 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB ganz ausgeschlossen, weil C seine Einlage ordnungsgemäß erbracht hat.

III. Anspruch des Z gegen C auf Zahlung von 30.000 Euro aus der Mietgarantie i.V.m. § 128 S. 1 HGB analog

B war bei Begründung der Forderung aus der Mietgarantie Gesellschafter der GbR. Eine persönliche Haftung analog § 128 S. 1 HGB würde zudem, wenn sie einmal begründet wurde, nicht dadurch gehindert, dass er nunmehr nur die Stellung eines Kommanditisten innehat (vgl. *Baumbach/Hopt* § 173 Rn. 8).

Eine Haftung ist aber ausgeschlossen, wenn man sich einem der oben unter I.1.b) geschilderten Ansätze anschließt: Wenn man § 176 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 HGB auf die Haftung analog § 128 HGB anwendet (so der erste der unter I. 1. b) aa) geschilderten Ansätze), so ergibt sich das aus der Kenntnis des Y von der Kommanditistenstellung. Dasselbe gilt, wenn man als Voraussetzung für die persönliche Haftung bei der GbR ein schutzwürdiges Vertrauen des Gläubigers fordert, das durch die Kenntnis von der Kommanditistenstellung zerstört wird (s.o. I. 1. b) bb)). Bei einer teleologischen Reduktion des § 176 Abs. 1 S. 2 HGB (so der zweite der unter I. 1. b) aa) geschilderten Ansätze) schließlich richtet sich die Haftung bei der werdenden KG ausschließlich nach § 176 HGB; die Haftung analog § 128 S. 1 HGB wird dadurch verdrängt.