



ALPMANN SCHMIDT

A large, light blue, stylized 'AS' logo is centered on the cover. The letters are thick and blocky, with a slight shadow effect. The 'A' is on the left and the 'S' is on the right, both partially overlapping a white rectangular area.

**Grundlagen Fälle
Gesellschaftsrecht**

2. Auflage
2010

Grundlagen Fälle Gesellschaftsrecht

2010

Frank Müller
Rechtsanwalt und Repetitor in Münster

**ALPMANN UND SCHMIDT Juristische Lehrgänge Verlagsges. mbH & Co. KG
48149 Münster, Annette-Allee 35, 48001 Postfach 1169, Telefon (0251) 98109-33
AS-Online: www.alpmann-schmidt.de**

Liebe Leserin, lieber Leser,

wir sind stets bemüht, unsere Produkte zu verbessern. Fehler lassen sich aber nie ganz ausschließen. Sie helfen uns, wenn Sie uns über Druckfehler in diesem Skript oder anderen Printprodukten unseres Hauses informieren.

E-Mail genügt an „druckfehlerteufel@alpmann-schmidt.de“

Danke

Ihr AS-Autorenteam

Müller, Frank

Grundlagen Fälle

Gesellschaftsrecht

2. Auflage 2010

ISBN: 978-3-86752-124-6

Verlag Alpmann und Schmidt Juristische Lehrgänge

Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Münster

Die Vervielfältigung, insbesondere das Fotokopieren,
ist nicht gestattet (§§ 53, 54 UrhG) und strafbar (§ 106 UrhG).

Im Fall der Zuwiderhandlung wird Strafantrag gestellt.

INHALTSVERZEICHNIS

| | |
|--|-----------|
| ■ Vertiefungsschema B 1: Systematik | 1 |
| ■ Aufbauschema A 1: Prüfungsschema zum Anspruchsaufbau bei Personengesellschaften | 2 |
| 1. Teil: Abgrenzung Gesellschaft zu anderen Instituten | 3 |
| Fall 1: Bruchteilsgemeinschaft | 3 |
| Fall 2: Wohnungseigentümergeinschaft | 9 |
| Fall 3: Partiarisches Darlehen – stille Gesellschaft | 11 |
| Fall 4: Ehegattengesellschaften – nichteheliche Lebensgemeinschaften | 13 |
| ■ Vertiefungsschema B 2: Entstehen der Personengesellschaften | 17 |
| Fall 5: Arten der Personengesellschaften | 19 |
| Fall 6: Freiberufler | 22 |
| Fall 7: Fehlerhafte Gesellschaft | 24 |
| 2. Teil: Das Außenverhältnis | 29 |
| Fall 8: Entstehen der Gesellschaft nach außen | 29 |
| Fall 9: Entstehen der KG und GmbH & Co. KG | 32 |
| ■ Vertiefungsschema B 3: Vertretung | 34 |
| Fall 10: Stellvertretung bei der OHG und GbR | 35 |
| Fall 11: Stellvertretung bei der KG | 39 |
| Fall 12: Stellvertretung bei der GmbH & Co. KG | 41 |
| Fall 13: Stellvertretung bei der GbR | 44 |
| ■ Vertiefungsschema B 4: Haftung | 46 |
| ■ Aufbauschema A 2: Prüfungsschema zum Anspruchsaufbau bei der OHG | 47 |
| Fall 14: Haftung bei der OHG | 48 |
| ■ Aufbauschema A 3: Prüfungsschema zum Anspruchsaufbau bei der KG | 54 |
| Fall 15: Haftung bei der KG | 55 |
| Fall 16: Vertretung und Haftung bei der Partnerschaftsgesellschaft | 59 |
| ■ Aufbauschema A 4: Prüfungsschema zum Anspruchsaufbau bei der GbR | 61 |
| Fall 17: Vertretung und Haftung bei der GbR | 62 |
| Fall 18: Verschuldenszurechnung | 67 |
| ■ Vertiefungsschema B 5: Wechsel im Gesellschafterbestand | 72 |
| 3. Teil: Veränderungen im Gesellschafterbestand | 73 |
| Fall 19: Zusammenschluss mit einem Kaufmann zur OHG, Eintritt und Austritt von Gesellschaftern | 73 |
| Fall 20: Zusammenschluss zu einer KG, Eintritt, Austritt aus einer KG | 77 |
| ■ Aufbauschema A 5: Unbeschränkte Haftung des Kommanditisten gemäß § 176 HGB | 81 |
| Fall 21: Sonderhaftung des eintretenden und austretenden Gesellschafters in einer KG | 82 |
| Fall 22: Eintritt bei einer GbR | 86 |
| Fall 23: Austritt eines Gesellschafters | 89 |

| | |
|---|-----|
| Fall 24: Übertragung von Gesellschaftsanteilen | 91 |
| ■ Vertiefungsschema B 6: Tod eines Gesellschafters | 95 |
| Fall 25: Gesellschafterwechsel bei Tod eines Gesellschafters | 96 |
| 4. Teil: Das Innenverhältnis | 100 |
| Fall 26: Erstattungs- und Ausgleichsansprüche | 100 |
| Fall 27: Erstattungs- und Ausgleichsansprüche bei einer GbR | 103 |
| Fall 28: Gesellschaftergläubiger | 105 |
| Fall 29: Pflichtverletzungen, Schadensersatz, actio pro socio | 108 |
| 5. Teil: Beendigung der Gesellschaft | 113 |
| Fall 30: Werbende und sterbende Gesellschaft | 113 |
| ■ Vertiefungsschema B 7: Körperschaften – GmbH | 116 |
| 6. Teil: Kapitalgesellschaften (Grundzüge) | 117 |
| Fall 31: Vorgründungsgesellschaft | 117 |
| Fall 32: Die Vor-GmbH | 121 |
| Fall 33: Unechte Vor-GmbH | 128 |
| ■ Vertiefungsschema B 8: Körperschaften – AG | 131 |
| Stichwortverzeichnis | 133 |

Fall 4: Ehegattengesellschaften – nichteheliche Lebensgemeinschaften

Der Zahnarzt Dr. A ist mit B kinderlos verheiratet. B ist in der Arztpraxis des A nahezu jeden Tag als Sprechstundenhilfe tätig. Von dem in der Arztpraxis erwirtschafteten Geld erwerben A und B ein Grundstück in traumhafter Lage, das mit einem Einfamilienhaus bebaut ist. Nach ihrem Umzug in das Haus vermieten sie die ihnen gemeinsam gehörende Eigentumswohnung. Als B später herausfindet, dass A ein Verhältnis mit seiner Sprechstundenhilfe C hat, will sie sich scheiden lassen. Sie beauftragt Rechtsanwalt R, Fachanwalt für Familienrecht, das Erforderliche zu veranlassen. Rechtsanwalt R hat Bedenken, ob sich Komplikationen daraus ergeben, dass ggf. Gesellschaftsrecht zu berücksichtigen ist.

Besteht zwischen A und B eine Gesellschaft?

Abwandlung:

Ist hier Gesellschaftsrecht anzuwenden, wenn A und B in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammengelebt haben?

Fraglich ist, ob hier zwischen den Eheleuten A und B eine GbR i.S.v. § 705 BGB ggf. konkludent begründet worden ist.

⇒ Vertiefungsschema B 1

I. Ausdrückliche Vereinbarung eines Gesellschaftsvertrags

Aufgrund der Vertragsfreiheit können Eheleute miteinander einen Gesellschaftsvertrag schließen. Vorschriften über den ehelichen Güterstand stehen dem nicht entgegen. Sofern Eheleute nach außen hin nicht in Erscheinung treten, liegt dann zwar keine Außengesellschaft vor, jedoch zumindest eine Innengesellschaft, d.h., intern zwischen den Eheleuten ist dann Gesellschaftsrecht gemäß §§ 705 ff. BGB anzuwenden. Voraussetzung für einen ausdrücklichen Gesellschaftsvertrag ist jedoch eine Vereinbarung über den gemeinsamen Gesellschaftszweck i.S.v. § 705 BGB. Als Gesellschaftszweck kann jeder erlaubte wirtschaftliche oder ideelle Zweck in Betracht kommen. Ob hierdurch gleichzeitig Verpflichtungen berührt werden, die sich grds. auch aus den Vorschriften des Familienrechts, z.B. §§ 1353, 1360 BGB ergeben, ist dann unerheblich.¹⁰ Vorliegend ist eine ausdrückliche Vereinbarung über einen gemeinsamen Gesellschaftszweck nicht ersichtlich.

II. Konkludente Vereinbarung eines Gesellschaftsvertrags**1. Konkurrenz zum Eherecht**

Sofern eine ausdrückliche Vereinbarung nicht vorhanden ist, kann der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags auch durch schlüssiges Verhalten in Betracht kommen. Leben jedoch die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft, so spricht dies grds. gegen eine gewollte (Innen-)Gesellschaft, weil im Falle einer Scheidung der Zugewinnausgleich i.S.v. § 1378 BGB bereits zu einem entsprechenden Vermögensausgleich führt.¹¹ Hingegen kann bei dem Güterstand der Gütertrennung eher ein Gesellschaftsvertrag angenommen werden, weil sonst im Scheidungsfall keinerlei Ausgleich erfolgt.

¹⁰ BGH NJW 1982, 170, 171.

¹¹ BGHZ 165, 1, 6.

Klausurtyp:

Da § 705 BGB keine Form vorsieht, kann eine GbR durchaus konkludent vereinbart sein. Daher ist dies durch Auslegung zu ermitteln, §§ 133, 157 BGB.

Da hier A und B im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft leben, ist somit grds. kein konkludenter Gesellschaftsvertrag anzunehmen.

2. Überehelicher Zweck

Wenn jedoch Eheleute einen über den typischen Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck verfolgen, kann u.U. ein gemeinsamer Gesellschaftszweck konkludent vereinbart sein. Ein derartiger, weitergehender Zweck, der über die ehelichen Notwendigkeiten hinausgeht, kann insbes. darin bestehen, dass Eheleute gemeinsam ein Unternehmen aufbauen bzw. gemeinsam berufliche oder gewerbliche Tätigkeiten entfalten.¹² Legt man diese Kriterien i.R.d. Auslegung hier zugrunde, so ist fraglich, ob sich hiernach eine GbR annehmen lässt.

a) Erwerb und Nutzung des Einfamilienhauses

Der Erwerb und die Nutzung des Einfamilienhauses als Familienheim erschöpft sich gerade in den ehelichen Lebensverhältnissen und bildet daher keinen darüber hinausgehenden, sog. „überehelichen“ Zweck. Somit kommt ohne ausdrückliche Vereinbarung über den Erwerb und die Nutzung des Einfamilienhauses keine Gesellschaft zustande.¹³

Mithin besteht hier hinsichtlich des Einfamilienhauses keine Gesellschaft.

Vielmehr besteht zwischen den Miteigentümern A und B lediglich eine Bruchteilsgemeinschaft i.S.d. §§ 741 ff. BGB.

b) Vermietung der Eigentumswohnung

Die Vermietung der Eigentumswohnung dient dem gemeinsamen Erzielen von Gewinn und erschöpft sich daher nicht in den bloßen ehelichen Notwendigkeiten. Auch wenn diese Gewinne indirekt wieder der Ehe als finanzielle Mittel zugute kommen, stellt die Vermietung einen sog. überehelichen Zweck dar, weil das Primärziel die Gewinnerzielung ist. Die Anschaffung sowie die Vermietung von Eigentumswohnungen stellt daher einen ausreichenden, konkludent vereinbarten Gesellschaftszweck dar.¹⁴ Auch wenn A und B nach außen hin nicht beide als Vermieter aufgetreten sind, liegt dann zumindest eine sog. Innengesellschaft vor, sodass im Innenverhältnis von A und B Gesellschaftsrecht, §§ 705 f. BGB, anwendbar ist.

c) Tätigkeit der B in der Zahnarztpraxis

Zwar stellt die berufliche Tätigkeit der B in der Zahnarztpraxis des A einen überehelichen Zweck dar. Jedoch erfordert eine Gesellschaft, dass die Ehegatten den gemeinsamen, über die Verwirklichung der Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck i.S.v. Gesellschaftern als gleichberechtigte Parteien verfolgen.¹⁵ Vorliegend hat B keine gleichberechtigte Mitarbeit geleistet, sondern war lediglich als Sprechstundenhilfe tätig. Damit liegt kein Gesellschaftsvertrag vor.

Bei entsprechendem Rechtsbindungswillen kann allenfalls ein konkludent geschlossener Arbeitsvertrag i.S.v. §§ 611 ff. BGB angenommen werden. Andererseits kann auch lediglich eine freiwillige, weil über die Unterhaltspflichten der §§ 1360 f. BGB hinausgehende Mithilfe vorliegen, die jedenfalls nicht extra

Abgrenzung:

- Gesellschaft
 - ⇒ gleichberechtigte Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks
- Arbeitsverhältnis
 - ⇒ Über-, Unterordnungsverhältnis zwischen Arbeitgeber – Arbeitnehmer
- Ehebedingte, unbenannte Zuwendung
 - ⇒ bloße Zuwendung i.R.d. ehelichen Lebensverhältnisse ohne konkreten Verpflichtungsgrund

¹² Hoppenz FamRZ 2006, 610.

¹³ BGH NJW 1982, 2236; NJW-RR 1990, 736.

¹⁴ BGH FamRZ 1975, 35.

¹⁵ BGHZ 142, 137, 144.

vergütet werden soll. Hierzu bestimmt § 612 Abs. 1 BGB, dass eine Vergütung nur verlangt werden kann, wenn dies aus den Umständen ersichtlich ist. I.d.R. ist keine Vergütungspflicht anzunehmen, wenn in der Vergangenheit auch nie eine Vergütung gezahlt wurde. Dann liegt lediglich eine i.R.d. allgemeinen ehelichen Lebensverhältnisse erbrachte, sog. unbenannte Zuwendung vor, welche prinzipiell nicht ausgleichspflichtig ist.¹⁶

Abwandlung:

I. Ausdrückliche Vereinbarung eines Gesellschaftsvertrags

Natürlich können auch nichteheliche Lebenspartner die Vertragsfreiheit nutzen und eine Gesellschaft zu jedem beliebigen gemeinsamen Zweck gründen. Vorliegend ist jedoch eine derartige ausdrückliche Vereinbarung nicht ersichtlich.

II. Konkludente Vereinbarung eines Gesellschaftsvertrags

Da die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Familienrecht nicht geregelt ist, somit auch keine Überschneidungen zum Familienrecht entstehen können, lässt sich ggf. eher als bei Ehegatten ein konkludent vereinbarter Gesellschaftsvertrag annehmen.

1. Ältere Rechtsprechung

Der früher für Gesellschaftsrecht zuständige zweite Senat des BGH¹⁷ nahm bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften jedenfalls dann einen konkludent vereinbarten Gesellschaftsvertrag an, wenn gemeinsames Vermögen gebildet wird bzw. die Absicht gemeinsamer Wertschöpfung bestand. Der BGH ging dann davon aus, dass jedenfalls bei Vermögenswerten von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung ein entsprechender konkludenter Vertragsschluss anzunehmen sei. Hiernach ließe sich vorliegend eine GbR hinsichtlich Einfamilienhaus und Eigentumswohnung bejahen.

2. Neue Rechtsprechung

Der nunmehr für Gesellschaftsrecht zuständige zwölfte Senat des BGH betont, dass bei der Auslegung alle Umstände des Einzelfalls, ähnlich wie bei Ehegatten zu berücksichtigen sind. Maßgeblich sind also insbes. Planung, Umfang und Dauer sowie wirtschaftliche Bedeutung der Vorgänge.¹⁸ Da der BGH die Kriterien noch nicht abschließend festgelegt hat, wäre vorliegend unklar, ob eine Gesellschaft angenommen werden kann.

3. Stellungnahme

Zu berücksichtigen ist, dass ein Gesellschaftsvertrag i.S.v. § 705 BGB, der kein Formerfordernis vorsieht, zwar konkludent geschlossen werden kann. Allerdings ist nach allgemeinen Grundsätzen ein Rechtsbindungswille erforderlich. Dies erscheint bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften fraglich, da diese das Institut der Ehe gerade ablehnen, weil sie sich nicht rechtlich binden wollen. Andererseits leben nichteheliche Lebenspartner praktisch wie Eheleute zusammen und erbringen, obwohl gesetzlich nicht geschuldet, einander faktisch Unterhalt. Dies spricht dafür, grds. Beiträge, die sich mit den Notwendigkeiten des nichtehelichen Zusammenlebens überschneiden, lediglich als faktischen Unterhaltsbei-

¹⁶ Palandt/Weidenkaff § 516 Rdnr. 10.

¹⁷ BGH WM 2000, 522.

¹⁸ BGH, Urt. v. 28.09.2005 – XII ZR 189/02, BGHZ 165, 1, 10; BGH RÜ 2008, 630; BGH NJW 2008, 443.

trag zu betrachten, der i.R.d. nichtehelichen Zusammenlebens aufgeht. Ähnlich wie bei den ehebedingten, unbenannten Zuwendungen erfolgt dieser ohne Rechtsbindungswille und ohne eine entsprechende Ausgleichspflicht. Einen konkludent geschlossenen Gesellschaftsvertrag anzunehmen hieße, ggf. einklagbare Pflichten i.S.v. Gesellschafterbeiträgen unter Anwendungen der gesellschaftsrechtlichen Instrumentarien zu wollen. Dies erscheint unter nichtehelichen Lebenspartnern grds. lebensfremd.

4. Rechtsfolge

a) Somit ergibt sich grds. dieselbe Sichtweise wie bei Ehegatten, d.h., hinsichtlich des gemeinsam angeschafften Einfamilienhauses besteht keine Gesellschaft. Die nichtehelichen Lebenspartner sind ausreichend über die Vorschriften der Bruchteilsgemeinschaft, §§ 741 ff. BGB geschützt, welche für sie als Miteigentümer anwendbar sind und eine Aufteilung gem. § 749 i.V.m. § 753 BGB vorsehen.

b) Umgekehrt lässt sich bei darüber hinausgehender Gewinnerzielungsabsicht für die Vermietung der Eigentumswohnung eine konkludent gegründete Gesellschaft annehmen. Die Auflösung erfolgt dann gem. §§ 730 ff. BGB.

c) Für die untergeordnete Mitarbeit erscheint hingegen, genau wie bei Ehegatten, die Annahme eines vergütungspflichtigen Arbeitsverhältnisses lebensfremd, sofern jedenfalls in der Vergangenheit keinerlei Gehalt gezahlt worden ist. Vielmehr ist dann, genau wie bei Ehegatten, anzunehmen, dass die Mitarbeit letztlich nur eine Zuwendung i.R.d. faktischen Unterhalts darstellt. Bei intakter, nichtehelicher Lebensgemeinschaft käme dann ohnehin keiner der Partner auf die Idee, hierfür eine Vergütung zu verlangen.

Etwaige verbleibende Unbilligkeiten können über allgemeine Ausgleichsansprüche vermieden werden, insbes. über das Institut der Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB, sowie § 812 BGB oder ggf. GoA, §§ 677 ff. BGB.¹⁹

¹⁹ BGH RÜ 2008, 630.

Vertiefungsschema B 2: Entstehen der Personengesellschaften

| Entstehungs- voraussetzungen | OHG / KG | Partnerschaft | GbR |
|--|---|--|--|
| 1. Gesellschafts- vertrag: Mindest- inhalt folgt aus | § 105 / § 161 HGB, § 705 BGB | §§ 1, 3, 6 PartGG | § 705 BGB |
| a) Personen der Gesellschafter | <p>mindestens 2 Gesellschafter</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ bei OHG: alle sollen unbeschränkt haften ■ bei KG: <ul style="list-style-type: none"> ■ Kommanditist: beschränkte Haftung ■ Komplementär: unbeschränkte Haftung – i.d.R. natürliche Person – falls GmbH: GmbH & Co. KG | mindestens 2 Partner | mindestens 2 Gesellschafter |
| b) gemeinsamer Gesellschafts- zweck | <ul style="list-style-type: none"> ■ kaufmännisches Gewerbe, §§ 105 Abs. 1, 161 i.V.m. §§ 1 ff. HGB ■ § 105 Abs. 2 HGB, auch eigene Vermögensverwaltung, falls im HR eingetragen | Zusammenschluss zur Ausübung freier Berufe i.S.v. §§ 1, 6 PartGG | <ul style="list-style-type: none"> ■ jeder beliebige nicht kaufmännische Zweck (auch einmaliger Zweck) ■ Ausnahme: <ul style="list-style-type: none"> ■ bloßes Haben und Halten einer Sache (= nur Bruchteilsgemeinschaft i.S.v. §§ 741 ff. BGB) ■ bloße Lebensgemeinschaften |
| c) Beiträge | Festlegung der Pflichten, §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB i.V.m. §§ 705, 706 BGB | dto., § 1 Abs. 4 PartGG i.V.m. §§ 705, 706 BGB | Festlegung der Pflichten zur Zweckförderung, §§ 705, 706 BGB |
| d) fakultativer Inhalt | <ul style="list-style-type: none"> ■ Geschäftsführung im Innenverhältnis ■ Vertretungsmacht im Außenverhältnis | dto., aber § 6 PartGG: Beachtung des jeweiligen Berufsrechts | <ul style="list-style-type: none"> ■ Geschäftsführung im Innenverhältnis ■ Vertretungsmacht im Außenverhältnis |

| Entstehungs- voraussetzungen | OHG / KG | Partnerschaft | GbR |
|--|---|--|---|
| 2. Wirksamkeit des Gesellschafts- vertrags | <ul style="list-style-type: none"> ■ Gesellschaftsvertrag formlos möglich, § 105 HGB i.V.m. § 705 BGB / § 161 Abs. 2 HGB Ausn.: Einbringung von Grundstücken, § 311 b BGB ■ allgemeine Nichtigkeitsgründe der §§ 104 ff. BGB | <ul style="list-style-type: none"> ■ Schriftform, § 3 PartGG Ausnahme: dto. ■ dto. | <ul style="list-style-type: none"> ■ Gesellschaftsvertrag, § 705 BGB, formlos möglich Ausnahme: dto. ■ dto. |
| Besonderheit: | <p>Bei Unwirksamkeit: Grundsätze zur fehlerhaften Gesellschaft</p> <p>a) Voraussetzungen:</p> <ul style="list-style-type: none"> aa) Fehlerhafter (nichtiger) Gesellschaftsvertrag bb) Vollzug des Gesellschaftsverhältnisses cc) Keine entgegenstehenden Interessen Einzelner oder der Allgemeinheit (z.B. §§ 134, 138 BGB) <p>b) Rechtsfolge: Fehlerhafte Gesellschaft wird wie eine wirksame behandelt, aber ex nunc auflösbar</p> | | |
| 3. Entstehungs- zeitpunkt | <ul style="list-style-type: none"> ■ grds. mit Eintragung ins HR, §§ 123 Abs. 1, 106, 108, 161 Abs. 2 HGB ■ oder sonst mit Geschäftsbeginn, § 123 Abs. 2 HGB, also Eintragung nur deklaratorisch ■ Ausn.: bei Gewerbe i.S.v. §§ 2, 3 ist Eintragung konstitutiv! | <ul style="list-style-type: none"> ■ mit Eintragung im Partnerschaftsregister; § 7 PartGG = also Eintragung konstitutiv ■ anderenfalls nur Innengesellschaft | <ul style="list-style-type: none"> ■ mit Hervortreten nach außen im Geschäftsverkehr ■ anderenfalls nur BGB-Innengesellschaft |
| 4. Bezeichnung der Gesellschaft | <ul style="list-style-type: none"> ■ OHG: §§ 18, 19 Abs. 1 HGB <ul style="list-style-type: none"> ■ nicht irreführende, unterscheidungsfähige Bezeichnung ■ Zusatz „OHG“ o.ä. ■ Angaben auf Geschäftsbriefen, § 125 a HGB ■ KG: §§ 18, 19 HGB <ul style="list-style-type: none"> ■ wie OHG ■ Zusatz „KG“ o.ä. ■ Sonderfall: „GmbH & Co. KG“: § 19 Abs. 2 | <ul style="list-style-type: none"> ■ § 2 PartGG, mindestens ein Name u. Zusatz: „Partner/ Partnerschaft“ und Berufsbezeichnung ■ § 7 Abs. 5 PartGG i.V.m. § 125 a HGB für Angaben auf Geschäftsbriefen | <p>alle Namens- und/oder Sachbezeichnungen, die Gesellschaftsverhältnis andeuten und nicht irreführend sind</p> |
| 5. Rechtsfähigkeit der Gesellschaft | vgl. § 124 Abs. 1 / § 161 Abs. 2 HGB | vgl. § 7 Abs. 2 PartGG i.V.m. § 124 HGB, § 7 Abs. 4 PartGG | h.M.: § 124 HGB analog gem. § 47 Abs. 2 GBO, § 899 a BGB auch grundbuchfähig |

Fall 5: Arten der Personengesellschaften

A und B haben einen kleinen Pavillion, der früher als Blumenshop genutzt wurde, angemietet. Hierin betreiben sie ihre „Dog-Lounge“: Hier können betuchte Hundehalterinnen und Hundehalter nützliche und überflüssige Accessoires für ihren Hund erwerben. Ferner gibt es ein Büfett mit Menüs und selbstgebackenen Plätzchen und Keksen für die Hunde. A und B haben keine Angestellten, sondern erledigen alles selbst in der Weise, dass A als ehemals gelernter Koch die Hundespeisen zubereitet und B sich um den Ankauf der Accessoires kümmert. Bei dem Verkauf im Geschäft wechseln sich A und B im täglichen Rhythmus ab.

Frage 1: Welche Gesellschaftsform liegt vor?

Frage 2: Ist die Bezeichnung „Dog-Lounge“ zulässig?

Abwandlung:

Da die Geschäftsentwicklung aufgrund zahlreicher, betuchter Kunden sehr positiv verläuft, gründen A und B in zehn weiteren Großstädten Filialen mit insgesamt 30 Angestellten. A kann längst nicht mehr alle angebotenen Hundespeisen selbst herstellen, sondern lässt die Filialen von diversen Zulieferern beliefern. A und B fragen, welche Gesellschaftsform nunmehr vorliegt und ob es hierzu noch besonderer Verträge oder Eintragungen bedarf.

Frage 1: Welche Gesellschaftsform liegt vor?

⇒ Vertiefungsschema B 2

I. Handelsgesellschaft (OHG oder KG)

Da hier ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird, könnte eine Handelsgesellschaft vorliegen.

1. Kommanditgesellschaft, KG, §§ 161 ff. HGB

Eine KG würde von vornherein nur in Betracht kommen, wenn zwischen den Gesellschaftern A und B vereinbart worden ist, dass zumindest einer von ihnen nur beschränkt auf die Einlage als Kommanditist haften soll, vgl. §§ 161 Abs. 1, 171 Abs. 1 HGB. Hierfür bestehen vorliegend keine Anhaltspunkte. Eine KG scheidet damit von vornherein aus.

2. Offene Handelsgesellschaft, OHG, §§ 105 ff. HGB**a) OHG i.S.v. § 105 Abs. 1 HGB**

Gemäß § 105 Abs. 1 HGB muss der Gesellschaftsvertrag auf den gemeinsamen Zweck i.S.d. Betriebs eines Handelsgewerbes gerichtet sein. Somit muss ein kaufmännisches Gewerbe i.S.v. § 1 HGB betrieben werden.

aa) Gewerbe

A und B betreiben ein Gewerbe i.S.d. HGB, da es sich um eine nach außen erkennbare, erlaubte, selbstständige, planmäßige und mit Gewinnerzielungsabsicht betriebene Tätigkeit handelt, welche kein freier Beruf ist.

bb) Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB

Nach der Vermutung des § 1 Abs. 2 HGB ist jeder Gewerbebetrieb ein Handelsgewerbe, es sei denn, nach Art und Umfang sind kaufmännische Einrichtungen

Personengesellschaften:**1. im HGB:****■ OHG, §§ 105 ff. HGB**

- ⇒ kaufmännischer Zweck
- ⇒ alle haften persönlich

■ KG, §§ 161 HGB

- ⇒ kaufmännischer Zweck
- ⇒ Kommanditist haftet auf Einlage

2. im BGB:**■ GbR, §§ 705 ff. BGB**

- ⇒ alle Zwecke unterhalb der Handelsgesellschaft
- ⇒ alle haften persönlich

nicht erforderlich. Wesentliche Kriterien für die Erforderlichkeit von kaufmännischen Einrichtungen sind Anlage- und Umlaufvermögen, Anzahl der Beschäftigten, Größe des Geschäftslokals, Vielfalt der Erzeugnisse und Leistungen sowie Geschäftsbeziehungen, größere Lagerhallen und umfangreiche Werbung. Legt man diese Kriterien hier zugrunde, so ist zu berücksichtigen, dass der Betrieb sehr klein ist, keine großen Betriebsmittel erfordert und insbes. keine Angestellten vorhanden sind, weil die Gesellschafter selbst die Arbeiten verrichten. Somit liegt kein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB vor. Eine OHG gemäß § 105 Abs. 1 HGB ist daher nicht gegeben.

b) OHG gemäß § 105 Abs. 2 HGB

Gemäß § 105 Abs. 2 HGB können auch nicht unter § 1 Abs. 2 HGB fallende Kleingewerbe eine OHG darstellen, sofern die Eintragung als OHG im Handelsregister erfolgt ist. Da hier eine Eintragung nicht ersichtlich ist, scheidet eine Anwendung des § 105 Abs. 2, 1. Halbs. HGB aus.

Somit besteht keine Handelsgesellschaft.

II. Gesellschaft bürgerlichen Rechts, GbR, § 705 BGB

Da keine Handelsgesellschaft vorliegt, kommt nur eine GbR in Betracht.

1. Einigung über den Gesellschaftsvertrag

a) Gesellschaftszweck

Eine zumindest konkludente Einigung über die Verfolgung des gemeinsamen Zwecks der Gewinnerzielung liegt vor. Da § 705 BGB den gemeinsamen Zweck nicht genau umschreibt, reicht für eine GbR grds. jeder gemeinsame Zweck, mit Ausnahme eines Handelsgewerbes, weil dann eine Handelsgesellschaft vorliegt. Damit sind insbes. Kleingewerbe, die nicht i.S.v. § 105 Abs. 2, 1. Halbs. HGB im Handelsregister eingetragen sind, als GbR anzusehen, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 705 BGB vorliegen.

b) Gesellschafterbeiträge

Im Gesellschaftsvertrag müsste zumindest konkludent eine Vereinbarung über die Beitragspflichten der Gesellschaft getroffen worden sein. Beitragspflichten können in der Einzahlung von Geld, aber auch in Dienstleistungen bestehen, § 706 Abs. 3 BGB. Vorliegend erbringen beide Gesellschafter Dienstleistungen durch Herstellung der Produkte bzw. durch Verkauf im Geschäft selbst.

2. Kein Formerfordernis

Da die §§ 705 ff. BGB keine Formvorschriften enthalten, kann der Gesellschaftsvertrag formfrei geschlossen werden. Somit ist von einem konkludent geschlossenen Gesellschaftsvertrag auszugehen.

3. Entstehen der GbR

Da es kein Register gibt, in das die GbR eingetragen wird, ist die GbR mit dem Vollzug nach außen hin existent geworden, d.h. mit dem ersten Vertragsschluss mit Dritten (z.B. Abschluss des Mietvertrags).

Frage 2: Ist die Bezeichnung Dog-Lounge zulässig?

Da hier keine Handelsgesellschaft vorliegt, gelten die Vorschriften über die Firmierung i.S.v. §§ 17 ff. HGB, insbes. § 19 HGB nicht. Umgekehrt enthält das Recht der GbR gemäß §§ 705 ff. BGB keine Vorgaben. Der GbR kann daher ein beliebiger Name gegeben werden. Allerdings darf der Name nicht irreführend sein. Zumindest aus den Geschäftspapieren sollte ein das Gesellschaftsverhältnis andeutender Zusatz hervorgehen.

Abwandlung:**I. Gesellschaftszweck: Kaufmännisches Gewerbe**

Nunmehr ist aufgrund der Filialen und der Anzahl der Angestellten davon auszugehen, dass die Vermutung des § 1 Abs. 2 HGB nicht mehr widerlegt werden kann, da nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erforderlich sind. In diesem Fall wird aus der ursprünglichen GbR automatisch eine OHG, da grds. eine gewisse Identität zwischen der GbR und der OHG besteht²⁰ und im Falle des Vorliegens eines Handelsgewerbes i.S.v. § 1 Abs. 2 HGB die Eintragung im Handelsregister keine konstitutive Wirkung hat. Vielmehr reicht gemäß § 123 Abs. 2 HGB die Aufnahme der Geschäftstätigkeit als solche aus. Im Bereich des § 1 HGB hat die Eintragung der OHG daher lediglich deklaratorische Bedeutung.

Gleichwohl besteht für die nunmehr gegebene OHG gemäß § 106 HGB eine Eintragungspflicht.

II. Automatischer Übergang

Aufgrund der grds. Identität der Gesellschaftsformen ist es auch nicht erforderlich, einzelne Vermögensgegenstände rechtsgeschäftlich auf die nunmehr gegebene OHG zu übertragen. Vielmehr erfolgt auch sachenrechtlich der Übergang automatisch.

Da auch §§ 105 ff. HGB keinen schriftlichen Gesellschaftsvertrag voraussetzen, ist es auch nicht erforderlich, dass A und B noch einen gesonderten OHG-Vertrag abschließen.

Wirkungen der Eintragung im Handelsregister:**■ Konstitutiv:**

⇒ Eintragung ist Wirksamkeitsvoraussetzung, z.B. § 2 i.V.m. § 123 Abs. 2, 2. Halbs. HGB

■ Deklaratorisch:

⇒ Eintragung ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung, sondern es besteht nur die Pflicht zur Eintragung, z.B. § 1 i.V.m. § 123 Abs. 2, 1. Halbs. HGB

²⁰ Palandt/Sprau § 705 Rdnr. 6.

STICHWORTVERZEICHNIS

Die Zahlen verweisen auf die Seiten.

| | | | |
|--|------------|---|---------------|
| Abtretung des Gesellschaftsanteils | 92 | Erbfähigkeit der Personen- | |
| Actio pro socio | 108, 112 | gesellschaften..... | 63 |
| AG..... | 23 | Erbrechtliche Nachfolgeklausel | 97, 98 |
| Akzessorietätstheorie..... | 66, 71 | Erfüllungstheorie | 50 |
| Alleingeschäftsführungsbefugnis..... | 109 | Erlass | 57 |
| Altschulden..... | 76, 85 | Erstattungsansprüche | 100 |
| Anfechtung eines Gesellschafts- | | bei einer GbR..... | 103 |
| vertrags..... | 27 | Fehlerhafte Gesellschaft | 24, 31 |
| Anteilige Haftung | 102 | Fehlerhafter Gesellschaftsvertrag | 26 |
| Aufhebungsrecht..... | 8 | Formerfordernis..... | 20 |
| Auflösung der GbR | 113 | Frachtführer..... | 29 |
| Auflösung der KG..... | 114 | Freiberufler | 22 |
| Ausgleichsansprüche | 100 | GbR mbH..... | 22 |
| bei einer GbR..... | 103 | Gemeinschaftliche Schuld | 51 |
| Austritt | | Gemeinschaftliche Schuldner..... | 10 |
| aus einer KG | 77 | Genehmigung des Familiengerichts..... | 25 |
| eines Gesellschafters | 73, 89 | Gesamthandseigentum | 64 |
| Außergesellschaft | 30 | Gesamtschuld | 51 |
| Außergewöhnliche Geschäfte | 109 | Gesamtschuldner | 10, 101 |
| Automatischer Übergang | 21 | Gesamtunwirksamkeit..... | 25 |
| Beendigung der Gesellschaft | 113 | Gesellschaft bürgerlichen Rechts | 4, 20 |
| Bloßes Haben und Halten | 4 | Gesellschafterbeiträge | 20 |
| Bruchteilsgemeinschaft..... | 4 | Gesellschaftergläubiger | 105 |
| Bürogemeinschaft..... | 22 | Gesellschafterwechsel | 92 |
| Dauerschuldverhältnis..... | 77 | Gesellschaftsangelegenheiten | 100 |
| Doppelverpflichtungstheorie..... | 71 | Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht..... | 106, 107 |
| Doppelvertrag..... | 92 | Gesellschaftszweck..... | 20 |
| Echte Gesamtvertretung..... | 35 | Gewerbe | 19 |
| Echte Vor-GmbH | 128 | GmbH..... | 23 |
| Ehegattengesellschaft | 13 | GmbH & Co. KG | 41 |
| Eigentumswohnung | 16 | Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft..... | 25 |
| Einfamilienhaus | 16 | Grundstückseigentum der GbR | 65 |
| Einrede der Aufrechenbarkeit..... | 53 | Haftung | |
| Eintritt | | bei der GbR..... | 62 |
| bei einer GbR..... | 86 | bei der KG..... | 55 |
| in eine KG..... | 77 | bei der OHG..... | 48 |
| von Gesellschaftern | 73 | bei der Partnerschaftsgesellschaft..... | 59 |
| Eintrittsklausel..... | 97 | der GbR-Gesellschafter..... | 66 |
| Entstehen | | für Altschulden..... | 86 |
| der GbR..... | 20 | Haftungsbegrenzung..... | 90 |
| der GmbH & Co. KG..... | 32 | Haftungsprivileg | 110 |
| der KG..... | 32 | Haftungstheorie..... | 50 |

Stichworte

| | | | |
|---|--------|---|---------------|
| Handelndenhaftung | 125 | Schwebende Unwirksamkeit..... | 25 |
| Handelsgewerbe | 19 | Sicherungsabrede | 49 |
| Handlungsbevollmächtigter..... | 36 | Singularsukzession..... | 99 |
| Individualistische Theorie..... | 62 | Sonderhaftung | 82 |
| In-sich-Geschäft..... | 43 | Sozialverpflichtungen..... | 105 |
| Kapitalgesellschaften | 117 | Spediteur | 29 |
| Kommanditgesellschaft..... | 19, 39 | Stellvertretung | |
| Kommanditist..... | 39, 56 | bei der GbR | 35, 44 |
| Komplementär | 56 | bei der GmbH & Co. KG | 41 |
| Konkludente Vereinbarung eines | | bei der KG..... | 39 |
| Gesellschaftsvertrags | 15 | bei der OHG..... | 35 |
| Ladenangestellter..... | 36 | Stille Gesellschaft..... | 11 |
| Mitarbeit | 16 | Stundung..... | 57 |
| Nachhaftungsbegrenzung | 89 | Subjektive Klagehäufung | 49 |
| Nichteheliche Lebensgemeinschaft | 13 | Subsidiarität der Gesellschafterhaftung | 106 |
| Notgeschäft..... | 110 | Teilschuld | 51 |
| Offene Handelsgesellschaft | 11, 19 | Teilschuldner..... | 10 |
| kraft Rechtsscheins..... | 31 | Theorie der Doppelverpflichtung..... | 66 |
| Partiarisches Darlehen | 11 | Tod eines Gesellschafters | 96, 114 |
| Partnerschaftsgesellschaft..... | 23, 59 | Überehelicher Zweck | 14 |
| Prokura..... | 39 | Übertragung von Gesellschaftsanteilen | 91 |
| Prokurist | 36 | Unechte Gesamtvertretung..... | 36 |
| Rechtsfähigkeit | | Unechte Vor-GmbH | 128 |
| der Bruchteilsgemeinschaft..... | 5 | Universalsukzession | 99 |
| der GbR..... | 62, 65 | Unmittelbare Rückzahlung..... | 57 |
| Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel..... | 97 | Veränderungen im Gesellschafterbestand | 73 |
| Rechtsnachfolgevermerk..... | 93 | Vereinbarung eines Gesellschaftsvertrags..... | 13 |
| Rückzahlung der Einlage..... | 57 | Verschuldenszurechnung | 67 |
| Scheingesellschaft | 31 | Vertretung..... | 34 |
| Schuldnermehrheit | 10 | bei der GbR | 62 |
| | | bei der Partnerschaftsgesellschaft | 59 |
| | | Vollzug der Gesellschaft..... | 26 |
| | | Vor-GmbH | 117, 121, 128 |
| | | Vorgründungsgesellschaft..... | 117 |
| | | Wohnungseigentümergeinschaft | 9 |