

Weitere Informationen unter [www.otto-schmidt.de](http://www.otto-schmidt.de)

## Leseprobe zu



Röhricht/Graf von Westphalen (Hrsg.)

HGB, 3. Auflage

Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften und besonderen Handelsverträgen (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht).

2008, 2900 S., Lexikonformat, gbd. Ln.,

ISBN 978-3-504-45513-2

149.00 € (inkl. MwSt.)

[www.otto-schmidt.de](http://www.otto-schmidt.de)

---

**Bestellfax 0221 / 9 37 38-943**

**o/s** Verlag  
Dr. Otto Schmidt  
Köln

**Ja, ich bestelle** das o.g. Buch mit 14-tägigem Rückgaberecht

zzgl. Versandkosten. / Bei Online-Bestellung versandkostenfrei.

\* Es gelten die aktuellen Ladenpreise zum Zeitpunkt der Bestellung.

**Ihre Adresse:**

Kanzlei/ Firmenstempel

Name

Straße

PLZ

Ort

Telefon

Fax

E-Mail

Datum/Unterschrift

40800101

**Verlag Dr. Otto Schmidt KG • Postfach 51 10 26 • 50946 Köln • AG Köln • HRA 5237**

## Zweites Buch Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft

### Erster Abschnitt Offene Handelsgesellschaft

#### Erster Titel Errichtung der Gesellschaft

#### § 105

##### Begriff der offenen Handelsgesellschaft

(1) Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist.

(2) Eine Gesellschaft, deren Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 Handelsgewerbe ist oder die nur eigenes Vermögen verwaltet, ist offene Handelsgesellschaft, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist. § 2 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.

(3) Auf die offene Handelsgesellschaft finden, soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft Anwendung.

##### Übersicht\*

	Rn.		Rn.
<b>A. Die OHG</b>			
<b>I. Rechtsnatur der OHG</b>			
1. Allgemeines		b) Kleingewerbetreibende, land- und forstwirtschaftliche Betriebe . . . . .	8b
a) Grundform der Personenhandels-gesellschaft . . . . .	1	c) Verwaltung des eigenen Vermögens . . . . .	9
b) Bedeutung . . . . .	2	d) Eintragung ohne Handelsgewerbe . . . . .	10
2. Die OHG als Personengesellschaft		e) Schein-OHG . . . . .	11
a) Gesellschaftsverhältnis . . . . .	3	4. Firma der OHG	
aa) Der Grundsatz . . . . .	4	a) Gemeinschaftliche Firma . . . . .	12
bb) Ausnahmen . . . . .	5	b) Firmenführung als Tatbestandsmerkmal? . . . . .	13
b) Rechtsfähigkeit? . . . . .	6	5. Unbeschränkte Haftung . . . . .	14
c) Kaufmannseigenschaft . . . . .	7	<b>II. Entstehung der OHG</b>	
3. Unternehmensgegenstand der OHG		1. Gesellschaftsvertrag	
a) Handelsgewerbe . . . . .	8	a) Tatbestand des Vertragsschlusses . . . . .	15

\* Für ihre Unterstützung danke ich Herrn Michael Schoendon und Herrn David Schoenberger. Insbesondere möchte ich aber Herrn Michael Schulze für seine tatkräftige und wertvolle Hilfe danken.

	Rn.		Rn.
b) Inhalt des Vertrages . . . . .	18	3. Veränderungen im Gesellschafter-	
c) Formerfordernisse		bestand	
aa) Der Grundsatz . . . . .	21	a) Eintritt und Ausscheiden . . . . .	81
bb) Ausnahmen . . . . .	22	b) Anteilsübertragung . . . . .	85
d) Beteiligung Minderjähriger;		c) Unterbeteiligung . . . . .	87
Ehegattenzustimmung . . . . .	26	4. Geltende Rechtsvorschriften für	
e) Vertragsauslegung . . . . .	28	die OHG . . . . .	88
f) Wirksamkeitsmängel . . . . .	29	<b>IV. Übergangsvorschriften zum Han-</b>	
g) Vertragsänderungen . . . . .	30	<b>  delsrechtsreformgesetz . . . . .</b>	<b>90</b>
h) Anwendbare Grundsätze/Vor-		<b>B. Die Partnerschaftsgesellschaft</b>	
schriften . . . . .	33a	<b>I. Wesen der Gesellschaft . . . . .</b>	<b>100</b>
2. Umwandlungstatbestände		<b>II. Rechtsverhältnisse in der Gesell-</b>	
a) Umwandlung einer Personenge-		<b>  schaft . . . . .</b>	<b>101</b>
sellschaft . . . . .	34	<b>C. Europäisches Personengesell-</b>	
b) Formwechsel . . . . .	35	<b>  schaftsrecht</b>	
c) Verschmelzung, Spaltung . . . . .	36	<b>I. Rechtsgrundlagen der EWIV . . . . .</b>	<b>103</b>
d) Umwandlung einer Erben-		<b>II. Rechtliche Ausgestaltung der EWIV</b>	
gemeinschaft . . . . .	37	1. Funktion . . . . .	104
3. Fehlerhafte Gesellschaft		2. Rechtsverhältnisse . . . . .	105
a) Tatbestand . . . . .	38	<b>D. Die Personenhandelsgesellschaft</b>	
aa) Fehlerhaftigkeit . . . . .	39	<b>  als verbundenes Unternehmen</b>	
bb) Vollzug . . . . .	41	<b>I. Grundlagen</b>	
b) Entgegenstehende Schutzinte-		1. Allgemeines . . . . .	106
ressen . . . . .	42	2. Grundbegriffe . . . . .	108
c) Rechtsfolgen . . . . .	46	a) Abhängigkeit . . . . .	109
d) Geltung der Grundsätze für an-		b) Konzern . . . . .	110
dere Rechtsvorgänge . . . . .	47	<b>II. Die Personenhandelsgesellschaft</b>	
4. Schein-OHG		<b>  als beherrschtes Unternehmen</b>	
a) Tatbestand . . . . .	54	1. Abhängige Personengesellschaft . . . . .	111
b) Rechtsfolgen . . . . .	55	a) Begründung der Abhängigkeit . . . . .	112
c) Scheingesellschafter . . . . .	56	b) Rechtsstellung der Minder-	
<b>III. Gesellschafter und Rechtsverhält-</b>		heitsgesellschafter . . . . .	113
<b>  nisse in der OHG</b>		c) Rechtsstellung des herrschen-	
1. Gesellschafter		den Gesellschafters . . . . .	114
a) Natürliche und juristische Per-		2. Konzernabhängige Personengesell-	
sonen . . . . .	57	schaft . . . . .	115
b) Gesamthandsgemeinschaften . . . . .	62	a) Zustimmungserfordernis . . . . .	116
2. Rechtsstellung als Gesellschafter		b) Verlustübernahme . . . . .	117
a) Mitgliedschaftliche Rechts-		c) Unterwerfung unter fremde	
beziehungen . . . . .	66	Leitungsmacht . . . . .	119
b) Einteilung der Mitgliedschafts-		<b>III. Die Personenhandelsgesellschaft</b>	
rechte . . . . .	67	<b>  als herrschendes Unternehmen . . . . .</b>	<b>121</b>
c) Pflichten des Gesellschafters . . . . .	70	1. Erweiterung der Zuständigkeiten	
d) Beitrag und Einlage . . . . .	71	und Mitwirkungsrechte . . . . .	122
aa) Arten der Einbringung . . . . .	73a	2. Erweiterung der Informations-	
bb) Höhe der Beiträge . . . . .	73b	rechte . . . . .	124
cc) Nachträgliche Erhöhung der		a) Einsichtsrechte . . . . .	125
Beiträge . . . . .	73c	b) Auskunftsrechte . . . . .	126
dd) Anwendbare Vorschriften . . . . .	74	3. Pflichtenstellung als Konzernober-	
e) Drittbeziehungen zur Gesell-		gesellschaft . . . . .	127
schaft . . . . .	75		
f) Prozessuale Rollenverteilung . . . . .	76		
g) Actio pro socio			
aa) Begriff . . . . .	77		
bb) Inhalt . . . . .	78		
cc) Hilfscharakter . . . . .	80		

**Schrifttum:** *Bork*, Die Parteirollen im Streit um die Zugehörigkeit zu einer Personenhandelsgesellschaft, ZGR 1991, 125; *Brandes*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Personengesellschaft, WM 2000, 385 (Rechtsprechungsübersichten: WM 1986, Sonderbeil. Nr. 1, WM 1990, 1121, WM 1994, 569; WM 1998, 261); *Crezelius*, Gesellschaftsverträge und Unternehmensformen, 6. Aufl. 1995; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/1: Die Personengesellschaft, 1977; *Flume*, Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972), 177; *Grunewald*, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990; *Hadding*, Actio pro socio, 1966; *B. Hartmann*, Der ausscheidende Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis, 4. Aufl. 1983; *Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 1970; *Hüffer*, 100 Bände BGHZ: Personengesellschaftsrecht, ZHR 151 (1987), 396; *Kellermann/Stodolkowitz*, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Personengesellschaftsrecht, RWS-Skript 20, 4. Aufl. 1994; *Klauss/Birle*, Der Gesellschaftsvertrag in seiner zweckmäßigsten Form, 12. Aufl. 1986; *Kort*, Actio pro socio auch bei Klagen gegen Nicht-Gesellschafter, DStR 2001, 2162; *Lutter*, Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180 (1980), 84; *Michalski*, OHG-Recht, 2000; *Paschke*, Die fehlerhafte Korporation, ZHR 155 (1991), 1; *Th. Raiser*, Das Recht der Gesellschafterklagen, ZHR 153 (1989), 1; *Schäfer*, Nachschusspflichten bei Personengesellschaften, in VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007, 2008, S. 137; *K. Schmidt*, Die obligatorische Gruppenvertretung im Recht der Personengesellschaften und der GmbH, ZHR 146 (1982), 525; *K. Schmidt*, „Fehlerhafte Gesellschaft“ und allgemeines Verbandsrecht, AcP 186 (1986), 421; *K. Schmidt*, Die fehlerhafte Anteilsübertragung, BB 1988, 1053; *K. Schmidt*, Grenzen des Minderjährigenschutzes im Handels- und Gesellschaftsrecht, JuS 1990, 517; *Schwintowski*, Grenzen der Anerkennung fehlerhafter Gesellschaften, NJW 1988, 937; *Stimpel*, Aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Gesellschaftsrecht, ZGR 1973, 73; *Stimpel*, Aus der Rechtsprechung des II. Zivilsenats, in: Festschrift 25 Jahre Bundesgerichtshof, 1975, S. 13; *Sudhoff*, Personengesellschaften, 8. Aufl. 2005; *Sudhoff*, Unternehmensnachfolge, 5. Aufl. 2005; *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1980; *Ulmer*, Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht 1971–1985, 1986; *Ulmer*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und die Partnerschaftsgesellschaft, 4. Aufl. 2004; *Ulmer*, Hundert Jahre Personengesellschaftsrecht: Rechtsfortbildung bei OHG und KG, ZHR 161 (1997), 102; *Wertenbruch*, Die Rechtsprechung zum Personengesellschaftsrecht in den Jahren 2003 bis 2005, NZG 2006, 408; *H.P. Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970; *H.P. Westermann*, Die geltungserhaltende Reduktion im System der Inhaltskontrolle im Gesellschaftsrecht, in: Festschrift Stimpel, 1985, S. 69; *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965; *Wiedemann*, Juristische Person und Gesamthand als Sondervermögen, WM 1975, Sonderbeil. Nr. 4; *Wiedemann*, Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, WM 1990, Sonderbeil. Nr. 8; *Wiedemann*, Rechte und Pflichten des Personengesellschafters, WM 1992, Sonderbeil. Nr. 7; *Wiedemann*, Anteilsumwandlung und Mehrfachbeteiligung in der Personengesellschaft, in: Festschrift Zöllner, 1998, Bd. I, S. 635; *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963.

**Zur verbundenen Personengesellschaft:** *Baumgartl*, Die konzernbeherrschte Personengesellschaft, 1986; *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000; *Burbach*, Die abhängige Personengesellschaft, 1988; *Emmerich*, Das Konzernrecht der Personengesellschaften, in: Festschrift Stimpel, 1985, S. 743; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 8. Aufl. 2005; *Kleindiek*, Strukturvielfalt im Personengesellschafts-Konzern, 1991; *Löffler*, Die abhängige Personengesellschaft, 1988; *Th. Raiser*, Beherrschungsvertrag im Recht der Personengesellschaft, ZGR 1980, 559; *Th. Raiser*, Wettbewerb als Mittel konzernrechtlichen Präventivschutzes, in: Festschrift Stimpel, 1985, S. 855; *Reuter*, Die Personengesellschaft als abhängiges Unternehmen, ZHR 146 (1982), 1; *Reuter*, Ansätze eines Konzernrechts der Personenge-

sellschaft in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, AG 1986, 130; *Schießl*, Die beherrschte Personengesellschaft, 1985; *K. Schmidt*, Abhängigkeit, faktischer Konzern, Nichtaktienkonzern und Divisionalisierung im Bericht der Unternehmensrechtskommission, ZGR 1981, 455; *U.H. Schneider*, Zur Wahrnehmung von Mitgliedschaftsrechten an Tochtergesellschaften einer Personengesellschaft, in: Festschrift Bärmann, 1975, S. 873; *U.H. Schneider*, Die Personengesellschaft als verbundenes Unternehmen, ZGR 1975, 253; *U.H. Schneider*, Die Auskunfts- und Kontrollrechte des Gesellschafters in der verbundenen Personengesellschaft, BB 1975, 1353; *U.H. Schneider*, Die Personengesellschaft als herrschendes Unternehmen im Konzern, ZHR 143 (1979), 485; *U.H. Schneider*, Konzernbildung, Konzernleitung und Verlustausgleich im Konzernrecht der Personengesellschaften, ZGR 1980, 511; *U.H. Schneider*, Die Personengesellschaft als Konzernunternehmen, BB 1980, 1057; *Stehle*, Gesellschafter-schutz gegen fremdunternehmerischen Einfluss in der Personenhandels-gesellschaft, 1986; *Ulmer* (Hrsg.), Probleme des Konzernrechts, 1989.

## A. Die OHG

### I. Rechtsnatur der OHG

#### 1. Allgemeines

##### a) Grundform der Personenhandels-gesellschaft

- 1 Bei der OHG handelt es sich um die Grundform der Personengesellschaft des Handelsrechts<sup>1</sup>. Ein von mehreren Personen betriebenes Unternehmen, das ein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 zum Gegenstand hat, ist kraft Rechtsformzwangs ohne weiteres eine OHG<sup>2</sup>. Auf einen entsprechenden Willen der Gesellschafter kommt es nicht an. Die gesellschaftsrechtliche Einordnung untersteht mithin nicht dem Willen der Gesellschafter<sup>3</sup>. Das zwischen den Gesellschaftern bestehende Rechtsverhältnis und die Beziehungen zu Dritten werden in den §§ 105 ff. im Einzelnen geregelt.

##### b) Bedeutung

- 2 Obwohl die mittelständische unternehmerische Betätigung sich heute ganz überwiegend der Organisationsformen der GmbH und der GmbH & Co. KG bedient, während die Verbreitung der OHG wegen des Haftungsrisikos für die Gesellschafter rückläufig ist<sup>4</sup>, haben die Vorschriften des OHG-Rechts – gewissermaßen als „Allgemeiner Teil des Personenhandels-gesellschafts-rechts“<sup>5</sup> – ihre bleibende Bedeutung behalten. Auf sie ist über § 161 Abs. 2

<sup>1</sup> *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 2.

<sup>2</sup> BGH v. 17.6.1953 – II ZR 205/52, BGHZ 10, 91, 97; BGH v. 19.5.1960 – II ZR 72/59, BGHZ 32, 307, 310; BGH v. 23.11.1978 – II ZR 20/78, WM 1979, 327, 328; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 2; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 105 Rn. 10; *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 7.

<sup>3</sup> BGH v. 19.5.1960 – II ZR 72/59, NJW 1960, 1664, 1665; OLG Dresden v. 20.11.2001 – 2 U 1928/01, NJW-RR 2003, 257, 259; *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 7.

<sup>4</sup> *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 3; vgl. auch *MünchHdb-GesR I/Happ*, § 46 Rn. 12 ff.

<sup>5</sup> Bzw. i.S. einer „Pilotfunktion“, vgl. *Staub/Ulmer*, § 105 Rn. 13.

bei den verbreiteten Erscheinungsformen der GmbH & Co. KG zurückzugreifen, soweit nicht die §§ 161 ff. oder hineinspielende Grundsätze des GmbH-Rechts zu Besonderheiten führen.

## 2. Die OHG als Personengesellschaft

### a) Gesellschaftsverhältnis

Die OHG ist ihrem Wesen nach als **Sonderfall der GbR (§ 705 BGB)** und damit als Zusammenschluss mehrerer Beteiligter auf der Grundlage eines Gesellschaftsvertrages zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks aufzufassen<sup>1</sup>. Hierauf weist insbesondere die in § 105 Abs. 3 enthaltene Bezugnahme hin. Es handelt sich bei ihr um eine Gesamthandsgesellschaft<sup>2</sup>, die am Rechtsverkehr teilnimmt und insoweit notwendigerweise Außengesellschaft ist<sup>3</sup>. Sie ist damit auch Handelsgesellschaft i.S.d. Überschrift des Zweiten Buches des HGB.

#### aa) Der Grundsatz

Die OHG kennt zwar keine Höchstzahl von Gesellschaftern, wohl aber setzt sie das Vorhandensein von **mindestens zwei Gesellschaftern** voraus<sup>4</sup>, die durch einen Gesellschaftsvertrag verbunden sind (dazu näher Rn. 15 ff.). Dies folgt auch aus der Regelung des § 140 Abs. 1 S. 2, die an die Stelle des früheren § 142 a.F. getreten ist. Nach dieser Vorschrift scheidet der Ausschluss eines Gesellschafters nicht daran, dass nach dem Ausschluss nur ein Gesellschafter verbleiben würde. Eine derartige Regelung wäre aber überflüssig, wenn ein Ausschluss im Rahmen eines Zweipersonengesellschaftsverhältnisses am Fortbestehen eines Gesellschaftsverhältnisses nichts änderte<sup>5</sup>. Mithin ist nicht nur die Entstehung, sondern auch der Fortbestand der OHG davon abhängig, dass die Mindestzahl an Gesellschaftern gewahrt bleibt (§ 131 Rn. 2). Ist eine Gesamthand als Gesellschafterin an einer OHG beteiligt, so macht dies ungeachtet dessen, dass die erstere sich aus mehreren Personen zusammensetzt, das Vorhandensein eines weiteren Gesellschafters nicht entbehrlich, da die gesamthänderisch gehaltene Beteiligung nur einen einheitlichen Anteil darstellt<sup>6</sup>. Für das Vorhandensein zweier Gesellschafter genügt die Beteiligung einer natürlichen und einer ju-

1 MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 4; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 6; Baumbach/Hopt, § 105 Rn. 1.

2 BGH v. 16.2.1961 – III ZR 71/60, BGHZ 34, 293, 296.

3 BGH v. 13.5.1953 – II ZR 157/52, BGHZ 10, 44, 48.

4 BGH v. 10.5.1978 – VIII ZR 32/77, BGHZ 71, 296, 300; BGH v. 19.2.1990 – II ZR 42/89, ZIP 1990, 505, 506; BGH v. 15.3.2004 – II ZR 247/01, NZG 2004, 611; KG v. 3.4.2007 – 1 W 305/06, ZIP 2007, 1505, 1506 f.; OLG Frankfurt v. 25.8.2003 – 20 W 354/02, NZG 2004, 808 f.; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 24; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 31; Baumbach/Hopt, § 105 Rn. 18; Staub/Ulmer, § 105 Rn. 69 f.; a.A. Weimar, ZIP 1997, 1769 ff.; Baumann, BB 1998, 225 ff.

5 KG v. 3.4.2007 – 1 W 305/06, ZIP 2007, 1505, 1507.

6 BGH v. 19.2.1990 – II ZR 42/89, ZIP 1990, 505, 506; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 24.

## § 105

## OHG – Errichtung

ristischen Person auch dann, wenn einziges Mitglied der juristischen Person die natürliche Person ist (Einmann-GmbH)<sup>1</sup>. Nicht erforderlich ist, dass die Gesellschafter alle eine Kapitalbeteiligung halten<sup>2</sup>.

- 4a Jeder Gesellschafter ist mit einem Anteil an der OHG beteiligt; er kann grundsätzlich auch nur einen ungeteilten Mitgliedschaftsanteil innehaben<sup>3</sup>. Erwirbt er einen **weiteren Anteil** hinzu, entsteht ein (vergrößerter) **einheitlicher Anteil**<sup>4</sup>. Insbesondere kann neben einer Vollhafterbeteiligung nicht ein Kommanditanteil selbständig bestehen bleiben<sup>5</sup>.

## bb) Ausnahmen

- 5 Von dem Grundsatz, dass eine Gesellschaft mehrerer Gesellschafter (bzw. richtiger mehrerer Anteile) bedarf, gibt es aber auch Ausnahmen<sup>6</sup>. Dies gilt etwa dann, wenn zwar nur ein Gesellschafter, wohl aber verschiedene Anteile vorhanden sind. Dies scheint nur auf den ersten Blick aufgrund des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Gesellschafterstellung ausgeschlossen (Rn. 4a). Es gibt aber Fälle, in denen die Verwaltung getrennt bleibender Anteile durch einen Gesellschafter zugelassen wird. Hierzu gehört etwa, wenn der verbleibende Gesellschafter in die Gesellschafterstellung des anderen als dessen Vorerbe eintritt<sup>7</sup>. Hier behalten die beiden Anteile indes ihre **Selbständigkeit** mit der Folge, dass auch bei nur einem noch verbleibenden Gesellschafter die OHG in der Zeit bis zum Eintritt der Nacherbfolge weiterbesteht<sup>8</sup>. Gleiches gilt, wenn der (verbleibende) Gesellschafter einen (Kommandit-)Anteil hinzu erwirbt, der der Testamentsvollstreckung (siehe hierzu § 139 Rn. 16 ff.) unterliegt<sup>9</sup>. Ebenso ist zu entscheiden in den Fällen, in denen der hinzu erworbene Anteil mit einem Nießbrauch oder einem Pfandrecht belastet ist<sup>10</sup>. Eine Selbständigkeit von Anteilen ist auch anzu-

1 MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 24.

2 MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 24.

3 BGH v. 11.4.1957 – II ZR 182/55, BGHZ 24, 106, 108; BGH v. 20.4.1972 – II ZR 143/69, BGHZ 58, 316, 318; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 75 ff.; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 32.

4 BGH v. 10.6.1963 – II ZR 88/61, WM 1963, 989; OLG München v. 24.9.2003 – 7 U 2469/03, NJW-RR 2004, 334; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 77; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 32.

5 BGH v. 1.6.1987 – II ZR 259/86, BGHZ 101, 123, 129 f.; BayObLG v. 29.8.2003 – 3 Z BR 5/03, ZIP 2003, 1443 f.; Staub/Ulmer, § 105 Rn. 71.

6 Siehe Überblick bei Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 33 ff.; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 25; KG v. 3.4.2007 – 1 W 305/06, ZIP 2007, 1505, 1506.

7 BGH v. 14.5.1986 – IVa ZR 155/84, BGHZ 98, 48, 57.

8 So MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 25 und 78; K. Schmidt, GesR, 45 I 2b bb. Siehe hierzu auch Wiedemann, FS Zöllner, S. 635, 650; a.A. Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 35; Staub/Ulmer, § 105 Rn. 69: Notwendigkeit einer Neubegründung der Gesellschaft mit Eintritt des Nacherbfalls.

9 MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 78; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 33; a.A. Ulmer, NJW 1990, 73, 76 f.

10 OLG Düsseldorf v. 14.9.1998 – 3 Wx 209/98, NJW-RR 1999, 619 f.; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 36; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 25 und 78; a.A. wohl Wiedemann, FS Zöllner, S. 635, 643 ff.

nehmen, wenn für den zusätzlichen Anteil das Nachlassinsolvenzverfahren oder die Nachlassverwaltung angeordnet ist<sup>1</sup>.

#### b) Rechtsfähigkeit?

Die OHG ist keine juristische Person, sondern Gesamthand<sup>2</sup>. Dennoch sind 6  
nicht die gesamthänderisch verbundenen Gesellschafter Zuordnungsobjekt für die Rechte und Pflichten, die die Gesellschaft betreffen. Es ist vielmehr die Gesamthand selbst als ein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt, die Trägerin dieser Rechte und Pflichten ist<sup>3</sup>. Sie handelt als Organisationseinheit im Rechtsverkehr durch ihre Organe.

#### c) Kaufmannseigenschaft

Die Kaufmannseigenschaft der OHG folgt aus § 6 Abs. 1<sup>4</sup>. Nach h.M. sind 7  
auch die **Gesellschafter** selbst Kaufleute<sup>5</sup>; dabei wird die Kaufmannseigenschaft für sie aber vielfach nur auf ihre Stellung als Gesellschafter bezogen<sup>6</sup>. Nach anderer Auffassung<sup>7</sup> sind die Gesellschafter dagegen nicht selbst Kaufleute. Letzteres schließt aber – dieser Ansicht zufolge – nicht aus, dass einzelne der für Kaufleute geltenden Normen auf die Gesellschafter Anwendung finden. Der letztgenannten Ansicht ist zu folgen, will man sich nicht über die Trennung von Gesamthand und Gesellschafter (vgl. oben Rn. 6) in unzulässiger Weise hinwegsetzen; denn das Handelsgewerbe wird nicht von den einzelnen Gesellschaften, sondern von der Gesellschaft als solcher betrieben. Die Verneinung der Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter hat auch Folgen für die Anerkennung der doppelstöckigen GmbH & Co. KG (vgl. dazu Rn. 9a sowie § 161 Rn. 43), da dann eine Komplementärgesellschaft, deren Tätigkeit sich in der Führung der Geschäfte der Hauptgesellschaft erschöpft, ggf. nur eine GbR wäre<sup>8</sup>.

1 MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 78; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 34. Offengelassen in BGH v. 10.12.1990 – II ZR 256/89, BGHZ 113, 132, 137.

2 Zu der terminologischen Bedeutung dieser Differenzierung vgl. MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 7.

3 BGH v. 5.3.2008 – II ZR 89/07, ZIP 2008, 692, 693; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 7; Staub/Habersack, § 124 Rn. 3 f., 6; Baumbach/Hopt, § 105 Rn. 1; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 7.

4 MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 11.

5 BGH v. 16.2.1961 – III ZR 71/60, BGHZ 34, 293, 296 f.; BGH v. 2.6.1966 – VII ZR 292/64, BGHZ 45, 282, 284.

6 Siehe etwa BGH v. 5.5.1960 – II ZR 128/58, WM 1960, 866, 867; BGH v. 11.10.1979 – III ZR 184/78, WM 1979, 1428 f.

7 Staub/Ulmer, § 105 Rn. 77 ff.; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 14; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 37; Baumbach/Hopt, § 105 Rn. 19.

8 Dazu vgl. Schlegelberger/K. Schmidt, § 105 Rn. 17.

## § 105

## OHG – Errichtung

- 7a Zu den entsprechend auf den Gesellschafter anzuwendenden Vorschriften zählen etwa § 109 GVG<sup>1</sup> oder §§ 29, 38 ZPO (vgl. auch § 128 Rn. 9)<sup>2</sup>. Schwierigkeiten bereitet die Behandlung des Gesellschafters nach den Verbraucherschutzvorschriften. Im Anwendungsbereich der §§ 13, 14 BGB gilt der Gesellschafter grundsätzlich als Verbraucher, wenn er außerhalb der Gesellschaft im privaten Bereich handelt<sup>3</sup>. Handelt der Gesellschafter im Zusammenhang mit seiner Beteiligung, ist je nach Schutzzweck der einzelnen Vorschrift zu differenzieren, ob der Gesellschafter einbezogen ist. Letzteres ist in Bezug auf § 1031 Abs. 5 ZPO beispielsweise zu verneinen<sup>4</sup>. Im Rahmen des § 304 InsO ist streitig, ob die Tätigkeit der Gesellschaft des persönlich haftenden Gesellschafters der OHG und KG zuzurechnen ist oder nicht<sup>5</sup>.

### 3. Unternehmensgegenstand der OHG

#### a) Handelsgewerbe

- 8 Eine OHG setzt nach § 105 Abs. 1 voraus, dass mit ihr **als gemeinsamer Zweck der Betrieb eines Handelsgewerbes**<sup>6</sup> verfolgt wird. Erforderlich ist, dass das Gewerbe bereits tatsächlich betrieben wird. Handelt es sich um ein Gewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 (i.d.F. des HRefG v. 22.6.1998<sup>7</sup>), so ist diese Voraussetzung ohne weiteres erfüllt. Mit der Neufassung von § 1 Abs. 2 sind die früheren Begriffsbestimmungen zum Kaufmannsbegriff in den §§ 1 und 2 a.F. unter Wegfall des Katalogs der Grundhandelsgewerbe zu einem **einheitlichen Kaufmannsbegriff** zusammengefasst worden. Es kommt daher auf das Vorhandensein eines **Gewerbebetriebes** (siehe dazu näher § 1 Rn. 17 ff.) an, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb (zu diesem Merkmal § 1 Rn. 98 ff.) nicht erfordert. Für die Frage, ob das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert, ist nicht erforderlich, dass der „volle“ Geschäftsbetrieb bereits im Entstehenszeitpunkt aufgenommen ist. Vielmehr genügt es, wenn das gemeinsame Unternehmen von vorneherein auf den Umfang eines vollkaufmännischen Unternehmens angelegt ist<sup>8</sup>. Entscheidend ist insofern ein objektiver Maßstab. Die Willensrichtung der Gesellschafter ist hingegen nicht maßgebend<sup>9</sup>. Die Eintragung des Unternehmens in das Handelsregister ist

1 *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 20.

2 *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 105 Rn. 16; *MünchKommZPO/Patzina*, § 38 Rn. 15; a.A. *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 20.

3 *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 105 Rn. 16, 17a.

4 *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 105 Rn. 17; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 37 und 55.

5 Dafür: *Braun/Buck*, § 304 InsO Rn. 17; a.A. *Vallender*, in K. Schmidt/Uhlenbruck (Hrsg.) *Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, 3. Aufl. 2003, Rn. 1773.

6 Zur Frage, ob die zum Zwecke der Ausführung eines Großbauvorhabens errichtete Arbeitsgemeinschaft (ARGE) eine OHG ist, siehe OLG Dresden v. 20.11.2001 – 2 U 1928/01, NZG 2001, 124 f.

7 BGBl. I 1474.

8 BGH v. 19.5.1960 – II ZR 72/59, NJW 1960, 1664, 1665.

9 BGH v. 19.5.1960 – II ZR 72/59, NJW 1960, 1664, 1665.

dabei (wie für die früheren Grundhandelsgewerbe) lediglich deklaratorisch. Ist von den Gesellschaftern eine OHG gewollt, aber mangels Handelsgewerbe nicht möglich, kann die Gesellschaft als GbR aufrecht erhalten werden (§ 140 BGB). Es können dann die für die Geschäftsführung und Vertretung geltenden Regelungen der OHG auf die GbR Anwendung finden<sup>1</sup>.

Fällt das Merkmal eines kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetriebes später fort, schrumpft der Unternehmensumfang mithin zu dem eines Kleingewerbes (i.S.v. § 2), so wird die OHG nur dann zur GbR, wenn sie nicht im Handelsregister eingetragen ist. Ist sie eingetragen, bleibt sie auch bei einem betriebenen Kleingewerbe gemäß § 105 Abs. 2 Handelsgesellschaft (siehe dazu Rn. 8b)<sup>2</sup>. Diesen Status verliert eine eingetragene Gesellschaft hiernach nur dann, wenn sie überhaupt kein Gewerbe mehr und auch keine Vermögensverwaltung i.S.v. § 105 Abs. 2 (siehe unten Rn. 9) betreibt; der Betrieb also (nicht nur vorübergehend) stillgelegt oder aufgegeben wird. Sie ist dann eine Schein-OHG (nicht aber eine OHG kraft Eintragung i.S.v. § 5, da dafür die Ausübung eines Gewerbes vorauszusetzen ist<sup>3</sup>; siehe dazu auch § 1 Rn. 15 ff.). Eine Aufgabe des Geschäftsbetriebs liegt grundsätzlich auch in einer Verpachtung desselben<sup>4</sup>.

#### b) Kleingewerbetreibende; land- und forstwirtschaftliche Betriebe

Auch **Kleingewerbetreibenden** i.S.v. § 2 (hierbei handelt es sich um die sog. Minderkaufleute i.S.d. früheren § 4) ist es freigestellt, eine von ihnen gebildete Gesellschaft als OHG in das Handelsregister eintragen zu lassen (§ 105 Abs. 2). Verpflichtet zu einem Antrag auf Eintragung sind sie jedoch nicht. Sie haben darüber hinaus das Recht, die Eintragung wieder löschen zu lassen. Infolge Löschung wandelt sich dann die OHG (identitätswahrend) in eine GbR um<sup>5</sup>. Geschäftsführung und Vertretung der bisherigen OHG gelten für die GbR fort<sup>6</sup>. Ein Kommanditist ist daher im Fall der Umwandlung in eine GbR regelmäßig von der Führung der Geschäfte und der Vertretung ausgeschlossen<sup>7</sup>. Im Einzelfall kann freilich eine Verpflichtung der übrigen Gesellschafter bestehen, einer Änderung der Geschäftsführungs- und Vertretungsregeln zuzustimmen<sup>8</sup>. Des Weiteren kann – wie nach dem früheren Recht – auch eine Gesellschaft, die ein **land- oder forstwirtschaftliches Unternehmen** betreibt, das nach Art und Umfang einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordert (§ 3), auf Antrag als Handelsgesellschaft eingetragen

1 *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 7.

2 *Schulze-Osterloh*, ZIP 2007, 2390, 2393; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 19.

3 BGH v. 19.5.1960 – II ZR 72/59, NJW 1960, 1664, 1665; *Schulze-Osterloh*, ZIP 2007, 2390, 2394.

4 BGH v. 19.5.1960 – II ZR 72/59, NJW 1960, 1664, 1665.

5 *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 20; *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 8; vgl. auch BGH v. 10.5.1971 – II ZR 177/68, NJW 1971, 1698.

6 BGH v. 10.5.1971 – II ZR 177/68, NJW 1971, 1698; BGH v. 19.5.1960 – II ZR 72/59, NJW 1960, 1664, 1666 f.

7 BGH v. 10.5.1971 – II ZR 177/68, NJW 1971, 1698.

8 BGH v. 10.5.1971 – II ZR 177/68, NJW 1971, 1698 f.

werden. In allen diesen Fällen hat die Eintragung jeweils konstitutive Bedeutung für die Entstehung als Personenhandelsgesellschaft. Diese Qualifikation entfällt bei einer Gesellschaft von Kleingewerbetreibenden außer durch Löschung im Handelsregister (§§ 105 Abs. 2 S. 2, 2 Abs. 2 S. 3) durch Aufgabe der gewerblichen Betätigung (dann käme es bei fortbestehender Eintragung zu einer Schein-OHG). Eine eingetragene Gesellschaft mit einem Unternehmensgegenstand nach § 3 würde, wenn dieser einen auf kaufmännische Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht mehr erfordert, zu einer OHG kraft Eintragung (§ 5) werden; bei Aufgabe des Geschäftsbetriebes und bestehenbleibender Eintragung käme wieder eine Schein-OHG in Betracht.

### c) Verwaltung des eigenen Vermögens

- 9 § 105 Abs. 2 eröffnet ferner einer Gesellschaft, die **nur eigenes Vermögen verwaltet**, die Möglichkeit, sich als OHG (oder KG) zu etablieren, wenn sie auf ihren Antrag in das Handelsregister eingetragen wird. Ebenso wie eine OHG von Kleingewerbetreibenden kann die Gesellschaft sich auch wieder im Handelsregister löschen lassen (§ 105 Abs. 2 S. 2 und § 2 Abs. 2 S. 3). In Betracht kommen hier im wesentlichen Holding-, Vermögensverwaltungs-, Immobilienverwaltungs-, Objekt- und Besitzgesellschaften<sup>1</sup>. Nach dem früheren Recht stand ihnen diese Möglichkeit nicht zur Verfügung, da die ausgeübte Tätigkeit – jedenfalls nach h.A. – nicht als ein Gewerbe einzuordnen war bzw. ist<sup>2</sup>. Die Neuregelung durch das HRefG hat zu der Frage geführt, ob auch Gesellschaften, deren (nichtgewerbliche) Betätigung nicht allein in einer Verwaltung ihres eigenen Vermögens besteht, als Handelsgesellschaften eingetragen werden können, sofern sie „auch“ ihr eigenes Vermögen verwalten<sup>3</sup>. Zwar wird man hier nicht fordern können, dass die Gesellschaft ausschließlich in der Verwaltung ihres Vermögens tätig ist<sup>4</sup>. Aber das entscheidende Kriterium ist darin zu sehen, dass hier nur solche Gesellschaften in Betracht kommen, deren Unternehmensgegenstand allein deshalb nicht als Gewerbebetrieb eingeordnet werden kann, weil sie „nur“ eigenes Vermögen verwalten<sup>5</sup>. Völlig unbedeutende, nicht über den privaten Bereich hinausgehende Betätigungen werden mithin unstreitig nicht erfasst. Vielmehr muss die Tätigkeit einem Gewerbe vergleichbar sein.

1 *Schulze-Osterloh*, ZIP 2007, 2390, 2393; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 22; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 105 Rn. 56.

2 BGH v. 19.5.1960 – II ZR 72/59, BGHZ 32, 307, 310 ff.; BGH v. 19.2.1990 – II ZR 42/89, ZIP 1990, 505, 506; *Staub/Ulmer*, § 105 Rn. 26; *Schlegelberger/K. Schmidt*, § 105 Rn. 39; *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 13.

3 So *K. Schmidt*, ZIP 1997, 909, 916 f.; *K. Schmidt*, DB 1998, 61 f.; dagegen *Schön*, DB 1998, 1169, 1174.

4 *Schön*, DB 1998, 1169, 1173 f.; *Schlitt*, NZG 1998, 580, 581.

5 Vgl. *Schulze-Osterloh*, ZIP 2007, 2390, 2393 f.; *Schäfer*, DB 1998, 1269, 1273 f. unter Hinweis auf den Regierungsentwurf zum HRefG, BT-Drucks. 13/8444 S. 40 f.; siehe auch *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 24; a.A. aber *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 105 Rn. 58 ff., der in § 105 Abs. 2 einen Auffangtatbestand für die nicht schon unter § 105 Abs. 1 fallenden Gesellschafter sieht.

Hiernach würden weiterhin Bedenken bestehen, im Falle einer doppel- oder mehrstöckigen GmbH & Co. KG die Komplementärgesellschaft als KG einzuordnen (vgl. Rn. 7 sowie § 161 Rn. 4), sofern ihre Geschäftstätigkeit sich in der Führung der Geschäfte der Hauptgesellschaft erschöpft, zumal wenn sie selbst über kein wesentliches Vermögen verfügt. Denn dann ist sie nicht nur (und nicht einmal schwerpunktmäßig) mit der Verwaltung „eigenen“ Vermögens beschäftigt<sup>1</sup>. Dagegen schadet geringfügige (zusätzliche) Fremdverwaltung in aller Regel nicht<sup>2</sup>.

9a

#### d) Eintragung ohne Handelsgewerbe

Außerhalb von diesen Grundsätzen sieht § 5 vor, dass auch eine Gesellschaft ohne Handelsgewerbe als Handelsgesellschaft zu behandeln ist, wenn sie als solche in das Handelsregister eingetragen ist. Sie ist **dann Handelsgesellschaft** (und nicht nur Scheinkaufmann)<sup>3</sup>. Doch bleibt auch dann das Erfordernis, dass sie überhaupt ein Gewerbe betreibt (siehe dazu auch § 5 Rn. 17)<sup>4</sup>. Nach dem von ihm vertretenen abweichenden Ansatz lässt *K. Schmidt*<sup>5</sup> jede unternehmerische Betätigung genügen. Hält man hingegen eine gewerbliche Betätigung für erforderlich, ist der Anwendungsbereich des § 5 allerdings durch die vom HRefG in den §§ 1, 2 und 105 Abs. 2 getroffenen Regelungen stark eingeschränkt (vgl. dazu Rn. 8a, 8b).

10

#### e) Schein-OHG

Unabhängig von § 5 kommt die Behandlung einer Gesellschaft als OHG (oder KG) in den Fällen eines **veranlassten Rechtsscheins** in Betracht (dazu Rn. 54 f.)<sup>6</sup>.

11

### 4. Firma der OHG

#### a) Gemeinschaftliche Firma

§ 105 Abs. 1 bestimmt, dass die OHG eine gemeinschaftliche (gemeint ist eine „eigene“)<sup>7</sup> Firma führt. Für die **Bildung der Firma** gelten die Regeln in § 19 (vgl. hierzu näher bei § 19).

12

1 Vgl. dazu auch *K. Schmidt*, ZIP 1997, 909, 916; anders *Schlitt*, NZG 1998, 580, 581, der die bisherigen Bedenken für ausgeräumt hält; in diesem Sinn auch *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 23; *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 13.

2 *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 13.

3 BGH v. 6.7.1981 – II ZR 38/81, ZIP 1982, 1088, 1089.

4 BGH v. 19.5.1960 – II ZR 72/59, BGHZ 32, 307, 313 f.; BAG v. 17.2.1987 – 3 AZR 197/85, ZIP 1987, 1446, 1447.

5 MünchKommHGB/*K. Schmidt*, § 105 Rn. 58.

6 MünchKommHGB/*K. Schmidt*, § 105 Rn. 49, 257 ff.

7 *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 29.

**b) Firmenführung als Tatbestandsmerkmal?**

- 13 Zweifelhaft ist, ob eine gemeinschaftliche Firma überhaupt **Voraussetzung** für das **Bestehen einer OHG** ist. Nach bisheriger h.M. ist dies der Fall, ohne dass es dabei allerdings darauf ankommt, ob die Firma den Anforderungen in § 19 genügt<sup>1</sup>. Richtigerweise kann es aber für den Tatbestand einer OHG allein auf die Einigung der Gesellschafter über den Betrieb des Unternehmens, nicht aber auf einen Konsens über die tatsächlich geführte Firmenbezeichnung ankommen<sup>2</sup>, sofern wenigstens ein gemeinschaftliches Auftreten nach außen vorliegt.

**5. Unbeschränkte Haftung**

- 14 Wesentlich für die OHG ist weiter, dass **bei keinem Gesellschafter die unbeschränkte Haftung** für die Gesellschaftsverbindlichkeiten **ausgeschlossen** ist. Hierbei geht es um die Außenhaftung; für das Innenverhältnis bleiben Haftungsfreistellungen möglich<sup>3</sup>. Ist die Außenhaftung nach den getroffenen Abreden für einen Teil der Gesellschafter beschränkt, kann es sich nicht um eine OHG handeln; ggf. kommt eine KG in Betracht.

**II. Entstehung der OHG****1. Gesellschaftsvertrag****a) Tatbestand des Vertragsschlusses**

- 15 Die OHG **entsteht als Gesellschaft** – sieht man einmal von der Umwandlung ab (Rn. 34) – mit dem **Abschluss des Gesellschaftsvertrages** (Rn. 3 f.), der auf den gemeinsamen Zweck des gemeinschaftlichen Betriebes eines Handelsgewerbes (§ 1 Abs. 2) gerichtet sein muss. Wird der Vertrag aufschiebend bedingt oder befristet geschlossen, entsteht die Gesellschaft erst mit Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins<sup>4</sup>. Eine Rückdatierung des Gesellschaftsvertrages oder des Beitritts eines neuen Gesellschafters ist nicht mit Außenwirkung, wohl aber für das Innenverhältnis möglich<sup>5</sup>. Möglich ist auch der Abschluss eines Vorvertrages. Das dadurch entstehende „Gebilde“ ist dann in aller Regel als GbR einzuordnen<sup>6</sup>.

1 BGH v. 29.11.1956 – II ZR 282/55, BGHZ 22, 240, 243.

2 MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 43; Baumbach/Hopt, § 105 Rn. 5; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 29; siehe auch MünchHdb-GesR I/Happ, § 47 Rn. 57; Staub/Ulmer, § 105 Rn. 32 ff.

3 MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 48.

4 Staub/Ulmer, § 105 Rn. 164 f.; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 40.

5 MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 128; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 40; Baumbach/Hopt, § 105 Rn. 50.

6 Staub/Ulmer, § 105 Rn. 205.

Der Abschluss des Vertrages richtet sich nach den **Vorschriften des bürgerlichen Rechts** über Willenserklärungen und Verträge<sup>1</sup>. Auch ein stillschweigender Vertragsschluss ist möglich<sup>2</sup>; er wäre in einer einvernehmlichen Aufnahme des gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes zu erblicken<sup>3</sup> oder in der gemeinsamen Anmeldung zum Handelsregister<sup>4</sup>. Insbesondere bedarf es keiner Einigung über die Rechtsform der OHG<sup>5</sup>. Denn der gemeinschaftliche Betrieb eines Handelsgewerbes i.S.v. § 1 Abs. 2 führt, wenn nicht eine abweichende Rechtsform in wirksamer Weise begründet wird, kraft Rechtsformzwangs zur OHG (siehe oben Rn. 1). Dies ist auch der Fall, wenn eine angestrebte andere Rechtsform verfehlt wird<sup>6</sup>.

Seiner Natur nach ist der Gesellschaftsvertrag nicht nur ein schuldrechtlicher Vertrag, sondern auch ein **Organisationsvertrag**<sup>7</sup>.

#### b) Inhalt des Vertrages

Während die gesetzlichen Anforderungen an den Inhalt des Vertrages sich darauf beschränken, dass die Gesellschafter sich über den **gemeinschaftlichen Betrieb eines Handelsgewerbes** einig sind, werden die Vertragsschließenden über diesen Mindestinhalt hinaus zumeist **weitere Regelungen** zu treffen haben, ohne die der Vertrag im Zweifel noch nicht als geschlossen zu bewerten sein wird. Hierzu gehören außer der Bezeichnung der beteiligten Gesellschafter das Auftreten nach außen unter einer eigenen Firma, die Festlegungen des Gesellschaftssitzes, ferner eine nähere Festlegung des Gegenstandes der Unternehmensbetätigung sowie Vereinbarungen über zu leistende Einlagen und sonstige Beitragspflichten<sup>8</sup>.

In Betracht kommen i.Ü. **nähere Bestimmungen** zur Regelung der Geschäftsführung und der Vertretung, der Gewinn- und Verlustbeteiligung, des Entnahmerechts, der Auflösung der Gesellschaft, des Ausscheidens von Gesellschaftern und der Gesellschafternachfolge, der Liquidation u.a.m. Insofern solche Abreden nicht getroffen werden und auch das dispositive Recht vorhandene Lücken nicht ausfüllt, kann ein Anspruch auf Vertragsänderung oder -ergänzung bestehen. Soll die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zur

1 *Staub/Ulmer*, § 105 Rn. 145, 156; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 40.

2 *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 41; *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 50; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 105 Rn. 30.

3 Vgl. BGH v. 28.11.1953 – II ZR 188/52, BGHZ 11, 190, 192; OLG Bremen v. 13.7.2001 – 4 U 6/01, NZG 2002, 173, 174.

4 BGH v. 17.9.1984 – II ZR 208/83, WM 1984, 1605 f.

5 BGH v. 29.11.1956 – II ZR 282/55, BGHZ 22, 240, 244; BGH v. 19.5.1960 – II ZR 72/59, BGHZ 32, 307, 310.

6 BGH v. 29.11.1956 – II ZR 282/55, BGHZ 22, 240, 244; BGH v. 23.11.1978 – II ZR 20/78, WM 1979, 327, 328.

7 *Staub/Ulmer*, § 105 Rn. 139, 141; *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 47; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 39; *K. Schmidt*, GesR, § 59 I 2c; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 105 Rn. 114.

8 *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 13, 42.

## § 105

OHG – Errichtung

Entscheidung entstehender Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsvertrag gegeben sein, bedarf es des Abschlusses einer Vereinbarung nach den §§ 1029, 1031 ZPO<sup>1</sup>. § 1066 ZPO findet auf die Begründung der schiedsgerichtlichen Entscheidungszuständigkeit durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, in dem die Schiedsklausel enthalten ist, keine Anwendung<sup>2</sup>.

- 20 Von gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen sind **Abreden sonstiger Art** (insbesondere schuldrechtliche Nebenabreden) unter den Gesellschaftern zu unterscheiden<sup>3</sup>. Diese können die Gesellschafter, auch soweit sie nicht als Abänderungen des Gesellschaftsvertrages zu qualifizieren sind, u.U. in ähnlicher Weise wie Regelungen im Gesellschaftsvertrag binden (Andienungspflicht, gesplittete Einlagen – vgl. hierzu § 161 Rn. 141 f.). In der Personengesellschaft tritt dabei die für Kapitalgesellschaften kritische Frage nach den Möglichkeiten einer Satzungsdurchbrechung durch schuldrechtliche Abreden unter den Gesellschaftern<sup>4</sup> nicht in vergleichbarer Weise auf. Sind alle Gesellschafter an einer solchen Abrede beteiligt, so wird es sich im Zweifel um einen Teil des Gesellschaftsvertrages handeln<sup>5</sup>, für den ja – anders als bei den Kapitalgesellschaften – keine Form vorgeschrieben ist (vgl. Rn. 21 ff.).

## c) Formerfordernisse

## aa) Der Grundsatz

- 21 Der Gesellschaftsvertrag ist **grundsätzlich formfrei** und kann demgemäß auch konkludent geschlossen werden (Rn. 16). Doch kann sich eine Formbedürftigkeit aus dem konkreten Inhalt des Vertrages ergeben:

## bb) Ausnahmen

- 22 So kann die Verpflichtung zur **Einbringung eines Grundstücks** die Wahrung der Form des § 311b BGB erfordern<sup>6</sup>. Gleiches gilt, wenn der Gesellschafter verpflichtet wird, beim Ausscheiden oder bei Auflösung der Gesellschaft ein der Gesellschaft gehörendes Grundstück zu erwerben<sup>7</sup> oder wenn die Gesellschaft verpflichtet wird, ein Grundstück von dem Gesellschafter oder einem Dritten zu erwerben<sup>8</sup>. Hiervon wird aber die Einbringung von Anteilen an Gesamthandsgemeinschaften, zu deren Vermögen Grundeigentum gehört,

1 Siehe hierzu und zu anderen Formen der schiedsgerichtlichen Zuständigkeitsbegründung Haas, SchiedsVZ 2007, 1 ff.; vgl. auch Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 55.

2 A.A. MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 121; K. Schmidt, ZHR 162 (1998), 265, 277 ff.

3 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 43; K. Schmidt, GesR, § 515.

4 Vgl. dazu BGH v. 20.1.1983 – II ZR 243/81, ZIP 1983, 297, 298; BGH v. 27.10.1986 – II ZR 240/85, ZIP 1987, 293, 295; BGH v. 7.6.1993 – II ZR 81/92, ZIP 1993, 1074, 1075 f.

5 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 43.

6 BGH v. 5.12.1956 – V ZR 61/56, BGHZ 22, 312, 317.

7 BGH v. 10.4.1978 – II ZR 61/77, NJW 1978, 2505, 2506.

8 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 45.

nicht erfasst<sup>1</sup>. Ein Gesellschaftsvertrag, der den Zweck einer Gesellschaft mit Verwaltung und Verwertung von Grundstücken bezeichnet, einen Erwerb oder Verkauf eines Grundstücks aber nicht bindend festlegt, unterliegt nicht dem Formzwang des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB<sup>2</sup>.

Formbedürftig ist nach § 15 Abs. 4 GmbHG die Verpflichtung zur Übertragung von **GmbH-Anteilen**. Da aus § 15 Abs. 3 GmbHG auch ein Formzwang für die Abtretung eines Übertragungsanspruchs hergeleitet wird<sup>3</sup>, wäre auch die Verpflichtung zur Anspruchsabtretung nach Abs. 4 der Vorschrift formbedürftig. Die Übertragung eines Anteils an einer Gesamthandsgemeinschaft, zu deren Vermögen GmbH-Anteile gehören, ist demgegenüber nicht formbedürftig<sup>4</sup>.

Die **unentgeltliche Zuwendung einer Beteiligung** als Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag bedarf der Beurkundung nach § 518 Abs. 1 BGB<sup>5</sup>. Eine Unentgeltlichkeit liegt aber regelmäßig nicht vor, wenn der Beitretende Tätigkeitsverpflichtungen übernimmt und eine Haftung eingeht<sup>6</sup>. Ein etwaiger Formmangel wird nach § 518 Abs. 2 BGB durch Einräumung der Gesellschafterstellung geheilt<sup>7</sup>.

Formerfordernisse können ferner bei Einbringung des **gesamten Vermögens** in eine Gesellschaft (§ 311b Abs. 2 BGB)<sup>8</sup> oder bei Errichtung einer Handelsgesellschaft durch Eheleute in Gütergemeinschaft<sup>9</sup> auftreten.

#### d) Beteiligung Minderjähriger; Ehegattenzustimmung

Bei Beteiligung **nicht voll geschäftsfähiger Gesellschafter** bedarf der Vertragsschluss durch die für sie auftretenden gesetzlichen Vertreter nach den §§ 1822 Nr. 3, 1643 BGB der familien- oder vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Dies gilt auch für den Eintritt in eine bereits bestehende Gesellschaft, ebenso für ein Ausscheiden aus ihr, da dies als Veräußerung eines

1 BGH v. 31.1.1983 – II ZR 288/81, BGHZ 86, 367, 370 f.; OLG Frankfurt v. 4.10.2006 – 4 U 32/06, NZG 2008, 19, 20. Mitunter wird aber die vorstehende Ansicht dahingehend eingeschränkt, dass § 311b BGB entsprechend anzuwenden ist, wenn „eine bewusste Umgehung“ der Formvorschrift vorliegt, wenn also die formfreie Übertragung von Vermögensgegenständen der alleinige Zweck der Gesamthandsgesellschaft ist, vgl. *Staudinger/Habermeier*, § 719 BGB Rn. 13.

2 BGH v. 2.10.1997 – II ZR 249/96, NJW 1998, 376 f.

3 BGH v. 5.11.1979 – II ZR 83/79, BGHZ 75, 352, 354.

4 OLG Frankfurt v. 4.10.2006 – 4 U 32/06, NZG 2008, 19, 20.

5 BGH v. 2.7.1990 – II ZR 243/89, BGHZ 112, 40, 44 ff.

6 BGH v. 11.5.1959 – II ZR 2/58, WM 1959, 719, 720 f.; BGH v. 25.1.1965 – II ZR 233/62, WM 1965, 359; BGH v. 13.6.1977 – II ZR 150/76, WM 1977, 862, 864.

7 BGH v. 2.7.1990 – II ZR 243/89, BGHZ 112, 40, 46.

8 MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 105 Rn. 142; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 53.

9 BGH v. 10.7.1975 – II ZR 154/72, BGHZ 65, 79, 81 verlangt dafür einen Ehevertrag nach § 1410 BGB.

## § 105

OHG – Errichtung

Teils eines Erwerbsgeschäftes einzuordnen ist<sup>1</sup>. Zum Kündigungsrecht eines volljährig gewordenen Gesellschafters nach § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB i.d.F. des MHbeG v. 25.8.1998<sup>2</sup> vgl. § 128 Rn. 8; siehe auch § 1 Rn. 87 ff.

- 27 Soweit sich ein Gesellschafter zur Einbringung seines gesamten Vermögens in eine Gesellschaft verpflichtet, ist nach § 1365 Abs. 1 BGB zusätzlich zum Formzwang aus § 311b BGB (Rn. 25) die **Einwilligung seines Ehegatten** erforderlich<sup>3</sup>.

## e) Vertragsauslegung

- 28 Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen folgt den **allgemeinen Regeln**; insbesondere gelten die §§ 133, 157 BGB. Es findet damit eine „subjektive Auslegung“ statt. Doch wäre der Grundsatz, dass Personengesellschaftsverträge im Gegensatz zur objektiven (gesetzesähnlichen) Auslegung von Satzungen subjektiv auszulegen sind<sup>4</sup>, ggf. zu modifizieren, wenn die Gesellschaft auf den Wechsel der Gesellschafter abgestellt ist, wie namentlich bei der Publikumpersonengesellschaft (§ 161 Rn. 93)<sup>5</sup>. Bei dieser findet zudem – anders als sonst im Personengesellschaftsrecht – eine materielle Inhaltskontrolle des Vertrages statt (§ 161 Rn. 95). Da Gesellschaftsverträge zu meist auf eine längerfristige Zusammenarbeit ausgelegt sind, kommt dem Umstand, wie die Gesellschafter eine umstrittene Klausel über längere Zeit angewandt haben, für die Auslegung eine besondere Bedeutung zu<sup>6</sup>. Für schriftliche Gesellschaftsverträge gilt – wie für alle über ein Rechtsgeschäft aufgenommenen Urkunden<sup>7</sup> – die Vermutung der Richtigkeit und der Vollständigkeit<sup>8</sup>.

## f) Wirksamkeitsmängel

- 29 Die Wirksamkeit von Gesellschaftsverträgen richtet sich ebenfalls nach den **Vorschriften des bürgerlichen Rechts**. Sind einzelne Vertragsbestimmungen unwirksam, so wird dies allerdings nach dem anzunehmenden Parteiwillen

1 BGH v. 30.4.1955 – II ZR 202/53, BGHZ 17, 160, 164 f.; BGH v. 26.1.1961 – II ZR 240/59, WM 1961, 301, 303.

2 BGBl. I 2487.

3 BGH v. 27.1.1975 – II ZR 170/73, WM 1975, 662; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 149; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 60; Baumbach/Hopt, § 105 Rn. 24.

4 Z.B. BGH v. 16.2.1981 – II ZR 89/79, WM 1981, 438 f.

5 BGH v. 5.11.2007 – II ZR 230/06, ZIP 2007, 2413, 2414; BGH v. 17.7.2006 – II ZR 242/04, NJW 2006, 2854; BGH v. 30.4.1979 – II ZR 57/78, NJW 1979, 2102; Grunewald, ZGR 1995, 68, 89.

6 Vgl. BGH v. 13.3.1989 – II ZR 193/88, NJW-RR 1989, 993, 994; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 149; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 61.

7 BGH v. 5.7.2002 – V ZR 143/01, NJW 2002, 3164 f.; BGH v. 14.10.1999 – III ZR 203/98, ZIP 1999, 1887, 1888.

8 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 62.

regelmäßig nicht zu einer Gesamtnunwirksamkeit des Vertrages nach § 139 BGB führen<sup>1</sup>. Vielfach ergibt sich dies auch aufgrund entsprechender (salvatorischer) Klauseln in Gesellschaftsverträgen. Bei inhaltlich zu weit gehenden und insoweit unwirksamen Regelungen kommt eine geltungserhaltende Reduktion in Betracht<sup>2</sup>.

### g) Vertragsänderungen

Änderungen des Vertrages sind Grundlagengeschäfte und erfordern eine entsprechende Willensübereinstimmung der Gesellschafter, sofern sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrag etwas anderes ergibt (zu den gesellschaftsvertraglichen Grenzen der Mehrheitsherrschaft siehe § 119 Rn. 16 ff.). Auch sie können grundsätzlich konkludent geschehen<sup>3</sup>, so z.B., wenn alle Gesellschafter an der Anmeldung der Änderung zur Eintragung in das Handelsregister mitwirken<sup>4</sup>, oder bei einer vom ursprünglichen Vertrag abweichenden (längeren) Praxis in der Gesellschaft<sup>5</sup>. Allerdings gelten die Ausnahmen vom Grundsatz der Formfreiheit (vgl. oben Rn. 22 ff.) auch hier.

Eine **familien- oder vormundschaftsgerichtliche Genehmigung** einer Vertragsänderung nach den §§ 1822 Nr. 3, 1643 BGB ist regelmäßig nicht erforderlich<sup>6</sup>, es sei denn, die Änderung wirkt sich vergleichbar wie der Eintritt oder das Ausscheiden des durch das Genehmigungsbedürfnis betroffenen Gesellschafters aus. Soll dieser aus einer Kommanditbeteiligung in die Position eines Vollhafters hinüberwechseln, ist § 1822 Nr. 10 BGB maßgeblich<sup>7</sup>.

Sieht der **Gesellschaftsvertrag** für Änderungen die **Schriftform** (§ 127 BGB) vor, so ist streitig, ob die Nichtbeachtung der Form zur Unwirksamkeit gemäß § 125 S. 2 BGB führt<sup>8</sup>. Ob eine Schriftformklausel Wirksamkeitsvoraussetzung für Vertragsänderungen sein soll, ist letztlich durch Auslegung zu ermitteln<sup>9</sup>. Da sich jedoch die Vertragsparteien einvernehmlich über eine ge-

1 BGH v. 5.2.1968 – II ZR 85/67, BGHZ 49, 364, 365; BGH v. 8.4.1976 – II ZR 203/74, WM 1976, 1027, 1029.

2 BGH v. 19.9.1988 – II ZR 329/87, BGHZ 105, 213, 220; BGH v. 5.6.1989 – II ZR 227/88, BGHZ 107, 351, 355 ff.

3 BGH v. 18.4.2005 – II ZR 55/03, NZG 2005, 625; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 163; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 65; Wertensbruch, NZG 2005, 665, 666.

4 BGH v. 17.9.1984 – II ZR 208/83, WM 1984, 1605, 1606; BGH v. 13.5.1985 – II ZR 196/84, WM 1985, 1229.

5 BGH v. 17.1.1966 – II ZR 8/64, NJW 1966, 826, 827; BGH v. 21.2.1978 – KZR 6/77, BGHZ 70, 331, 332; BGH v. 29.3.1996 – II ZR 263/94, BGHZ 132, 263, 271.

6 BGH v. 30.4.1955 – II ZR 202/53, BGHZ 17, 160, 163; BGH v. 20.9.1962 – II ZR 209/61, BGHZ 38, 26, 28; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 159.

7 Staub/Ulmer, § 105 Rn. 85; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 159.

8 Bejahend: Staub/Ulmer, § 105 Rn. 179; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 162; Heymann/Emmerich, § 105 Rn. 21; verneinend: BGH v. 5.2.1968 – II ZR 85/67, BGHZ 49, 364, 365; differenzierend: Baumbach/Hopt, § 105 Rn. 63.

9 Baumbach/Hopt, § 105 Rn. 63.

## § 105

OHG – Errichtung

willkürte Schriftform hinwegsetzen können<sup>1</sup>, wird eine formlose Vertragsänderung im Ergebnis regelmäßig Geltung erlangen.

- 33 Aus der gesellschaftlichen **Treuepflicht** (dazu § 109 Rn. 12 ff.) kann ausnahmsweise die Verpflichtung der Gesellschafter folgen, einer im Interesse der Gesellschaft und der Gesellschafter gebotenen und **zumutbaren Vertragsanpassung zuzustimmen**<sup>2</sup>. Voraussetzung hierfür ist, dass die Vertragsänderung objektiv im Interesse der Gesellschaft und der Gesellschafter (dringend) geboten und außerdem für den in Frage stehenden Gesellschafter zumutbar ist. In Frage kommt insoweit – vorbehaltlich der Umstände des Einzelfalls – etwa der Austritt eines Mitgesellschafters im allseitigen Interesse<sup>3</sup>, die Erhöhung des Kommanditkapitals<sup>4</sup>, die Änderung der Geschäftsführungsregeln, die Heraufsetzung der Tätigkeitsvergütung<sup>5</sup> oder die Vorwegnahme der Nachfolgeregelung für den Todesfall<sup>6</sup>. Ein zu Unrecht widersprechender Gesellschafter muss ggf. durch Klage zur Zustimmung (§ 894 ZPO) angehalten werden (anders in der Publikumsgesellschaft, vgl. § 161 Rn. 119)<sup>7</sup>.

## h) Anwendbare Grundsätze/Vorschriften

- 33a Anwendung findet auf den Gesellschaftsvertrag der Grundsatz der Vertragsfreiheit (hierzu und zu den Grenzen siehe § 109 Rn. 1 ff.). Keine Anwendung findet die AGB-Kontrolle nach §§ 307 ff. BGB (siehe § 310 Abs. 4 BGB). Zum Vertragsabschluss siehe oben Rn. 16, zur Auslegung siehe oben Rn. 28, zu § 139 BGB vgl. oben Rn. 29. Anwendung finden grundsätzlich auch die allgemeinen Grundsätze des Schuldrechts, sofern sich nicht aus den §§ 105 ff. Sonderregelungen ergeben<sup>8</sup>. Da aber der Gesellschaftsvertrag nicht auf den Austausch gegenseitiger Leistungen zwischen den Gesellschaftern gerichtet ist, sondern die wechselseitige Förderung des gemeinsamen Zwecks zum Gegenstand hat und darüber hinaus auch als Organisationsvertrag zu qualifi-

1 BGH v. 7.2.1972 – II ZR 169/69, BGHZ 58, 115, 118 f.; BGH v. 2.3.1978 – III ZR 99/76, BGHZ 71, 162, 164; BGH v. 29.3.1996 – II ZR 263/94, BGHZ 132, 263, 269 f.; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 66; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 105 Rn. 162.

2 BGH v. 28.4.1975 – II ZR 16/73, BGHZ 64, 253, 257; BGH v. 5.11.1984 – II ZR 111/84, WM 1985, 195; BGH v. 19.11.1984 – II ZR 102/84, WM 1985, 256, 257; zu weiteren Einzelfällen: BGH v. 26.1.1961 – II ZR 240/59, WM 1961, 301, 302; BGH v. 18.3.1974 – II ZR 80/72, WM 1974, 831, 833; BGH v. 20.10.1986 – II ZR 86/85, ZIP 1987, 166, 167; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 105 Rn. 164; *K. Schmidt*, GesR, § 5 IV.

3 BGH v. 26.1.1961 – II ZR 240/59, NJW 1961, 724 f.

4 *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 105 Rn. 164.

5 BGH v. 10.6.1965 – II ZR 6/63, NJW 1965, 1960.

6 BGH v. 8.11.2004 – II ZR 350/02, NJW-RR 2005, 263, 264.

7 *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 71; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 105 Rn. 166.

8 *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 105 Rn. 156; *Staub/Ulmer*, § 105 Rn. 146; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 77.

zieren ist (oben Rn. 17), finden die §§ 320 ff. BGB grundsätzlich keine Anwendung (siehe auch unten Rn. 74)<sup>1</sup>. So kann beispielsweise der Gesellschafter seine Beitragspflicht nicht mit der Begründung verweigern, dass die übrigen Gesellschafter ihrer Beitragspflicht auch noch nicht nachgekommen seien. Damit würde nämlich letztlich das Gesamtschuldnerverhältnis außer Vollzug gesetzt, was aber – nach Ingangsetzung der Gesellschaft – allein den gesellschaftsrechtlichen Regelungen vorbehalten ist.

Der Abschluss des Gesellschaftsvertrages der OHG ist grundsätzlich kein Handelsgeschäft; denn der Gesellschafter ist nicht Kaufmann (siehe oben Rn. 7). Auch finden die Vorschriften über Handelsgeschäfte insoweit keine entsprechende Anwendung. Ausnahmsweise ist der Abschluss des Gesellschaftsvertrages aber dann als Handelsgeschäft anzusehen, wenn der Gesellschafter bereits Kaufmann ist und im Betrieb dieses Handelsgewerbes die Geschäftsbeteiligung eingeht<sup>2</sup>. 33b

## 2. Umwandlungstatbestände

### a) Umwandlung einer Personengesellschaft

Eine OHG kann außer durch Gründungsvertrag dadurch entstehen, dass eine **KG oder GbR zur OHG** wird, im ersten Fall durch Wegfall der Kommanditisten oder Umwandlung ihrer Beteiligungen in solche als Vollhafter, im zweiten Fall durch Aufnahme eines Handelsgewerbes i.S.v. § 1 Abs. 2 (vgl. Rn. 8). 34

### b) Formwechsel

Ebenfalls entsteht eine OHG durch eine formwechselnde Umwandlung einer Kapitalgesellschaft (§§ 190 ff. UmwG). 35

### c) Verschmelzung, Spaltung

Ferner kann es zu einer OHG im Wege eine Verschmelzung durch Neugründung (§ 2 UmwG) oder eines der Tatbestände der Spaltung (§ 123 UmwG) kommen. 36

### d) Umwandlung einer Erbengemeinschaft

Eine Erbengemeinschaft kann nicht ohne einen speziellen **Gründungsvertrag** in eine Personenhandelsgesellschaft übergehen. Derartiges findet auch nicht nach Ablauf der Dreimonatsfrist in § 27 Abs. 2 statt<sup>3</sup>. Soweit eine Erbengemeinschaft das ererbte Unternehmen weiterbetreibt, kommt vielmehr 37

1 OLG München v. 28.7.2000 – 23 U 4359/99, ZIP 2000, 2256, 2257; MünchHdbGesR I/v. *Falkenhausen/Schneider*, § 60 Rn. 71 f.; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 79; *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 48. Im Ergebnis auch Münch-KommHGB/K. *Schmidt*, § 105 Rn. 186.

2 *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 49.

3 So aber *Rob. Fischer*, ZHR 144 (1980), 1, 12 ff.

für die Vertretung und die Haftung eine analoge Geltung der OHG-Vorschriften zum Zuge<sup>1</sup>.

### 3. Fehlerhafte Gesellschaft

#### a) Tatbestand

- 38 Rechtsprechung und Wissenschaft haben den allgemeinen Grundsatz entwickelt, dass eine Unwirksamkeit der für die Entstehung eines Verbandes konstituierenden Einigung dem **Bestand** der gleichwohl in **Vollzug gesetzten Organisation** nicht entgegenstehen kann<sup>2</sup>. Die hier maßgeblichen Gesichtspunkte haben die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft begründet, die von der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen und der Vertrauenshaftung verschieden und damit zu unterscheiden ist<sup>3</sup>. Im Mittelpunkt der Lehre stehen die Wertungsgesichtspunkte des Bestands- und des Verkehrsschutzes<sup>4</sup>.

#### aa) Fehlerhaftigkeit

- 39 Der Tatbestand der fehlerhaften Gesellschaft setzt den Abschluss eines (unwirksamen) **Gesellschaftsvertrages** voraus<sup>5</sup>. Worauf die Fehlerhaftigkeit beruht, ist im Grundsatz gleichgültig. In Betracht kommen etwa die Anfechtungstatbestände<sup>6</sup>, Formmängel<sup>7</sup> bzw. offener oder versteckter Dissens<sup>8</sup>. Fehlt es überhaupt an einem Vertrag bzw. an dem Willen der Parteien, ihre Rechtsbeziehungen nach gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten zu regeln<sup>9</sup>, entsteht gar keine Gesellschaft. Eine nur tatsächliche Gemeinschaft ohne Rücksicht auf jegliche Vertragsgrundlage reicht mithin nicht aus<sup>10</sup>.
- 40 Weiterhin muss der Vertrag an **Wirksamkeitsmängeln** leiden, die ihn insgesamt nichtig oder unwirksam machen. Die bloße Unwirksamkeit einzelner Teile, die nicht (über § 139 BGB) eine Gesamtunwirksamkeit zur Folge

1 *Manfred Wolf*, AcP 81 (1981), 495 ff.; *K. Schmidt*, NJW 1985, 2785, 2788 ff.

2 RGZ 165, 193, 203 ff.; BGH v. 24.10.1951 – II ZR 18/51, BGHZ 3, 285, 288 f.; BGH v. 29.6.1970 – II ZR 158/69, BGHZ 55, 5, 8; BGH v. 16.10.2006 – II ZB 32/05, NZG 2007, 69. Für einen Überblick über die Rspr. siehe *Goette*, DStR 1996, 266 f. Für die steuerrechtlichen Konsequenzen dieser Rspr. siehe OLG Hamm v. 12.4.2007 – 27 U 190/06, NZG 2008, 24, 25.

3 Siehe hierzu MünchKommHGB/*K. Schmidt*, § 105 Rn. 230 f.

4 MünchKommHGB/*K. Schmidt*, § 105 Rn. 232.

5 BGH v. 28.11.1953 – II ZR 188/52, BGHZ 11, 190 f.; BGH v. 10.11.1975 – II ZR 94/73, WM 1976, 180, 181; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 176; MünchKommHGB/*K. Schmidt*, § 105 Rn. 234.

6 BGH v. 19.12.1974 – II ZR 27/73, BGHZ 63, 338, 344; vgl. auch *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 177.

7 BGH v. 29.6.1992 – II ZR 284/91, NJW 1992, 2696, 2697 f.

8 BGH v. 14.10.1991 – II ZR 212/90, NJW 1992, 1501, 1502.

9 BGH v. 14.10.1991 – II ZR 212/90, NJW 1992, 1501, 1502.

10 BGH v. 16.10.2006 – II ZB 32/05, NZG 2007, 69, 70.

hat, führt nicht zur Fehlerhaftigkeit der Gesellschaft<sup>1</sup>. Vielmehr kommen dann andere Möglichkeiten in Betracht (Auflösung, Heilung, ergänzende Vertragsauslegung, Anspruch auf Vertragsergänzung u.a.m.).

### bb) Vollzug

Erforderlich ist sodann, dass die gesellschaftliche Organisation **in Vollzug gesetzt** ist<sup>2</sup>. Wann dies der Fall ist, ist im Einzelnen nicht immer klar. Doch sind hier keine sehr hohen Anforderungen zu stellen<sup>3</sup>. Die Eintragung und Bekanntmachung der Gesellschaft erfüllt – auch wenn sonstige Vollzugshandlungen fehlen – den Vollzugstatbestand. Sie ist eine klare Manifestation, dass die Gesellschaft „in der Welt“ ist<sup>4</sup>. Auch reicht es aus, dass mit dem Geschäftsbetrieb begonnen wird<sup>5</sup>, sei es auch nur durch vorbereitende Geschäfte<sup>6</sup>. Ebenso reichen Leistungen der Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen aus<sup>7</sup>, aber auch die Vornahme (anderer) innerer Verbandsakte, etwa Beschlussfassungen<sup>8</sup>, setzt die Gesellschaft in Vollzug. Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags als solcher bzw. reine Planungsmaßnahmen reichen demgegenüber nicht aus<sup>9</sup>. Ferner muss die Inangasetzung der Gesellschaft den Gesellschaftern (durch Mitwirkung, Duldung, Veranlassung, Vertretung, etc.) auch zurechenbar sein<sup>10</sup>.

### b) Entgegenstehende Schutzinteressen

Kontroversen bestehen zu der Frage, ob **besondere Schutzinteressen** der Allgemeinheit oder bestimmter Beteiligten der Anerkennung einer fehlerhaften Gesellschaft entgegenstehen können, wie dies die h.M. teilweise annimmt<sup>11</sup>.

1 BGH v. 30.3.1967 – II ZR 101/65, BGHZ 47, 293, 301; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 235; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 175.

2 BGH v. 21.3.2005 – II ZR 310/03, NJW 2005, 1784, 1785; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 236.

3 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 178.

4 MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 236; siehe auch Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 179; Goette, DStR 1996, 266, 268; a.A. Staub/Ulmer, § 105 Rn. 343; Schlegelberger/K. Schmidt, § 105 Rn. 209.

5 BGH v. 11.11.1991 – II ZR 287/90, BGHZ 116, 37, 40.

6 BGH v. 12.5.1954 – II ZR 167/53, BGHZ 13, 320, 321 f.; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 236.

7 RGZ 166, 51, 58 f.; BGH v. 12.5.1954 – II ZR 167/53, BGHZ 13, 320, 321 f.; BGH v. 21.3.2005 – II ZR 310/03, NJW 2005, 1784, 1785.

8 MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 236.

9 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 180.

10 MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 236; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 181.

11 BGH v. 21.3.2005 – II ZR 310/03, NJW 2005, 1784, 1785; BGH v. 20.3.1986 – II ZR 75/85, BGHZ 97, 243, 250; BGH v. 16.12.2002 – II ZR 109/01, NZG 2003, 277, 278 f. Grundsätzlich kritisch hierzu: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 182; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 237 ff.; K. Schmidt, GesR, § 6 III 3; Schwintowski, NJW 1988, 937 ff.

## § 105

OHG – Errichtung

- 43 Dies wird vor allem bei Gesellschaftsverträgen bejaht, die gegen ein **gesetzliches Verbot** verstoßen oder **sittenwidrig** sind und deshalb nichtig sind<sup>1</sup>, ebenso bei einem Verstoß gegen § 1 GWB<sup>2</sup>.
- 44 Anerkannt ist darüber hinaus der Schutz nicht wirksam am Vertrag beteiligter **Minderjähriger**<sup>3</sup>, aber auch anderer nicht vollgeschäftsfähiger Personen<sup>4</sup>. Doch wird dabei nicht von einer Unwirksamkeit des gesamten Vertrages, sondern nur der Beteiligung des Minderjährigen ausgegangen<sup>5</sup>. Andere gehen von einem wirksamen Beitritt aus, lassen aber alle nachteiligen Folgen, auch eine Haftung, für den Minderjährigen entfallen<sup>6</sup>.
- 45 Hingegen wird ein wirksamer Beitritt für einen durch **arglistige Täuschung** oder **widerrechtliche Drohung** (§ 123 BGB) zur Beteiligung gebrachten Gesellschafter angenommen<sup>7</sup>. Dies hat namentlich für die Publikumsgesellschaft Bedeutung erlangt (§ 161 Rn. 111). Der Beigetretene kann seine Zugehörigkeit auch nicht durch eine Anfechtung beseitigen<sup>8</sup>, sondern hätte lediglich das Recht, die Auflösung der Gesellschaft oder sein Ausscheiden zu verlangen; auch ein Recht zur Verweigerung übernommener Leistungspflichten hätte er nicht ohne weiteres<sup>9</sup>.

## c) Rechtsfolgen

- 46 Vor Invollzugsetzen können Mängel des Gesellschaftsvertrages mit Rückwirkung geltend gemacht werden. Die fehlerhafte (in Vollzug gesetzte) Gesellschaft ist dagegen **sowohl nach innen als auch nach außen wirksam**<sup>10</sup>. Die Außenhaftung nach §§ 130, 128 greift ein, ohne dass es auf den guten Glauben des Dritten als Gläubiger oder die Fehlerhaftigkeit seitens des Gesellschafters ankommt<sup>11</sup>. Doch gibt die Fehlerhaftigkeit in aller Regel einen

1 BGH v. 25.3.1974 – II ZR 63/72, BGHZ 62, 234, 240 f.; BGH v. 24.9.1979 – II ZR 95/78, BGHZ 75, 214, 217 f.; BGH v. 20.3.1986 – II ZR 75/85, BGHZ 97, 243, 250; BGH v. 16.12.2002 – II ZR 109/01, NZG 2003, 277, 279.

2 OLG Hamm v. 13.3.1986 – 4 W 43/86, NJW-RR 1986, 1487, 1488; *Staub/Ulmer*, § 105 Rn. 355; *Paschke*, ZHR 155 (1991), 1, 21.

3 BGH v. 30.4.1955 – II ZR 202/53, BGHZ 17, 160, 167 f.; BGH v. 20.9.1962 – II ZR 209/61, BGHZ 38, 26, 29; BGH v. 30.9.1982 – II ZR 58/81, NJW 1983, 748.

4 BGH v. 17.2.1992 – II ZR 100/91, WM 1992, 693, 694.

5 So die Rechtsprechung; vgl. auch *Staub/Ulmer*, § 105 Rn. 348, 350.

6 MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 105 Rn. 239; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 183; auch *A. Hueck*, Das Recht der OHG, S. 95.

7 BGH v. 8.11.1965 – II ZR 267/64, BGHZ 44, 235, 236; BGH v. 19.12.1974 – II ZR 27/73, BGHZ 63, 338, 344; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 184; MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 105 Rn. 240; *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 80.

8 BGH v. 6.2.1958 – II ZR 210/56, BGHZ 26, 330, 335; BGH v. 19.12.1974 – II ZR 27/73, BGHZ 63, 338, 344.

9 BGH v. 6.2.1958 – II ZR 210/56, BGHZ 26, 330, 335; *Staub/Ulmer*, § 105 Rn. 372.

10 BGH v. 18.1.1988 – II ZR 140/87, NJW 1988, 1324; BGH v. 21.3.2005 – II ZR 310/03, NJW 2005, 1784, 1785.

11 BGH v. 8.11.1965 – II ZR 267/64, BGHZ 44, 235, 236 f.; BGH v. 30.9.1982 – II ZR 58/81, NJW 1983, 748.

**wichtigen Grund für ein Auflösungs- oder Austrittsverlangen** ab<sup>1</sup>. Die für eine Täuschung oder Drohung verantwortlichen Gesellschafter können von dem Betroffenen u.U. auf Ausschließung (§ 140)<sup>2</sup> oder auf Schadensersatz<sup>3</sup> belangt werden. Grundsätzlich muss der wichtige Grund durch Klage geltend gemacht werden<sup>4</sup>. Soweit jedoch der Gesellschaftsvertrag Kündigungsmöglichkeiten vorsieht, kommt ein Kündigungsrecht ggf. auch bei Fehlerhaftigkeit der Gesellschaft in Frage<sup>5</sup>.

#### d) Geltung der Grundsätze für andere Rechtsvorgänge

Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft haben nicht nur für die Entstehung der Gesellschaft, sondern **auch für andere Rechtsvorgänge** Bedeutung: 47

So gelten sie insbesondere für den **fehlerhaften, aber vollzogenen Beitritt** zu einer bestehenden Gesellschaft<sup>6</sup>, etwa bei Fehlen einer Vollmacht<sup>7</sup> oder bei einem versteckten Dissens<sup>8</sup>. Ein Beitrittsvollzug setzt die Schaffung von Rechtstatsachen voraus, an denen die Rechtsordnung nicht vorbeigehen kann, z.B. die Leistung von Beiträgen oder die Ausübung von Gesellschafterrechten<sup>9</sup>. Der fehlerhafte Beitritt kann nur für die Zukunft durch Austritt, ggf. aufgrund Kündigung, rückgängig gemacht werden<sup>10</sup>. U.U. kann sich aus § 242 BGB ergeben, dass der fehlerhaft eingetretene Gesellschafter seine Mitgliedschaftsrechte nicht geltend machen kann<sup>11</sup>. 48

Entsprechendes gilt auch für den **fehlerhaften Austritt**<sup>12</sup>, der mit der Anwachsung der Beteiligung bei den anderen Gesellschaftern aufgrund bestimmter Vollzugsmaßnahmen als eingetreten anzusehen sein wird<sup>13</sup>. Hier hätte der ausgeschiedene Gesellschafter – unter dem Vorbehalt des § 242 49

1 BGH v. 24.10.1951 – II ZR 18/51, BGHZ 3, 285, 290 ff.; BGH v. 30.3.1967 – II ZR 101/65, BGHZ 47, 293, 300; MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 105 Rn. 246.

2 BGH v. 30.3.1967 – II ZR 101/65, BGHZ 47, 293, 300 f.

3 BGH v. 29.11.2004 – II ZR 6/03, DStR 2005, 295, 296 f.; BGH v. 19.7.2004 – II ZR 354/02, NZG 2004, 961 f.

4 BGH v. 24.10.1951 – II ZR 18/51, BGHZ 3, 285, 290 ff.; BGH v. 19.12.1974 – II ZR 27/73, BGHZ 63, 338, 345.

5 BGH v. 24.1.1974 – II ZR 158/72, WM 1974, 318, 319; siehe auch BGH v. 30.3.1967 – II ZR 101/65, BGHZ 47, 293, 301 f. zu weiteren Fällen.

6 BGH v. 8.11.1965 – II ZR 267/64, BGHZ 44, 235, 236; BayObLG v. 5.10.1989 – BReg 3 Z 114/89, NJW-RR 1990, 476; OLG Köln v. 14.6.2007 – 19 U 117/05, ZIP 2007, 2212 f.; MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 105 Rn. 248.

7 BGH v. 12.10.1987 – II ZR 251/86, ZIP 1988, 512, 513.

8 BGH v. 14.10.1991 – II ZR 212/90, ZIP 1992, 247, 248.

9 BGH v. 10.4.1978 – II ZR 61/77, WM 1978, 752, 754; BGH v. 14.10.1991 – II ZR 212/90, ZIP 1992, 247, 249.

10 BGH v. 6.2.1958 – II ZR 210/56, BGHZ 26, 330, 334 f.; BGH v. 8.11.1965 – II ZR 267/64, BGHZ 44, 235, 236; BGH v. 19.12.1974 – II ZR 27/73, BGHZ 63, 338, 345 f.

11 MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 105 Rn. 248.

12 BGH v. 14.1.1969 – II ZR 142/67, WM 1969, 791, 792; BGH v. 13.3.1975 – II ZR 154/73, WM 1975, 512, 514; BGH v. 17.2.1992 – II ZR 100/91, WM 1992, 693, 694 f.

13 MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 105 Rn. 249; *Staub/Ulmer*, § 105 Rn. 374.

## § 105

## OHG – Errichtung

BGB – einen Wiederaufnahmeanspruch<sup>1</sup>. Zu beachten ist, dass ein Ausscheiden aufgrund einer einseitigen Hinauskündigung eines Gesellschafters, die unwirksam ist, nicht ohne eine Mitwirkungshandlung des Betroffenen als vollzogen zu bewerten ist<sup>2</sup>.

- 50 Auch die **fehlerhafte Auflösung** wird nach vergleichbaren Regeln behandelt<sup>3</sup>.
- 51 Dies gilt ferner auch für eine (vollzogene) **fehlerhafte Vertragsänderung**<sup>4</sup>, die aber vom BGH<sup>5</sup> abweichend nur bei Statusänderungen (z.B. Änderungen der Geschäftsführungsbefugnis, Stimmrechte oder Hafteinlagen)<sup>6</sup> den genannten Grundsätzen unterworfen wird.
- 52 In Betracht kommt ferner (als dem Fall des fehlerhaften Beitritts vergleichbar) auch die **fehlerhafte Anteilsumwandlung**, etwa einer Komplementärbeitteilung in eine solche als Kommanditist<sup>7</sup>.
- 53 Hingegen gelten die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft **nicht** für die Fälle der **fehlerhaften Rechtsnachfolge** im Gesellschaftsanteil, sei es bei einer Anteilsübertragung oder einer Gesamtrechtsnachfolge<sup>8</sup>. Hier bleibt es bei der Gesellschafterstellung des Veräußerers. Für einen Schutz der Gesellschaft oder anderer Betroffener lassen sich aber die §§ 413, 409 BGB heranziehen<sup>9</sup>.

#### 4. Schein-OHG

##### a) Tatbestand

- 54 Liegt eine OHG i.S. der erörterten Voraussetzungen – auch als fehlerhafte Gesellschaft – nicht vor und führt auch § 5 nicht zur Annahme einer Handelsgesellschaft, so kann ggf. gleichwohl der Rechtsschein einer OHG entstehen und zu Folgerungen führen. Dies ist aufgrund der Wirkungen der

1 BGH v. 14.4.1969 – II ZR 142/67, NJW 1969, 1483; *Staub/Ulmer*, § 105 Rn. 375; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 105 Rn. 249.

2 *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 105 Rn. 249.

3 *Staub/Ulmer*, § 105 Rn. 367; *Heymann/Emmerich*, § 131 Rn. 36 f.; teilw. abw. Ansatz bei *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 105 Rn. 251; a.A. *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 205.

4 *Staub/Ulmer*, § 105 Rn. 365; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 204; *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 91; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 105 Rn. 252.

5 BGH v. 10.12.1973 – II ZR 53/72, BGHZ 62, 20, 28 f.; BGH v. 21.10.1955 – V ZR 217/54, WM 1955, 1702, 1703 f.

6 *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 252.

7 *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 105 Rn. 253.

8 So (unter Aufgabe der früheren abw. Rechtsprechung) BGH v. 22.1.1990 – II ZR 25/89, ZIP 1990, 371, 374; OLG Hamm v. 12.4.2007 – 27 U 190/06, NZG 2008, 24; vgl. zuvor bereits *K. Schmidt*, BB 1988, 1053 ff.

9 *K. Schmidt*, BB 1988, 1053, 1060; auch in *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 105 Rn. 256.

**Handelsregisterpublizität** (§ 15 Abs. 1, 3) möglich, aber auch dadurch, dass die Gesellschafter den **Rechtsschein** einer bestehenden OHG veranlassen oder dulden<sup>1</sup>. Ein solcher Rechtsschein entsteht insbesondere, wenn eine KG zu Unrecht als OHG im Handelsregister eingetragen ist oder eine GbR als OHG auftritt (siehe zu diesem Fragenkreis auch § 5 Rn. 37 ff.).

#### b) Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen bestimmen sich dahin, dass die Gesellschaft (anders, wenn eine solche überhaupt fehlt) gegenüber den **auf den Rechtsschein vertrauenden Dritten** so behandelt wird, als handele es sich um eine OHG<sup>2</sup>. Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft finden keine Anwendung. Die Gesellschafter trifft eine Haftung wie Gesellschafter einer OHG, u.U. also auch bei einem Kommanditisten<sup>3</sup>. Das gilt jedoch nur zu Lasten der Gesellschafter, die den Rechtsschein zurechenbar veranlasst haben. Die Schein-OHG/KG ist als solche nicht parteifähig. Vielmehr sind Anspruch und Klage gegen den dahinter stehenden Rechtsträger zu richten<sup>4</sup>.

#### c) Scheingesellschafter

Im Falle eines Scheingesellschafters, d.h. eines nur scheinbaren Gesellschafters einer wirklichen oder nur scheinbaren Gesellschaft, kann es unter den Voraussetzungen von § 15 Abs. 1, 3 sowie bei einem sonst von ihm veranlassten oder geduldeten Rechtsschein ebenfalls zu einer Haftung nach OHG-Regeln kommen<sup>5</sup>. Eine solche Haftung kann auch einen Kommanditisten treffen, der den Anschein einer unbeschränkten Haftung entstehen lässt<sup>6</sup>. § 130 ist jedoch auf den Scheingesellschafter nicht anwendbar. Hintergrund des § 130 ist, dass ein eintretender Gesellschafter dieselben Zugriffsmöglichkeiten auf das Gesellschaftsvermögen erhält wie der Altgesellschafter und daher sinnvoller Weise in dasselbe Haftungsregime wie der Altgesellschafter einzubeziehen ist. Diese Überlegungen greifen aber nicht, wenn nur der Anschein einer Gesellschafterstellung erweckt wird. Eine Haftung für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft, die vor Setzung des Rechtsscheins einer Gesellschafterstellung entstanden sind, ist daher abzulehnen<sup>7</sup>.

1 BGH v. 27.5.1953 – II ZR 171/52, NJW 1953, 1220; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 207.

2 BGH v. 25.6.1973 – II ZR 133/70, BGHZ 61, 59, 67 f.; BGH v. 26.11.1979 – II ZR 256/78, WM 1980, 102.

3 BGH v. 8.5.1972 – II ZR 170/69, WM 1972, 822; BGH v. 6.4.1987 – II ZR 101/86, WM 1987, 689, 690.

4 *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 209.

5 BGH v. 11.3.1955 – I ZR 82/53, BGHZ 17, 13, 15; OLG Saarbrücken v. 22.12.2005 – 8 U 91/05; NJW 2006, 2862, 2863.

6 Vgl. im Einzelnen BGH v. 8.5.1978 – II ZR 97/77, BGHZ 71, 354, 356 f.; BGH v. 8.5.1972 – II ZR 170/69, WM 1972, 822; BGH v. 8.7.1976 – II ZR 211/74, WM 1976, 1084, 1085; BGH v. 6.10.1977 – II ZR 4/77, WM 1977, 1405, 1406 f.

7 OLG Saarbrücken v. 22.12.2005 – 8 U 91/05, NJW 2006, 2862, 2863 f.

## § 93

## Handelsmakler

wegen Drohung, wenn nur durch den Verzicht des Maklers der Vertragsabschluss zu erreichen war<sup>1</sup>. Handelt der Auftraggeber völlig selbständig einen höheren Preis als vor ihm der Makler aus, so soll sich der Provisionsanspruch ausnahmsweise nach dem ursprünglich niedrigeren Preis richten können<sup>2</sup>. Spätere Veränderungen des vereinbarten Preises lassen den Lohnanspruch, wenn nicht etwas anderes vereinbart ist oder den Umständen nach als vereinbart zu gelten hat, im Zweifel unberührt<sup>3</sup>. Zur gerichtlichen Festsetzung einer angemessenen Provision kann es kommen, wenn die Parteien vereinbaren, dass bei Erzielung eines höheren als des angenommenen Preises „über eine Provision separat verhandelt werden“ müsste, dann aber zu keiner Einigung gelangen<sup>4</sup>. Zu sog. „Tip-Provisionen“<sup>5</sup> s. *Dehner*, NJW 2000, 1986, 1993 f.

## c) Verjährung

- 85 Der Provisionsanspruch verjährt für den Zivil- wie den Handelsmakler gleichermaßen in drei Jahren (§ 195 BGB). Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Makler von den anspruchsbegründenden Umständen (regelmäßig der Abschluss des Hauptvertrages) Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen (§ 199 BGB).

## § 93

## Begriff

**(1) Wer gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittlung von Verträgen über Anschaffung oder Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Schiffsmiete oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt, hat die Rechte und Pflichten eines Handelsmaklers.**

**(2) Auf die Vermittlung anderer als der bezeichneten Geschäfte, insbesondere auf die Vermittlung von Geschäften über unbewegliche Sachen, finden, auch wenn die Vermittlung durch einen Handelsmakler erfolgt, die Vorschriften dieses Abschnitts keine Anwendung.**

**(3) Die Vorschriften dieses Abschnitts finden auch Anwendung, wenn das Unternehmen des Handelsmaklers nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.**

1 BGH v. 28.5.1969 – IV ZR 790/68, NJW 1969, 1627.

2 OLG Nürnberg v. 5.8.1976 – 2 U 196/75, MDR 1977, 52.

3 BGH v. 10.11.1976 – IV ZR 129/75, WM 1977, 21, 23.

4 BGH v. 6.7.1994 – IV ZR 101/93, WM 1994, 1984; dazu *Dehner*, NJW 1997, 23.

5 OLG Düsseldorf v. 28.11.1997 – 7 U 77/97, NJW-RR 1998, 1667 und v. 24.3.1995 – 7 U 67/94, NJW-RR 1996, 1011.

## Übersicht

	Rn.		Rn.
<b>I. Handelsmakler und Handelsmaklervertrag – Begriffsbestimmungen</b>	1	2. Gegenstände des Handelsverkehrs	
		a) Begriffsbestimmung . . . . .	5
<b>II. Bedeutung und Tragweite der §§ 93 ff.</b>	3	b) Einzelne typische Gruppen von Handelsmaklern . . . . .	6
		c) Sonderstellung des Versicherungsmaklers . . . . .	7
<b>III. Die einzelnen Begriffsmerkmale des Handelsmaklers und ihre Tragweite</b>		3. Vermittlung . . . . .	11
1. Gewerbsmäßigkeit der Vermittlungstätigkeit . . . . .	4	4. Rechtsfolge des Fehlens eines der Merkmale zu 1 bis 3 . . . . .	12
		5. Fehlen ständiger Betrauung . . . . .	13

### I. Handelsmakler und Handelsmaklervertrag – Begriffsbestimmungen

§ 93 definiert den Kaufmannstypus des Handelsmaklers und umreißt zugleich mittelbar das Rechtsverhältnis des Handelsmaklervertrages, für den es in §§ 94 ff. einige Sonderregeln gegenüber dem allgemeinen Maklervertrag des BGB aufstellt. 1

**Handelsmakler** ist danach, wer gewerbsmäßig ohne ständige Betrauung Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs vermittelt. **Handelsmaklervertrag** ist der einem solchen Makler erteilte Auftrag zur Vermittlung eines Geschäftes über einen Gegenstand des Handelsverkehrs. 2

### II. Bedeutung und Tragweite der §§ 93 ff.

Ein Auftrag (s. Rn. 2) an einen Handelsmakler löst die besonderen **Rechte und Pflichten der §§ 94 ff.** ohne Rücksicht darauf aus, ob sich der Auftraggeber oder sein Vertragspartner, die nicht Kaufleute zu sein brauchen, bewusst sind, dass der Vertrag rechtlich als Handelsmaklervertrag zu qualifizieren ist. Weitere Rechtsfolgen sind damit nicht verbunden. Insbesondere gelten auch für den Handelsmaklervertrag die allgemeinen Rechtsregeln des Maklerrechts des BGB (§§ 652 ff. BGB, vgl. dazu Vor § 93 Rn. 11 ff.), soweit sie nicht – was allerdings nur teilweise der Fall ist – gerade durch die Sondervorschriften der §§ 94 ff. verdrängt oder modifiziert wurden, sowie etwa einschlägige sondergesetzliche Vorschriften (vgl. dazu Vor § 93 Rn. 10). Wird einem Handelsmakler ein Auftrag, der nicht die besonderen Voraussetzungen des Handelsmaklervertrages erfüllt, oder einem Zivilmakler ein Handelsmaklerauftrag erteilt, so gilt das **allgemeine Maklerrecht der §§ 652 ff. BGB**. Der Unterschied zwischen Zivil- und Handelsmaklervertrag erschöpft sich mithin darin, dass die Sonderregeln der §§ 94 ff. im erstgenannten Fall keine Geltung beanspruchen (dazu auch unten Rn. 9 und auch schon Vor § 93 Rn. 7 f.). Zur Kaufmannseigenschaft von Zivil- und Handelsmaklern sowie wegen der Behandlung von Mischformen vgl. Vor § 93 Rn. 5 und ergänzend unten Rn. 9. 3

### III. Die einzelnen Begriffsmerkmale des Handelsmaklers und ihre Tragweite

#### 1. Gewerbsmäßigkeit der Vermittlungstätigkeit

- 4 Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit ist der gleiche wie in § 1 (vgl. dazu im Einzelnen § 1 Rn. 17 ff.). Entscheidend ist, ob das **Gewerbe tatsächlich ausgeübt** wird. Auf die Erlaubtheit nach öffentlich-rechtlichen (vgl. etwa § 34c GewO) oder standesrechtlichen Vorschriften kommt es nicht an. Die Wirksamkeit des dem Makler erteilten Auftrags hängt regelmäßig nicht von ihr ab (Vor § 93 Rn. 3). Das Gewerbe muss sich gerade auf die Vermittlung von Gegenständen des Handelsverkehrs beziehen.

#### 2. Gegenstände des Handelsverkehrs

##### a) Begriffsbestimmung

- 5 Der Vermittlungsauftrag muss sich auf Gegenstände des Handelsverkehrs beziehen. In diesem Erfordernis liegt das wichtigste Unterscheidungsmerkmal zum Zivilmakler der §§ 652 ff. BGB (vgl. dazu im Einzelnen Vor § 93 Rn. 2). Gegenstände des Handelsverkehrs sind grundsätzlich alle leicht umschlagfähigen und damit **handelbaren Wirtschaftsgüter**<sup>1</sup>. Die von § 93 Abs. 1 selbst gelieferte Aufzählung ist nur beispielhaft. Waren sind körperliche Gegenstände (also nicht Rechte), auch Sachgesamtheiten, wie Warenlager, Büchereien, Briefmarkensammlungen etc., die als solche Gegenstand gewerbsmäßiger Umsatzgeschäfte sein können. Unerheblich ist der Aggregatzustand: Auch flüssige oder gasförmige Objekte wie Treibstoffe, Heizöl, Gas, Elektrizität, wohl auch Fernwärme, können im Verkehr als Ware ge- und behandelt werden<sup>2</sup>. Das Gleiche muss heute für EDV-Programme (Software) gelten, gleichgültig, ob sie verkörpert oder durch unmittelbares Einspielen geliefert werden<sup>3</sup>. Wertpapiere sind Papiere, die ihrer Natur nach, insbesondere mit Rücksicht auf ihre leichtere Übertragbarkeit, als Gegenstände des Handelsverkehrs in Betracht kommen<sup>4</sup>. Hauptbeispiele sind Aktien, Wechsel, Schecks sowie die indossablen Urkunden des § 363. **Keine Wertpapiere** sind Grundschul-, Hypotheken-, Rentenschuldbriefe, Forderungen (Rechte), soweit sie nicht in einem umlauffähigen Papier verkörpert sind, sowie Papiere, die nicht das Recht verbriefen, sondern lediglich Beweiszwecken dienen, wie Sparbücher, Pfand-, Versicherungs-, Schuldscheine. Der Begriff der Waren und Wertpapiere ist derselbe wie in § 1 a.F., s. dazu ausführlich

1 Lutter, FS Bärmann, 1975, S. 606, 613; Heymann/Herrmann, § 93 Rn. 1; Staub/Brüggemann, § 93 Rn. 5; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene, § 93 Rn. 36.

2 H.M., BGH v. 10.11.1960 – VIII ZR 167/59, NJW 1961, 453, 455.

3 BGH v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, BGHZ 102, 135; BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, BGHZ 109, 97; BGH v. 24.1.1990 – VIII ZR 22/89, WM 1990, 510, 512; BGH v. 4.11.1992 – VIII ZR 165/91, WM 1993, 111; BGH v. 14.7.1993 – VIII ZR 147/92, WM 1993, 1639 (letztere Entscheidung zu betont auf Verkörperung auf einem Datenträger abstellend); s. zu diesem Fragenkreis ausführlich Kort, DB 1994, 1505 m. weiteren Schrifttumsnachw.

4 Denkschrift zum HGB, S. 13; allg. M.

1. Aufl. § 1 Rn. 14 ff., 24 ff. Weitere, nicht in § 93 aufgeführte Gegenstände des Handelsverkehrs sind insbesondere **gewerbliche Schutzrechte und Bankgeschäfte**; Darlehen, insbesondere, auch Bankkredite gegen Grundpfandrechtliche Sicherung<sup>1</sup>, nicht aber Hypothekengeschäfte allgemein (Immobilien). **Nicht** zu den Gegenständen des Handelsverkehrs zählen dagegen: Immobilien, Dienstverhältnisse (§ 655 BGB kommt damit für den Handelsmakler nicht in Betracht) und Dienstleistungen außerhalb des Transportgewerbes (die Ausnahme rechtfertigt sich wegen der Erwähnung von Güterbeförderungen und Schiffsmiete in § 93)<sup>2</sup>, ferner nicht Unternehmen und Beteiligungen an Unternehmen (alles h.M.). Dies gilt sowohl für Beteiligungen an Personengesellschaften als auch für Anteile an einer GmbH. Eine Ausnahme bilden genormte Beteiligungen, die im Geschäftsverkehr wie Waren oder Wertpapiere (Aktien) umgeschlagen werden. Streitig und bisher nicht höchstrichterlich entschieden ist deshalb die Behandlung genormter Beteiligungen an Publikums-Kommanditgesellschaften<sup>3</sup>.

#### b) Einzelne typische Gruppen von Handelsmaklern

Handelsmakler im Hinblick auf den Gegenstand der von ihnen vermittelten Geschäfte sind insbesondere **Schiffsmakler**, die Verträge des Seeverkehrs vermitteln. Sie arbeiten allerdings vielfach als Agenten einer bestimmten Reederei und damit als Handelsvertreter. Handelsmakler und überhaupt Makler ist der Schiffsmakler demgemäß nur dann, wenn er im Einzelfall im Auftrag eines anderen Unternehmers, für den er nicht ständig tätig ist, handelt<sup>4</sup>. Eine weitere wichtige Gruppe sind die **Finanzmakler** einschließlich Börsen- und Wertpapiermaklern. Bei den **Börsenmaklern** war früher zu unterscheiden zwischen Freimaklern (zum Börsenhandel zugelassene reine, nicht gesetzlich, sondern lediglich durch jeweils geltende Börsenstatuten, vgl. dazu bei § 346, beschränkte Handelsmakler) und amtlich bestellten Kursmaklern, denen die Feststellung (oder die Mitwirkung dabei) des amtlichen Börsenkurses anvertraut war und die zwecks Vermeidung eines Missbrauchs dieser Stellung besonderen öffentlich-rechtlichen Veröffentlichungen (§§ 30 ff. BörsG) unterworfen waren. Diese Unterscheidung ist schon mit der Abschaffung der Figur des Kursmaklers durch die Neufassung des BörsG v. 21.6.2002<sup>5</sup> zum 1.7.2002 gegenstandslos geworden. Die Preisfeststellung ist seit der vorerst letzten Neufassung des BörsG vom 16.7.2007<sup>6</sup>

1 RGZ 76, 250, 252; OLG München v. 8.8.1970 – 12 U 2560/65, NJW 1970, 1924, 1925; Heymann/Herrmann, § 93 Rn. 1; Baumbach/Hopt, § 93 Rn. 12.

2 Vgl. auch K. Schmidt, HR, § 26 I 1c, S. 723.

3 Offen gelassen in BGH v. 29.4.1984 – IVa ZR 107/82, WM 1984, 667, 668 a.E.; für die Behandlung als Gegenstand des Handelsverkehrs aber wohl die ganz überwiegende Meinung: OLG Frankfurt a.M. v. 26.10.1978 – 1 U 235/77, WM 1979, 1393; Heymann/Herrmann, § 93 Rn. 2; Baumbach/Hopt, § 93 Rn. 12; v. Griesenbeck, BB 1988, 2188; MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene, § 93 Rn. 39.

4 Dazu K. Schmidt, HR, § 26 I 3, S. 714; K. Schmidt/Blaschczok, VersR 1981, 393.

5 BGBl. I 2010.

6 Vgl. hierzu insbesondere BGH v. 22.5.1985 – IVa ZR 190/83, BGHZ 94, 356 sowie BGH v. 27.11.1985 – IVa ZR 68/84, WM 1986, 329 und die dortigen Nachweise zum Spezialschrifttum.

der Regelung durch die jeweilige Börsenordnung überlassen. Zu den zulässigen Arten der Feststellung des Börsenpreises gehört auch die Feststellung durch sog. Skontroführer (zumeist zur Teilnahme am Börsenhandel zugelassene Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsunternehmen, s. dazu §§ 27 ff. BörsenG).

### c) Sonderstellung des Versicherungsmaklers

- 7 Eine Sonderstellung nimmt der **Versicherungsmakler** ein. Zum einen gelten für ihn einige gesetzliche Sonderbestimmungen<sup>1</sup>. Zudem bringen es die spezifischen Verhältnisse und Übungen der Versicherungsbranche mit sich, dass sich seine Stellung in wesentlichen Punkten von der anderer Makler, auch Handelsmakler, unterscheidet<sup>2</sup>.

Auch der Versicherungsmakler ist rechtlich nicht an eine bestimmte Versicherung gebunden, sonst wäre er nicht Versicherungsmakler, sondern Versicherungsagent und damit Handelsvertreter (Vor § 93 Rn. 1 und unten Rn. 10). Trotzdem steht er nicht selten in einer laufenden Geschäftsbeziehung zu einer bestimmten Versicherung oder zu einem kleinen Kreis von Versicherungsunternehmen, denen er ständig Verträge vermittelt und mit denen er den wesentlichen Teil seiner Versicherungsmaklertätigkeit abwickelt. Trotz dieser engen Verbindung zur Versicherungsbranche wird er in der Regel von dem Versicherungsnehmer beauftragt und als dessen Interessen- oder sogar Abschlussvertreter angesehen, was auch darin zum Ausdruck kommt, dass sich die Versicherung die Kenntnis des Versicherungsmaklers von bestimmten Umständen im Regelfall nicht zurechnen lassen muss<sup>3</sup>. Im Gegensatz zu anderen Zivil- oder Handelsmaklern (Vor § 93 Rn. 11) trifft den Versicherungsmakler aufgrund dieser treuhänderischen Sachwalterstellung für den Versicherungsnehmer diesem gegenüber im Allgemeinen eine dem Maklerrecht sonst fremde **Tätigkeitspflicht**. Zu seinem Pflichtenkreis gehört nicht nur die – je nach den Umständen umgehende, jedenfalls rechtzeitige – Beschaffung des gewünschten Versicherungsschutzes, also der Abschluss des Versicherungsvertrages. Ihm obliegt vielmehr eine umfassende Betreuungspflicht. Er hat von sich aus den Versicherungsnehmer **sachkundig zu beraten**, insbesondere das Objekt und etwaige Risiken zu prüfen, den Versicherungsnehmer über das Ergebnis dieser Prüfungen und seine Einschätzung des Risikos und über den zu dessen Abdeckung geeigneten Versicherungsschutz zu unterrichten und ihn über seine Bemühungen, diesen Schutz zu beschaffen, auf dem Laufenden zu halten. Bei schuldhaft fehlerhafter oder verzögerter Erfüllung dieser Pflichten macht er sich gegenüber dem Auftraggeber **schadensersatzpflichtig**. Im Streitfall trägt er die Beweislast, dass er die ihm gegenüber seinem Auftraggeber obliegenden Pflichten ordnungsgemäß erfüllt hat oder der Schaden auch bei vertrags-

<sup>1</sup> BGBl. I 1351.

<sup>2</sup> S. dazu Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts, BGBl. I 2006, 3232, in Kraft seit 22.7.2007, sowie §§ 34d ff., 42a GewO; zur Neuregelung näher *Reiff*, *VersR* 2007, 717 ff.

<sup>3</sup> BGH v. 22.9.1999 – IV ZR 15/99, *NJW-RR* 2000, 316.

gerechter Erfüllung eingetreten wäre<sup>1</sup>. Trotz dieser gesteigerten Pflichtentstellung des Versicherungsmaklers entspricht es ständiger Übung, dass seine **Provision** nicht von dem Auftraggeber (Versicherungsnehmer), sondern ausschließlich von dem Versicherer bezahlt wird<sup>2</sup>, dessen Prämie mit einem jedenfalls anfangs beträchtlichen Anteil die an den Makler zu entrichtende Courtage enthält (sog. **Bruttopolice**)<sup>3</sup>.

Abweichend von § 652 BGB (Vor § 93 Rn. 41 und 61) wird die Provision im Ganzen jedenfalls bei Sachversicherungsverträgen (weniger im Bereich der Lebens- und Krankenversicherung) nicht schon bei dem Abschluss des Versicherungsvertrages, sondern erst mit dessen Ausführung durch Prämienzahlung des Versicherungsnehmers verdient<sup>4</sup>. Dabei gilt die Regel, dass der Makler die Provision nicht als Einmalzahlung, sondern in **laufenden Raten** erhält, deren Fälligkeitsdaten mit denen der Versicherungsprämien übereinstimmen. Es entspricht nahezu einhelliger Meinung, dass ab dem zweiten Vertragsjahr in der Courtage neben dem eigentlichen Vermittlungsentgelt auch ein Betreuungsentgelt (sog. Verwaltungs- oder auch Bestandspflegeentgelt) enthalten ist<sup>5</sup>. Diese Form der Regelung der Maklercourtage trägt der Besonderheit Rechnung, dass sich die vom Versicherungsmakler zu erbringende Leistung typischerweise nicht auf die Herbeiführung des Versicherungsvertrages, also eines einmaligen Vermittlungserfolges, beschränkt, sondern der Makler regelmäßig auch die weitere Betreuung des Versicherungsverhältnisses übernimmt.

Geht bei mehrjährigen Versicherungsverträgen die Betreuung des Vertrages auf einen anderen Makler über, so entspricht es wohl einem in der Branche bestehenden Handelsbrauch, die für die Restlaufzeit anfallenden Courtaageansprüche **aufzuteilen**<sup>6</sup>. Bei (Sach-)Versicherungsverträgen mit einjähriger Laufzeit und Verlängerungsoption entfällt dagegen der Provisionsanspruch des Maklers nach Handelsbrauch, wenn die weitere Betreuung des Versicherungsvertrages von einem anderen Makler oder auch von der Versicherung selber übernommen wird<sup>7</sup>. Kündigt der Versicherungsnehmer den Versicherungsvertrag vor dessen Ablauf, so entfällt mit der weiteren Prämienzahlung auch der in den künftigen Prämienzahlungen enthaltene Anteil der Maklerprovision. Die Courtage teilt also grundsätzlich das Schicksal der Versicherungsprämie im Guten wie im Schlechten<sup>8</sup> (sog. Schicksalsteilungsgrundsatz).

1 BGH v. 22.5.1985 – IVa ZR 190/83, BGHZ 94, 356 ff.; BGH v. 20.1.2005 – III ZR 251/04, BGHZ 162, 67, 78; BGH v. 11.5.2006 – III ZR 228/05, NJW-RR 2006, 1403; BGH v. 14.6.2007 – III ZR 269/06, BGH Report 2007, 901 = VersR 2007, 1127.

2 BGH v. 22.5.1985 – IVa ZR 190/83, BGHZ 94, 356; BGH v. 13.1.2005 – III ZR 238/04, NJW-RR 2005, 568.

3 BGH v. 20.1.2005 – III ZR 251/04, BGHZ 162, 69.

4 S. BGH v. 13.1.2005 – III ZR 238/04, NJW-RR 2005, 568 m.w.N.; *Dehner*, Maklerrecht, Rn. 318.

5 BGH v. 13.1.2005 – III ZR 238/04, NJW-RR 2005, 568 m.w.N.

6 Vgl. BGH v. 13.1.2005 – III ZR 238/04, NJW-RR 2005, 568.

7 BGH v. 13.1.2005 – III ZR 238/04, NJW-RR 2005, 568.

8 H.M., s. BGH v. 20.1.2005 – III ZR 251/04, BGHZ 162, 67.

- 10 **Anders** verhält es sich bei Abschluss einer sog. **Nettopolice**, die eine reine, vom Versicherungsnehmer an den Makler zu zahlende Abschlussprovision vorsieht und keinen Betreuungsanteil enthält. Hier entsteht der Provisionsanspruch endgültig mit dem wirksamen Abschluss des Versicherungsvertrages und kann auch – allgemeinen Grundsätzen entsprechend; dazu Vor § 93 Rn. 53 – durch eine spätere Kündigung nicht mehr berührt werden. Die Vereinbarung einer solchen von dem späteren Schicksal des Versicherungsvertrages unabhängigen Provisionszahlungspflicht ist zulässig<sup>1</sup>, verstößt insbesondere nicht gegen § 134 BGB; sie kann auch formularmäßig in Allgemeinen Geschäftsbedingungen getroffen werden: sie verstößt weder gegen § 305c Abs. 1 BGB noch gegen § 307 BGB<sup>2</sup>. Der Versicherungsmakler bleibt aber auch dann Interessenvertreter des Versicherungsnehmers mit den daraus entspringenden Beratungspflichten, s. oben Rn. 7; diese beschränken sich aber auf den zu vermittelnden Versicherungsvertrag; eine Aufklärungspflicht über den Inhalt des vorgelagerten Maklervertrags kann nur ausnahmsweise bestehen<sup>3</sup>. Zumindest der vollständige Ausschluss der Betreuungs- und Beratungspflicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen würde gegen § 307 BGB verstoßen<sup>4</sup>. Diese Besonderheiten legen es näher als bei anderen Maklern (Vor § 93 Rn. 80), dass er auch für einen Folgevertrag (Verlängerung des Versicherungsvertrages) Provision beanspruchen kann<sup>5</sup>. Nach Ansicht der Rechtsprechung kann sich aus dem engen Verhältnis zwischen Makler und Versicherer bei laufender Geschäftsbeziehung ungeachtet der Abschlussfreiheit des Versicherers (Vor § 93 Rn. 11) für diesen eine gesteigerte Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Provisionsinteressen des Versicherungsmaklers ergeben<sup>6</sup>.

### 3. Vermittlung

- 11 Der Auftrag muss auf Vermittlung des Vertragsabschlusses, **nicht** nur auf **Nachweis einer Abschlussgelegenheit** gerichtet sein. Zu den inhaltlichen Anforderungen an eine Vermittlungstätigkeit sowie zur Abgrenzung von Nachweis und Vermittlung ausführlich Vor § 93 Rn. 27 ff. Zur Vermittlung gehört, dass der Makler persönlich oder durch sein Personal Verbindung auch zu der anderen Partei, also dem potentiellen Vertragspartner, aufnimmt und in geeigneter Weise die Bereitschaft beider Interessenten zum Vertragsabschluss fördert. Je nach Lage des Falles kann Vermittlung aber auch schon in der Zusammenführung bereits abschlussbereiter Partner liegen. Überlegun-

1 BGH v. 20.1.2005 – III ZR 251/04, BGHZ 162, 67; BGH v. 14.6.2007 – III ZR 269/06, BGH Report 2007, 901 = VersR 2007, 1127; BGH v. 19.5.2005 – III ZR 240/04, BGH Report 2005, 1157, BGH v. 19.5.2005 – III ZR 322/04, BGH Report 2005, 1158 = NJW-RR 2005, 1423.

2 Str., wie im Text aber BGH v. 20.1.2005 – III ZR 251/04, BGHZ 162, 67.

3 BGH v. 14.6.2007 – III ZR 269/06, BGH Report 2007, 901 = VersR 2007, 1127.

4 BGH v. 20.1.2005 – III ZR 251/04, BGHZ 162, 67; ferner BGH v. 19.5.2005 – III ZR 322/04, BGH Report 2005, 1158 = NJW-RR 2005, 1423.

5 BGH v. 27.11.1985 – IVa ZR 68/84, WM 1986, 329.

6 So aber v. *Gierke/Sandrock*, § 29 II 1b, S. 502 und *Schlegelberger/Schröder*, § 93 Rn. 36.

gen, den Vermittlungsbegriff in § 93 anders auszulegen als in § 652 BGB und für § 93 auch eine Nachweistätigkeit ausreichen zu lassen<sup>1</sup>, sind nicht angebracht und finden angesichts des Wortlauts des § 93 im Gesetz keine Stütze<sup>2</sup>.

#### 4. Rechtsfolge des Fehlens eines der Merkmale zu 1 bis 3

Fehlt eines der vorstehend genannten Merkmale, so ist der Makler nicht Handels-, sondern **Zivilmakler**. Seine Verträge unterliegen allgemein lediglich den §§ 652 ff. BGB und, soweit einschlägig, etwaigen sondergesetzlichen Bestimmungen. Erfüllt die Geschäftstätigkeit eines Maklers zwar im Allgemeinen die o.g. Voraussetzungen und fehlt es daran nur im konkreten Einzelfall, übernimmt also ein Handelsmakler einen Auftrag, der nicht auf Gegenstände des Handelsverkehrs, sondern etwa auf eine Immobilie oder nur auf Nachweis einer Abschlussgelegenheit anstatt auf Vermittlung des Vertragsschlusses gerichtet ist, so hat der Handelsmakler einen **Zivilmaklervertrag** geschlossen, auf den zwar die §§ 652 BGB, nicht aber die §§ 93 ff. anwendbar sind. Dies ist für die erste Alternative sogar ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen, vgl. § 93 Abs. 2 (vgl. zu alledem bereits oben Rn. 3 und Vor § 93 Rn. 7 ff.). Erbringt der Handelsmakler statt der vertraglich geschuldeten Vermittlung nur den Nachweis einer Abschlussgelegenheit, so erwirbt er keinen Provisionsanspruch.

#### 5. Fehlen ständiger Betrauung

Dieses negative Merkmal dient der **Abgrenzung zum Handelsvertreter**. Wer fest an einen bestimmten Unternehmer gebunden ist, für den er aufgrund eines (Dauer-)Vertrages laufend Geschäftsabschlüsse hereinzuholen hat, ist überhaupt nicht Makler, sondern Handelsvertreter. Dagegen tut es der Eigenschaft als (Handels-)Makler keinen Abbruch, wenn der Vermittler ständig in laufender Geschäftsbeziehung Aufträge von denselben Händlern oder sogar nur von einem Händler erhält. Aufgrund ihrer hohen Spezialisierung (z.B. auf den Kaffee-Handel in Bremen) ist dies sogar für viele Handelsmakler ein Spezifikum ihres Berufes<sup>3</sup>. Zur Abgrenzung des Handelsmaklers vom Handelsvertreter s. auch Vor § 93 Rn. 1.

## § 94

### Schlussnote

**(1) Der Handelsmakler hat, sofern nicht die Parteien ihm dies erlassen oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Ware davon entbindet,**

<sup>1</sup> So aber v. *Gierke/Sandrock*, § 29 II 1b, S. 502 und *Schlegelberger/Schröder*, § 93 Rn. 36.

<sup>2</sup> Wie hier *Staub/Brüggemann*, vor § 93 Rn. 13; *Heymann/Herrmann*, § 93 Rn. 5; *MünchKommHGB/v. Hoyningen-Huene*, § 93 Rn. 26.

<sup>3</sup> *Staub/Brüggemann*, § 93 Rn. 3.