

Stunde 2

Thema 1: Die Gründung einer Gesellschaft

Eine GRÜNDUNG der Gesellschaft muss mit Willen der einzelnen Gesellschafter geschehen. Dadurch grenzt sich die Gesellschaft zur Erbengemeinschaft ab, die auf Zwang beruht. Die Fortführung eines geerbten Handelsgeschäfts kann nicht zwingend als Gesellschaftsgründung verstanden werden, weil auch die unternehmenstragende Erbengemeinschaft zulässig ist (*BGHZ 92, 259*, siehe auch letzte Stunde). Hingegen hat der BGH die überobligatorische Mitarbeit einer Ehefrau im Handelsgeschäft ihres Mannes zur Gründung einer (Innen-)Gesellschaft genügen lassen (*BGHZ 8, 249*). Zur Gründung einer OHG genügt auch die Fortführung einer bereits existenten Vor-GmbH, wenn die Eintragungsabsicht im Handelsregister aufgegeben wird (*BGHZ 152, 290*).

Geht es auch um Grundstücke, ist an § 311b BGB zu denken. Ist der Gegenstand der Gesellschaft auf den An- und Verkauf von Grundstücken gerichtet, bedarf die Gründung keiner notariellen Beurkundung, weil kein Gesellschafter aus einem Grundstücksgeschäft berechtigt und verpflichtet wird. Anders ist es hingegen, wenn ein Gesellschafter ein Grundstück in die Gesellschaft einbringen soll (*BGHZ 86, 367*; siehe auch BGH NJW-RR 1991, 613).

Das allgemeine Schuldrecht, insbesondere das Leistungsstörungsrecht ist nur begrenzt anwendbar. Stets ist zu bedenken, dass schuldrechtliche Beziehungen mehrerer durch die Gesellschaft als Organisation überlagert werden. Regeln der Unmöglichkeit und Nacherfüllung können angewendet werden. Hingegen sind §§ 320, 322 BGB nicht anwendbar. Eine Organisation würde zum Erliegen kommen, wenn von zehn Gesellschaftern einer seine Leistung verweigert, nur weil ein zweiter seine Leistung noch nicht erbracht hat. Die jeweiligen Leistungsbeziehungen der Gesellschafter zur Gesellschaft stehen nicht im Verhältnis der Gesellschafter untereinander. Auch der Rücktritt ist wie bei jedem Dauerschuldverhältnis nicht anwendbar. Stattdessen gibt es die Kündigung (§ 723 BGB).

Grundsätzlich können Gesellschaftsverträge frei gestaltet werden. Das gilt gerade in der Personengesellschaft. Gewisse Institute (die wir noch behandeln werden) sind aber zu beachten: So ist das Prinzip der Selbstorganschaft ebenso wie das Abspaltungsverbot zu beachten. Auch darf das Ausscheiden nicht durch unannehmbare Abfindungsklauseln erschwert bzw. unmöglich gemacht werden.

Thema 2: Die Änderung des Gesellschaftsvertrags und die Anteilsübertragung

Anteile an Personengesellschaften können **formlos übertragen** werden (anders bei der GmbH: § 15 Abs. 4 GmbHG). Zwei Möglichkeiten existieren: Ein Gesellschafter scheidet aus und sein Anteil wächst den verbleibenden Gesellschaftern zu; anschließend tritt der neue Gesellschafter bei und sein Anteil entsteht durch Abwachsung bei den bisherigen Gesellschaftern. Dann vollziehen sich die Vorgänge

VL Gesellschaftsrecht und Kapitalgesellschaftsrecht WS 2016/17

unter den jeweiligen Gesellschaftern. Die Alternative ist die Übertragung des Gesellschaftsanteils als ein Bündel von Rechten und Pflichten vom Altgesellschafter auf den Neugesellschafter (§§ 398, 413 BGB). Allerdings müssen die verbleibenden Gesellschafter zustimmen, weil es sich um eine Änderung des Gesellschaftsvertrags handelt. Hier liegt ein Unterschied zur Kapitalgesellschaft, wo die Zustimmung der anderen Gesellschafter entbehrlich ist (bzw. gem. § 53 Abs. 2 GmbHG bzw. §§ 179, 182 AktG bei Neuschaffung von Anteilen auf 75%-Mehrheit genügend).

Thema 3: Die Rechtsfähigkeit – insbesondere jene der GbR

Gem. § 124 HGB ist die OHG teilrechtsfähig. Das bedeutet, sie kann Rechte erwerben, Schuldnerin werden und unter ihrer Firma (§ 17 HGB) klagen und verklagt werden. Titel werden in ihr Vermögen vollstreckt.

Die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR hat Dekaden in Anspruch genommen. Seit dem grundlegenden Urteil (*BGHZ 146, 341*) bestehen daran keine Zweifel mehr. Selbst in der **KLAUSUR** ist darauf allenfalls mit einem Satz eingehen. Durch die Rechts- und Parteifähigkeit ist es zu neuen Problemen mit Blick auf die Registerfähigkeit gekommen. Der Eintrag einer GbR im Handelsregister als Gesellschafterin einer Handelsgesellschaft oder im Grundbuch als Eigentümerin eines Grundstücks bringt nichts, weil kein anderes Register existiert, aus dem sich ergibt, wer Gesellschafter ist. Das hat zu § 162 Abs. 1 S. 2 HGB geführt und zu § 899a BGB (dazu bei **Thema 5**). Mit Blick auf § 162 Abs. 1 S. 2 HGB stellt sich die Frage, ob eine GbR auch Komplementärin einer KG bzw. Gesellschafterin einer OHG werden kann. M.E. ist diese Frage nicht nur mit der ganz h.M. zu bejahen, sondern vielmehr schlägt die Doktrin durch, dass der Gesellschafter einer OHG bzw. der Komplementär stets auch Kaufmann ist (*BGHZ 24, 293; sehr str.*), sodass gar keine GbR vorliegt, sondern vielmehr eine OHG. Konstatiert man, dass die GbR nicht einmal kleingewerblich tätig sein muss, ergeben sich Grundlagenprobleme, die bei der OHG bzw. KG nie auftreten können. So kann trotz §§ 13, 14 BGB nach wie vor über die **VERBRAUCHEREIGENSCHAFT DER GBR** nachgedacht werden (Bsp.: GbR zur gemeinsamen Vermögensverwaltung nimmt ein Darlehen auf. Sind die §§ 491 ff. BGB anwendbar?). Das hat der BGH (*BGHZ 149, 80*) einst bejaht. Aktuell betont der BGH immer wieder, dass eine GbR ein Mietverhältnis wegen Eigenbedarfs ihres Gesellschafters kündigen könne – sogar wenn dieser erst nach Abschluss des Mietvertrags in die GbR eingetreten sei (*BGH NJW-RR 2012, 237 Rn. 22*). Unklar ist, ob ein Minderjähriger sich die Beteiligung an einer vermögensverwaltenden GbR vom Familiengericht genehmigen lassen muss. § 1822 Nr. 3 BGB stellt nur auf die Beteiligung an einem Erwerbsgeschäft ab.

Thema 4: Zurechnungsfragen

Die tatsächliche Herrschaftsmacht (für den Besitz) wird durch die Organe ausgeübt. Man spricht vom Organbesitz. Das Organ ist somit Besitzdiener. Eine Gesellschaft kann daher auch Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO erheben, wenn ein

VL Gesellschaftsrecht und Kapitalgesellschaftsrecht WS 2016/17

Gläubiger des Gesellschafters bei diesem in den Gegenstand vollstrecken will (so *BGHZ 156, 310* für die GmbH mit einem Alleingesellschafter).

Rechtsgeschäftliches und tatsächliches Handeln der Organe wird über § 31 BGB (analog) zugerechnet. Sie machen keinen Fehler, wenn Sie diese Vorschrift sowohl bei der Zurechnung des Handelns als auch des Verschuldens (z.B. bei § 823 BGB) anwenden. Vertretungsmacht ergibt sich aus §§ 125, 126 HGB oder §§ 714, 709 BGB. Die Organe selbst legitimieren Dritte, für die Gesellschaft zu handeln. Hier sind die allgemeinen Vorschriften anwendbar, die sie kennen (z.B. §§ 164 ff. BGB).

Thema 5: Der Immobilienerwerb von der GbR

GRUNDLAGE: Die Rechts- und Parteifähigkeit der GbR und ihre fehlende Registereintragung führen zu Problemen bei der Vertretung. Das Gesetzeskonzept sieht in §§ 714, 709 BGB die Vertretung durch alle GbR-Gesellschafter vor (Abweichendes kann vereinbart werden; Stunden 3, 4). Mangels eines Registers kann aber der Vertragspartner ggf. im Unklaren sein, wer denn nun GbR-Gesellschafter und damit vertretungsberechtigt ist. Daher statuiert § 899a S. 1 BGB die Regel, dass der Erwerber eines Grundstücksrechts davon ausgehen darf, dass die als Gesellschafter der GbR im Grundbuch eingetragenen Personen die Gesellschafter der GbR sind. Treten weitere Gesellschafter hinzu und haben dadurch mehr Gesellschafter Vertretungsmacht, ergibt sich bei fehlender Änderung im Grundbuch eine Rechtsscheinvollmacht zugunsten der eingetragenen Gesellschafter.

BEISPIEL: A und B sind Gesellschafter der A&B-GbR und als solche im Grundbuch eingetragen. Später tritt C in die Gesellschaft ein, das Grundbuch wird nicht geändert. Nach einem Streit mit C veräußern A&B das Grundstück an X. Dieser hatte zuvor noch nie mit dieser GbR zu tun gehabt. X wird als neuer Eigentümer eingetragen. Kann die GbR Ansprüche gegen X geltend machen? Alternative: Zugunsten von X wurde nur eine Vormerkung eingetragen. Hinweis: Die GbR konnte nur durch alle Gesellschafter gemeinsam vertreten werden.

KARDINALPROBLEM: Anhand dieses Beispiels kann das Kardinalproblem der Vorschrift demonstriert werden. Es geht darum, ob nur das dingliche Geschäft geschützt ist oder auch das schuldrechtliche. Mit Verweis auf die systematische Stellung wird **z.T. nur das dingliche Geschäft** als geschützt angesehen. Dem Gesetzgeber kann auch kein Fehler unterstellt werden, sollte ihm doch offenkundig sein, dass er diese Regelung nicht im BGB-AT getroffen hat. Die **Gegenauffassung** hält es für zweifelhaft, nur das dingliche Geschäft zu schützen, weil dann noch ein Anspruch der GbR aus § 812 BGB existiert. Sie geht daher von einem Gesetzgebungsfehler aus, der korrigiert werden müsse. Das ist aber nicht so klar. Schließlich ergibt sich aus § 899a BGB nicht, ob der Erwerber lediglich in seinem Vermögen oder im endgültigen Erwerb geschützt werden soll. Die bloße Bezugnahme auf das dingliche Geschäft führt dazu, dass der Erwerber bei einem Anspruch aus § 812 BGB mit seinem eigenen Bereicherungsanspruch saldieren kann. Hingegen

VL Gesellschaftsrecht und Kapitalgesellschaftsrecht WS 2016/17

müsste er einem Verlangen nach § 894 BGB nachkommen und könnte bei Insolvenz der GbR und ihrer Gesellschafter mit seinem Bereicherungsanspruch auf Herausgabe des Kaufpreises leer ausgehen. **Meines Erachtens kann beiden Sichtweisen nicht gefolgt werden.** Die erste Auffassung führt zu Problemen, wenn eine Vormerkung bestellt worden ist. Diese kommt mangels schuldrechtlichen Geschäfts nie zur Entstehung. Die zweite Auffassung bezieht unzutreffend den überangegangenen Gesellschafter in das schuldrechtliche Geschäft ein und lässt ihn ggf. für Schadensersatzansprüche haften. Daher ist es m.E. richtig, § 899a BGB auf das dingliche Geschäft zu beziehen und einen schuldrechtlichen Vertrag nur mit einer Schein-GbR aus den handelnden Gesellschaftern zustande kommen zu lassen. Die Lösung in der Klausur lautet daher: Anspruch aus § 894 BGB auf Grundbuchberichtigung der GbR gegen X? Nein, weil redlicher Erwerb gem. § 899a BGB. Anspruch aus § 812 BGB auf Herausgabe der Buchposition gegen X? Problem: Rechtsgrund. Die erste Auffassung akzeptiert keinen über § 899a BGB. Allenfalls die allgemeinen Regeln zur Scheinvollmacht können angewendet werden. Mangels Vertrauenstatbestandes scheidet aber hier eine Duldungsvollmacht oder Anscheinsvollmacht. Die erste Auffassung bejaht somit einen Anspruch aus § 812 BGB, der allerdings erst gegen Herausgabe des Kaufpreises zu erfüllen ist. Die zweite Ansicht überträgt § 899a BGB auf das schuldrechtliche Geschäft, erkennt somit einen Rechtsgrund und verneint einen Anspruch aus § 899a BGB. Meines Erachtens ist i.E. der zweiten Ansicht zu folgen, doch besteht der Rechtsgrund in einem schuldrechtlichen Geschäft zwischen einer A&B-Schein-GbR mit X. Das hat Relevanz, wenn Mängel am Grundstück oder beim Geschäft zu Schäden bei X führen. Dieser kann sie nach meiner Auffassung nur gegen A und B geltend machen. Für die Alternativfrage muss die erste Ansicht einen Anspruch aus § 894 BGB bejahen, weil die Vormerkung mangels schuldrechtlichen Geschäfts nicht entstanden war. Die zweite und meine Auffassung bejahen hingegen einen schuldrechtlichen Anspruch, der durch die Vormerkung gesichert ist, sodass § 894 BGB und § 812 BGB als Anspruchsgrundlagen ausscheiden und die Vormerkung durch X durchgesetzt werden kann.

PRINZIPIEN: Beachten Sie folgende Prinzipien zum Verständnis von § 899a BGB. **Erster Gedanke:** Durch die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit haben wir einen Rechtsträger, der weder als natürliche Person auftritt, noch durch ein Register verlautbart wird. Der Rechtsverkehr weiß somit nicht, wer hinter dem Rechtsträger steht und ihn vertreten darf. **Zweiter Gedanke:** Insbesondere wegen der sich aus §§ 714, 709 BGB ergebenden Gesamtvertretungsmacht muss der Rechtsverkehr bei einem Geschäft mit der GbR stets alle Gesellschafter kennen. Andernfalls ist die GbR nicht ordnungsgemäß vertreten worden. **Dritter Gedanke:** Deshalb muss eine Vertrauensschutzregel hinsichtlich der Vertretungsmacht geschaffen werden. Das ist mit § 899a BGB geschehen. **Vierter Gedanke:** § 899a BGB ist als Regel zur Rechtsscheinvertretung unglücklich formuliert bzw. platziert. Eigentlich gehört sie in den AT, steht jedoch im Sachenrecht. Klar ist dadurch, dass dingliche Geschäfte

VL Gesellschaftsrecht und Kapitalgesellschaftsrecht WS 2016/17

geschützt sind; unklar ist, ob auch die Vertretung im Hinblick auf das schuldrechtliche Geschäft erfasst ist. **Fünfter Gedanke:** Es kann hingenommen werden, nur das dingliche Geschäft zu schützen, weil der Erwerber dann allenfalls Ansprüchen aus § 812 BGB ausgesetzt ist und seinen Kaufpreisanspruch saldieren kann. Das ist ein Fortschritt gegenüber der bisherigen Lage. Dort war auch das dingliche Geschäft unwirksam. Die GbR konnte in ihrer Insolvenz aus § 894 BGB vorgehen und der Erwerber bekam seinen Bereicherungsanspruch nur quotal befriedigt. Das schuldrechtliche Geschäft kann ggf. über die Rechtsscheinvollmachten des BGB AT gerettet werden. **Sechster Gedanke:** Weil die GbR Rechts- und Parteifähig ist und § 899a BGB eine Regelung zur Vertretungsmacht darstellt, kann aus einem Titel gegen die GbR stets in ein ihr gehörendes Grundstück vollstreckt werden – egal, wer gerade Gesellschafter ist und egal, was im Grundbuch steht (*i.E. BGHZ 146, 341, 345, 352 f.; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 19 Rn. 11*). **Siebter Gedanke:** Wird mit dem Grundstück das Zubehör erworben, ist es fraglich, ob die immobilienrechtliche Einordnung vorgeht (§ 926 Abs. 1 BGB) oder das Prinzip anzuwenden ist, dass redlicher Erwerb nur nach Mobiliarsachenrecht erfolgen kann (§ 926 Abs. 2 BGB). Der Gedanke des Erwerbs gem. § 899a, § 926 Abs. 1 BGB ergibt sich daraus, dass es eben nicht um redlichen Erwerb, sondern nur um die Reichweite bzw. den Glauben an die Vertretungsmacht geht (siehe dazu Lieder, Jura 2012, 335, 341). **Achter Gedanke:** Sollte sich die Lösung durchsetzen, dass § 899a BGB auch zur Vertretungsmacht bei schuldrechtlichem Geschäft führt, ist die GbR verpflichtet und ihre Gesellschafter haben bei Nicht- bzw. Schlechterfüllung Schadensersatz zu leisten.

Problemkomplex: Der Minderjährige im Personengesellschaftsrecht

Mehrfach wurde der Minderjährige im Personengesellschaftsrecht erwähnt. Mit Blick auf Einlagepflichten, Mitarbeitspflichten und vor allem die persönliche Haftung ist er schutzwürdig. Dass sein gesetzlicher Vertreter einer Teilnahme am unternehmerischen Verkehr zustimmen muss, steht außer Frage. Gem. §§ 1643 i.V.m. 1822 Nr. 3 BGB muss das Familiengericht zustimmen, wenn der Minderjährige sich an einer Gesellschaft beteiligt, die ein Handelsgewerbe betreibt. Aus dieser einfach verständlichen Grundkonstellation ergeben sich vielfältige Fragen, die sich aus dem Gesetz allein nicht beantworten lassen.

Erfasst § 1822 Nr. 3 BGB auch die Genehmigung, wenn der Minderjährige zusammen mit seinem gesetzlichen Vertreter die Gesellschaft gründet? Nein, §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 BGB ziehen eine eigene Grenze, die eine Interessenkollision verhindern soll. Hingegen will § 1822 Nr. 3 BGB die Reife des Minderjährigen zur Führung eines Erwerbsgeschäfts überprüfen. Beide Genehmigungen / Zustimmungen müssen daher vorliegen.

Ist § 1822 Nr. 3 BGB auf Änderungen des Gesellschaftsvertrags anwendbar? Das hat der BGH (*BGHZ 38, 26*) mit überzeugender Begründung abgelehnt. Man kann daran denken, dass bei fehlender Genehmigung die Voraussetzungen des § 1822 Nr. 3 BGB umgangen würden, wenn der „falsche“ Gesellschaftsvertrag zuvor genehmigt worden

VL Gesellschaftsrecht und Kapitalgesellschaftsrecht WS 2016/17

ist. Jedoch will § 1822 Nr. 3 BGB pauschal genehmigen, dass der Minderjährige überhaupt in der Lage ist, sich an dem Erwerbsgeschäft zu beteiligen. Zudem ist zu bedenken, dass eine Gesellschaft und ein Unternehmen dynamischen Entwicklungen ausgesetzt sind. Während für den Beginn des Erwerbsgeschäfts gewartet werden kann, kann für eine Vertragsänderung nicht das Geschäft vorübergehend eingestellt werden.

Ist § 1822 Nr. 3 BGB auf die Gründung einer vermögensverwaltenden GbR anwendbar? Das ist unklar und vom Wortlaut „Erwerbsgeschäft“ nicht unbedingt gedeckt. Erwirbt ein Minderjähriger Vermögen zur eigenen Verwaltung bedarf er auch nicht der Genehmigung, sodass seine Beteiligung an einer derartigen Gesellschaft auch nicht unter die Vorschrift fallen kann.

Ist § 1822 Nr. 3 BGB auf die unternehmenstragende Erbengemeinschaft anwendbar? Der BGH hat das in seiner Entscheidung zur unternehmenstragenden Erbengemeinschaft (*BGHZ 92, 259*) abgelehnt, weil die Genehmigung zur Fortführung des Geschäftsbetriebs nicht abgewartet werden könne. M.E. kann man in diesem Fall aber § 1822 Nr. 3 BGB analog auf die Annahme der Erbschaft anwenden, wenn in dieser ein Erwerbsbetrieb enthalten ist.

Wie wird der Minderjährige überhaupt geschützt? Grundsätzlich bedarf er für alle Handlungen der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (§ 107 BGB). Mit Eintritt der Volljährigkeit kann er den Gesellschaftsvertrag ohne Grund kündigen (§ 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB). Außerdem verhindert § 1629a BGB, dass der Minderjährige überschuldet in die Volljährigkeit geht.

KLAUSURRELEVANZ: Es ist **IM ERSTEN SCHRITT** die Gründung einer Gesellschaft oder der wirksame Beitritt oder eben die wirksame Änderung des Gesellschaftsvertrags zu prüfen. Beim Minderjährigen sind die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters und die Notwendigkeit einer Genehmigung des Familiengerichts zu prüfen. Fehlt eine Genehmigung, ist diese aber notwendig, ist **IN EINEM ZWEITEN SCHRITT** die Anwendung der **PRINZIPIEN DER FEHLERHAFTEN GESELLSCHAFT** zu prüfen. Hier muss die **BEREICHSAUSNAHME ZUGUNSTEN MINDERJÄHRIGER** erkannt werden. Resultat: Wirksame Gesellschaft, aber ohne Beteiligung des Minderjährigen.