

Aufsatz ZR

Prof. Dr. Knut Werner Lange

Grundzüge des Rechts der OHG

DOI 10.1515/jura-2015-0134

Die offene Handelsgesellschaft (OHG) ist die typische Personenhandelsgesellschaft und dient mit ihrer rechtlichen Ausgestaltung anderen Gesellschaftsformen, wie der KG (§ 161 Abs. 2 HGB) und der PartG (§§ 4 Abs. 1, 6 Abs. 3, 7 Abs. 2–5, 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 u. 4, 10 Abs. 1 PartGG), als Vorbild. Wie im ersten Aufsatz dieser Serie gezeigt, wird zudem das Haftungsregime der OHG analog auf dasjenige der Außen-GbR angewandt. Aufgrund der großen Bedeutung des OHG-Rechts spielt die Gesellschaftsform auch in der Ausbildung und der Prüfung eine gewichtige Rolle. Fallgestaltungen mit einer OHG eignen sich zudem gut, handelsrechtliche Fragestellungen abzu prüfen.

I. Was versteht man unter einer OHG?

1. Begriff und Charakter

Wie bei der GbR herausgearbeitet, ist der gemeinsame Zweck das Schlüsselkriterium für das Vorliegen einer Personengesellschaft¹. Ist der vereinbarte Zweck der Personengesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet, so finden zwingend die Vorschriften über die OHG (bzw. die KG) Anwendung. Daraus folgt, dass die OHG als Personengesellschaft sämtliche Begriffsmerkmale der GbR aufweisen muss. Sie kann nur zu ganz bestimmten, in § 105 Abs. 1 u. 2 HGB genannten Zwecken gegründet werden. Nach wie vor ausgenommen sind Freie Berufe, für die die Gesellschaftsform der Partnerschaft nach dem PartGG zur Verfügung steht (§ 1 Abs. 1 PartGG)².

¹ Lange, Jura 2015, 548f.

² Die sog. freien Berufe haben nach § 1 Abs. 2 S. 1 PartGG »im allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation

Knut Werner Lange: Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Bayreuth und Gastprofessor an der Universität Witten/Herdecke

Anders als die GbR wird die OHG in das Handelsregister eingetragen (§ 106 HGB). Das Recht der OHG ist in den §§ 105 bis 160 HGB geregelt. Wenn dort keine Sondervorschriften vorhanden sind, ist auf die §§ 705 ff. BGB als Aufangvorschriften zurückzugreifen, vgl. § 105 Abs. 3 HGB³. Die OHG ist Gesamthandsgemeinschaft. Sie ist nicht juristische Person, aber rechtsfähige Personengesellschaft, was sich aus § 124 Abs. 1 HGB ergibt. Sie ist, anders als die AG und GmbH, nicht Körperschaftsteuersubjekt, vgl. § 1 Abs. 1 KStG. Vielmehr haben die einzelnen Gesellschafter ihren Anteil am Gewinn als Einkommen zu versteuern⁴. Für die OHG als eine Personengesellschaft gelten die schon aus der GbR bekannten Grundprinzipien der Selbstorganschaft, der Einstimmigkeit und der Bindung an ihre Mitglieder.

Die OHG ist also eine Unterart der GbR, deren gemeinsamer Zweck zwingend einer der in § 105 Abs. 1 u. 2 HGB genannten sein muss:

- In den meisten Fällen handelt es sich bei dem verfolgten Zweck um den Betrieb eines Handelsgewerbes, § 105 Abs. 1 iV. mit § 1 Abs. 2 HGB. Ein solcher Gewerbebetrieb erfordert eine in kaufmännischer Weise eingerichtete und ausgeübte Unternehmung iS. von § 1 Abs. 2 HGB. Keine Voraussetzung für das Vorliegen eines solchen Handelsgewerbes ist die Eintragung im Handelsregister (§ 106 HGB), die hier lediglich deklaratorisch wirkt, da die Gesellschaft kraft Gesetzes entsteht.
- Besitzt das von der OHG betriebene Gewerbe lediglich den Charakter eines Kleingewerbes, so können die Gesellschafter selbst bestimmen, ob sie eine Handelsregistereintragung vornehmen wollen (Kannkaufmann, § 2 HGB)⁵. Entscheiden sie sich für die Eintragung, ist ihre Gesellschaft zwingend OHG (§ 105 Abs. 2 S. 1 Var. 1 HGB); die Eintragung wirkt konstitutiv. Wollen sie keine Eintragung, liegt eine GbR vor. In dieser

oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt.«

³ Beck, Jura 2013, 209.

⁴ Die OHG ist kein einkommensteuerpflichtiges Steuersubjekt und insofern für die Besteuerung »transparent«, vgl. § 2 Abs. 1 EStG; sog. Transparenzprinzip.

⁵ Dazu K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 10 V.

Konstellation entsteht die OHG nur auf Wunsch der Gesellschafter.

- Eine Gesellschaft, die ausschließlich eigenes Vermögen verwaltet, kann ebenfalls OHG sein, obwohl umstritten ist, ob die Verwaltung eigenen Vermögens ein Gewerbe darstellt⁶. Nach wohl h. M. ist eine Tätigkeit von gewerbeähnlichem Umfang erforderlich⁷. Die Eintragung im Handelsregister ist hier erneut konstitutive Voraussetzung (§ 105 Abs. 2 S. 1 Var. 2 HGB). Praktische Bedeutung erlangt diese Variante für Holdinggesellschaften, die lediglich Anteile an anderen Unternehmen verwalten, und für sogenannte Besitzgesellschaften⁸.

Sinkt im Falle des § 105 Abs. 1 HGB der Umfang des Betriebs der Gesellschaft nachträglich und nicht nur vorübergehend auf denjenigen eines Kleingewerbes herab, so wird die OHG zur GbR. Die OHG ist dann im Handelsregister zu löschen. Solange dies nicht geschieht, sind die §§ 2, 5 und 6, 15 HGB zu beachten. Eine solche Gesellschaft kann aber auch nach § 105 Abs. 2 HGB eingetragen werden und dann OHG bleiben.

Die OHG ist Handelsgesellschaft, da der Betrieb eines Handelsgewerbes Gründungsvoraussetzung ist. Sie ist deshalb immer Kaufmann⁹. Dies gilt auch für die OHG, die nur ein Kleingewerbe betreibt, und für die vermögensverwaltende OHG. Damit sind sämtliche von der OHG vorgenommenen Rechtsgeschäfte Handelsgeschäfte (vgl. § 343 HGB). Die Vorschriften über das Handelsregister finden Anwendung, ebenfalls diejenigen zur Buchführung und Bilanzierung (§§ 238 ff. HGB). Neben der OHG sollen nach Ansicht des BGH auch die einzelnen Gesellschafter über die Kaufmannseigenschaft verfügen¹⁰. Dem folgt die Literatur heute allerdings nur eingeschränkt, da diese Rechtsprechung die Trennung zwischen OHG und Gesellschaftern einebnen¹¹. Die OHG ist stets zugleich Innen- wie Außengesellschaft.

Die OHG war einmal die bedeutendste Rechtsform für kleine und mittlere Unternehmen in Deutschland. Wegen der mit der Personengesellschaft zwingend verbundenen persönlichen Haftung der Gesellschafter hat sie allerdings

gegenüber der GmbH an Attraktivität verloren¹². Gleichwohl spielt sie im Wirtschaftsleben eine große Rolle, zumal kraft zwingender Geltung des § 105 HGB eine OHG stets dann vorliegt, wenn die positiven Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Dies gilt also bereits dann, wenn ein Handelsgewerbe (konkulent) auf vertraglicher Grundlage gemeinschaftlich betrieben wird, ohne dass ein auf die Wahl der Gesellschaftsform OHG gerichteter Wille der Gesellschafter erforderlich wäre. Insofern wird von § 105 HGB als einem Auffangtatbestand gesprochen. Die OHG ist ferner Grundform für die KG, weshalb § 161 Abs. 2 HGB eine ausdrückliche Verweisung auf das Recht der OHG enthält. Auch das Recht der PartG und dasjenige der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) verweisen vielfach auf die OHG.

2. Gründung

Gesellschafter einer OHG können natürliche und juristische Personen oder Personengesamtheiten sein, die im Rechtsverkehr als selbstständige Einheit auftreten. Minderjährige bedürfen zum Abschluss des Gesellschaftsvertrags der Mitwirkung ihrer gesetzlichen Vertreter (Eltern) und der Genehmigung des Familiengerichts (§§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB). Zwar muss der OHG keine natürliche Person als Gesellschafter angehören. Dieser Umstand muss aber sowohl bei der Bildung einer neuen, als auch bei der Fortführung einer übernommenen Firma zur Klarstellung der Haftungsverhältnisse mittels entsprechenden Firmenzusatzes deutlich gemacht werden (§ 19 Abs. 2 HGB).

Die OHG muss als Kaufmann (§ 29 HGB) eine gemeinschaftliche Firma führen (vgl. § 106 Abs. 2 Nr. 2 HGB), also nach außen als Einheit auftreten. Die firmenrechtlichen Vorgaben richten sich nach den §§ 17 ff. HGB. Für die Errichtung einer OHG sind daher drei Merkmale bedeutsam:

- der Abschluss des Gesellschaftsvertrags,
- die Eintragung in das Handelsregister und
- der Beginn der Handelsgeschäfte.

Sind die drei genannten Vorgänge abgeschlossen, liegt eine OHG vor. Aber auch schon vorher sind die Vorschriften über die OHG zumindest teilweise anzuwenden, wobei zwischen Innen- und Außenverhältnis unterschieden werden muss. Zudem kommen der Eintragung im Handelsregister unterschiedliche rechtliche Wirkungen zu, je nach Zweckverfolgung und Umfang des Geschäftsbetriebs.

⁶ Dagegen *Roth* in Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 105 Rn. 12: kein Gewerbe; dafür *Siems*, NZG 2001, 738, 742.

⁷ Offengelassen in OLG München NZG 2009, 104, 105 mit Nachw. zu beiden Meinungen. Siehe auch *K. Schmidt*, NJW 1998, 2161, 2165.

⁸ *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, § 5 Rn. 6.

⁹ *Beck*, Jura 2013, 209, 210 f.; *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 3 Rn. 45.

¹⁰ BGHZ 34, 293, 296 f.; 45, 282, 284.

¹¹ Baumbach/Hopt/Roth (Fn. 6), § 105 Rn. 19; *Schäfer* (Fn. 8), § 5 Rn. 10.

¹² *Klose*, NWB 2008, 3577, 3579.

Für die Beziehung der Gesellschafter zueinander ist in erster Linie der Gesellschaftsvertrag bedeutsam (§ 109 HGB). Ohne ihn kommt keine Gesellschaft zustande, auch wenn er nicht zwingend schriftlich vorliegen muss¹³. Die Gesellschafter können den Zeitpunkt des Beginns der Gesellschaft im Vertrag festlegen und etwa mit der Eintragung im Handelsregister verbinden. Für das Außenverhältnis muss eine Kundgebung des Wirksamwerdens der OHG hinzutreten. Dies erfolgt regelmäßig durch die Eintragung im Handelsregister (vgl. § 123 Abs. 1 HGB). Eine Kundgebung liegt aber auch bei einem Handeln im Namen der Gesellschaft nach außen vor. Die OHG tritt Dritten gegenüber ins Leben, wenn sie ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB betreibt. In den Fällen der §§ 2 und 3, 105 Abs. 2 HGB hingegen ist die Eintragung im Handelsregister konstitutiv.

Fehlt der Gesellschaftsvertrag vollumfänglich, genügt die bloße Kundgebung nach außen nicht, um eine OHG zu schaffen. Es handelt sich nur um einen zum Schein abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag; nach außen liegt eine Schein-OHG vor. Da dann der gutgläubige Dritte zu schützen ist, müssen sich die angeblichen Gesellschafter so behandeln lassen, als ob eine OHG bestünde. Liegt ein Gesellschaftsvertrag zwar vor, ist dieser aber mit Mängeln behaftet, spricht man von der fehlerhaften Gesellschaft¹⁴. Ist eine solche Gesellschaft in Vollzug gesetzt worden, kann sie grundsätzlich nur noch für die Zukunft aufgelöst werden¹⁵.

II. Wie ist das Innenverhältnis in der OHG ausgestaltet?

1. Grundsätze

Die Gesellschafter der OHG können das Innenverhältnis untereinander weitgehend autonom gestalten, da die gesetzlichen Vorschriften (§§ 110 bis 122 HGB) zumeist dispositiv sind (§ 109 HGB). In der Fallbearbeitung muss daher zunächst geprüft werden, ob abweichende Gestaltungen vorhanden und wirksam sind, bevor das Gesetzesrecht angewandt wird. Anders als die GbR ist die OHG per

Gesetz auf ein flexibles Handeln für die Gesellschaft ausgerichtet. Bei ihr steht das gleichberechtigte Wirken der Gesellschafter (vgl. §§ 114 Abs. 1, 125 Abs. 1 HGB) im Vordergrund, die alle persönlich und unbeschränkt haften. Hierdurch wird auf der einen Seite die echte Mitunternehmerschaft aller Gesellschafter verwirklicht, auf der anderen Seite durch ihre unbeschränkte Haftung eine günstige Kreditgrundlage geschaffen. Als »professionelle Form der GbR« bietet auch die OHG Gesellschaftsgläubigern den Zugriff auf das Vermögen der Gesellschafter, § 128 HGB.

2. Beitrags- und Treuepflicht

Das Verhältnis der Gesellschafter zueinander wird, wie auch in der GbR, vom Grundsatz gegenseitiger Treue beherrscht, da es sich bei der OHG um eine enge Arbeits- und Haftungsgemeinschaft handelt. Die Treuepflicht besteht sowohl zwischen den Gesellschaftern untereinander, als auch im Verhältnis des einzelnen Gesellschafters zur Gesellschaft. Sie kann einen Gesellschafter zu einem konkreten Handeln verpflichten, aber auch anordnen, ein bestimmtes Handeln zu unterlassen. Regelmäßig wird die Treuepflicht dann bedeutsam, wenn der Gesellschafter eigene, der Gesellschaft zuwiderlaufende Interessen verfolgt. Dann müssen diese widerstreitenden Interessen gegeneinander abgewogen werden. Ihre Grenze findet die Treuepflicht in der Wahrnehmung berechtigter, anerkannter persönlicher Interessen des Gesellschafters. Bei dem Abwägungsvorgang ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Gesellschafter besondere Rücksicht zu nehmen hat, wenn er in Ausübung einer Geschäftsführungsbefugnis handelt, da ihm in diesem Falle Befugnisse anvertraut worden sind, um zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Anders als bei der GbR muss das Wettbewerbsverbot bei der OHG nicht aus der Treuepflicht entwickelt werden, da es in § 112 Abs. 1 HGB kodifiziert ist¹⁶. Hinsichtlich der Beiträge und des Gleichbehandlungsgrundsatzes gilt nichts anderes als bei der GbR.

3. Geschäftsführung

Wie bei anderen Personengesellschaften so gilt auch für die OHG das Prinzip der Selbstorganschaft¹⁷. Mangels abweichender Vereinbarung gilt aber, anders als bei der GbR,

¹³ Grunewald, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2014, § 2 Rn. 7.

¹⁴ BGH NJW 1992 1501, 1502: »Eine fehlerhafte Gesellschaft setzt wie jede Gesellschaft einen Gesellschaftsvertrag voraus, es genügt aber bei ihr das Vorliegen eines mangelhaften Vertrages, der von dem tatsächlichen, wenn auch rechtlich fehlerhaften Willen der Vertragsschließenden getragen ist«.

¹⁵ Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2006, § 26.

¹⁶ Beispiel bei BGH NJW 1986, 584.

¹⁷ BGHZ 51, 198, 199 f.; BGH NJW 1982, 2495; NZG 2011, 583, 585 (zur GbR).

der Grundsatz der Einzelgeschäftsführung (§§ 114 Abs. 1, 115 Abs. 1 HGB). Er verleiht der Gesellschaft sehr viel größere Flexibilität im Wirtschaftsverkehr, ist allerdings auch gefährlich, da jeder einzelne Gesellschafter allein zur Führung derjenigen Geschäfte berechtigt ist, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes gerade dieser OHG mit sich bringt. Die Einzelgeschäftsführung ist also für eine im Wirtschaftsleben stehende OHG konzipiert. Bei gewöhnlichen Geschäften steht jedem anderen geschäftsführenden Gesellschafter ein Widerspruchsrecht zu (§ 115 Abs. 1 HGB). Die Regelung des § 115 Abs. 1 HGB ist dispositiv (§ 109 HGB); der Gesellschaftsvertrag kann also eine anderweitige Regelung vorsehen (mehrere Gesellschafter gemeinsam, erweiterte Widerspruchsrechte etc.). Die Notgeschäftsführung zur Erhaltung von Gegenständen des Gesellschaftsvermögens analog § 744 Abs. 2 BGB steht aber selbst denjenigen Gesellschaftern zu, die von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind.

Die Einzelgeschäftsführung gilt nur für solche Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb gerade dieser OHG mit sich bringt (§ 116 Abs. 1 HGB). Für ungewöhnliche Geschäfte ist ein Beschluss aller Gesellschafter notwendig (§ 116 Abs. 2 HGB). Die Frage, was zum gewöhnlichen Betrieb einer OHG gehört, lässt sich nicht einheitlich beantworten¹⁸. Man wird in erster Linie auf das Geschäftsvolumen, die Bedeutung für die Gesellschaft, das Geschäftsrisiko und das übliche Verhalten innerhalb der konkreten Gesellschaft abstellen müssen. »Ungewöhnlich« meint also Geschäfte, die dem bisherigen Zweck der konkreten OHG fremd sind oder die den Rahmen ihres normalen bisherigen Geschäftsbetriebs überschreiten (Errichtung einer Zweigniederlassung, Erwerb einer Immobilie etc.). Zu beachten ist, dass Grundlagengeschäfte keine ungewöhnlichen Geschäfte sind. Sie fallen als Tätigkeiten, die auf die Grundlage der Organisation und der Zusammensetzung der Gesellschaft bzw. auf die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander abzielen, überhaupt nicht unter die Geschäftsführung¹⁹.

Die Geschäftsführungsbefugnis kann einzelnen Gesellschaftern aus wichtigem Grund entzogen werden. Dazu ist eine gerichtliche Entscheidung in Form eines Gestaltungsurteils erforderlich, um hinreichende Klarheit zu schaffen (§ 117 HGB). Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis setzt die Mitwirkung aller übrigen Gesellschafter voraus. Sie müssen auch gemeinsam klagen²⁰.

¹⁸ Ausführlich *Jickeli* in MünchKomm-HGB, 3. Aufl. 2011, § 116 Rn. 6 ff.

¹⁹ *Grunewald* (Fn. 13), § 2 Rn. 14.

²⁰ BGH JuS 2002, 714 mit Anm. *K. Schmidt* (zur KG).

III. Wie erfolgt ein Gesellschafterbeschluss in der OHG?

1. Gesellschafterbeschluss

In einer Reihe von Konstellationen müssen die geschäftsführenden Gesellschafter oder gar sämtliche Gesellschafter zusammenwirken, um eine bestimmte Entscheidung herbeizuführen. Hierzu zählen namentlich ungewöhnliche Geschäfte, die Erteilung der Prokura, die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder die Änderung des Gesellschaftsvertrags. Ein solches Zusammenwirken erfolgt in Gestalt von Beschlüssen. Ein gesetzliches Formerfordernis besteht nicht. Anders als bei der AG ist nicht einmal eine besondere Gesellschafterversammlung gesetzlich vorgesehen. Bei der OHG bedürfen Gesellschafterbeschlüsse nach § 119 Abs. 1 HGB der Zustimmung aller zur Mitwirkung bei der Beschlussfassung berufenen Gesellschafter; Beschlüsse sind also einstimmig zu fassen. Zur Mitwirkung bei der Beschlussfassung berufen sind sämtliche Gesellschafter, auch diejenigen, die von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind. Der Gesellschaftsvertrag kann aber, wie häufig der Fall, Mehrheitsbeschlüsse vorsehen (vgl. § 119 Abs. 2 HGB)²¹. Dann ist im Zweifel die Mehrheit nach Köpfen zu berechnen (vgl. § 119 Abs. 2 HGB). Im Rahmen solcher Mehrheitsentscheidungen besteht das Problem darin, dass ein hinreichender Minderheitenschutz gewährleistet werden muss. Dies versucht die Rechtsprechung vor allem durch eine materielle Einzelfallkontrolle zu erreichen, wie sie bei der GbR erläutert worden ist²².

2. Beschlussmängel

Das HGB enthält keine Vorschriften über die Rüge von Mängeln bei Beschlüssen in der OHG. Es kennt insbesondere keine Einteilung in nichtige und anfechtbare Beschlüsse wie bei den Kapitalgesellschaften. Die Stimmabgabe ist eine Willenserklärung und unterliegt deshalb den allgemeinen Vorschriften (etwa die Irrtums- bzw. Täuschungsanfechtung nach §§ 119, 123 BGB). Der Beschluss selbst kann mangelhaft sein, wenn er gegen das Gesetz, die guten Sitten oder den Gesellschaftsvertrag verstößt. Er ist dann nichtig²³. Beschlussmängel können durch Fest-

²¹ *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2013, Rn. 282; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 47 V 2 a.

²² *Lange*, Jura 2015, 548, 550.

²³ BGH NJW-RR 1992, 227.

stellungsklage (§ 256 Abs. 1 ZPO) gegen diejenigen Gesellschafter geltend gemacht werden, die sich auf die Wirksamkeit des Beschlusses berufen.

IV. Wie ist das Außenverhältnis einer OHG ausgestaltet?

1. Grundsätze

Anders als beim Innenverhältnis sind die gesetzlichen Bestimmungen für das Außenverhältnis zum Schutz des Rechtsverkehrs weitgehend zwingend ausgestaltet und nur in engen Grenzen abänderbar (§§ 123 bis 130a HGB). Die OHG kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben (§ 124 Abs. 1 HGB). Sie kann unter ihrer Firma im Grundbuch eingetragen werden. Das Gesellschaftsvermögen ist Gesamthandsvermögen. Die OHG ist im Prozess aktiv und passiv parteifähig. Will ein Gesellschafter nicht nur einen Titel gegen die Gesellschaft erstreiten, sondern auch gegen einzelne Gesellschafter vollstrecken (vgl. § 129 Abs. 4 HGB), muss er Gesellschaft und Gesellschafter verklagen. Es handelt sich um eine einfache und nicht um eine notwendige Streitgenossenschaft (§ 62 ZPO)²⁴. Auch wenn die (Teil-)Rechtsfähigkeit der OHG gesetzlich festgeschrieben ist, so ist die OHG gleichwohl keine juristische Person²⁵.

2. Vertretung

Die OHG tritt nach außen als geschlossene Einheit auf. Will sie Rechtsgeschäfte abschließen, muss sie sich vertreten lassen (Außenverhältnis). Die Vertretung kann organschaftlich durch die Gesellschafter oder auch rechtsgeschäftlich durch Prokuristen oder Handelsbevollmächtigte erfolgen. Dabei ist grundsätzlich jeder Gesellschafter allein vertretungsberechtigt (§ 125 Abs. 1 HGB)²⁶. Der Gesellschaftsvertrag kann diesbezüglich Abweichungen vorsehen. So können einzelne Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen werden. Denkbar ist aber auch, dass nur mehrere Gesellschafter oder gar alle zusammen die Gesellschaft vertreten können (echte Gesamtvertretung, vgl. § 125 Abs. 2 HGB). Die Vertretung kann auch durch

einen oder mehrere Gesellschafter in Gemeinschaft mit einem oder mehreren Prokuristen erfolgen (unechte Gesamtvertretung; § 125 Abs. 3 HGB). Zu beachten ist, dass dabei stets der Grundsatz der Selbstorganschaft eingehalten werden muss²⁷. Die Vertretungsregeln sind zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB). Zwar ist die Eintragung lediglich deklaratorisch, aber mit Blick auf § 15 HGB von Bedeutung.

Die organschaftliche Vertretung ist ihrem Umfang nach grundsätzlich unbeschränkt (§ 126 Abs. 1 HGB). Sie erstreckt sich allerdings nicht auf das Grundverhältnis, also die Beziehung der Gesellschafter zueinander. Ferner ist die Vertretungsmacht im Grundsatz unbeschränkbar (§ 126 Abs. 2 HGB). Ähnlich wie die Geschäftsführungsbefugnis kann auch die Vertretungsmacht aus wichtigem Grund durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden (§ 127 HGB).

V. Wie wird für Gesellschaftsschulden gehaftet?

1. Haftung der OHG

Die OHG ist zur Erfüllung der Gesellschaftsschulden verpflichtet (§ 128 HGB). Mit dem Begriff der Gesellschaftsschulden sind sämtliche Verbindlichkeiten gemeint, für die das Gesellschaftsvermögen der OHG haftet. Das Gesetz spricht von den »Verbindlichkeiten der Gesellschaft« (§ 128 Abs. 1 HGB). Die OHG haftet nicht für private Schulden ihrer Gesellschafter²⁸. Für schuldhaftes Verhalten ihrer Erfüllungsgehilfen haftet die teilrechtsfähige (§ 124 Abs. 1 HGB) Gesellschaft nach § 278 BGB. Da sich die OHG bei ihrem Auftreten im Rechtsverkehr ihrer Organe bedient, muss sie für deren unerlaubte und sonstige zu Schadensersatz verpflichtende Handlungen aufkommen (§ 31 BGB analog)²⁹.

²⁴ BGH NJW 1988, 2113.

²⁵ BGHZ 34, 293, 296; 110, 127, 128f.

²⁶ Die Vertretungsmacht nach §§ 125 ff. HGB hat organschaftlichen Charakter, BGHZ 64, 72, 75; Baumbach/Hopt/Roth (Fn. 6), § 125 Rn. 2.

²⁷ BGHZ 26, 330, 332f.

²⁸ Gläubiger der Gesellschafter können sich nicht an das Gesellschaftsvermögen halten (§ 124 Abs. 2 HGB), sondern lediglich die vermögensrechtlichen Ansprüche des Gesellschafters gegen die OHG pfänden, BGHZ 116, 222, 229.

²⁹ BGHZ 154, 88, 93f.; *Boesche* in Oekter, HGB 3. Aufl. 2013, § 124 Rn. 17.

2. Grundsatz der unbeschränkten persönlichen Haftung

a) Die persönliche Gesellschafterhaftung

Für die Gesellschaftsschulden haftet einerseits die OHG mit dem Gesellschaftsvermögen, andererseits haften aber auch sämtliche Gesellschafter mit ihrem privaten Vermögen (§ 128 HGB). Die persönliche Gesellschafterhaftung ist ein Hauptcharakteristikum der OHG. Im Falle des minderjährigen Gesellschafters ist die zwingende Haftungsbegrenzung nach § 1629a BGB zu beachten. Der Gesellschafter einer OHG haftet den Gläubigern der Gesellschaft nach § 128 HGB:

- unbeschränkt, also auch mit seinem Privatvermögen;
- unbeschränkbar, also mit seinem gesamten Vermögen und nicht lediglich mit der in die OHG eingebrachten Einlage;
- unmittelbar, d. h. er muss die Gläubiger direkt befriedigen und nicht nur mittelbar über eine Nachschusspflicht in das Gesellschaftsvermögen;
- primär, d. h. der Gesellschaftsgläubiger kann sich sofort an den Gesellschafter wenden, ohne zuvor versucht zu haben, von der OHG Befriedigung der Verbindlichkeit zu erlangen;
- gesamtschuldnerisch, also nicht lediglich anteilig, sondern in voller Höhe der Verbindlichkeit;
- akzessorisch, d. h. es bestehen Gleichlauf und Abhängigkeit zwischen Haftung und Verbindlichkeit der Gesellschaft.

Nach wie vor nicht endgültig geklärt ist der Inhalt der Gesellschafterhaftung, wenn eine andere Leistung als eine Geldschuld geschuldet ist. Nach der heute wohl vorherrschenden sog. Erfüllungstheorie schuldet der Gesellschafter grundsätzlich die gleiche Leistung wie die Gesellschaft³⁰. Abweichungen lässt die h. M. insbesondere dann zu, wenn eine Leistung ihrem Gegenstand nach nur von der OHG erbracht werden kann³¹. Demgegenüber will die ältere Haftungstheorie den Gesellschafter von vornherein nur auf eine Einstandspflicht in Geld für die Verbindlichkeit der OHG festlegen, was aber dem Wesen der Gesellschafterhaftung nicht entspricht.

Für Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis (Sozialansprüche) haften die übrigen Gesellschafter mit ihrem

Privatvermögen während des Bestehens der Gesellschaft nicht. Dies folgt mittelbar aus § 707 BGB.

b) Der Regress gegen die Gesellschaft

Hat ein Gesellschafter nach § 128 HGB an einen Gesellschaftsgläubiger geleistet, so kann er von der OHG nach § 110 Abs. 1 HGB Ersatz fordern³². Im Verhältnis Gesellschafter zu OHG besteht keine Gesamtschuld nach §§ 421 ff. BGB mit der Folge³³, dass weder die Forderung noch die Sicherheit übergeht. Es handelt sich vielmehr um ein Verhältnis der Akzessorietät. Bei einer drohenden Inanspruchnahme durch einen Gläubiger muss der Gesellschafter nicht erst zahlen, um anschließend Regress nehmen zu können. Ihm steht vielmehr ein Freistellungsanspruch gegen die OHG aus § 257 BGB analog zu.

3. Einwendungen des Gesellschafters

Wird ein Gesellschafter der OHG wegen einer Gesellschaftsschuld in Anspruch genommen, kann er sich sowohl mit Einwendungen der Gesellschaft verteidigen (§ 129 Abs. 1 HGB)³⁴, als auch mit persönlichen Einwendungen, also Einwendungen, die in seiner Person begründet sind. Demgegenüber stehen ihm die Gestaltungsrechte der OHG (etwa Anfechtung, Aufrechnung oder Rücktritt) nicht zu. § 129 Abs. 2 und 3 HGB gewährt ihm lediglich eine aufschiebende Einrede.

4. Gesellschafterwechsel und Haftung

Beim Gesellschafterwechsel ist insbesondere zwischen der Haftung des eintretenden und derjenigen des ausscheidenden Gesellschafters zu unterscheiden. Maßgeblicher Zeitpunkt ist die Entstehung der Verbindlichkeit. Wer zum Zeitpunkt ihrer Entstehung Gesellschafter ist, haftet nach § 128 HGB. Das Ausscheiden des Gesellschafters führt grundsätzlich nicht zum Erlöschen seiner Haftung. § 160 Abs. 1 HGB begrenzt die Nachhaftung allerdings auf höchstens fünf Jahre. Der mit Zeitablauf eintretende Haftungsausschluss erfasst sämtliche Ansprüche aus der per-

³⁰ BGHZ 73, 217, 220 f.; BGH JuS 1987, 826 mit Anm. K. Schmidt.

³¹ BGH NZG 2013, 1095, 1096 (zur Unterlassungsverpflichtung der Gesellschaft).

³² Einem ausgeschiedenen Gesellschafter steht ein Anspruch nach §§ 713, 670 BGB zu, Gellings, JuS 2012, 589, 590.

³³ BGHZ 39, 319, 323; BGH JuS 2011, 1124 mit Anm. K. Schmidt.

³⁴ Die für die Gesellschaftsschuld maßgebliche Verjährung gilt grundsätzlich auch für die akzessorische Haftung des Gesellschafters aus § 128 HGB, BGH NZG 2010, 264 (zur GbR).

sönlichen Haftung nach § 128 HGB, einschließlich derjenigen aus Dauerschuldverhältnissen. Voraussetzung für die Nachhaftung ist, dass die Verbindlichkeit vor Ablauf von fünf Jahren fällig wird und Ansprüche daraus gegen den Gesellschafter vollstreckbar geworden sind. Die Frist beginnt mit der Eintragung des Ausscheidens im Handelsregister. Unterbleibt sie, so genügt (wie bei der GbR) nur die positive Kenntnis des Gläubigers, um die Frist in Lauf zu setzen³⁵.

Der eintretende Gesellschafter haftet nach § 130 Abs. 1 HGB neben den neu begründeten auch für bereits bestehende Gesellschaftsschulden. Auf die Fortführung der Firma kommt es nicht an (anders als bei § 25 HGB). Entgegenstehende Abreden sind Dritten gegenüber unwirksam (§ 130 Abs. 2 HGB).

VI. Was ist beim Tod eines Gesellschafters zu beachten?

1. Fortsetzung der OHG

Anders als die GbR wird die OHG beim Tod eines Gesellschafters nach § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB nicht aufgelöst, sondern allein von den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt, wenn im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vereinbart ist. Der Tod des Gesellschafters bewirkt daher lediglich sein Ausscheiden. Während also bei der GbR die Fortsetzung unter den verbleibenden Gesellschaftern ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden muss, stellt die Unternehmenskontinuität bei der OHG den gesetzlichen Regelfall dar, weshalb die Satzung diesbezüglich keine explizite Regelung bereitzustellen braucht. Der Anteil des Verstorbenen am Gesellschaftsvermögen wächst mit dem Erbfall den übrigen Gesellschaftern an (§ 105 Abs. 3 HGB; § 738 Abs. 1 S. 1 BGB); im Gegenzug fällt der Abfindungsanspruch in den Nachlass. Daher ist für den Eintritt der regulären Folgen – Ausscheiden und Fortführung – der Verbleib wenigstens zweier Gesellschafter zwingend erforderlich. Beim Tod des vorletzten Gesellschafters einer zweigliedrigen Gesellschaft greift § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB nicht ein. Vielmehr erlischt die Gesellschaft dann liquidationslos³⁶.

2. Nachfolgeklauseln

§ 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB führt dazu, dass der Anteil an einer OHG regelmäßig unvererblich ist. Diese Regelung ist nicht unbedingt besonders zweckdienlich; sie wird daher vielfach satzungsmäßig modifiziert. Mit dem Begriff Nachfolgeklausel werden dabei gesellschaftsvertragliche Anordnungen bezeichnet, aufgrund derer beim Tod eines Gesellschafters dessen Erben automatisch in die Gesellschaftstellung des Verstorbenen einrücken sollen. Im Gegensatz zur Eintrittsklausel bewirkt die Vereinbarung einer Nachfolgeklausel die automatische Fortsetzung der Gesellschaft mit dem bzw. den nachrückenden Erben. Je nachdem, ob die Gesellschaft mit allen oder nur bestimmten, etwa in besonderer Weise geeigneten Erben fortgesetzt werden soll, wird zwischen einfachen und qualifizierten Nachfolgeklauseln unterschieden³⁷.

Mit der mittlerweile als gefestigt zu bezeichnenden Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass sich der Erwerb des begünstigten Erben auf erbrechtlicher Grundlage vollzieht. Die Vereinbarung einer Nachfolgeklausel bewirkt demnach, dass der Gesellschaftsanteil vererblich gestellt wird. Der Vollzug der Rechtsnachfolge bleibt demgegenüber dem Erbrecht überlassen. Der gesetzliche oder testamentarische Erbe rückt ohne weitere Erklärung und ohne besondere Aufnahme durch die übrigen Gesellschafter in die Gesellschaftstellung des Erblassers ein³⁸.

Hinterlässt der Erblasser nicht nur einen, sondern mehrere Erben, kollidieren Erb- und Gesellschaftsrecht. Nach erbrechtlichen Grundsätzen würde die Erbengemeinschaft in gesamthänderischer Verbundenheit in die Gesellschaftstellung des Erblassers einrücken. Die gemäß § 2059 Abs. 1 S. 1 BGB bestehende Möglichkeit der Miterben, im Wege der Einrede ihre Haftung bis zur Auseinandersetzung auf den Nachlass zu beschränken, ist jedoch mit dem gesellschaftsrechtlichen Prinzip der unbeschränkten Haftung des einzelnen Gesellschafters (§ 128 HGB) unvereinbar. Auch verträgt sich die Beteiligung einer Erbengemeinschaft an der Personengesellschaft nicht mit deren Charakter als Arbeits- und Haftungsgemeinschaft. Nach fast einhelliger Meinung kann die Erbengemeinschaft deshalb nicht Gesellschafterin einer werbend tätigen Personengesellschaft sein³⁹. Der Gesellschaftsanteil geht vielmehr im Wege der Sonderrechtsnachfolge (Singularsukzession) auf die einzelnen Miterben über. Jeder Miterbe wird unmittelbar und direkt Gesellschafter, wobei die

³⁵ BGH JuS 2008, 184 mit Anm. K. Schmidt.

³⁶ Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. 2013, § 16 Rn. 20.

³⁷ Ebenroth, Erbrecht, 1992, Rn. 864ff.; Lange, Erbrecht, 2011, Kap. 22 Rn. 83 ff.; Michalski, Erbrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 1154 ff.

³⁸ BGH NJW 1971, 1268.

³⁹ RGZ 171, 345, 349; BGHZ 98, 48, 51.

Höhe der Erbquote über die Höhe der Beteiligung des einzelnen Miterben an der Gesellschaft entscheidet; das automatische Splitting der Beteiligung ist letztlich wie eine sich kraft Gesetzes vollziehende Teilauseinandersetzung unter den Miterben zu verstehen.

3. Das Wahlrecht des § 139 HGB

Aufgrund einer Nachfolgeklausel kommt es zu einem unmittelbaren Eintritt des begünstigten Erben in die Stellung des Erblassers als persönlich haftender Gesellschafter einer OHG. In dieser Situation ist der Erbe vor einer ungewollten unbeschränkten Haftung und Mitarbeitspflicht zu schützen, da seine erbrechtlichen Möglichkeiten zur Haftungsbeschränkung die handelsrechtlich zwingend angeordnete unbeschränkte und persönliche Haftung für alte wie für neue Gesellschaftsschulden (§§ 128, 130 Abs. 1 HGB) nicht überlagern können. Um ihm die Entscheidung

zwischen der Ausschlagung der gesamten Erbschaft und der Übernahme der unbeschränkten persönlichen Haftung zu ersparen, räumt § 139 HGB dem Erben ein doppeltes Wahlrecht ein. Nach § 139 Abs. 1 HGB kann jeder Erbe, der im Wege einer Nachfolgeklausel persönlich haftender Gesellschafter geworden ist, sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, dass ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn fallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird.

Nehmen die übrigen Mitgesellschafter diesen Antrag des Erben nicht an, so kann er sich entscheiden, ob er dennoch die Nachfolge antritt oder aber ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aus der Gesellschaft ausscheidet (§ 139 Abs. 2 HGB). Beschließen die Altgesellschafter die Annahme des Antrags, so verwandelt sich die Rechtsstellung des Erben automatisch in diejenige eines Kommanditisten.