

Leseprobe zu



Röhrich/Graf von Westphalen/Haas (Hrsg.)

HGB

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

4. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2014, 2672 Seiten, gebunden Leinen, Kommentar, 16 x 24cm

ISBN 978-3-504-45514-9

159,00 €

lich¹. Ist eine Entziehung ohne wichtigen Grund vorgesehen (Rn. 11), kommt dafür ein Klageverfahren nach § 127 ohnehin nicht in Betracht, sondern dies bleibt allein einer Beschlussfassung der Gesellschafter vorbehalten.

§ 128

Persönliche Haftung

Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

Inhaltsübersicht

I. Haftung des Gesellschafters		2. Geltendmachung der Haftung – im Interesse des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes	
1. Anwendungsbereich	1	a) Erfasste Ansprüche	19
2. Grundlagen der Haftung	2	b) Befugnisse des Insolvenzverwalters	19a
a) Gesellschaftsschuld	3	c) Art der Geltendmachung	20
b) Gesellschafterstellung	4	d) Prozessuales	20a
3. Ausgestaltung der Haftung		3. Rückgriff	21
a) Haftungsmerkmale	5	4. Insolvenzplan	22
b) Haftungsinhalt	6	5. Gesellschaftsinsolvenz und Gesellschaftersinsolvenz	23
c) Haftungsumfang	7	IV. Der ausgeschiedene Gesellschafter	
d) Haftungsbeschränkung für Minderjährige	8	1. Allgemeines	24
e) Prozessuale Fragen	9	2. Ausscheiden und gleichgestellte Tatbestände	
II. Rückgriff und Freistellung		a) Gleichgestellte Fälle	25
1. Rückgriff gegen die Gesellschaft . . .	10	b) Maßgeblicher Zeitpunkt	26
2. Rückgriff gegen Mitgesellschafter . .	11	3. Alt- und Neuverbindlichkeiten	27
3. Freistellungsanspruch	12	a) Rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten	28
4. Bürgschaften und Sicherheiten eines Gesellschafters		b) Vertragserweiterungen	29
a) Formfreiheit einer Bürgschaft . . .	13	c) Gesetzliche Schuldverhältnisse . .	30
b) Rückgriff	14	4. Freistellung und Rückgriff	
c) Ausscheiden des Bürgen aus der Gesellschaft	16	a) Gegenüber der Gesellschaft	31
III. Haftung in der Insolvenz der Gesellschaft		b) Gegenüber den Gesellschaftern . .	33
1. Fortbestand und Inhalt der Haftung	17		

Schrifttum: *Altmeyen*, Deliktshaftung in der Personengesellschaft, NJW 2003, 1553; *Armbrüster*, Der Gesellschafter hinter dem Gesellschafter – zur Treugeberhaftung in der Personengesellschaft, ZIP 2009, 1885; *Armbrüster*, Haftung des Treugebers für Gesellschaftsschulden bei fehlerhaftem Fondsbeitritt, NJW 2009, 2167; *Berninger*, Keine Haftung des atypisch stillen Gesellschafters im Außenverhältnis für Verbindlichkeiten des Handelsgeschäftsinhabers nach §§ 128, 171, DStR 2010, 2359; *Beuthien*, Die Haftung von Personengesellschaftern, DB 1975, 725, 773; *Brinkmann*, Die Bedeutung der §§ 92, 93 InsO für den Umfang der Insolvenz- und Sanierungsmasse, 2001; *Brömmelmeyer*, Fehlerhafte Treuhand? – Die Haftung der Treugeber bei der mehrgliedrigen Treuhand an Beteiligungen, NZG 2006, 529;

¹ BGH v. 9.11.1987 – II ZR 100/87, BGHZ 102, 172, 178; E/B/J/S/Hillmann, § 127 Rn. 23; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 127 Rn. 36; Reichert/Martin, BB 1988, 981, 984, 986.

Büscher/Klufßmann, Forthaftung und Regress ausgeschiedener Personengesellschafter, ZIP 1992, 11; *Emmerich*, Erfüllungstheorie oder Haftungstheorie, in Festschrift Lukes, 1990, S. 639; *Faust*, Der Regress gegen Mitgesellschafter bei Personenhandelsgesellschaften, in Festschrift K. Schmidt, 2009, S. 357; *Flume*, Gesellschaftsschuld und Haftungsverbindlichkeit des Gesellschafters bei der OHG, in Festschrift Knur, 1972, S. 125; *Flume*, Der Inhalt der Haftungsverbindlichkeit des Gesellschafters nach § 128, in Festschrift Reinhardt, 1972, S. 223; *Fuchs*, Die persönliche Haftung des Gesellschafters gem. § 93 InsO, ZIP 2000, 1089; *Göcke*, Wechselwirkungen bei der Insolvenz von Gesellschaft, Gesellschafter und Organwalter, 2009; *Grobe*, Die Haftungsbeschränkung für die geschlossene Immobilien-GbR – eine Kritik, WM 2011, 2078; *Grunewald*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum anwaltlichen Berufsrecht in den Jahren 2009–2010, NJW 2010, 3551; *Haas*, Die Vertreterhaftung bei Weglassen des Rechtsformzusatzes nach § 4 II GmbHG, NJW 1997, 2854; *Haas/Keller*, Die örtliche und internationale Zuständigkeit für Ansprüche nach § 128 HGB, ZZZP 2013, 335; *Haas/Müller*, Die Reichweite des § 93 InsO, NZI 2002, 366; *Haas/Oberhammer*, „Drittwirkung“ von Schiedsvereinbarungen einer Personenhandelsgesellschaft gegenüber ihren persönlich haftenden Gesellschaftern?, in Festschrift K. Schmidt, 2009, S. 493; *Hadding*, Inhalt und Verjährung der Haftung des Gesellschafters einer OHG oder KG, ZGR 1981, 577; *Hadding*, Zum Rückgriffsrecht des ausgeschiedenen Gesellschafters einer OHG oder KG, in Festschrift Stimpel, 1985, S. 139; *Hunke*, Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, 1987; *Kindler*, Der Gesellschafter hinter dem Gesellschafter – Zur Treugeberhaftung in der Personengesellschaft, ZIP 2009, 1146; *Kindler*, Der Kommanditist hinter dem Kommanditisten – Zur Treugeberhaftung in der Insolvenz der Publikums-GmbH & Co. KG, in Festschrift K. Schmidt, 2009, S. 871; *Klinck*, Voraussetzung und Folgen eines Prozessvergleichs im Einziehungsprozess nach § 93 InsO, NZI 2008, 349; *Klöhn*, Treuhandkonstruktionen bei Publikumpersonengesellschaften, in Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, Jahrestagung der VGR, 2013, S. 143; *Kornblum*, Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften, 1972; *Kreft*, Die neue Rechtsprechung zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Spiegel von Entscheidungen zur Rechtsberatersozietät, in Festschrift Goette, 2011, S. 263; *Lindacher*, Grundfälle zur Haftung bei Personengesellschaften, JuS 1982, 349; *Lüneborg*, Die Nachhaftung des ausgeschiedenen Personengesellschafters für Altverbindlichkeiten, ZIP 2012, 2229; *Marotzke*, Hafteten die Gesellschafter einer OHG für die Verfahrenskosten der Gesellschaftsinsolvenz?, ZInsO 2008, 57; *H.F. Müller*, Der Verband in der Insolvenz, 2002; *K. Müller*, Die Einwirkung des Konkurses der OHG auf die persönliche Haftung des Gesellschafters, NJW 1968, 225, 2230; *Nagel*, Gibt es eine OHG mbH?, NZG 2001, 202; *Pohlmann*, Die Verfahrenskostendeckung durch Geltendmachung der persönlichen Gesellschafterhaftung über § 93 InsO, ZInsO 2008, 21; *Priester*, Quotenhaftung bei der Publikums-GbR, DStR 2011, 1278; *Sander*, Einwendungen gegen die persönliche Haftung der Gesellschafter in der Gesellschaftsinsolvenz, ZInsO 2012, 1285; *Schäfer*, Quotenhaftung in der Publikums-GbR?, NZG 2010, 241; *Schlinker/Hammerschmid*, Nachhaftung des aus der Sozietät ausgeschiedenen Rechtsanwalts für Sekundäransprüche nach der Verletzung von Schutzpflichten i.S. von § 241 II BGB, NJOZ 2012, 321; *K. Schmidt*, Wechselverband und Gesellschafterhaftung bei Personengesellschaften des Handelsrechts, ZHR 137 (1974), 509; *K. Schmidt*, Zur Haftung und Enthaltung der persönlich haftenden Gesellschafter bei Liquidation und Konkurs der Personengesellschaft, ZHR 152 (1988), 105; *K. Schmidt*, Zur Gesellschafterhaftung in der „Innen-KG“, NZG 2009, 361; *K. Schmidt*, Echte und unechte Quotenhaftung von Personengesellschaftern, NJW 2011, 2001; *K. Schmidt*, Unbeschränkte Außenhaftung/unbeschränkte Innenhaftung, in Festschrift Goette, 2011, S. 459; *Schönewolf*, Die persönliche Haftung der Gesellschafter einer OHG und einer GbR für im Rahmen der Geschäftsführung begangene Delikte, 1989; *Strohn*, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Personengesellschaftsrecht, ZInsO 2013, 12; *Sommer/Treptow/Dietlmeier*, Haftung für Berufsfehler nach Umwandlung einer Freiberufler-GbR in eine Partnerschaftsgesellschaft, NJW 2011, 1551; *Wagner*, Update 2010 gesellschaftsrechtlicher Entwicklungen in Rechtsprechung und Fachschrifttum zu notleidenden geschlossenen Fonds, NZG 2011, 489; *Weber*, Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz im Internationalen Zivilverfahrensrecht, 2011; *Wertenbruch*, Status und Haftung des Treugebers bei der Personengesellschafts-Treuhand, NZG 2013, 285.

I. Haftung des Gesellschafters

1. Anwendungsbereich

Die Vorschrift (die nach § 156 auch während der Liquidation der Gesellschaft Anwendung findet¹), gilt für den Gesellschafter einer OHG (grundsätzlich auch einer fehlerhaften², § 105 Rn. 38 oder Scheingesellschaft, § 105 Rn. 54), Komplementär und den Kommanditisten (der aber nach §§ 171, 172 nur beschränkt haftet) einer KG. Anwendbar ist die Vorschrift auch auf einen Scheingesellschafter, d.h. auf denjenigen, der zurechenbar den Rechtsschein erweckt hat, Gesellschafter zu sein (§ 105 Rn. 56, s. auch unten Rn. 4)³. § 278 Abs. 2 AktG verweist auf § 128 für den persönlich haftenden Gesellschafter einer KGaA. Gleiches gilt grundsätzlich für den Partner einer Partnerschaftsgesellschaft (§ 8 Abs. 1 S. 1 und 2 PartGG) und die Mitglieder einer EWIV (Art. 24 Abs. 1 S. 2 EWIV-VO). Entsprechende Anwendung findet § 128 auf die Gesellschafter einer (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts⁴. Darüber hinaus wird im Zusammenhang mit dem Haftungsdurchgriff auf Gesellschafter bei sog. Beschränkthaftern § 128 teilweise unmittelbar⁵ oder analog⁶ angewandt. Gleiches gilt für eine Vor-GmbH, deren Eintragung endgültig scheitert⁷. § 128 (i.V.m. §§ 171, 172) gilt nicht für den stillen Gesellschafter⁸. Letzterer haftet nicht persönlich, und zwar auch dann nicht, wenn dessen Beteiligung atypisch ausgestaltet ist, d.h. seine Rechtsstellung im Innenverhältnis der eines Kommanditisten gleichgestellt ist (sog. „Quasi-Kommanditist“)⁹. Nach § 128 S. 2 sind von dem Grundsatz der persönlichen Haftung abweichende Vereinbarungen der Gesellschafter untereinander gegenüber den Gesellschaftsgläubigern unwirksam.

2. Grundlagen der Haftung

Die Haftung nach § 128 entspricht dem Wesen der Personengesellschaft und ihren Haftungsverhältnissen, weil die Gesellschaft kein eigenes, zugunsten ihrer Gläubiger ge-

1 BGH v. 15.11.2011 – II ZR 272/09, NZG 2012, 397, 399.

2 *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 7; *Wertenbruch* in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. I 890.

3 BGH v. 8.5.1972 – II ZR 170/69, NJW 1972, 1418, 1419; BGH v. 22.9.2008 – II ZR 257/07, ZIP 2008, 2354, 2356; *Wertenbruch* in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. I 893.

4 BGH v. 27.9.1999 – II ZR 371/98, BGHZ 142, 315 ff.; BGH v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 ff.; BGH v. 21.1.2002 – II ZR 2/00, NZG 2002, 533; BGH v. 7.4.2003 – II ZR 56/02, BGHZ 154, 370 ff.; BGH v. 17.10.2006 – XI ZR 185/05, NZG 2007, 183; BGH v. 15.10.2007 – ZR 136/06, ZIP 2007, 2313, 2314; BGH v. 21.4.2009 – XI ZR 148/08, WM 2009, 1225, 1226; BGH v. 8.2.2011 – II ZR 243/09, NZG 2011, 580; BGH v. 8.2.2011 – II ZR 263/09, NZG 2011, 583, 585; BGH v. 19.7.2011 – II ZR 300/08, NZG 2011, 1023, 1025; a.A. einst z.B. OLG Düsseldorf v. 20.12.2001 – 23 U 49/01, NZG 2002, 284, 285 f.; wohl teilw. heute noch a.A. *Schäfer*, NZG 2010, 241, 244 f., bzgl. Publikums-GbR („gesetzlich beschränkte Haftung“ für passive Publikums-gesellschafter (ggf. §§ 171 ff. analog); nur geschäftsführende Gesellschafter haften gem. § 128 analog; hierzu krit. *Priester*, DStR 2011, 1278, 1281 f.; *Grobe*, WM 2011, 2078, 2082 ff.; i.Ü. s. auch *Kreft*, FS Goette, 2011, S. 263, 273 f. (str. hinsichtlich berufsbezogener Verbindlichkeiten bei sog. interprofessioneller (Rechtsberater-)Sozietät).

5 S. etwa BGH v. 16.9.1985 – II ZR 275/84, BGHZ 95, 330, 332.

6 BGH v. 14.11.2005 – II ZR 178/03, ZIP 2006, 467, 468.

7 BGH v. 29.11.1956 – II ZR 282/55, BGHZ 22, 240, 245; OLG Jena v. 27.3.2002 – 4 U 663/01, NJW-RR 2002, 970.

8 *Wertenbruch* in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. I 890.

9 BGH v. 1.3.2010 – II ZR 249/08, WM 2010, 1367; BGH v. 19.7.2011 – II ZR 300/08, NZG 2011, 1023, 1025; s. auch OLG Schleswig v. 30.10.2008 – 5 U 66/08, ZIP 2009, 421; *K. Schmidt*, FS Goette, 2011, S. 459, 473; *K. Schmidt*, NZG 2009, 361, 362; *Berninger*, DStR 2010, 2359 ff.

bundenen, mithin garantiertes Haftkapital besitzt¹. Sie wird daher mitunter auch als Preis für die fehlende Verpflichtung zur Aufbringung und Erhaltung eines Mindestkapitals umschrieben². § 128 setzt voraus, dass im Zeitpunkt der Begründung der Gesellschaftsschuld (Rn. 3) eine OHG vorhanden ist. Der Rechtsschein des Bestehens einer OHG (vgl. § 105 Rn. 10, 11) kann ausreichen. Die den Rechtsschein setzenden Gesellschafter müssen sich dann diesen – soweit nicht schon § 15 eingreift – nach allgemeinen Grundsätzen zurechnen lassen und haften dann entsprechend § 128³, s. dazu auch oben *Röhrich*, Anh. § 5 Rn. 4 ff.

a) Gesellschaftsschuld

- 3 Die in der Vorschrift bestimmte Haftung trifft den Gesellschafter als eigene Verbindlichkeit, die aber gegenüber der Gesellschaftsschuld akzessorisch ist. Sie entsteht für alle während der Zugehörigkeit zur Gesellschaft (rechtsgeschäftlich wie gesetzlich)⁴ begründeten sowie für die bereits vor dem Eintritt vorhanden gewesenen (§ 130) **Schuldverpflichtungen der Gesellschaft**⁵. Die Vorschrift gilt auch für öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten⁶. Sie gilt ebenfalls für Verbindlichkeiten gegenüber Mitgesellschaftern aus Drittbeziehungen zur Gesellschaft (vgl. dazu Rn. 5 und § 105 Rn. 75)⁷. Abzugrenzen sind die Drittansprüche von (aus dem Gesellschaftsverhältnis bestehenden) Sozialansprüchen, für die die (Mit-)Gesellschafter grundsätzlich nicht nach § 128 einzustehen haben, solange die Gesellschaft besteht. Dies gilt auch dann, wenn der Gesellschafter Befriedigung von der Gesellschaft nicht erlangen kann⁸. Eine Ausnahme gilt für den Abfindungsanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters. Hierfür haften die Mitgesellschafter nach § 128⁹. Für den Rückgriff des Gesellschafters gegen die Mitgesellschafter, wenn er von einem Gläubiger in Anspruch genommen wird, s. Rn. 11. Abzugrenzen ist die Haftung nach § 128 schließlich auch von der Eigenhaftung des Gesellschafters¹⁰. Letzterer kann nämlich in seiner Person einen eigenständigen Haftungstatbestand bzw. Schuldstatbestand begründen (s. z.B. Rn. 13 ff.).

1 BGH v. 17.4.2012 – II ZR 95/10, NZG 2012, 701, 704.

2 *Wertenbruch* in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. I 881.

3 BGH v. 11.3.1955 – I ZR 82/53, BGHZ 17, 13, 16 ff.; *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 7.

4 BGH v. 3.5.2007 – IX ZR 218/05, ZIP 2007, 1460, 1462; MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 128 Rn. 10; *Baumbach/Hopt*, § 128 Rn. 2; *Wertenbruch* in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. I 895; a.A. für Ansprüche aus unerlaubter Handlung *Altmeppen*, NJW 2003, 1553, 1557.

5 Erfasst sind auch öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten und Steuerschulden, BFH v. 2.11.2001 – VII B 155/01, NZI 2002, 173, 175; BFH v. 9.5.2006 – VII R 50/05, NJW-RR 2006, 1696, 1697; VG München v. 29.11.2004 – 22 Cs 04.2701, NJW-RR 2005, 829, 830; E/B/J/S/*Hillmann*, § 128 Rn. 9; vgl. auch VGH München v. 22.6.2005 – 87 B 04 3564, NJW 2006, 1894, 1896; auch steuerrechtliche Zinsschulden (Nachzahlungszinsen als Nebenleistung zur Steuerverbindlichkeit), s. VGH München v. 2.5.2013 – 4 ZB 12.1393, DStR 2013, 1791, 1793.

6 OVG Brandenburg v. 12.8.1998 – 4 B 31/98, NJW 1998, 3513, 3514; *Wertenbruch* in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. I 895; MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 128 HGB Rn. 10.

7 BGH v. 10.11.1969 – II ZR 40/67, WM 1970, 280; BGH v. 1.12.1982 – VIII ZR 206/81, NJW 1983, 749; BGH v. 3.4.2006 – II ZR 40/05, NJW-RR 2006, 1268, 1269; BGH v. 17.12.2001 – II ZR 382/99, NJW-RR 2002, 455, 456; OLG Karlsruhe v. 24.1.2001 – 6 U 137/00, NZG 2001, 748, 749.

8 BGH v. 2.7.1962 – II ZR 204/60, BGHZ 37, 299, 301 f.; BGH v. 10.4.1989 – II ZR 158/88, WM 1989, 1021; *Wertenbruch* in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. I 899.

9 BGH v. 2.7.2001 – II ZR 304/00, BGHZ 148, 201, 206 f.; KG v. 26.3.2009 – 2 U 14/06, BeckRS 2009, 25559; *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 12; *Wertenbruch* in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. I 897.

10 E/B/J/S/*Hillmann*, § 128 Rn. 13; s. auch unten Rn. 13 ff.

b) Gesellschafterstellung

Die Haftung knüpft an die Stellung als Gesellschafter in der OHG an. Maßgebend ist der Zeitpunkt des Entstehens der Gesellschaftsverbindlichkeit. Ist der Gesellschafter vorher ausgeschieden, s. Rn. 24 ff. Ist der Gesellschafter nach Entstehen der Verbindlichkeit Gesellschafter geworden, s. § 130. Die einmal begründete Haftung dauert an, solange die OHG besteht und der Gesellschafter ihr angehört. Die Auflösung der Gesellschaft ändert an der einmal entstandenen Haftung nichts (s. aber zur Enthaltung § 159). Gleiches gilt, wenn der Gesellschafter ausscheidet, nachdem die Gesellschaftsschuld begründet wurde. Zu einer Rechtsscheinhaftung eines ehemaligen Gesellschafters oder eines Scheingesellschafters kann es außerhalb von § 15 Abs. 1, 3 dann kommen, wenn in zurechenbarer Weise der Rechtsschein einer unbeschränkten Haftung als Gesellschafter veranlasst oder geduldet worden ist, vgl. § 105 Rn. 54 ff.; § 125a Rn. 7¹; auch schon oben *Röhrich*, Anh. § 5 Rn. 4 ff.

Keine die Haftung nach § 128 – auch nicht in analoger Anwendung – auslösende Gesellschafterstellung ist die sog. „**Treugeber-Gesellschafterstellung**“. Nicht der Treugeber ist Gesellschafter der OHG, sondern allein der Treuhänder (s. § 105 Rn. 65a). Aufgrund der anzulegenden formalen Betrachtungsweise² haftet nur dieser nach § 128³. Das muss selbst dann gelten, wenn der Treugeber im gesellschaftlichen Innenverhältnis in seinen Rechten und Pflichten einem Gesellschafter gleichgestellt ist („Quasi-Gesellschafter“, vgl. § 105 Rn. 65a, ähnl. oben Rn. 1). Der Treuhänder-Gesellschafter hat aber grundsätzlich aus dem Treuhandverhältnis vertragliche Freistellungsansprüche gegenüber dem Treugeber (s. §§ 670, 257 BGB)⁴, die (z.B.) einem Gesellschaftsgläubiger abgetreten werden können und denen der Treugeber grundsätzlich nicht mit einer Aufrechnung begegnen kann⁵. Dieser Freistellungsanspruch wandelt sich mit der Abtretung an den Gläu-

1 BFH v. 9.5.2006 – VII R 50/05, NJW-RR 2006, 1696, 1697; E/B/J/S/*Hillmann*, § 128 Rn. 7; *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 7 f.

2 Hiergegen *Kindler*, FS K. Schmidt, 2009, S. 871, 875 ff.; *Kindler*, ZIP 2009, 1146 ff., dem zufolge Mitglied in der Gesellschaft, d.h. haftender Gesellschafter derjenige sei, der „nach dem Gesellschaftsvertrag wesentliche Gesellschafterrechte und -pflichten in einer Personengesellschaft hat“; vgl. auch OLG Schleswig v. 24.5.2007 – 5 U 38/06, ZIP 2007, 2258.

3 BGH v. 11.11.2008 – XI ZR 468/07, ZIP 2008, 2354 (mit zust. Anm. *Lange*, EWIR 2009, 2005); BGH v. 21.4.2009 – XI ZR 148/08, WM 2009, 1225 (mit zust. Anm. *Bitter/Maurer*, WUB II E. § 128 HGB 2.09); BGH v. 20.7.2010 – XI ZR 465/07, NZG 2010, 991, 992; vgl. auch BGH v. 19.7.2011 – II ZR 300/08, NZG 2011, 1023, 1025; BGH v. 24.7.2012 – II ZR 297/11, ZIP 2012, 1706, 1707 (m.w.N.); *Koller/Roth/Morck*, § 105 Rn. 20 f.; *Brömmelmeyer*, NZG 2006, 529, 530 f.; *Armbrüster*, ZIP 2009, 1885 ff.; *Armbrüster*, NJW 2009, 2167 f.; *K. Schmidt*, FS Goette, 2011, S. 459, 472; *Wertenbruch*, NZG 2013, 285, 286; a.A. OLG Schleswig v. 24.5.2007 – 5 U 38/06, ZIP 2007, 2258; *Kindler*, ZIP 2009, 1146 ff.; *Kindler*, FS K. Schmidt, 2009, S. 871, 874 ff.

4 BGH v. 18.10.2012 – III ZR 150/11, DSStR 2012, 2396, 2397; BGH v. 5.5.2010 – III ZR 209/09, NZG 2010, 790; BGH v. 11.11.2008 – XI ZR 468/07, ZIP 2008, 2354, 2356; BGH v. 18.10.2012 – III ZR 285/11, GWR 2012, 539; BGH v. 18.10.2012 – III ZR 279/11, NJOZ 2013, 494, 496 f.; *Koller/Roth/Morck*, § 105 Rn. 20; *Brömmelmeyer*, NZG 2006, 529, 531.

5 BGH v. 18.10.2012 – III ZR 150/11, DSStR 2012, 2396, 2399; BGH v. 24.7.2012 – II ZR 297/11, ZIP 2012, 1706, 1708 ff.; BGH v. 22.3.2011 – II ZR 271/08, WM 2011, 897, 898 ff.; vgl. auch OLG Stuttgart v. 18.3.2010 – 14 U 50/09, NZG 2010, 716; OLG Koblenz v. 11.12.2008 – 6 U 1353/07, WM 2009, 939; OLG Frankfurt v. 25.6.2009 – 15 U 101/08, NZG 2010, 383, 385; a.A. (bzgl. Aufrechenbarkeit) OLG Karlsruhe v. 6.8.2009 – 4 U 9/08, NZG 2009, 1107; *Klöhn* in VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, 2013, S. 143, 148 ff.; zur Verjährung der Freistellungsansprüche s. i.Ü. auch BGH v. 5.5.2010 – III ZR 209/09, NZG 2010, 790; modifizierte Anwendung der §§ 195, 199 BGB statt § 159 analog gem. der vorzitierten OLG-Rspr.

biger¹, der ernstlichen Weigerung des Freistellungsverpflichteten² sowie im Fall der Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Freizustellenden³ in einen Zahlungsanspruch⁴. Freilich setzt all dies voraus, dass ein wirksamer Treuhandvertrag besteht⁵. Den Treugeber kann u.U. auch unmittelbar eine Haftung entsprechend § 128 treffen, nämlich soweit er als Scheingesellschafter auftritt (s. dazu § 105 Rn. 56)⁶.

3. Ausgestaltung der Haftung

a) Haftungsmerkmale

- 5 Die Haftung ist **persönlich, unbeschränkt, unmittelbar und gesamtschuldnerisch**⁷ mit den übrigen Gesellschaftern (nur mit diesen, nicht auch im Verhältnis zur schuldenden Gesellschaft⁸). Auf eine Haftung der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter kann ein Gesellschafter den Gläubiger nicht verweisen⁹. Der Gläubiger kann nach seinem Belieben die Leistung von jedem Gesellschafter ganz oder teilweise fordern. Auf das Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander kommt es nicht an. Allerdings ist ein Gesellschafter in seiner Eigenschaft als Drittgläubiger (s. Rn. 3) aus Gründen der Treupflicht gehalten, zunächst die Gesellschaft in Anspruch zu nehmen. Eine Vorausklage gegen die Gesellschaft ist jedoch nicht erforderlich. Vielmehr können die (Mit-)Gesellschafter in Anspruch genommen werden, wenn eine Befriedigung aus dem Vermögen der Gesellschaft nicht zu erwarten ist¹⁰ oder aber die Gesellschaft die Erfüllung der Verbindlichkeit ernstlich verweigert¹¹. Die aus der Treupflicht folgende Beschränkung für die Durchsetzung des Anspruchs geht nicht dadurch verloren, dass der Gesellschafter-Gläubiger den Anspruch an einen Nichtgesellschafter abtritt (§ 404

1 BGH v. 22.1.1954 – I ZR 34/53, NJW 1954, 795 f.; BGH v. 5.5.2010 – III ZR 209/09, NZG 2010, 790 f.; BGH v. 22.3.2011 – II ZR 271/08, WM 2011, 897, 898; *Wagner*, NZG 2011, 489, 492.

2 BGH v. 18.10.2012 – III ZR 150/11, DStR 2012, 2396, 2399; BGH v. 24.7.2012 – II ZR 297/11, ZIP 2012, 1706, 1708; *Wertenbruch*, NZG 2013, 285, 286.

3 BGH v. 7.6.2001 – IX ZR 195/00, NZI 2001, 539, 540.

4 Abw. *Brömmelmeyer*, NZG 2006, 529, 531, bei Abtretung: Umwandlung in einen Erfüllungsanspruch auf die dem Gläubiger geschuldete Leistung.

5 S. hierzu einerseits BGH v. 11.10.2011 – XI ZR 415/10, ZIP 2011, 2353, andererseits BGH v. 18.9.2001 – XI ZR 321/00, NJW 2001, 3774; BGH v. 16.12.2002 – II ZR 109/01, NJW 2003, 1252; BGH v. 25.4.2006 – XI 29/05, NJW 2006, 1952; BGH v. 1.2.2007 – III ZR 281/05, ZIP 2007, 432; BGH v. 11.11.2008 – XI ZR 468/07, ZIP 2008, 2354, 2357 f.; BGH v. 20.7.2010 – XI 465/07, NZG 2010, 991, 993 sowie *Brömmelmeyer*, NZG 2006, 529, 532 f.; *Armbrüster*, NJW 2009, 2167, 2168 ff. (Letztere auch zu alternativen Anspruchsgrundlagen, z.B. – mit unterschiedlichem Erg. – aus GoA).

6 *Koller/Roth/Morck*, § 105 Rn. 21; *Armbrüster*, ZIP 2009, 1885, 1889 f.; s. auch *Kindler*, ZIP 2009, 1146, 1149; *Kindler*, FS K. Schmidt, 2009, S. 871, 884; BGH v. 11.11.2008 – XI ZR 468/07, ZIP 2008, 2354, 2356.

7 BGH v. 15.10.2007 – II ZR 136/06, ZIP 2007, 2313, 2314.

8 BGH v. 9.5.1963 – II ZR 124/61, BGHZ 39, 319, 323 f.; BGH v. 8.11.1965 – II ZR 223/64, BGHZ 44, 229, 233 f.; BGH v. 20.4.1967 – II ZR 220/65, BGHZ 47, 376, 379 f.; BGH v. 22.3.1988 – X ZR 64/87, NJW 1988, 1976, 1977; s. auch BGH v. 19.7.2011 – II ZR 300/08, NZG 2011, 1023, 1028 (bzgl. Publikums-GbR); OLG München v. 18.5.2011 – 7 U 190/11, WM 2011, 1562, 1565; *Baumbach/Hopt*, § 128 Rn. 19; *Sander*, ZInsO 2012, 1285, 1286.

9 *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 26; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 20; *E/B/J/S/Hillmann*, § 128 Rn. 18.

10 BGH v. 17.12.2001 – II ZR 382/99, ZIP 2003, 394 = DStR 2002, 319, 320; OLG Karlsruhe v. 24.1.2001 – 6 U 137/00, NZG 2001, 748, 749; *E/B/J/S/Hillmann*, § 128 Rn. 18; *Faust*, FS K. Schmidt, 2009, S. 357, 258; *Wertenbruch* in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. I 902.

11 BGH v. 17.12.2001 – II ZR 382/99, ZIP 2003, 394 = DStR 2002, 319, 320; *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 26; *Wertenbruch* in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. I 902.

BGB)¹. Ob die Treuepflicht hier weiter auch dazu führt, dass ein solcher Gesellschafter-Gläubiger bei einem Vorgehen gegen einen Mitgesellschafter sich bei teilbarer Schuld den Anteil abziehen lassen muss, für den er selbst intern als Gesellschafter aufzukommen hätte, ist nicht eindeutig. Hier bestehen sogar in der Rechtsprechung der BGH-Senate Unterschiede. Teilweise wird eine aus der Treuepflicht fließende Beschränkung befürwortet². Teilweise wird jegliche gesellschaftsrechtliche Beschränkung bei der Durchsetzung von Drittforderungen gegen die (Mit-)Gesellschafter abgelehnt³.

b) Haftungsinhalt

Der Gesellschafter haftet inhaltlich grundsätzlich auf dasselbe wie die Gesellschaft (sog. **Erfüllungstheorie im Gegensatz zur Haftungstheorie**)⁴. Dies gilt außer für Geldschulden auch für die Leistung und Lieferung von Sachen sowie für geschuldete vertretbare Handlungen⁵. In allen diesen Fällen wird der Gesellschafter auf Klage eines Gläubigers zur gleichen Leistung wie die Gesellschaft verurteilt. Die h.M. tut sich mit einer Begründung der Erfüllungstheorie auf der Grundlage einer rechtlich verselbständigten Gesamthand (vgl. § 124 Rn. 1 f.) schwer. Ganz überwiegend wird die Rechtfertigung hierfür nicht in dem Grundsatz der Akzessorität gesucht, sondern aus dem Sinn und Zweck der Gesellschafterhaftung hergeleitet⁶. Da der Gesellschafter die Gesellschaft hinsichtlich der Kreditwürdigkeit repräsentiert, erfordere – so die h.M. – das Sicherungsinteresse des Gläubigers eine Erfüllungshaftung des Gesellschafters⁷. Dabei wird freilich übersehen, dass „Sicherheit“ nicht nur durch eine Reduzierung des Ausfallrisikos (vergleichbar einer Bürgschaft) vermittelt werden kann, sondern auch durch eine Haftung, die die für die Gesellschaft Handelnden diszipliniert. Es ist diese letzte Funktion, die in aller Regel für Kreditgeber im Vordergrund steht, wenn sie mit einer OHG anstatt mit einer GmbH kontrahieren; denn „sicherer“ (in insolvenzrechtlicher Hinsicht) ist die OHG gegenüber der GmbH nur in Bezug auf die Insolvenzhäufigkeit (also das Insolvenzverursachungsrisiko). Die Befriedigungsquote der Gläubiger hingegen (und damit das Ausfallrisiko), unterscheidet sich in der Insolvenz einer OHG oder GmbH nicht⁸. Eine Disziplinierungsfunktion geht aber nicht nur von einer i.S. der Erfüllungs-, sondern auch von einer als Haftungstheorie konzipierten Verantwortlichkeit aus.

Folgt man aber im Ansatz der Erfüllungstheorie, dann darf die Funktion des § 128 nicht allein durch das Sicherungsinteresse des Gläubigers verkürzt werden. Einschränkungen erfährt die Erfüllungstheorie nämlich durch das schutzwürdige Interesse des Gesellschafters an der **Freihaltung** seiner **Privatsphäre**. Letzteres kann mitunter zur Folge ha-

1 Staub/Habersack, § 128 HGB Rn. 26; Baumbach/Hopt, § 128 HGB Rn. 24; Wertenbruch in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. I 902.

2 Vgl. BGH v. 1.12.1982 – VIII ZR 206/81, ZIP 1983, 51, 54; OLG Karlsruhe v. 24.1.2001 – 6 U 137/00, NZG 2001, 748, 749; Staub/Habersack, § 128 Rn. 13, 25; Baumbach/Hopt, § 128 Rn. 24; Koller/Roth/Morck, § 128 Rn. 2; Faust, FS K. Schmidt, 2009, S. 357, 358; weitergehend MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 18: Haftung der Mitgesellschafter nur in Höhe ihrer jeweiligen internen Anteile.

3 In diesem Sinne wohl BGH v. 17.12.2001 – II ZR 382/99, ZIP 2003, 394, m. Anm. Goette, DStR 2002, 320; BGH v. 3.4.2006 – II ZR 40/05, DStR 2006, 1238, 1240.

4 Vgl. BGH v. 14.2.1957 – II ZR 190/55, BGHZ 23, 302, 305 ff.; BGH v. 11.12.1978 – II ZR 235/77, BGHZ 73, 217, 223 f.; BGH v. 1.4.1987 – VIII ZR 15/86, ZIP 1987, 842, 843; s. zum Ganzen auch K. Schmidt, GesR, § 49 III 1; MünchHdbGesR I/Neubauer, § 68 Rn. 14; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 24.

5 E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 12.

6 K. Schmidt, GesR, § 49 III 1a aa; E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 22; Wertenbruch in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. I 903.

7 BGH v. 14.2.1957 – II ZR 190/55, BGHZ 23, 302, 305 ff.; BGH v. 11.12.1978 – II ZR 235/77, BGHZ 73, 217, 223.

8 Haas, NJW 1997, 2854, 2856.

ben, dass der Gesellschafter nur auf das Interesse an der Erfüllung durch die Gesellschaft in Anspruch genommen werden kann. Mithin sind im Einzelfall die Belange des Gläubigers und des Gesellschafters gegeneinander abzuwägen¹. Grundsätzlich hat das Interesse des Gesellschafters an der Freihaltung seiner Privatsphäre zurückzutreten, wenn die Erbringung der Leistung zu seinem Pflichtenkreis innerhalb der Gesellschaft gehört, er in der Lage ist, die Gesellschaft zu der betreffenden Leistung zu veranlassen oder wenn er die Leistung durch Aufwendung von Geld und Beauftragung eines Dritten ohne persönlichen Einsatz erfüllen kann². Fraglich ist aber, ob der gesellschaftsfreie Bereich bei Ansprüchen betroffen ist, die auf unvertretbare Handlungen gerichtet sind. Dies ist im Prinzip zu bejahen, denn die Leistungserbringung durch einen Gesellschafter ist insofern nicht inhaltsgleich mit der Leistung durch die Gesellschaft. Mithin ist eine Verurteilung zu einer unvertretbaren Handlung grundsätzlich nicht möglich³. Gleiches müsste für Unterlassungs- und Duldungsverpflichtungen gelten. Allerdings ist ein Gesellschafter aus Erwägungen von Treu und Glauben auch zur Einhaltung eines für die Gesellschaft geltenden Wettbewerbsverbotes verurteilt worden⁴; nach *K. Schmidt*⁵ kommen hierfür richtigerweise aber nur eigene Verpflichtungen des Gesellschafters in Betracht. Schließlich kann auch die Abgabe einer von der Gesellschaft geschuldeten Willenserklärung nur von der Gesellschaft selbst und nicht von den Gesellschaftern verlangt werden⁶.

c) Haftungsumfang

- 7 Die Gesellschafterhaftung richtet sich auch in ihrem jeweiligen **Umfang** nach der Gesellschaftsschuld. Sie folgt darüber hinaus deren Veränderungen, etwa von einer vertraglichen Leistungspflicht zu einer Schadensersatzverpflichtung⁷. Aus der Akzessorietät der Gesellschafterhaftung folgt auch, dass ein Erlass der Gesellschaftsschuld unter Aufrechterhaltung der Gesellschafterhaftung nicht möglich ist, es sei denn, eine entsprechende Abrede erfolgt mit Zustimmung des Gesellschafters⁸. U.U. kann aber die Gesellschafterhaftung auch über die Gesellschaftshaftung hinausgehen. Das ist bei Geldschulden der Fall, wenn der Gläubiger den Gesellschafter, nicht aber die Gesellschaft in Verzug gesetzt hat⁹.
- 7a Interne Absprachen über eine Haftungsfreistellung sind den Gläubigern gegenüber – selbst wenn sie für die Gläubiger etwa aus dem Gesellschaftsvertrag erkennbar sein

1 BGH v. 14.2.1957 – II ZR 190/55, BGHZ 23, 302, 305 f.; BGH v. 11.12.1978 – II ZR 235/77, BGHZ 73, 217, 221 f.; *Baumbach/Hopt*, § 128 Rn. 9; MünchHdbGesR I/Neubauer, § 68 Rn. 17.

2 E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 22.

3 *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 36; MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 128 Rn. 28; *K. Schmidt*, GesR, § 49 III 2b; weitergehend hingegen BGH v. 14.2.1957 – II ZR 190/55, BGHZ 23, 302, 306: Verurteilung eines geschäftsführenden Gesellschafters zur Rechnungslegung; E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 27.

4 S. z.B. BGH v. 7.6.1972 – VIII ZR 175/70, BGHZ 59, 64, 67; auch BGH v. 9.11.1973 – I ZR 83/72, WM 1974, 253, 254; s. auch E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 19; *Baumbach/Hopt*, § 128 Rn. 17.

5 MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 128 Rn. 29; *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 39.

6 BGH v. 25.1.2008 – V ZR 63/07, ZIP 2008, 501, 502; BGH v. 22.12.1982 – V ZR 315/81, WM 1983, 220, 221; MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 128 Rn. 30; E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 28; *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 37.

7 BGH v. 21.12.1962 – II ZR 74/59, BGHZ 36, 224, 226; BGH v. 13.7.1967 – II ZR 268/64, BGHZ 48, 203, 204 f.; BGH v. 17.4.2012 – II ZR 95/10, NZG 2012, 701, 703; E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 23.

8 BGH v. 20.4.1967 – II ZR 220/65, BGHZ 47, 376, 378; BGH v. 26.5.1975 – III ZR 76/72, WM 1975, 974; a.A. A. *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 231.

9 *Wertenbruch* in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. I 907.

sollten¹ – unwirksam, wie § 128 S. 2 ausdrücklich bestimmt. Zulässig ist hingegen – nach ganz h.M. – eine individuelle Vereinbarung² zwischen Gesellschafter und Gläubiger³, mit welcher die Haftung letzterem gegenüber beschränkt wird. Möglich ist etwa die Vereinbarung einer bloß subsidiären Haftung⁴. Die Parteien können aber auch eine pro-rata-Haftung vereinbaren in Höhe des Anteils des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen⁵. Fraglich ist in diesen Fällen, wie sich zwischenzeitliche Zahlungen der Gesellschaft auf die pro-rata-Haftung auswirken. Dies ist im Wege der Auslegung zu ermitteln⁶. Hier sind verschiedene Varianten denkbar. Bei der sog. „unechten Quotenhaftung“⁷ hat die zwischenzeitliche Zahlung nur dann Auswirkungen auf die Haftung, wenn die Restschuld unter den anfänglichen quotalen Haftungsbetrag fällt. Die Parteien können aber im Wege einer Zusatzabrede vereinbaren, dass Tilgungen aus dem Gesellschaftsvermögen oder auch aus einer Sicherheitenverwertung haftungsbegünstigend anzurechnen sind, die Quotenhaftung also variabel an die jeweils noch offene Gesellschaftsverbindlichkeit angeknüpft (sog. „echte Quotenhaftung“⁸). Denkbar ist schließlich auch, dass die Parteien die Gesellschafterhaftung auch vollständig ausschließen⁹. Letzteres kann in Form des Verzichts bzw. Erlasses anfänglich oder nachträglich, ausdrücklich oder auch stillschweigend vereinbart werden¹⁰. Wirkung entfaltet die Vereinbarung über eine Haftungsbeschränkung indes grundsätzlich nur im Außenverhältnis zwischen Gesellschafter und Gläubiger (vgl. § 129 Abs. 1), nicht dagegen im Innenverhältnis zur Gesellschaft¹¹. Gesellschafter und Gläubiger können auch Vereinbarungen über die Art und Weise der Durchsetzung des Anspruchs nach § 128 treffen¹². Ob und inwieweit derartige Vereinbarungen auch in der Gesellschaftsinsolvenz Bestand haben, s. unten Rn. 19.

1 Vgl. BGH v. 27.9.1999 – II ZR 371/98, BGHZ 142, 315 ff.; OLG Karlsruhe v. 20.1.2009 – 17 U 173/07, NZG 2009, 503, 504; anders zuletzt die Rspr. zur Publikums-GbR, s. BGH v. 17.4.2012 – II ZR 95/10, NZG 2012, 701, 703; BGH v. 27.9.2011 – II ZR 221/09, NZG 2011, 1352, 1354; BGH v. 19.7.2011 – II ZR 300/08, NZG 2011, 1023, 1025 f.; BGH v. 21.1.2002 – II ZR 2/00, NZG 2002, 533 f., die sich aber ausdrücklich auf Vertrauensschutzwägungen anlässlich einer in Bezug auf die GbR eingetretenen Rechtsprechungsänderung stützt und von daher auf die OHG nicht übertragbar ist, s. MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 14, Habersack/Schäfer, § 128 Rn. 16; a.A. Nagel, NZG 2001, 202 ff.

2 Zur insoweit nur beschränkt zulässigen AGB-Verwendung, vgl. nur BGH v. 21.1.2002 – II ZR 2/00, NZG 2002, 533, 534; Henssler/Strohn/Seitz, § 128 Rn. 13.

3 Denkbarerweise auch zwischen Gläubiger und Gesellschaft, Habersack/Schäfer, § 128 Rn. 16; vgl. auch BGH v. 8.2.2011 – II ZR 243/09, NZG 2011, 580, 581; BGH v. 8.2.2011 – II ZR 263/09, NZG 2011, 583, 585; BGH v. 27.9.2011 – II ZR 221/09, NZG 2011, 1352, 1354; abl. K. Schmidt, NJW 2011, 2001, 2003 mit Verweis auf BGH v. 21.6.1994 – XI ZR 183/93, NJW 1994, 2483.

4 Vgl. OLG München v. 17.4.2012 – 5 U 2168/11, NZG 2012, 663, 664.

5 Zu den verschiedenen Möglichkeiten, Strohn, ZInsO 2013, 12 f.

6 S. hierzu Strohn, ZInsO 2013, 12 f.

7 BGH v. 27.11.2012 – XI ZR 144/11, NZG 2013, 214, 215.

8 Vgl. BGH v. 18.10.2012 – III ZR 150/11, DSStR 2012, 2396, 2398; BGH v. 17.4.2012 – II ZR 95/10, NZG 2012, 701, 703 ff.; BGH v. 8.2.2011 – II ZR 243/09, NZG 2011, 580, 581; BGH v. 8.2.2011 – II ZR 263/09, NZG 2011, 583, 585; BGH v. 27.9.2011 – II ZR 221/09, NZG 2011, 1352, 1354, jeweils bzgl. Publikumsgesellschaft; s. hierzu i.Ü. K. Schmidt, NJW 2011, 2001 ff.; Priester, DSStR 2011, 1278 ff.

9 BGH v. 17.4.2012 – II ZR 95/10, NZG 2012, 701, 703 f.

10 Habersack/Schäfer, § 128 Rn. 16, MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 14; Baumbach/Hopt, § 128 Rn. 38; Henssler/Strohn/Seitz, § 128 Rn. 13; vgl. auch BGH v. 27.9.1999 – II ZR 371/98, BGHZ 142, 315 ff.; s. i.Ü. OLG München v. 28.6.2001 – 24 U 129/00, WM 2003, 1324, 1327 (bzgl. stillschweigendem Verzicht).

11 BGH v. 9.3.2009 – II ZR 131/08, NZG 2009, 581, 582; Baumbach/Hopt, § 128 Rn. 38; Henssler/Strohn/Seitz, § 128 Rn. 13; Staub/Habersack, § 128 Rn. 16; vgl. auch BGH v. 15.11.2011 – II ZR 272/09, NZG 2012, 397, 399.

12 BGH v. 18.10.2012 – III ZR 150/11, DSStR 2012, 2396, 2398 f.

d) Haftungsbeschränkung für Minderjährige

- 8 § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 2, S. 4 ff. BGB gestattet einem volljährig gewordenen Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen eine Kündigung; diese führt in der OHG zu seinem Ausscheiden gem. § 131 Abs. 3 Nr. 3. Das Kündigungsrecht steht in der KG auch einem Kommanditisten zu, der noch etwas auf die Pflichteinlage oder die Haftsumme (§§ 171, 172) schuldet¹.

e) Prozessuale Fragen

- 9 In euro-internationalen Fällen richtet sich die internationale Zuständigkeit für die Klage aus § 128 (neben Art. 2 EuGVO/LugÜ) nach Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVO/LugÜ (für die Klage aus § 93 InsO, s. unten Rn. 20b)². Der Begriff „Vertrag“ in Art. 5 Nr. 1 EuGVO/LugÜ ist weit auszulegen³ und erfasst sämtliche „freiwillig“ eingegangene Verpflichtungen⁴ (auch aus einseitigen Rechtsgeschäften). § 128 ist kein gesetzlicher Anspruch⁵. Vielmehr wurzelt dieser in der freiwilligen Übernahme der Gesellschafterstellung und beruht damit auf einer freiwillig eingegangenen Verpflichtung⁶. Da der Gesellschaftsvertrag weder auf den Kauf beweglicher Sachen noch auf die Erbringung von Dienstleistungen abzielt, findet allein lit. a Anwendung unabhängig davon, welcher Rechtsnatur der Anspruch gegen die Gesellschaft ist.
- 9a Wird ein Gesellschafter einer OHG von einem Arbeitnehmer auf Zahlung der Arbeitsvergütung in Anspruch genommen, welche die Gesellschaft schuldet, so ist für diesen Streitgegenstand der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a ArbGG); denn der Gesellschafter ist als Arbeitgeber i.S.d. ArbGG zu behandeln⁷. Eine vergleichbare Zuständigkeitserstreckung zu Lasten des Gesellschafters befürwortet die h.M. auch beim Gerichtsstand des Erfüllungsortes (§ 29 ZPO)⁸ oder der unerlaubten Handlung⁹.
- 9b Ob sich eine Gerichtsstands- oder Schiedsklausel zwischen Gläubiger und Gesellschaft auch auf den Gesellschafter (kraft Gesetzes) erstreckt, ist streitig. Die überwiegende Ansicht nimmt dies sowohl für die Gerichts-¹⁰ als auch die Schiedsklausel¹¹ an. In der

1 Vgl. *Grunewald*, ZIP 1999, 597, 599 f.

2 BGH v. 22.9.2008 – II ZR 288/07, BeckRS 2008, 21694; s.a. *Oberhammer*, in Dasser/Oberhammer, Art. 5 LugÜ Rn. 25 (einschl. Fn. 45); *Rauscher/Leible*, EuZPR/EuIPR, Art. 5 EuGVO, 2011, Rn. 25; *Haas/Keller*, ZJP 2013, 335, 337.

3 *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Art. 5 Rn. 24; *Rauscher/Leible*, EuZPR/EuIPR, 2011, Art. 5 EuGVO Rn. 20; *MünchKommZPO/Gottwald*, Art. 5 EuGVO Rn. 6.

4 EuGH v. 20.1.2005 – Rs. C-27/02, Slg. 2005, I-499 Rn. 50 – *Petra Engler v. Janus Versand GmbH*.

5 *Haas/Keller*, ZJP 2013, 335, 338; a.A. *Weber*, Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz im Internationalen Zivilverfahrensrecht, 2011, S. 415 ff., allerdings entgegen S. 254 ff.

6 Anders *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 128 Rn. 2.

7 BAG v. 28.2.2006 – 5 AS 19/05, NJW 2006, 1372 f.; BAG v. 14.11.1979 – 4 AZR 3/78, NJW 1980, 1710, 1711; ArbG Münster v. 2.9.2004 – 3 Ca 563/04, NZI 2004, 693; *Grunsky*, ArbGG, 7. Aufl. 1995, § 2 Rn. 85a.

8 BayObLG v. 9.9.2002 – 1Z AR 116/02, ZIP 2002, 1998 f.; OLG Schleswig v. 11.8.2003 – 2 W 128/03, OLG Schleswig 2004, 161 f.

9 BayObLG v. 17.1.1980 – Allg Reg. 87/79, Rpfleger 1980, 156.

10 BGH v. 8.7.1981 – VIII ZR 256/80, WM 1981, 938, 940; *Zöller/Vollkommer*, § 38 ZPO Rn. 10; *E/B/J/S/Hillmann*, § 128 Rn. 61.

11 BGH v. 12.11.1990 – II ZR 249/89, NJW-RR 1991, 423, 424; BayObLG v. 13.11.2003 – 4 Z SchH 08/03, SchiedsVZ 2004, 45, 46; OLG Köln v. 13.8.1964 – 2 U 65/60, NJW 1961, 1312, 1313; *Musielak/Voit*, § 1029 Rn. 8; *Zöller/Geimer*, § 1029 ZPO Rn. 64; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 7 Rn. 35.

Literatur hat dies teilweise Kritik hervorgerufen¹. Der h.M. ist jedoch zu folgen. Die Bindung an die Schieds- bzw. Gerichtsstandsklausel folgt nicht aus der Rechtsnatur der OHG als Gesamthand² und auch nicht aus dem dem § 128 zugrunde liegenden Prinzip der Akzessorietät³. Letzteres zeigt bereits ein Blick auf die Rechtslage beim Bürgen. Dieser unterliegt nämlich nicht der Schiedsbindung des Hauptschuldners⁴; denn die Schiedsbindung ist – ebensowenig wie die Vollstreckbarkeit – eine „Modalität“ oder Eigenschaft der Forderung⁵. Vielmehr folgt die Schiedsbindung aus dem dem § 128 zugrunde liegenden Repräsentationsgedanken (Rn. 6), der auch im Prozessrecht (vgl. § 129 Rn. 6) Eingang findet⁶. Da allerdings der Repräsentationsgedanke unterschiedlich stark ausgeprägt sein kann, muss in Bezug auf die Schiedsbindung zwischen dem persönlich haftenden Gesellschafter und dem Kommanditisten unterschieden werden. Nur Ersterem, nicht aber Letzterem kann die Schieds- bzw. Gerichtsstandsvereinbarung entgegen gehalten werden⁷.

Die Klagen gegen die Gesellschaft und gegen einen (oder alle) Gesellschafter können 9c miteinander verbunden werden. Es besteht dann eine **einfache Streitgenossenschaft** i.S.v. § 59 ZPO⁸. Werden Gesellschaft und Gesellschafter gemeinsam verurteilt, so geschieht das in der Praxis vielfach mit der Formulierung „als Gesamtschuldner“. Da jedoch keine Gesamtschuldnerschaft besteht (Rn. 5), ist die Wortwahl „wie Gesamtschuldner“, obwohl auch nicht völlig korrekt, vorzuziehen⁹. Aus einem Titel gegen die Gesellschaft kann – mangels Identität des Streitgegenstands – nicht gegen den Gesellschafter vollstreckt werden. Dies stellt auch noch einmal § 129 Abs. 4 klar.

II. Rückgriff und Freistellung

1. Rückgriff gegen die Gesellschaft

Der durch einen Gläubiger wegen einer Gesellschaftsschuld in Anspruch genommene 10 Gesellschafter hat nach § 110 einen **Erstattungsanspruch** gegen die Gesellschaft (vgl. § 110 Rn. 3, 7) und unter bestimmten Umständen auch einen Rückgriffsanspruch gegen die Mitgesellschafter (§ 110 Rn. 4). Ob auch der Anspruch des Gläubigers auf den leistenden Gesellschafter übergeht (was im Hinblick auf den Übergang von Sicherheiten, §§ 412, 401 BGB, oder eine Umschreibung des Titels auf den Gesellschafter, § 727 ZPO,

1 MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 22; K. Schmidt, DB 1989, 2315, 2317 ff.; Weber/v. Schlabrendorff, FS Grossner, 1994, S. 477, 482 ff.; Habersack, SchiedsVZ 2003, 241, 246.

2 So aber OLG Köln v. 9.11.1960 – 2 U 65/60, NJW 1961, 1312, 1313; LG Berlin v. 13.8.1964 – 81 OH 2/64, KTS 1965, 176, 177.

3 So aber Wiegand, SchiedsVZ 2003, 52, 57.

4 BGH v. 5.5.1977 – III ZR 177/74, BGHZ 68, 356, 359; BGH v. 12.11.1990 – 249/89, NJW-RR 1991, 423, 424.

5 Vgl. Haas/Oberhammer, FS K. Schmidt, 2009, S. 493, 508 ff.; Oberhammer, Die OHG im Zivilprozess, 1998, S. 126; a.A. Wertenbruch in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. I 955 f.

6 Haas/Oberhammer, FS K. Schmidt, 2009, S. 493, 516 ff.; s. auch Haas/Keller, ZZP 2013, 335, 340.

7 Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 7 Rn. 35; Zöller/Geimer, § 1029 ZPO Rn. 64.

8 BGH v. 13.7.1970 – VIII ZR 230/68, BGHZ 54, 251, 254; BGH v. 10.3.1988 – IX ZR 194/87, WM 1988, 843 f.; E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 59.

9 LG Hamburg v. 29.4.1966 – 29 O 12/63, MDR 1967, 401; s. auch Wertenbruch in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. I 953; MünchKomm.HGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 23.

Bedeutung hätte), ist ungeklärt. Die h.M.¹ verneint dies mit Recht, da mangels einer Gesamtschuldnerschaft zwischen Gesellschaft und Gesellschafter § 426 Abs. 2 BGB nicht anzuwenden ist. Soweit eine Gegenmeinung² einen Übergang in Anlehnung an § 774 Abs. 1 BGB annimmt, bleiben die Voraussetzungen einer solchen Analogie zweifelhaft; sie entspricht kaum dem Gesetzeswillen³. Die Regressmöglichkeiten des Gesellschafters sind vom Gesetzgeber hinreichend und abschließend in § 110 geregelt; ein darüber hinausgehender Forderungsübergang ist schlicht nicht vorgesehen⁴.

2. Rückgriff gegen Mitgesellschafter

- 11 Im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern gilt § 426 BGB⁵. Der Grundsatz, dass Sozialansprüche nur gegen die Gesellschaft, nicht aber gegen die Gesellschafter geltend gemacht werden können, gilt für den Aufwendungsersatzanspruch nach § 110 nicht (s. § 110 Rn. 4). Doch muss der vom Gläubiger in Anspruch genommene Gesellschafter sich aus Gründen der **Treuepflicht** vorrangig an die Gesellschaft halten, sofern von ihr eine Erstattung erwartet werden kann⁶. Die subsidiäre Haftung der Mitgesellschafter beschränkt sich i.Ü. auf ihren internen Verlustanteil⁷. Für Drittforderungen des Gesellschafters s. Rn. 5.

3. Freistellungsanspruch

- 12 Die Berechtigung des Gesellschafters, sich von der Gesellschaft die an den Gläubiger erbrachte Leistung erstatten zu lassen, gibt dem Gesellschafter auch das Recht, schon vor seiner Inanspruchnahme durch den Gläubiger von der Gesellschaft eine Freistellung zu verlangen (s. auch § 110 Rn. 4a)⁸. Dies gilt auch dann, wenn die Inanspruchnahme unbegründet ist. Auch insoweit kann der Freistellungsgläubiger verlangen, dass die Ansprüche abgewehrt werden⁹. Im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander bestehen ebenfalls „Freistellungsansprüche“¹⁰. Der Anspruch entsteht mit Entstehung des Gesamtschuldverhältnisses. Der Gesellschafter kann aber von seinen Mitgesellschaftern die Freistellung erst fordern, wenn die ernsthaftige Möglichkeit seiner Inanspruchnahme durch einen Gesellschaftsgläubiger besteht¹¹. Der Höhe nach ist der Freistel-

1 U.a. BGH v. 9.5.1963 – II ZR 124/61, BGHZ 39, 319, 323 f.; BGH v. 19.7.2011 – II ZR 300/08, NZG 2011, 1023, 1028; E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 30; Baumbach/Hopt, § 128 Rn. 25.

2 Vgl. etwa K. Schmidt, GesR, § 49 V 1; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 31; Staub/Habersack, § 128 Rn. 43; Oetker/Boesche, § 128 Rn. 36; Koller/Roth/Morck, § 128 Rn. 9; Faust, FS K. Schmidt, 2009, S. 357, 359 f.

3 BGH v. 19.7.2011 – II ZR 300/08, NZG 2011, 1023, 1028.

4 So zuletzt BGH v. 19.7.2011 – II ZR 300/08, NZG 2011, 1023, 1028.

5 BGH v. 17.12.2001 – II ZR 382/99, ZIP 2002, 194; BGH v. 15.10.2007 – II ZR 136/06, ZIP 2007, 2313, 2314; Baumbach/Hopt, § 128 Rn. 21, 27; Sander, ZInsO 2012, 1285, 1286.

6 BGH v. 2.7.1962 – II ZR 204/60, BGHZ 37, 299, 301 ff.; BGH v. 2.7.1979 – II ZR 132/78, NJW 1980, 339, 340; BGH v. 17.12.2001 – II ZR 382/99, ZIP 2002, 194; OLG München v. 17.4.2012 – 5 U 2168/11, NZG 2012, 663, 664; E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 33.

7 BGH v. 17.12.2001 – II ZR 382/99, ZIP 2002, 194; BGH v. 2.7.1962 – II ZR 204/60, BGHZ 37, 299, 302 f.; BGH v. 15.1.1988 – V ZR 183/86, BGHZ 103, 72, 76; OLG München v. 17.4.2012 – 5 U 2168/11, NZG 2012, 663, 664; E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 32.

8 BGH v. 15.10.2007 – II ZR 136/06, ZIP 2007, 2313; LG Hagen v. 12.3.1974 – 8 HO 231/73, BB 1976, 763; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 35; Staub/Habersack § 128 Rn. 41; E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 36.

9 BGH v. 19.4.2002 – V ZR 3/01, ZIP 2002, 1299; BGH v. 15.10.2007 – II ZR 136/06, ZIP 2007, 2313, 2315.

10 BGH v. 15.10.2007 – II ZR 136/06, ZIP 2007, 2313, 2317; vgl. auch Palandt/Grüneberg, § 426 BGB Rn. 3; Erman/Ehmann, § 426 BGB Rn. 16.

11 BGH v. 15.10.2007 – II ZR 136/06, ZIP 2007, 2313, 2314 f.; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 36; E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 37.

lungsanspruch auf den Verlustanteil beschränkt¹. Zudem kommt der Freistellungsanspruch aus Treuegesichtspunkten nur in Betracht, wenn von der Gesellschaft eine Freistellung nicht zu erhalten ist². Letzteres ist bereits dann der Fall, wenn der Gesellschaft frei verfügbare Mittel zur Erfüllung der Gesellschaftsschuld nicht zur Verfügung stehen³.

4. Bürgschaften und Sicherheiten eines Gesellschafters

a) Formfreiheit einer Bürgschaft

Soweit ein Gesellschafter sich für eine Gesellschaftsschuld verbürgt oder eine andere Sicherheit bestellt hat, beurteilt sich seine Haftung nicht nach § 128, sondern nach dem eingegangenen Sicherungsgeschäft. Die Haftung aus dem Sicherungsgeschäft und § 128 stehen hier also selbständig nebeneinander. Ein persönlich haftender Gesellschafter kann sich dabei formfrei gem. § 350 verbürgen, wobei die h.M. auf die Kaufmannseigenschaft des Gesellschafters abstellt⁴. 13

b) Rückgriff

Der Gesellschafter kann **gegen die Gesellschaft** Rückgriff nehmen (für eine Bürgschaft ist dies ausdrücklich in § 774 BGB bestimmt), soweit nicht etwas Abweichendes abgesprochen ist. Hat jedoch die Besicherung gem. den §§ 39, 44a InsO „kapitalersetzende“ Bedeutung, so steht dies ggf. der Möglichkeit eines Rückgriffs entgegen. 14

Ein Rückgriff gegen **Mitgesellschafter** kommt hingegen nur in dem Maße in Betracht, wie er auch auf der Grundlage von § 128 möglich wäre⁵; denn auch insoweit ist der Regressanspruch des Gesellschafters gegen die Gesellschaft nicht als „Drittanspruch“ (s. Rn. 3) einzuordnen. 15

c) Ausscheiden des Bürgen aus der Gesellschaft

Ob der Gesellschafter-Bürge beim Ausscheiden aus der Gesellschaft die Bürgschaft dem Gläubiger gegenüber **aus wichtigem Grunde kündigen** kann⁶, hängt von der konkreten Ausgestaltung des Bürgschaftsverhältnisses ab. U.U. kommt eine solche Kündigung aus Treu und Glauben im Falle eines unbefristeten Bürgschaftsverhältnisses in Betracht⁷. Im Innenverhältnis zur Gesellschaft wird der Gesellschafter allerdings entsprechend § 738 Abs. 1 S. 2 BGB die Befreiung von der Bürgschaft beanspruchen können⁸. 16

1 S. hierzu BGH v. 15.10.2007 – II ZR 136/06, ZIP 2007, 2313, 2315 f.

2 BGH v. 25.3.1991 – I ZR 13/90, BGHZ 114, 138, 142; BGH v. 15.10.2007 – II ZR 136/06, ZIP 2007, 2313, 2314 f.; *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 47.

3 BGH v. 15.1.1988 – V ZR 183/86, BGHZ 103, 72, 76; BGH v. 15.10.2007 – II ZR 136/06, ZIP 2007, 2313, 2315; s. aber auch oben *Röhricht*, § 1 Rn. 75.

4 BGH v. 22.10.1981 – III ZR 149/80, NJW 1982, 569, 570; E/B/J/S/*Hillmann*, § 128 Rn. 55; anders daher bei einem Kommanditisten, vgl. BGH v. 7.7.1980 – III ZR 28/79, ZIP 1980, 866, 868; andere Herleitung des Ergebnisses bei *K. Schmidt*, ZIP 1986, 1510 ff. und *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 81.

5 MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 128 Rn. 102; E/B/J/S/*Hillmann*, § 128 Rn. 57; *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 82; s. auch OLG Hamburg v. 4.10.1985 – 11 U 18/83, ZIP 1985, 1390, 1391 (zur GmbH).

6 Vgl. zu dieser Möglichkeit BGH v. 10.6.1985 – III ZR 63/84, ZIP 1985, 1192, 1194 f.

7 E/B/J/S/*Hillmann*, § 128 Rn. 58.

8 BGH v. 16.1.1974 – VIII ZR 229/72, WM 1974, 214, 215; OLG Hamburg v. 3.2.1984 – 11 U 208/83, ZIP 1984, 707 f.; MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 128 Rn. 105.

III. Haftung in der Insolvenz der Gesellschaft

1. Fortbestand und Inhalt der Haftung

- 17 Die **persönliche Haftung** der Gesellschafter gilt auch im Insolvenzverfahren über das Gesellschaftsvermögen weiter¹. Fraglich ist allerdings, ob der Gesellschafter im eröffneten Verfahren auf Erfüllung der Gesellschaftsschuld in Anspruch genommen werden kann². Ungeachtet dessen, welcher Haftungskonzeption man für § 128 außerhalb des Insolvenzverfahrens folgt (Erfüllungs- oder Haftungstheorie, s. Rn. 6), ist für die Dauer des Insolvenzverfahrens zu berücksichtigen, dass der Insolvenzverwalter gegen die Gesellschafter nur nach § 45 InsO umgewandelte Forderungen der Gesellschaftsgläubiger geltend machen kann³. Die besseren Gründe sprechen daher dafür, die Sicherungsinteressen des einzelnen Gläubigers hinter das Gesamtgläubigerinteresse zurück treten zu lassen.
- 18 Der Gesellschafter haftet für die im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bestehenden Gesellschaftsverbindlichkeiten (sog. Altverbindlichkeiten). Hierzu zählen sämtliche **Insolvenzforderungen** (z.B. auch § 103 Abs. 2 InsO)⁴. Der Gesellschafter haftet auch für **Masseverbindlichkeiten** nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 (Alt. 2) InsO; denn diese haben ihren Rechtsgrund in den vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschlossenen und nunmehr nach §§ 103 ff. InsO zu erfüllenden Verträgen⁵. Hat der Insolvenzverwalter die von der Gesellschaft gegenüber einem Gesellschaftsgläubiger erbrachte Leistung angefochten, so lebt die Gläubigerforderung nach § 144 Abs. 1 InsO so wieder auf, wie sie ursprünglich bestand. Damit einher lebt auch die Gesellschafterhaftung nach § 128 wieder auf. Umstritten ist, ob der Gesellschafter für sonstige vom (vorläufigen) Insolvenzverwalter⁶ begründete **(Neu-)Verbindlichkeiten** einzustehen hat⁷. Die überwiegende Ansicht lehnt dies zu Recht ab und reduziert insoweit § 128 teleologisch⁸ (anders der BGH, der insoweit eine „dem Verfahren immanente Haftungsbeschränkung“ an-

1 BGH v. 13.7.1967 – II ZR 268/64, BGHZ 48, 203, 205; BAG v. 12.6.2002 – 10 AZR 199/01, NJOZ 2003, 1506, 1509; E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 65; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 77; Staub/Habersack, § 128 Rn. 71, 76; s. i.Ü. auch bei K. Schmidt/Bitter, ZIP 2000, 1077 ff.

2 S. zu dem Problem Gottwald/Haas/Vogel, InsoHdb, § 94 Rn. 74.

3 MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 86; Gottwald/Haas/Vogel, InsoHdb, § 94 Rn. 74; a.A.: Staub/Habersack, § 128 Rn. 76; Uhlenbruck/Hirte, § 93 InsO Rn. 39; wohl auch E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 68.

4 H.F. Müller, Der Verband in der Insolvenz, 2002, S. 233; Staub/Habersack, § 128 Rn. 72; MünchKommHGB/K. Schmidt, Anh. § 158 Rn. 47 und 128 Rn. 78; K. Schmidt, GmbHR 2002, 1209, 1215; E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 68.

5 MünchKommInsO/Brandes, § 93 Rn. 11; BK-InsO/Blersch/v. Olshausen, § 93 Rn. 3; Staub/Habersack, § 128 Rn. 72; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 78; E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 68; Uhlenbruck/Hirte, § 93 InsO Rn. 36; Gottwald/Haas/Vogel, InsoHdb, § 94 Rn. 75.

6 Für in der Eigenverwaltung begründete Verbindlichkeiten s. Gottwald/Haas/Kahlert, InsoHdb, § 89 Rn. 27.

7 S. hierzu MünchKommInsO/Brandes, § 93 Rn. 11; BK-InsO/Blersch/v. Olshausen, § 93 Rn. 3; Gottwald/Haas/Vogel, InsoHdb, § 94 Rn. 76.

8 OLG Brandenburg v. 23.5.2007 – 7 U 173/06, ZInsO 2007, 1155 f.; H.F. Müller, Der Verband in der Insolvenz, 2002, S. 233 ff.; Prütting, ZIP 1997, 1725, 1732; K. Schmidt, GmbHR 2002, 1209, 1215; K. Schmidt, ZHR 174 (2010), 163, 176 ff.; Brinkmann, Die Bedeutung der §§ 92, 93 InsO für den Umfang der Insolvenz- und Sanierungsmasse, 2001, S. 120; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 81; Baumbach/Hopt, § 128 Rn. 46; Oetker/Boesche, § 128 Rn. 70; Heidel/Schall/Freitag/Seeger, § 128 Rn. 62; Uhlenbruck/Hirte, § 93 InsO Rn. 36; Schmidt/Pohlmann, § 93 Rn. 12; Gottwald/Haas/Vogel, InsoHdb, § 94 Rn. 76.

nimmt¹). Ob dies auch für die **Kosten des Insolvenzverfahrens (§ 54 InsO)** gilt, ist fraglich. Die h.M. behandelt diese als Neuverbindlichkeiten, für die der Gesellschafter nicht einzustehen hat². Dies ist allerdings – mit Blick auf den Repräsentationsgrundsatz (vgl. Rn. 9) – abzulehnen³. Der BGH ordnet die Verfahrenskosten zwar wie hier nicht als Neuverbindlichkeiten ein; er sieht sie allerdings ebenso wenig als Altverbindlichkeiten an, für welche eine Haftung zweifellos zu bejahen wäre. Dass der Gesellschafter letztlich in Übereinstimmung mit der h.M. für Verfahrenskosten nicht hafte, ergebe sich – so der BGH – daraus, „dass die Kosten des Insolvenzverfahrens darauf angelegt sind, allein aus der Masse des insolventen Rechtsträgers beglichen zu werden.“⁴

2. Geltendmachung der Haftung – im Interesse des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes

a) Erfasste Ansprüche

Im Insolvenzverfahren macht allein der Insolvenzverwalter nach § 93 InsO die Haftungsansprüche der Gläubiger gegen den Gesellschafter geltend⁵. Im Verfahren der Eigenverwaltung steht das Recht dem Sachwalter zu (§ 280 InsO). Die Ermächtigung zur Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter/Sachwalter erfasst nur Haftungsansprüche der Gesellschaftsgläubiger, die ihre Forderung im Verfahren angemeldet haben⁶. § 93 InsO bezieht sich nur auf die gesellschaftsrechtliche (persönliche) Haftung des (auch ausgeschiedenen)⁷ Gesellschafters gegenüber den Gläubigern⁸. Diese dient nämlich in erster Linie nicht dazu, – vergleichbar einer Bürgschaft oder anderen Sicherheit – das Ausfallrisiko des einzelnen Gläubigers zu reduzieren. Vielmehr bezweckt sie vorrangig, einen Beitrag dazu zu leisten, das Insolvenzverursachungsrisiko herabzusetzen⁹. Damit bildet die persönliche Haftung – ganz ähnlich wie das System der Kapitalaufbringung und -erhaltung in der GmbH – ein der Gesamtheit der Gläubiger zugute kommendes Schutzsystem. Es ist dieser Umstand der Allseitigkeit, der es rechtfertigt, die Haftungsansprüche in der Insolvenz der Gesellschaft einzubeziehen und diesbezgl. den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz anzuwenden. Anders ist die Rechtslage bzgl. Ansprüchen aus Bürgschaft bzw. Sicherheiten, die allein dem Schutz des individuellen Gläubigers dienen. Hat der Gesellschafter daher zusätzlich eine Bürgschaft oder eine andere Sicherheit gestellt oder haftet er aus einem von § 128 verschiedenen Rechts-

1 BGH v. 24.9.2009 – IX ZR 234/07, ZIP 2009, 2204, 2205 f.; ebenso Göcke, Wechselwirkungen bei der Insolvenz von Gesellschaft, Gesellschafter und Organwalter, 2009, S. 128 f.; zu Recht krit. K. Schmidt, ZHR 174 (2010), 163, 172 f.; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 81.

2 OLG Brandenburg v. 23.5.2007 – 7 U 173/06, ZInsO 2007, 1155 f.; OLG Celle v. 20.6.2007 – 9 U 153/06, ZIP 2007, 2210, 2211; MünchKommInsO/Brandes, § 92 Rn. 10; BK-InsO/Blersch/v. Olshausen, § 93 Rn. 3; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 81; E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 69; Uhlenbruck/Hirte, § 93 InsO Rn. 37; Marotzke, ZInsO 2008, 57, 61 f.; K. Schmidt, ZHR 174 (2010), 163, 182 ff.; a.A.: Kübler/Prütting/Bork/Lüke, § 93 InsO Rn. 27 ff.; Braun, § 93 InsO Rn. 22.

3 MünchHdbGesR I/Butzer/Knof, § 85 Rn. 60; Gottwald/Haas/Vogel, InsoHdb, § 94 Rn. 77; s. auch H.F. Müller, Der Verband in der Insolvenz, 2002, S. 245 ff.

4 BGH v. 24.9.2009 – IX ZR 234/07, ZIP 2009, 2204, 2206 f.

5 BGH v. 4.7.2002 – IX ZR 265/01, ZIP 2002, 1492, 1493; MünchKommInsO/Brandes, § 93 Rn. 1; BK-InsO/Blersch/v. Olshausen, § 93 Rn. 1.

6 BAG v. 28.11.2007 – 6 AZR 377/07, ZIP 2008, 846, 847; AG Duisburg v. 1.10.2011 – 64 IN 16/11, NZG 2011, 945, 946.

7 OLG Hamm v. 30.3.2007 – 30 U 13/06, NZI 2007, 584, 588; LAG Hamm v. 4.3.2009 – 2 Sa 1382/05, ZInsO 2010, 822; Uhlenbruck/Hirte, § 93 Rn. 10; Kübler/Prütting/Bork/Lüke, § 93 Rn. 25.

8 BFH v. 2.11.2001 – VII B 155/01, NZI 2002, 173, 174.

9 Haas, NJW 1997, 2854 ff.

grund, können die Gläubiger während des Insolvenzverfahrens „ungehindert“ gegen ihn (aus diesem autonom gesetztem Haftungsgrund) vorgehen¹. Haben Gesellschafter und Gläubiger die Haftung nach § 128 durch eine entsprechende Abrede modifiziert (s. Rn. 7), ändert dies an der Anwendbarkeit des § 93 InsO nichts.

b) Befugnisse des Insolvenzverwalters

- 19a Nach h.M. ist § 93 InsO keine eigenständige Anspruchsgrundlage²; die Vorschrift ordnet auch nicht etwa einen gesetzlichen Forderungsübergang an³. Vielmehr bleibt der einzelne Gesellschaftsgläubiger auch während des Insolvenzverfahrens Inhaber der Forderung, ist aber während der Dauer des Verfahrens an der Verfolgung seines Anspruchs gehindert. Man spricht insoweit auch von einer **Sperrwirkung** zu seinen Lasten⁴. Diese greift auch dann, wenn der Gläubiger seinen Anspruch im Verfahren über das Vermögen der Gesellschaft nicht anmeldet⁵. Insoweit reicht die Sperrwirkung über die Ermächtigungswirkung hinaus (vgl. Rn. 19). Eine seitens des Gesellschaftsgläubigers nach Verfahrenseröffnung erhobene Haftungsklage ist unzulässig⁶. Auch kann der Gläubiger eine titulierte Forderung nicht im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen⁷. Tut er dies dennoch, kann der Schuldner die auf § 93 InsO gestützten Einwendungen im Wege der Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) geltend machen⁸.
- 19b Zugunsten des Insolvenzverwalters begründet § 93 InsO überdies eine so genannte **Ermächtigungswirkung**⁹, die – an sich dem Gesellschaftsgläubiger zustehende Forderung – geltend zu machen. Da allein der Insolvenzverwalter die Forderung geltend machen kann, ist es dem Gesellschafter nach Verfahrenseröffnung auch nicht möglich, eine negative Feststellungsklage gegen den Gläubiger zu erheben¹⁰. Die dem Insolvenzverwalter zustehende Befugnis wird vielfach auch als (treuhänderische) Einziehungs- oder Prozessführungsbefugnis umschrieben¹¹. Diese Umschreibung ist allerdings „schief“. Der Insolvenzverwalter ist nämlich nicht Treuhänder der eingezogenen Forderungen zugunsten der (im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung vorhandenen) Gesellschaftsgläubiger; denn der Insolvenzverwalter hält die Ansprüche nicht allein für und im Interesse der-

1 BGH v. 14.11.2002 – IX ZR 2367/99, NZI 2003, 94, 95; BGH v. 4.7.2002 – IX ZR 265/01, ZIP 2002, 1492, 1493; BFH v. 2.11.2001 – VII B 155/01, NZI 2002, 173, 174.; *Staub/Haber-sack*, § 128 Rn. 76, 80; *E/B/J/S/Hillmann*, § 128 Rn. 70; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 128 Rn. 84; *Haas/Müller*, NZI 2002, 366 ff.; a.A. *Bork*, ZIP 1999, 1988, 1991; *Bork*, NZI 2002, 362, 363 ff.

2 BGH v. 9.10.2006 – II ZR 193/05, DStR 2007, 125; BAG v. 28.11.2007 – 6 AZR 377/07, ZIP 2008, 846, 848; OLG Brandenburg v. 23.5.2007 – 7 U 173/06, ZInsO 2007, 155.

3 So die h.M., s. nur BGH v. 12.7.2012 – IX ZR 217/11, ZIP 2012, 1683, 1684; BGH v. 9.10.2008 – IX ZR 138/06, NZI 2009, 45.

4 BGH v. 12.7.2012 – IX ZR 217/11, ZIP 2012, 1683, 1684; BGH v. 9.10.2008 – IX ZR 138/06, NZI 2009, 45; BFH v. 2.11.2001 – VII B 155/01, NZI 2002, 173, 174; *Gottwald/Haas/Vogel*, InsoHdb, § 94 Rn. 81 ff.; *E/B/J/S/Hillmann*, § 128 Rn. 70.70; s. auch *Sander*, ZInsO 2012, 1285, 1288 ff. (insb zu den unter der Sperrwirkung verbleibenden Aufrechnungsmöglichkeiten).

5 AG Duisburg v. 1.10.2011 – 64 IN 16/11, NZG 2011, 945, 946; *MünchKommInsO/Bran-des*, § 93 Rn. 13; *Uhlenbruck/Hirte*, § 93 InsO Rn. 4.

6 BGH v. 12.7.2012 – IX ZR 217/11, ZIP 2012, 1683, 1684.

7 AG Duisburg v. 1.10.2011 – 64 IN 16/11, NZG 2011, 945, 946.

8 AG Duisburg v. 1.10.2011 – 64 IN 16/11, NZG 2011, 945, 946.

9 S. hierzu BGH v. 12.7.2012 – IX ZR 217/11, ZIP 2012, 1683, 1684; BGH v. 9.10.2008 – IX ZR 138/06, NZI 2009, 45; BAG v. 28.11.2007 – 6 AZR 377/07, ZIP 2008, 846, 848; *Gott-wald/Haas/Vogel*, InsoHdb, § 94 Rn. 83 ff.; *E/B/J/S/Hillmann*, § 128 Rn. 70; *Sander*, ZInsO 2012, 1285, 1288.

10 BGH v. 12.7.2012 – IX ZR 217/11, ZIP 2012, 1683, 1684.

11 BGH v. 9.10.2006 – II ZR 193/05, DStR 2007, 125; *HK-InsO/Kayser*, § 93 Rn. 30; *Kübler/Prütting/Bork/Lüke*, § 93 InsO Rn. 16.

selben. Vielmehr sind die kollektivierten Haftungsansprüche i.S.d. § 93 InsO bei der Massekostendeckungsprüfung nach § 26 InsO zu berücksichtigen¹. Damit können diese also auch für Masseschulden, Verwaltergebühren sowie für Gerichtskosten eingesetzt werden². Der Insolvenzverwalter kann darüber hinaus den Anspruch im Falle von Masseunzulänglichkeit einziehen, wenn die Gläubiger von der Einziehung überhaupt nicht profitieren³. Hiermit aber verträgt sich das Bild einer treuhänderischen Bindung des Insolvenzverwalters in Bezug auf die vereinnahmten Beträge zugunsten der im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung vorhandenen Gesellschaftsgläubiger nicht.

Von der Ermächtigungsfunktion umfasst ist die Befugnis des Insolvenzverwalters, sich zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger über die Haftungsansprüche zu vergleichen bzw. diese abzutreten (soweit dies nicht objektiv insolvenzzweckwidrig ist)⁴. Folge der Sperrfunktion ist i.Ü., dass der Gesellschafter nicht haftungsbefreiend an den Gläubiger leisten kann⁵. Vielmehr kann – richtiger Ansicht nach – der unbegrenzt haftende Gesellschafter die Forderung gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger auch nicht anderweitig zum Erlöschen bringen⁶. Soweit man der Gegenansicht folgt⁷, ist sicherzustellen, dass der (auf § 128 HGB verzichtende)⁸ Gesellschaftsgläubiger an den infolge § 93 InsO durch den Insolvenzverwalter eingezogenen Beträgen nicht partizipiert⁹. Umstritten ist, ob die mit § 93 InsO einhergehende Sperrwirkung dem Gesellschaftsgläubiger die Befugnis entzieht, seine Forderung nach § 128 HGB gegenüber Forderungen des Schuldners aufzurechnen. Richtiger Ansicht nach ist auch dies von der Sperrwirkung umfasst¹⁰. Von der bei den Gläubigern verbleibenden Rechtsinhaberschaft bleibt mithin – praktisch gesehen – während der Dauer des Insolvenzverfahrens nicht viel übrig¹¹. Dass die von § 93 InsO erfassten Beträge letztlich so behandelt werden, als wären sie Bestandteil der Masse, zeigt sich auch darin, dass Leistungen, die der Gesellschafter vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft an einen Gesell-

- 1 BGH v. 9.10.2008 – IX ZR 138/06, NZI 2009, 45 f.; AG Hamburg v. 27.11.2007 – 67g IN 370/07, ZIP 2007, 2428 = ZInsO 2007, 1283; MünchKommInsO/Brandes, § 93 Rn. 10; Pohlmann, ZInsO 2008, 21, 23; Uhlenbruck/Hirte, § 93 InsO Rn. 3; Habersack/Schäfer, § 128 Rn. 76; Gottwald/Haas/Vogel, InsoHdb, § 94 Rn. 83; Pape/Uhlenbruck/Voigt-Saulus, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2010, Kap. 32 Rn. 16; Uhlenbruck, § 26 InsO Rn. 14; Kübler/Prütting/Bork/Lüke, § 92 InsO Rn. 36 ff.; s. auch HK-InsO/Kayser, § 93 Rn. 2; a.A. MünchKommHGB/K. Schmidt, Anh. § 158 Rn. 39; Floeth, EWIR 2008, 281, 282.
- 2 Habersack/Schäfer, § 128 Rn. 76; Pape/Uhlenbruck/Voigt-Saulus, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2010, Kap. 32 Rn. 16; wohl auch MünchKommInsO/Brandes, § 93 Rn. 24 ff.
- 3 Gottwald/Haas/Vogel, InsoHdb, § 94 Rn. 83 und Gottwald/Haas/Hoßfeld, InsoHdb, § 92 Rn. 547 ff.; a.A. aber Dienstühler, ZIP 1998, 1697, 1706.
- 4 BAG v. 28.11.2007 – 6 AZR 377/07, ZIP 2008, 846, 848; LAG Berlin v. 29.3.2007 – 17 Sa 1952/06, EWIR 2007, 725 (Runkel/Schmidt): Vergleich; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 85; Krüger, NZI 2002, 367, 370; BK-InsO/Blersch/v. Olshausen, § 93 Rn. 7; Gottwald/Haas/Vogel, InsoHdb, § 94 Rn. 91; HK-InsO/Kayser, § 93 Rn. 32; Jaeger/H.F. Müller, § 93 InsO Rn. 52; a.A.: Kübler/Prütting/Bork/Lüke, § 93 InsO Rn. 16; Uhlenbruck/Hirte, § 93 InsO Rn. 6; Klinck, NZI 2008, 349 ff.
- 5 MünchKommInsO/Brandes, § 90 Rn. 13.
- 6 Kübler/Prütting/Bork/Lüke, § 93 InsO Rn. 14; BK-InsO/Blersch/v. Olshausen, § 93 Rn. 6; MünchKommInsO/Brandes, § 93 Rn. 13; Uhlenbruck/Hirte, § 93 InsO Rn. 4.
- 7 MünchKommInsO/Brandes, § 93 Rn. 15; Uhlenbruck/Hirte, § 93 InsO Rn. 6; HK-InsO/Kayser, § 93 Rn. 33.
- 8 Dabei spielt es keine Rolle, ob dieser vor oder nach Insolvenzeröffnung auf den Anspruch verzichtet hat.
- 9 Vgl. Fuchs, ZIP 2000, 1089, 1093; s. auch das Berechnungsbsp. bei Stahlschmidt, S. 99 ff.
- 10 So Schmidt/Pohlmann, § 93 InsO Rn. 49; Gottwald/Haas/Vogel, InsoHdb, § 94 Rn. 82; Bork, in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1021 Rn. 30; Uhlenbruck/Hirte, § 93 InsO Rn. 5; Fuchs, ZIP 2000, 1089, 1097; FK-InsO/App, § 93 InsO Rn. 16; a.A. MünchKommInsO/Brandes, § 92 Rn. 32 ff.
- 11 S. auch Gottwald/Haas/Vogel, InsoHdb, § 94 Rn. 83 f.; Haas/Keller, ZZZ 2013, 335, 348.

schaftsgläubiger erbracht hat, unter den Voraussetzungen der §§ 129 ff. InsO seitens des Insolvenzverwalters (über das Vermögen der Gesellschaft) angefochten werden können¹.

c) Art der Geltendmachung

- 20 Der Insolvenzverwalter muss die mit Hilfe von § 93 InsO geltend gemachten Einzelforderungen substantiiert darlegen². Überwiegender Ansicht nach kann der vom Insolvenzverwalter in Anspruch genommene Gesellschafter die Zahlung insoweit verweigern, als das vorhandene Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung der Gläubiger ausreicht³. Woraus diese Einwendung folgt, ist fraglich. Teilweise wird sie aus § 242 BGB (dolo agit-Einwand) abgeleitet, weil der Insolvenzverwalter einen etwa vorhandenen Überschuss bei der Schlussverteilung an die Gesellschafter herauszugeben hat (§ 199 S. 2 InsO)⁴. U.U. ließe sich der Einwand aber auch aus dem Mandat des Insolvenzverwalters ableiten, das im Grundsatz darauf beschränkt ist, die Gläubiger zu befriedigen. Das dogmatische Fundament kann durchaus für die Frage eine Rolle spielen, ob und inwieweit der Insolvenzverwalter die Beträge von einem ausgeschiedenen Gesellschafter (s. Rn. 19) einfordern kann. Im Übrigen ist der Insolvenzverwalter bei der Durchsetzung der Haftungsansprüche nach § 128 nicht beschränkt. Er ist insbesondere nicht verpflichtet, im Rahmen des § 93 InsO von vornherein die vorhandene Masse abzuziehen⁵. Vielmehr ist dem Gesellschafter nur dann eine Einrede gegen den Insolvenzverwalter zuzugestehen, wenn der Insolvenzverwalter die geltend gemachten Beträge offensichtlich nicht benötigt⁶. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der voraussichtlich zur Verfügung stehenden Insolvenzmasse ist die Verfahrenseröffnung und die in diesem Zeitpunkt vorliegende Eröffnungsbilanz⁷. Im Übrigen erwirbt der Gesellschafter mit der Zahlung entsprechend § 144 InsO die Gläubigerforderungen, die er im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft anmelden kann.

d) Prozessuales

- 20a Aus der § 93 InsO beigemessenen Sperrwirkung folgt in prozessualer Hinsicht: Nach Verfahrenseröffnung sind grundsätzlich alle auf § 128 gestützten Klagen des Gesellschaftsgläubigers oder des Gesellschafters **unzulässig** (s. Rn. 19a). Bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits anhängige Haftungsprozesse sind – ebenso wie auf § 171 Abs. 1 gestützte Prozesse (s. § 171 Rn. 82)⁸ – entsprechend § 17 Abs. 1 S. 1 AnfG, nicht

1 BGH v. 9.10.2008 – IX ZR 138/06, NZI 2009, 45 f.

2 BGH v. 9.10.2006 – II ZR 193/05, DSStR 2007, 125.

3 Uhlenbruck/Hirte, § 93 InsO Rn. 22 und § 11 Rn. 309; Jaeger/Müller, § 35 InsO Rn. 153; Gottwald/Haas/Vogel, InsoHdb, § 94 Rn. 86.

4 OLG Hamm v. 30.3.2007 – 30 U 13/06, NZI 2007, 584, 586; HK-InsO/Kayser, § 93 Rn. 34; in diese Richtung (für Gesellschafterhaftungsansprüche im Liquidationsverfahren) BGH v. 9.2.2012 – IX ZB 230/10, NZI 2012, 315.

5 Strenger wohl BGH v. 14.11.2005 – II ZR 178/03, DSStR 2007, 808, 811: Geltendmachung beschränkt sich dem Ergebnis nach auf den Betrag, der zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Eine etwa vorhandene Masse ist abzusetzen.

6 OLG Hamm v. 30.3.2007 – 30 U 13/06, NZI 2007, 584, 586 und 590; BK-InsO/Blersch/v. Olshausen, § 93 Rn. 5 f.; HK-InsO/Kayser, § 93 Rn. 34; K. Schmidt/Bitter, ZIP 200, 1077, 1087; Gottwald/Haas/Vogel, InsoHdb, § 94 Rn. 86; E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 70; a.A.: MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 86: Ausfallhaftungsmodell; s. auch Uhlenbruck/Hirte, § 93 InsO Rn. 25.

7 OLG Hamm v. 30.3.2007 – 30 U 13/06, NZI 2007, 584, 589; s. auch K. Schmidt/Bittner, ZIP 2000, 1077, 1087.

8 S. hier nur z.B. OLG Dresden v. 23.4.2012 – 8 U 78/12, ZInsO 2012, 1384.

aber nach § 240 ZPO¹ unterbrochen und können vom Insolvenzverwalter aufgenommen werden².

Geht der Insolvenzverwalter gem. § 93 InsO vor, richtet sich in euro-internationalen Fällen die Zuständigkeit nicht nach der EuGVO/dem LugÜ (s. Art. 1 Abs. 2 lit. b), sondern nach der EuInsVO (analoge Anwendung des Art. 3 Abs. 1), da es sich hierbei um ein insolvenzrechtliches Annexverfahren handelt³. Die örtliche Zuständigkeit folgt – außer aus §§ 12 f., 17 ZPO – nicht aus § 19a ZPO⁴, sondern richtiger Ansicht nach aus § 22 ZPO⁵. Folgt man dieser Ansicht nicht, bleiben die kraft Zuständigkeitserstreckung anwendbaren §§ 29, 32 ZPO (s. Rn. 9) einschlägig. Folge einer unbesehenen Anwendung dieser Grundsätze wäre, dass der Insolvenzverwalter den Gesellschafter parallel mit Klagen verteilt über die ganze Republik überziehen könnte. Das liegt weder im Interesse des Gesellschafters noch im Interesse des Insolvenzverwalters und würde auch den Umstand ignorieren, dass – wie oben gezeigt (Rn. 19b) – der kollektivierte Anspruch in der Hand des Insolvenzverwalters strukturell etwas anderes ist als der einzelne Haftungsanspruch in der Hand des Gesellschaftsgläubigers. Diesen strukturellen Besonderheiten des § 93 InsO lässt sich dadurch Rechnung tragen, dass man dem Insolvenzverwalter gestattet, an dem (kraft Zuständigkeitserstreckung begründeten) Gerichtsstand für einen (Haftungs-)Anspruch – kraft Sachzusammenhang⁶ – auch sämtliche anderen (Gesellschafterhaftungs-)Ansprüche (zumindest des gleichen Rechtswegs)⁷ geltend zu machen⁸.

3. Rückgriff

Soweit der Gesellschafter vor Verfahrenseröffnung einen Gläubiger befriedigt, nimmt er mit seinem **Erstattungsanspruch aus § 110** am Verfahren teil⁹. Nach Insolvenzeröffnung kann der Gesellschafter nicht mehr befreiend an den Gläubiger leisten mit der Folge, dass ein Erstattungsanspruch ausscheidet. Hat der Gesellschafter an den Insolvenzverwalter geleistet, kann er Regress bei den Mitgesellschaftern (s. Rn. 11) nehmen.

4. Insolvenzplan

Kommt es im Rahmen eines Insolvenzplans (§§ 217 ff. InsO) zu einer Schuldbefreiung der Gesellschaft (§ 227 Abs. 1 InsO), so **gilt dies auch für die Gesellschafterhaftung** (§ 227 Abs. 2 InsO). § 227 Abs. 2 InsO stellt lediglich eine Ausprägung des Akzessorie-

1 So etwa OLG Koblenz v. 15.1.2010 – 2 W 842/09, NZI 2010, 411; LG Saarbrücken v. 4.6.2010 – 5 T 137/10, NZI 2010, 820 f.

2 BGH v. 20.11.2008 – IX ZB 199/05, ZIP 2009, 108; BGH v. 14.11.2002 – IX ZR 236/99, WM 2003, 159 f. (m.w.N. auch zur in weiten Teilen der Lit. vertretenen, § 240 ZPO analog befürwortenden a.A.); s. i.Ü. OLG Stuttgart v. 14.5.2002 – 1 U 1/02, NZI 2002, 495, 496 f.; *Gottwald/Haas/Vogel*, InsoHdb, § 94 Rn. 93.

3 Ausführlich *Haas/Keller*, ZZZ 2013, 335, 341 ff.; a.A. *Weber*, Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz im Internationalen Zivilverfahrensrecht, 2011, S. 421 ff. (der insoweit Art. 5 Nr. 1 EuGVVO anwenden will).

4 BGH v. 27.5.2003 – IX ZR 203/02, ZInsO 2003, 707; *Musielak/Heinrich*, § 19a ZPO Rn. 4; *MünchKommZPO/Patzina*, § 19a ZPO Rn. 1; *Stein/Jonas/Roth*, § 19a ZPO Rn. 7.

5 *Haas/Keller* ZZZ 2013, 335, 352 ff.; anders, aber ohne Begründung, *Zöller/Geimer*, § 22 ZPO Rn. 6; s. auch KG v. 28.1.2009 – 2 AR 3/10, NZG 2010, 515, das aber die durch das MoMiG veranlasste Änderung des § 22 ZPO schlichtweg ignoriert.

6 S. hierzu *MünchKommZPO/Patzina*, § 12 Rn. 36; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 36 VI 2; *Musielak/Heinrich*, § 12 ZPO Rn. 6.

7 S. oben Rn. 9 f.

8 Zum Ganzen *Haas/Keller*, ZZZ 2013, 335, 353 ff.

9 Vgl. *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 128 Rn. 92 f.; *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 75; *A. Hueck*, Das Recht der OHG, S. 385.

tätsprinzips dar¹. Erfasst ist deshalb nur die persönliche Haftung aus § 128, nicht aber aus einem anderen Rechtsgrund². Jedoch kann die befreiende Wirkung des § 227 Abs. 2 InsO nicht nur dem Insolvenzgläubiger, sondern auch einem regressnehmenden Sicherungsgeber entgegen gehalten werden³. § 227 Abs. 2 InsO soll nach überkommener Auffassung nur einem persönlich haftenden Gesellschafter zugute kommen, nicht aber einem Kommanditisten, der einer Außenhaftung unterliegt⁴. Hier spricht aber mehr für eine Einbeziehung des Kommanditisten⁵. Umstritten ist, ob dem ausgeschiedenen Gesellschafter, der der Nachhaftung unterliegt, § 227 Abs. 2 InsO zugute kommt⁶. In der Vergangenheit wurde dies verneint⁷; doch ist diese Einschränkung nicht gerechtfertigt⁸. Dies gilt jedenfalls für die Fälle der Haftungsumwandlung nach § 160 Abs. 3 HGB. Hier wird man kaum sagen können, dass eine Enthaltung des ausgeschiedenen Gesellschafters der Unternehmenssanierung nicht dient. Auch vom Gerechtigkeitsgehalt erscheint es angezeigt, den ausgeschiedenen Gesellschafter an der Haftungsbegrenzung teilhaben zu lassen.

5. Gesellschaftsinsolvenz und Gesellschafterinsolvenz

- 23 Vielfach geht die Insolvenz der Gesellschaft mit einer solchen eines Gesellschafters einher⁹. Die **beiden** jeweils eröffneten **Verfahren** haben dann **selbständige Bedeutung** und sind eigenständig abzuwickeln¹⁰. Allerdings ergeben sich gegenseitige Einwirkungen¹¹. In der „Doppelin insolvenz“ kommt § 93 InsO ebenfalls zur Anwendung. Der Insolvenzverwalter im Gesellschaftsinsolvenzverfahren nimmt dann am Gesellschafterinsolvenzverfahren teil und muss die Forderungen sämtlicher Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Gesellschafters anmelden und durchsetzen¹². Fraglich und umstritten ist allerdings, in welcher Höhe der Insolvenzverwalter die Forderungen im Gesellschafterinsolvenzverfahren anmelden kann (Grundsatz der Doppelanmeldung oder Ausfallprinzip analog § 52 InsO)¹³. Für die Doppelanmeldung sprechen dabei die besseren Gründe¹⁴. Wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen mehrerer persönlich haftender Gesellschafter eröffnet, kann der Insolvenzverwalter gem. § 43 InsO bis zur vollständigen Befriedigung der Gläubiger in jedem Verfahren die Forderungen

1 H.F. Müller, Der Verband in der Insolvenz, 2002, S. 415; MünchHdbGesR I/Butzer/Knof, § 85 Rn. 96 f.

2 MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 89.

3 MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 89.

4 Vgl. Schlitt, NZG 1998, 755, 761; zum früheren Recht (§§ 211 Abs. 2 KO, 109 Nr. 3 VglO) auch RGZ 150, 163, 173; BGH v. 25.5.1970 – II ZR 183/68, WM 1970, 967, 968.

5 H.F. Müller, Der Verband in der Insolvenz, 2002, S. 426; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 91 und §§ 171, 172 Rn. 120; s. auch Staub/Schilling, § 171 Rn. 24 f.

6 E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 73.

7 BGH v. 25.5.1970 – II ZR 183/68, WM 1970, 967, 968; s. auch RGZ 29, 38, 39 f.; RGZ 56, 362, 366.

8 H.F. Müller, Der Verband in der Insolvenz, 2002, S. 422 ff.; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 90; Heymann/Emmerich, § 128 Rn. 29a; MünchHdbGesR I/Butzer/Knof, § 85 Rn. 99 ff.

9 Gottwald/Haas/Vogel, InsoHdb, § 94 Rn. 126.

10 K. Schmidt, GmbHR 2002, 1208, 1210; K. Schmidt, ZGR 1996, 204, 218.

11 Näher dazu Gottwald/Haas/Vogel, InsoHdb, § 94 Rn. 126 ff.

12 Gottwald/Haas/Vogel, InsoHdb, § 94 Rn. 130.

13 S. hierzu v. Olshausen, ZIP 2003, 1321, 1322 f.; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 87; K. Schmidt, ZHR 174 (2010), 163, 185 ff.; K. Schmidt, FS Goette, 2011, S. 459, 468; Gottwald/Haas/Vogel, InsoHdb, § 94 Rn. 131 ff.

14 S. v. Olshausen, ZIP 2003, 1321, 1329 f.; Bitter, ZInsO 2002, 557, 561; Gottwald/Haas/Vogel, InsoHdb, § 94 Rn. 134; Heidel/Schall/Freitag/Seeger, § 128 Rn. 66; a.A.: MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 87; MünchKommInsO/Brandes, § 93 InsO Rn. 27 f.; HK-InsO/Kayser, § 93 InsO Rn. 46.

nach § 128 in voller Höhe geltend machen¹. Hat sich der Gesellschafter gegenüber einem Gesellschaftsgläubiger verbürgt und macht in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen des Gesellschafters der Gläubiger die Bürgschaftsforderung geltend, ist der Insolvenzverwalter über das Vermögen der Gesellschaft – entsprechend § 44 InsO – an der Durchsetzung des Haftungsanspruchs nach § 128 gehindert². Mitunter hat der Gesellschafter im Rahmen des § 128 auch für Masseverbindlichkeiten (§ 55 InsO) einzustehen (s. Rn. 18). Diese haben im Gesellschafterverfahren nicht (auch) den Rang von Masseverbindlichkeiten; denn das Gesellschafterinsolvenzverfahren steht nicht im Dienste des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens³.

IV. Der ausgeschiedene Gesellschafter

1. Allgemeines

Scheidet ein Gesellschafter aus der OHG aus, besteht seine Haftung für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten fort, und zwar bis zur Verwirklichung des Enthaftungstatbestandes nach § 160. Für neu entstehende Verbindlichkeiten (zur Abgrenzung vgl. Rn. 27 ff.) haftet der Gesellschafter dagegen nicht mehr nach § 128. U.U. haftet er aber aus Rechtsscheingesichtspunkten, insbesondere nach § 15, wenn das Ausscheiden nicht in der Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht wurde (§ 143 Abs. 2). Keinen Einfluss auf die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters hat der Umstand, dass die Gesellschaft nach dem Ausscheiden aufgelöst oder voll beendet wird⁴. In der Insolvenz der Gesellschaft haftet auch ein bereits ausgeschiedener Gesellschafter gem. § 93 InsO gegenüber dem Insolvenzverwalter⁵. Fraglich ist, ob der ehemalige Gesellschafter dem Insolvenzverwalter entgegen halten kann, dass seine Zahlung nicht zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Folgt man die Einnahme allein aus dem *dolo agit*-Einwand (s. Rn. 20), könnte diese vom ehemaligen Gesellschafter nicht eingewandt werden, da ihm gegenüber nach § 199 S. 2 InsO kein Überschuss auszukehren ist.

2. Ausscheiden und gleichgestellte Tatbestände

a) Gleichgestellte Fälle

Wie ein **Ausscheiden** durch Beendigung der Mitgliedschaft in der Gesellschaft sind die Fälle der **Übertragung des Anteils**⁶ an einen Rechtsnachfolger, die **Umwandlung einer Vollhafterbeteiligung** in die eines Kommanditisten⁷ sowie die **Beendigung der unbeschränkten Kommanditistenhaftung** nach § 176⁸ zu behandeln. Zu nennen ist hier au-

1 *Heidel/Schall/Freitag/Seeger*, § 128 Rn. 66; *Wertenbruch* in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. I 962.

2 *K. Schmidt/Bitter*, ZIP 2000, 1077, 1084; *Habersack/Schäfer*, § 128 Rn. 80; *Heidel/Schall/Freitag/Seeger*, § 128 Rn. 66.

3 *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 78; s. auch *Gottwald/Haas/Vogel*, InsoHdb, § 94 Rn. 135.

4 *Wertenbruch* in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. I 927.

5 OLG Hamm v. 30.3.2007 – 30 U 13/06, NZI 2007, 584, 588; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 128 Rn. 84; *MünchKommInsO/Brandes*, § 93 InsO Rn. 5, 14; *Gottwald/Haas/Vogel*, InsoHdb, § 94 Rn. 108; *Gerhardt*, ZIP 2000, 2181, 2183.

6 *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 128 Rn. 43.

7 BGH v. 22.9.1980 – II ZR 204/79, BGHZ 78, 114, 116 f.; BGH v. 19.5.1983 – II ZR 49/82, ZIP 1983, 819, 820; OLG Hamm v. 30.3.2007 – 30 U 13/06, NZI 2007, 584, 589; OLG Hamm v. 24.10.2007 – 8 U 29/07, NZG 2008, 101; *MünchKommHGB/K. Schmidt*, § 128 Rn. 44.

8 BGH v. 19.12.1977 – II ZR 202/76, BGHZ 70, 132, 137; BGH v. 11.12.1978 – II ZR 235/77, BGHZ 73, 217, 222 f.

ßerdem ein **Formwechsel der Gesellschaft** in eine andere Rechtsform (§ 190 UmwG)¹; zum Fortbestehen der Haftung in einem solchen Fall vgl. auch § 224 UmwG, der die Nachhaftung in Übereinstimmung mit § 160 begrenzt.

b) Maßgeblicher Zeitpunkt

- 26 Der **Zeitpunkt des Ausscheidens** bestimmt sich nach dem Wirksamwerden des entsprechenden Rechtsgeschäfts oder des sonst maßgeblichen Vorganges². Bei einem Ausschlussurteil (§ 140) kommt es auf den Eintritt der Rechtskraft an (s. dort).

3. Alt- und Neuverbindlichkeiten

- 27 Die bezogen auf den Zeitpunkt des Ausscheidens maßgebliche Abgrenzung von Alt- und Neuschulden richtet sich nicht nach der Entstehung der Verbindlichkeit, erst recht nicht nach ihrer Fälligkeit, sondern nach der **Schaffung ihrer Rechtsgrundlage**³.

a) Rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten

- 28 Bei rechtsgeschäftlich begründeten Verbindlichkeiten ist der **Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich**⁴. Dass das Vertragsangebot bereits bindend abgegeben wurde bzw. eine (langfristige) Option vorliegt, reicht nicht aus⁵. Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist auch für die Einzelverbindlichkeiten aus einem auf vertraglicher Grundlage beruhenden Dauerschuldverhältnis⁶ maßgebend, und zwar unabhängig davon, ob der Verlauf des Dauerschuldverhältnisses in der Zukunft gewiss oder ungewiss ist⁷. Daher besteht auch die Haftung für Verbindlichkeiten aus einem über den Zeitpunkt des Ausscheidens von der OHG fortgeführten Dienst- oder Arbeitsverhältnisses weiter⁸, und zwar einschließlich für eine zugesagte betriebliche Altersversorgung⁹. Dasselbe gilt für Energie- und Wasserversorgungsverträge¹⁰. Zu den Altverbindlichkeiten, für die der ausgeschiedene Gesellschafter einzustehen hat, zählen nach richtiger Auffassung auch die Sekundäransprüche aus dem vor dem Ausscheiden abgeschlossenen Vertrag einschließlich der kraft Gesetzes angefallenen Zinsen, auch wenn die den Folgeanspruch

1 Vgl. auch OLG Hamm v. 24.10.2007 – 8 U 29/07, GmbHR 2008, 151, 152; OVG Koblenz v. 11.3.1986 – 6 A 132/84, NJW 1986, 2129 f. (noch zum UmwG 1956).

2 MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 48.

3 RGZ 140, 10, 14; BGH v. 21.12.1970 – II ZR 258/67, BGHZ 55, 267, 269 f.; BGH v. 17.1.2012 – II ZR 197/10, NZG 2012, 221; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 49; E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 46; Baumbach/Hopt, § 128 Rn. 29.

4 BGH v. 21.12.1962 – II ZR 74/59, BGHZ 36, 224, 225; BGH v. 13.7.1967 – II ZR 268/64, BGHZ 48, 203, 204 f.; BGH v. 19.5.1983 – II ZR 49/82, ZIP 1983, 819, 820.

5 Staub/Habersack, § 128 Rn. 63; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 50.

6 BGH v. 19.12.1977 – II ZR 202/76, BGHZ 70, 132, 135; BGH v. 19.5.1983 – II ZR 207/81, ZIP 1983, 813, 814; BGH v. 12.12.2005 – II ZR 283/03, NJW 2006, 765; OLG Düsseldorf v. 13.2.2003 – 10 K 216/01, NJW-RR 2003, 513, 514; OLG Hamm v. 24.10.2007 – 8 U 29/07, GmbHR 2008, 151, 152; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 128 Rn. 50; Wertentrüb in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. 1930.

7 BGH v. 29.4.2002 – II ZR 330/00, NJW 2002, 2170, 2171; KG v. 25.5.2009 – 8 U 76/09, NJOZ 2010, 24.

8 BAG v. 3.5.1983 – 3 AZR 1263/79, ZIP 1983, 715, 718; LAG Hamburg v. 29.7.2009 – 5 Sa 27/09, BeckRS 2009, 69646; s. i.Ü. LAG Hamm v. 4.3.2009 – 2 Sa 1382/05, ZInsO 2010, 822.

9 BGH v. 19.5.1983 – II ZR 50/82, BGHZ 87, 286, 287.

10 BGH v. 19.12.1977 – II ZR 202/76, BGHZ 70, 132, 135; BGH v. 12.12.2005 – II ZR 283/03, NJW 2006, 765 f.

begründenden Tatsachenvoraussetzungen erst nachträglich eingetreten sind¹. Das gilt jedenfalls – nahezu unstrittig – für Sekundäransprüche, die anstelle der Primärleistung treten („statt der Leistung“, vor allem Schadensersatz). Bei anders gelagerten Sekundäransprüchen, insbesondere beim Schadensersatz wegen Pflichtverletzung gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB wird die h.M. jedoch zunehmend bestritten²; derartige (Schadensersatz-)Ansprüche „neben der Leistung“ fänden ihre Rechtsgrundlage weniger in dem vor dem Ausscheiden geschlossenen Vertrag, als vielmehr in der konkreten Pflichtverletzung mit der Folge, dass sie auch erst im Zeitpunkt deren Verwirklichung – somit ggf. auch erst nach dem Ausscheiden – i.S.v. § 160 Abs. 1 S. 1 „begründet“ seien³, doch ist dies zweifelhaft⁴. Jedenfalls ist der Zeitpunkt der (ggf. auch durch Unterlassen begangenen) Pflichtverletzung sorgsam zu prüfen⁵.

b) Vertragserweiterungen

Wird ein bestehender **Vertrag erweitert oder verlängert**, handelt es sich bei den zusätzlich begründeten Verbindlichkeiten regelmäßig um **Neuschulden**⁶, für die der ausgeschiedene Gesellschafter nicht einzustehen hat, es sei denn, die Gesellschaft war bereits durch den ursprünglichen Vertrag im Hinblick auf die Erweiterung gebunden. Auf die Frage einer bereits vor dem Ausscheiden entstandenen Bindung wird es auch bei Ausführungsgeschäften in Vollzug eines Rahmenvertrages ankommen. Eine Stundung ändert am Charakter der Verbindlichkeit nichts, doch soll dies bei der Prolongation einer Wechselschuld anders sein⁷. Besondere Fragen können sich zur Haftung für den Saldo aus einem Kontokorrentverhältnis ergeben⁸. Die Herabsetzung einer Forderung wandelt diese ebenfalls nicht in eine Neuverbindlichkeit um⁹.

c) Gesetzliche Schuldverhältnisse

Bei Verbindlichkeiten **gesetzlichen Ursprungs** kommt es ebenfalls nicht auf die endgültige Entstehung der konkreten Schuld an, sondern auf die Verwirklichung der entscheidenden tatbestandlichen Grundlage für die Anspruchsentstehung¹⁰. Für Deliktsverbind-

1 BGH v. 21.12.1962 – II ZR 74/59, BGHZ 36, 224, 225; *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 68; MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 128 Rn. 51; *Baumbach/Hopt*, § 128 Rn. 30; *Wertbruch* in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. 1934; E/B/J/S/*Hillmann*, § 128 Rn. 46; s. auch OLG Saarbrücken v. 30.4.2007 – 1 U 148/06, DStR 2008, 527; VGH München v. 2.5.2013 – 4 ZB 12.1393, DStR 2013, 1791, 1793; *Sommer/Treptow/Dietlmeier*, NJW 2011, 1551, 1552.

2 S. LG Bonn v. 13.4.2010 – 15 O 451/09, NZG 2011, 143, 145, AG Eilenburg v. 9.11.2011 – 4 C 471/11, BeckRS 2012, 05164; *Lüneborg*, ZIP 2012, 2229, 2234 f.; *Schlinker/Hammerschmid*, NJOZ 2012, 321, 323 ff.; *Meixner/Schröder*, DStR 2008, 527, 528.

3 A.A. OLG Saarbrücken v. 30.4.2007 – 1 U 148/06, DStR 2008, 527 f.; *Sommer/Treptow/Dietlmeier*, NJW 2011, 1551, 1552.

4 *Grunewald*, NJW 2010, 3551, 3552.

5 Vgl. OLG Köln v. 6.4.2011 – 11 U 107/10, BeckRS 2011, 08572; s. auch LG Bonn v. 13.4.2010 – 15 O 451/09, NZG 2011, 143.

6 BGH v. 24.9.2007 – II ZR 284/05, ZIP 2007, 2262 = DStR 2007, 2222, 2223; RGZ 86, 60, 62 f.; RGZ 125, 417, 418; *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 67; MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 128 Rn. 52.

7 RGZ 125, 417, 418; h.L.; dagegen zu Recht MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 128 Rn. 52.

8 S. dazu etwa BGH v. 28.6.1968 – I ZR 156/66, BGHZ 50, 277, 278; BGH v. 9.12.1971 – III ZR 58/69, WM 1972, 283, 284; BGH v. 2.11.1973 – I ZR 88/72, NJW 1973, 100; kritisch zur Rspr. MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 128 Rn. 55 f.

9 BGH v. 24.9.2007 – II ZR 284/05, ZIP 2007, 2262 = DStR 2007, 2222, 2223.

10 MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 128 Rn. 57; *Lüneborg*, ZIP 2012, 2229, 2235 ff.; s. z.B. BGH v. 25.11.1985 – II ZR 80/85, WM 1986, 288; OVG Koblenz v. 11.3.1986 – 6 A 132/84, NJW 1986, 2129; BGH v. 17.1.2012 – II ZR 197/10, NZG 2012, 221 f.; VGH München v.

lichkeiten ist insoweit – beispielsweise – die Vornahme der Verletzungshandlung maßgeblich, und zwar unabhängig davon, wann Rechtsgutsverletzung und Schaden eintreten¹.

4. Freistellung und Rückgriff

a) Gegenüber der Gesellschaft

- 31 Nach § 105 Abs. 2 und § 738 Abs. 1 S. 2 BGB erlangt der Gesellschafter mit dem Ausscheiden gegen die Gesellschaft einen **Anspruch auf Freistellung** von der Haftung für die Altverbindlichkeiten. Wird er wegen einer Gesellschaftsschuld in Anspruch genommen, verwandelt sich der Freistellungsanspruch in einen **Rückgriffsanspruch**. Dieser lässt sich allerdings nicht mehr auf § 110 stützen²; er wird teils aus § 426 BGB³, teils aus § 738 Abs. 1 S. 2 BGB⁴, teils (was zweifelhaft ist, vgl. Rn. 10) aus einer entsprechenden Anwendung von § 774 BGB⁵ hergeleitet.
- 32 Dazu, dass ein ehemaliger Gesellschafter, der sich für eine Gesellschaftsschuld verbürgt oder sie sonst besichert hat, regelmäßig einen Freistellungsanspruch (und ggf. einen Rückgriffsanspruch) erwirbt, vgl. Rn. 12.

b) Gegenüber den Gesellschaftern

- 33 Im Hinblick auf das mit den bisherigen **Mitgesellschaftern** bestehende **Gesamtschuldverhältnis** könnte der ausgeschiedene Gesellschafter, soweit § 738 Abs. 1 S. 2 BGB einschlägig ist, von den verbliebenen Gesellschaftern in vollem Umfang eine Freistellung beanspruchen und gegen sie Rückgriff nehmen. Im Regressfall haften ihm die Gesellschafter dabei gesamtschuldnerisch⁶. Im Falle eines Ausscheidens nach einer Anteilsübertragung hat er ferner die Möglichkeit, gegen den **Rechtsnachfolger** Rückgriff zu nehmen⁷.

§ 129

Einwendungen des Gesellschafters

(1) Wird ein Gesellschafter wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen, so kann er Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, nur insoweit geltend machen, als sie von der Gesellschaft erhoben werden können.

2.5.2013 – 4 ZB 12.1393, DStR 2013, 1791, 1793; zustimmend *Ruppert*, EWiR 2012, 279, 280; *Wertenbruch* in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. I 936.

1 E/B/J/S/*Hillmann*, § 128 Rn. 53; MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 128 Rn. 57; a.A. *Habersack/Schäfer*, § 128 Rn. 69; *Wertenbruch* in Westermann, Hdb. Personengesellschaften, Rn. I 936; *Lüneborg*, ZIP 2012, 2229, 2237.

2 BGH v. 9.5.1963 – II ZR 124/61, BGHZ 39, 319, 324 f.

3 So BGH v. 9.5.1963 – II ZR 124/61, BGHZ 39, 319, 324 f.; GroßKommHGB/*Fischer*, § 128 Rn. 60.

4 *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 45.

5 So MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 128 Rn. 61.

6 MünchKommHGB/K. *Schmidt*, § 128 Rn. 63; *Hadding*, FS Stimpel, 1985, S. 139, 161; a.A. *Staub/Habersack*, § 128 Rn. 50: Teilschulden.

7 BGH v. 18.11.1974 – II ZR 70/73, NJW 1975, 166, 167; BGH v. 20.10.1980 – II ZR 257/79, WM 1981, 139.

Zweiter Abschnitt Kommanditgesellschaft

§ 161

Begriff der Kommanditgesellschaft

(1) Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine Kommanditgesellschaft, wenn bei einem oder bei einigen von den Gesellschaftern die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist (Kommanditisten), während bei dem anderen Teil der Gesellschafter eine Beschränkung der Haftung nicht stattfindet (persönlich haftende Gesellschafter).

(2) Soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, finden auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung.

Inhaltsübersicht

A. Grundtypus der KG		V. Auflösung der KG	29
I. Rechtsnatur und Bedeutung		VI. Insolvenz und Sanierung	30
1. Personengesellschaft	1	VII. Grenzüberschreitende Kommanditgesellschaften	33
2. Haftungsbeschränkung	2	B. GmbH & Co. KG	
3. Handelsgewerbe	3	I. Wesen, Bedeutung und Zulässigkeit	
4. Erscheinungsformen	4	1. Typenverbindung	40
II. Entstehung der KG		2. Gründe für die Rechtsformwahl	43
1. Gesellschaftsvertrag	5	a) Steuerliche Gründe	44
a) Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften	7	b) Rechnungslegung und Publizität	45
b) Kein Formzwang	8	c) Gesellschaftsrechtliche Gründe	46
c) Genehmigungsvorbehalte	9	3. Anerkennung der Gestaltung	51
d) Fehlerhafte Gründung der KG	11	4. Unternehmensgegenstand	53
2. Umgestaltung einer anderen Personengesellschaft	12	II. Erscheinungsformen	
3. Umwandlungstatbestände	13	1. Gesellschaften mit unterschiedlichen Beteiligungsverhältnissen	55
III. Firma der KG	14	2. Personengleiche Gesellschaft	56
IV. Gesellschafter		3. Einmanngesellschaft	57
1. Komplementäre	17	4. Einheitsgesellschaft (oder wechselseitig beteiligte GmbH & Co.)	58
2. Kommanditisten	18	5. Mehrstufige Gesellschaft	59
3. Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter	19	6. Kapitalistische Gesellschaft	60
4. Einheitlichkeit der Beteiligung	20	7. Ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG	61
5. Gemeinsamer Vertreter	21	III. Entstehung der GmbH & Co. KG	
a) Bestellung	22	1. Gesellschaftsvertrag	62
b) Befugnisse	23	2. Vor-GmbH als Komplementärin	63
c) Rechtsbeziehungen	24		
d) Abberufung	25		
6. Gesellschafterwechsel	26		

a) Vertretungsmacht der Geschäftsführer	64	C. Publikumsgesellschaft	107
b) Haftung der Gesellschafter	65	I. Bedeutung und Struktur	
c) Handelndenhaftung	67	1. Organisation von Anlegerinteressen	107
d) Vorgründungsgesellschaft	68	2. Gründungsanlässe	109
3. Haftung der Kommanditisten	69	3. Körperschaftliche Struktur	110
IV. Firma der GmbH & Co. KG		4. Entwicklung eines Sonderrechts	111
1. Erfordernisse	72	II. Gesellschaftsvertrag	
2. Mehrstöckige Gesellschaften	73	1. Formfragen	112
3. Gesellschaftssitz	74	2. Vertragsauslegung	113
4. Abgeleitete Firmenbezeichnung	75	3. Inhaltskontrolle	115
5. Rechtsscheinhaftung	76	a) Haftungsmaßstab	117
V. Rechtsverhältnisse in der GmbH & Co. KG		b) Verjährung von Ersatzansprüchen	118
1. Stellung der Komplementär-GmbH	77	c) Abberufung der Komplementärin	119
2. Treuepflichten in der GmbH & Co. KG	78	d) Keine Sperrminorität für die Gründer	120
3. Verantwortlichkeit der Komplementär-GmbH	79	e) Keine Sonderbefugnisse für die Komplementärin	121
4. Rechtsstellung des Geschäftsführers der GmbH	80	f) Verbot des Selbstkontrahierens	122
5. Umfang der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis	84	g) Stimm-, Kontroll- und Informationsrechte der Anleger	123
6. Selbstkontrahieren	86	h) Nachschusspflicht	127
7. Rechnungslegung in der GmbH & Co. KG	88	i) Schlichtungsklauseln	128
VI. Kontroll- und Informationsrechte der Gesellschafter in der GmbH & Co. KG	89	j) Schiedsabreden	129
VII. Beirat in der GmbH & Co. KG		III. Beitritt und Ausscheiden der Kommanditisten	
1. Gesellschaftsorgan	91	1. Beitrittsvertrag	130
2. Funktionen und Kompetenzen		a) Formfreiheit	131
a) Aufgabenstellung	94	b) Folgen eines Dissenses	132
b) Umfang der Kompetenzen	95	c) Geschäftsunfähigkeit des Beitretenden	133
c) Mitgliedschaft von Nichtgesellschaftern	96	2. Arglistige Täuschung	134
3. Haftung der Beiratsmitglieder	97	a) Abschichtungsbilanz	135
VIII. Mitbestimmung in der GmbH & Co. KG		b) Keine Kündigung bei aufgelöster Gesellschaft	136
1. Mehrheitsbeteiligung in der GmbH als Voraussetzung	101	c) Keine Kündigung bei alle Gesellschafter betreffenden Gründen	137
2. Rechtsfolgen	102	3. Verbraucherschutz	138
3. Kein Ausschluss der GmbH von der Geschäftsführung	103	4. Übertragung der Anteile	139
4. Konzernverbindungen	104	IV. Vertragsänderungen	140
IX. Auflösung	105	1. Keine Geltung des Bestimmtheitsgrundsatzes	141
X. Grenzüberschreitende GmbH & Co. KG	106	2. Umgestaltungsmöglichkeiten durch Mehrheitsbeschluss	142
		a) Grenzen für Änderungen	143
		b) Hinnahme von Eingriffen	145
		c) Kündigungsrecht	146
		d) Vertragsänderung durch den Beirat	147

V. Beschlussfassung in der Publikums-gesellschaft	148	2. Haftungstatbestände	186
1. Ladung zur Gesellschafterver-sammlung.	148	a) Haftung aus Vertrag	187
2. Zustandekommen von Beschlüssen	150	b) Verschulden bei Vertragsschluss	188
VI. Organe und Rechtsverhältnisse		c) Haftung von Kreditinstituten . . .	189
1. Vertretung und Geschäftsführung . .	153	d) Vertreter- und Sachwalterhaf-tung.	190
2. Einsetzung eines Beirats	155	e) Deliktische Haftung	191
3. Haftung der Beiratsmitglieder	156	f) Prospekthaftung	192
a) Unzulässige Gewinnausschüt-tung.	157	aa) Haftungserstreckung auf KG und Kommanditisten . . .	193
b) Haftungsfreistellung durch Ge-sellschafterbeschluss	158	bb) Haftungserstreckung auf Ga-ranten.	194
c) Keine Berufung auf Mitverschul-den	159	cc) Spezialgesetzliche Prospekt-haftung	195
d) Geltendmachung der Haftung (Bestellung eines besonderen Vertreters und actio pro socio) . . .	160	3. Ursächlichkeit des Beitritts für den Schaden	196
4. (Sonder-)Stellung des Mittelver-wendungskontrolleure	163	4. Schaden des Anlegers	197
5. Stellung des (regulären) Publikums-kommanditisten	166	5. Mitverschulden	199
VII. Beteiligung des Anlegers		6. Verjährung	200
1. „Gesplittete“ Einlagen	167	7. Gerichtsstand	202
2. Alleinige Beteiligung als atypischer stiller Gesellschafter	171	IX. Auflösung, Insolvenz und Sanie-rung	203
3. Einlage und Treuhandkonto	172	D. Mittelbare Kommanditbeteiligung (Treuhandmodell)	204
4. Vermittlung der Einlagenfinanzierung	173	I. Gestaltungspraxis und -varianten	207
5. Stellung von Sicherheiten zugunsten der Gesellschaft.	175	II. Abschluss des Treuhandvertrages	
6. Factoringgeschäfte über Einlagen-ansprüche	176	1. Wirksamkeitshindernisse	209
7. Nachschüsse	177	2. Inhaltskontrolle	212
8. Kapitalaufbringung, Außenhaftung.	178	3. Kündigung	214
VIII. Haftung bei der Anlegerwerbung		III. Stellung des Treuhandkommandi-tisten	215
1. Grundsätze	181	1. Pflichtbindung	217
a) Unterrichtung über die Verhält-nisse der Gesellschaft	182	2. Rechtsverhältnisse gegenüber der KG	219
b) Risikoaufklärung	183	3. Haftung gegenüber den Anlegern . .	220
c) Aufklärungspflichtige Personen . .	185	IV. Anlegerschutz	221
		V. Binnenorganisation der Anleger	224
		VI. Abgrenzung zur Unterbeteiligung	226
		VII. Auflösung, Insolvenz und Sanie-rung	227

Schrifttum: S. neben den Schrifttumsangaben zu § 105: *Armbrüster*, Haftung des Treugebers für Gesellschaftsschulden bei fehlerhaftem Fondsbeitritt, NJW 2009, 2167; *Bayer*, Die Haftung des Beirats im Recht der GmbH und der GmbH & Co. KG, FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 75; *Bayer/Lieder*, Das Agio des Kommanditisten, ZIP 2008, 809; *Beuthin*, Die Vorgesellschaft im Privatrechtssystem. Fehlentwicklungen in Rechtsprechung und Lehre?, ZIP 1996, 305; *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, 11. Aufl. 2010; *Bohnsen*, Der Stimmrechtsausschluss der Komplementärin in einer GmbH & Co. KG, GmbHR 2001, 317; *Bork/Jacoby*, Das Ausscheiden des einzigen Komplementärs nach § 131 Abs. 3 HGB, ZGR 2005, 611; *Brandes*, Die Rechtsprechung des BGH zur GmbH & Co. KG und zur Publikums-gesellschaft, WM 1987, Sonderbeil. Nr. 1; *Damrau*, Kein Erfordernis der gerichtlichen Genehmigung bei Schenkungen von Gesellschaftsbeteiligungen an Minderjäh-

rige, ZEV 2000, 209; *Dorka/Derwald*, Sanieren oder Ausscheiden: ein Modell auch für die Kommanditgesellschaft, NZG 2010, 694; *Gehling*, Haftungsrisiken des (Anleger-)Kommanditisten, BB 2011, 73; *Grunewald*, Durchsetzung von Ersatzansprüchen durch besondere Vertreter in Personengesellschaften, Liber amicorum Winter, 2011, S. 167; *Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns*, Handbuch GmbH & Co. KG, 20. Aufl. 2009; *Heuking*, Die Binnenverfassung der obligatorischen Gruppenvertretung in der Kommanditgesellschaft – zur Vertreterklausel, FS Luer, 2008, 231; *Hueck*, Der gemeinschaftliche Vertreter mehrerer Erben an einer Kommanditgesellschaft, ZHR 125 (1963), 1; *Karrer*, Der besondere Vertreter im Recht der Personengesellschaften, NZG 2008, 206; *Klöhn/Schaper*, Grenzüberschreitende Kombination von Gesellschaftsformen und Niederlassungsfreiheit, ZIP 2013, 49; *Maier-Reimer/Marx*, Die Vertretung Minderjähriger beim Erwerb von Gesellschaftsbeteiligungen, NJW 2005, 3025; *Meister*, Die Vorbelastungsproblematik und zur Haftungsverfassung der Vorgesellschaft bei der GmbH, FS Werner, 1984, S. 521; *Menzel/Wolf*, Der minderjährige Kommanditist bei Gründung, unentgeltlicher Anteilsübertragung und Erwerb von Todes wegen, MittBayNot 2010, 186; *Müller*, Die gesetzliche Rücklage bei der Unternehmergeinschaft, ZGR 2012, 81; *Schäfer*, Rechtsprobleme bei Gründung und Durchführung einer Unternehmergeinschaft (UG), ZIP 2011, 53; *Schäfer*, Der täuschungsbedingte Beitritt zur (Personen-)Gesellschaft und die Lehre vom fehlerhaften Verband – Vorrang von Schadensersatzansprüchen?, ZHR 170 (2006), 373; *K. Schmidt*, Die Vor-GmbH als Unternehmerin und als Komplementärin, NJW 1981, 1345; *K. Schmidt*, Die GmbH & Co. – eine Zwischenbilanz, GmbHR 1984, 272; *K. Schmidt*, Handelsrechtliche Probleme der doppelstöckigen GmbH & Co. KG, DB 1990, 93; *K. Schmidt*, Zur Binnenverfassung der GmbH & Co. KG – Wer ist Herr im Haus: die GmbH oder die Kommanditisten?, FS Röhrich, 2005, S. 511; *K. Schmidt*, Die obligatorische Gruppenvertretung im Recht der Personengesellschaft und der GmbH, ZHR 146 (1982), 525; *K. Schmidt*, Insolvenzabwicklung bei der Simultaninsolvenz der Gesellschaften in der GmbH & Co. KG, GmbHR 2003, 1404; *K. Schmidt*, Fortschritt oder Rückschritt im Recht der Einheits-GmbH & Co. KG?, ZIP 2007, 2193; *K. Schmidt*, Zur Einheits-GmbH & Co. KG, FS Westermann, 2008, S. 1425; *Schreiber*, Die Unternehmergeinschaft als Rechtsformvariante im Gefüge des GmbH-Rechts, DZWIR 2009, 492; *Schulze-Osterloh*, Die Regelung des Anstellungsverhältnisses der Mitglieder des Beirats einer Personengesellschaft, ZIP 2006, 49; *Wagner*, Zivilrechtliche Folgen für ausstiegswillige Anleger notleidender geschlossener Immobilienfonds, WM 2004, 2240; *Westermann*, Gesellschaftsbeitritt als Verbraucherkreditgeschäft?, ZIP 2002, 240; *Wilde*, Nachschusspflichten in KG und GbR. Ein Zwischenresümee zu geklärten und offenen Rechtsfragen in der Rechtsprechung des BGH, NZG 2012, 215.

Zur Publikums-gesellschaft: *Altmeyen*, Die Publikums-Fonds-Gesellschaft und das Rechtsberatungsgesetz, ZIP 2006, 1; *Altmeyen*, Pflicht zur Herausgabe der Gesellschafterliste einer Fondsgesellschaft?, NZG 2010, 1321; *Freitag*, Die „Investmentkommanditgesellschaft“ nach dem Regierungsentwurf für ein Kapitalanlagegesetzbuch, NZJ 2013, 329; *Grunewald*, Die Haftungsrisiken des Mittelverwendungskontrolleure, FS Goette, 2011, S. 113; *Holler*, Der „gläserne“ Treugeber-Kommanditist? Zum Anspruch des Kapitalanlegers auf Anonymität im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZIP 2010, 2429; *Hüffer*, Der Aufsichtsrat in der Publikums-gesellschaft, ZGR 1980, 320; *Hüffer*, Organpflichten und Haftung in der Publikums-Personengesellschaft, ZGR 1981, 348; *Kellermann*, Zur Anwendung körperschaftlicher Grundsätze und Vorschriften auf die Publikums-Kommanditgesellschaft, in: Festschrift Stimpel, 1985, S. 295; *Koch*, Die Haftung des Mittelverwendungskontrolleure, WM 2010, 1057; *Lüdike/Arndt*, Geschlossene Fonds, 6. Aufl. 2013; *Reichert/Winkel*, Die „Abberufung“ und „Ausschließung“ des geschäftsführenden Gesellschafters der Publikums-personengesellschaft, BB 1984, 981; *Stimpel*, Anlegerschutz und Gesellschaftsrecht in der Publikums-Kommanditgesellschaft, in Festschrift Rob. Fischer, 1979, S. 771; *Tebben*, Der Treuhandkommanditist, in Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2010, 2011, S. 161; *Weisner/Lindemann*, Recht zur Verweigerung oder Pflicht zur Erteilung der Zustimmung bei der Übertragung von Anteilen an einer Publikums-KG, ZIP 2008, 766; *Weisner/Lindemann*, Recht zur Verweigerung oder Pflicht zur Erteilung der Zustimmung bei der Übertragung von Anteilen an einer Publikums-KG?, ZIP 2008, 766; *von Westphalen*, Richterliche Inhaltskontrolle und Standardklauseln bei der Publikums-KG und der Prospekthaftung, DB 1983, 2745; *Wiedemann*, Treuhand an einer Mitgliedschaft – Gedanken zur Einzel- und Sammeltreuhand im Personengesellschaftsrecht, ZIP 2012, 1786.

Für Vertragsmuster: *Fuhrmann/Wälzholz*, Formularbuch Gesellschaftsrecht, 2012; *Hopt*, Vertragsmuster zum Handels-, Gesellschafts- und Bankrecht, 4. Aufl. 2013; *Priester*, Die Ver-

tragsgestaltung bei der GmbH & Co. KG, RWS-Skript 107, 3. Aufl. 2000; *Sommer*, Gesellschaftsverträge der GmbH & Co. KG, 4. Aufl. 2011.

A. Grundtypus der KG

I. Rechtsnatur und Bedeutung

1. Personengesellschaft

Das Gesetz hat die KG als Personengesellschaft des Handelsrechts ausgestaltet, die mit der OHG wesensverwandt ist und als deren Modifizierung zu verstehen ist¹. Sie ist wie diese Handelsgesellschaft und hat daher Kaufmannseigenschaft (§ 6 Abs. 1). Vermögensrechtlich bildet sie eine Gesamthandsgemeinschaft. Es gelten für sie nach § 161 Abs. 2 auch die §§ 105 ff., soweit sich nicht in den §§ 161 ff. Sonderregelungen finden.

2. Haftungsbeschränkung

Von der OHG unterscheidet sich die KG dadurch, dass für einen Teil der Gesellschafter die dort unbeschränkte Haftung (§§ 128 ff.) gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den **Betrag einer bestimmten Einlage** beschränkt ist (§§ 171 ff.). Dem Haftungsprivileg der Kommanditisten entspricht eine Einschränkung ihrer Mitverantwortung und ihrer Herrschaftsbefugnisse (insbes. §§ 164, 170).

3. Handelsgewerbe

Wie bei der OHG muss auch bei der KG der Gesellschaftszweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter einer gemeinschaftlichen Firma gerichtet sein (§ 161 Abs. 1)². Somit können die freien Berufe (s. § 1 Rn. 58 ff.) nicht in der Rechtsform der KG betrieben werden; dies gilt allerdings nicht für Ingenieure³. Handelt es sich um einen Gewerbebetrieb, der die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht erfüllt und der erst bei Eintragung im Handelsregister ein kaufmännisches Gewerbe nach den §§ 2, 3 darstellen würde, so kann die KG als solche erst von der Eintragung (die dann konstitutiv ist) an bestehen⁴. Dies gilt auch für eine Gesellschaft, deren Unternehmensgegenstand lediglich in der Verwaltung des eigenen Vermögens (i.S.v. § 105 Abs. 2) besteht. Bis dahin handelt es sich um eine GbR. Vgl. dazu des Näheren bei § 123 Rn. 9 ff.; wegen der Verhältnisse in der GmbH & Co. KG vgl. unten Rn. 53 f.

4. Erscheinungsformen

Die durch das Gesetz ermöglichte Beschränkung der persönlichen Haftung für einen Teil der Gesellschafter hat zu sehr unterschiedlichen Ausformungen der gesellschaftsrechtlichen Rechtswirklichkeit geführt. Dabei sind die weitreichenden Gestaltungsmöglichkeiten, die das geltende Recht eröffnet (§ 163), voll ausgeschöpft worden. Die dem Gesetz zugrunde liegende Vorstellung, dass der KG mindestens eine natürliche Person als Komplementär angehört, ist dabei ganz in den Hintergrund getreten; denn seit 1922 ist die KG mit einer Kapitalgesellschaft (z.B. GmbH) als einzig persönlich haftende Gesellschafterin anerkannt⁵. Typisch ist heute das **Vorherrschen der GmbH &**

1 E/B/J/S/Weipert, § 161 Rn. 1; *Baumbach/Hopt*, § 161 Rn. 2.

2 *Baumbach/Hopt*, § 161 Rn. 2.

3 OLG Zweibrücken v. 30.8.2012 – 3 W 99/12, NZG 2013, 105, 106.

4 BGH v. 13.7.1972 – II ZR 111/70, BGHZ 59, 179, 183; E/B/J/S/Weipert, § 161 Rn. 6.

5 RG v. 4.7.1922 – IIb 2/22, RGZ 105, 101.

Co. KG, bei der als alleiniger persönlich haftender Gesellschaft eine GmbH fungiert. Die GmbH & Co. KG stellt ein Gebilde dar, das zwar KG bleibt, bei dem aber entgegen dem Leitbild des Gesetzes eine Haftungsbeschränkung für alle unmittelbar oder mittelbar beteiligten natürlichen Personen besteht (Rn. 40 ff.). Beträchtliche Verbreitung haben seit den 1960er Jahren auch die sog. Publikumsgesellschaften gefunden, die in ihrer Struktur der gesetzestypischen Kommanditgesellschaft, zumeist aber der GmbH & Co. KG entsprechen (vgl. unten Rn. 107 ff.). Ungeachtet der anzutreffenden erheblichen Typenvarianten bleiben aber für alle Gesellschaften die §§ 161 ff. grundsätzlich maßgeblich. Den Vorschriften des Gesetzes kommt daher nach wie vor eine hohe Praxisrelevanz zu, auch wenn sie für den Bereich der GmbH & Co. KG und der Publikumsgesellschaft durch eine Anzahl von Sonderregelungen, die teils auf Richterrecht beruhen, ergänzt und abgewandelt werden.

- 4a Eine nahezu vollständig eigenständige Rechtsform ist schließlich die **Investmentkommanditgesellschaft**, bei der es sich trotz der zahlreichen Sonderregelungen in den §§ 124 ff. KAGB und §§ 149 ff. KAGB um Kommanditgesellschaften handelt. Dabei unterscheidet das KAGB zwischen der offenen und der geschlossenen Investmentkommanditgesellschaft. Der Unterschied zwischen diesen beiden Formen der Investmentkommanditgesellschaft besteht hinsichtlich der möglichen Gesellschafter. Während die geschlossene Investmentkommanditgesellschaft allen Anlegern offen steht, können sich an der offenen Investmentkommanditgesellschaft nur professionelle und semi-professionelle Anleger beteiligen (§ 127 KAGB). Auf die Investmentkommanditgesellschaft finden immer die §§ 161 ff. Anwendung, wenn sich aus den §§ 124 ff. KAGB und §§ 149 ff. KAGB nichts anderes ergibt¹. Da es sich bei der Investmentkommanditgesellschaft um eine Publikumsgesellschaft handelt und die §§ 124 ff. KAGB und §§ 149 ff. KAGB vor allem dahingehende Sonderregelungen enthalten, wird es allerdings wohl langfristig auch zu einer Beeinflussung des Rechts der (allgemeinen) Publikumskommanditgesellschaften (s. Rn. 107 ff.) durch die §§ 124 ff. KAGB und §§ 149 ff. KAGB kommen.

II. Entstehung der KG

1. Gesellschaftsvertrag

- 5 Entstehungstatbestand und Grundlage der KG ist (wie bei der OHG) der Abschluss des Gesellschaftsvertrages. Durch ihn werden die Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern im **Innenverhältnis** begründet (zur Problematik der fehlerhaften Gründung s. Rn. 11). Diese Beziehungen richten sich auch dann schon nach dem Innenrecht der KG, wenn die Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb noch nicht aufgenommen hat und noch nicht ins Handelsregister eingetragen ist. Die Aufnahme der Geschäfte und die Eintragung (die bei einer unter die §§ 2, 3 sowie 105 Abs. 2 fallenden Unternehmenstätigkeit konstitutiv ist, vgl. Rn. 3) haben vornehmlich für das **Außenverhältnis** zu Dritten Bedeutung.
- 6 Der Gesellschaftsvertrag kann auch konkludent abgeschlossen werden. Doch würde dies voraussetzen, dass die Einigung zweifelsfrei erkennen lässt, dass die beteiligten Kommanditisten nur in **Höhe einer bestimmten Einlage** persönlich haften sollen. Praktisch wird daher die Möglichkeit eines stillschweigenden Vertragsschlusses kaum in Betracht kommen. Zum Formzwang vgl. Rn. 8.

¹ Vgl. dazu ausführlich *Freitag*, NZG 2013, 329 ff.

a) Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften

Der Abschluss des Gesellschaftsvertrages kann auch ein **Haustürgeschäft** nach § 312 Abs. 1 BGB darstellen. Ein dafür erforderliches entgeltliches Geschäft liegt aber nur dann vor, wenn bei der Kommanditbeteiligung nicht die Mitgliedschaft, sondern eine Kapitalanlage im Vordergrund steht¹, was in der Regel bei der Publikumskommanditgesellschaft der Fall ist². Dies gilt – trotz Art. 3 Abs. 2 Haustürwiderrufsrichtlinie – auch bei einem Beitritt zu einer Immobiliengesellschaft³. Zudem kann es sich beim Abschluss des Gesellschaftsvertrags um ein **Fernabsatzgeschäft** handeln (§ 312b Abs. 1 S. 1 BGB), wenn die Kommanditbeteiligung als Finanzdienstleistung vermittelt wurde. Trotz der Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften und deren europarechtlichen Vorgaben erfolgt eine Abwicklung des Beteiligungsverhältnisses nur nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft (s. Rn. 11). Davon unberührt bleibt die im Fall eines Haustürgeschäfts bestehende **ausschließliche gerichtliche Zuständigkeit** am Wohnsitz des Verbrauchers zum Zeitpunkt der Klageerhebung (§ 29c ZPO).

b) Kein Formzwang

Einer Form bedarf der Gesellschaftsvertrag nur dann, wenn die vorgesehenen Vertragserklärungen im Einzelfall einer Formvorschrift unterliegen wie dies etwa bei der **Einbringung eines Grundstücks** nach § 311b Abs. 1 BGB oder eines **GmbH-Geschäftsanteils** nach § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG der Fall ist (vgl. näher § 105 Rn. 21 ff.).

c) Genehmigungsvorbehalte

Soll eine unter Vormundschaft (§§ 1773 ff. BGB) oder Pflegschaft (§ 1909 BGB) stehende Person oder ein Minderjähriger Gesellschafter werden, so bedarf der Vertragsschluss zur Begründung einer Kommanditistenstellung der **Genehmigung des Familiengerichts**. Denn auch dann handelt es sich um einen Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts i.S.v. §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB eingegangen wird⁴. Teilweise wird in der obergerichtlichen Rspr. davon abgewichen, wenn der Zweck der Gesellschaft lediglich auf eine private Verwaltung und Erhaltung des Familienvermögens gerichtet ist⁵. Eine dahingehende Differenzierung erscheint zweifelhaft, da auch Gesellschaften mit einer solchen Zweckausrichtung regulär am Rechtsverkehr teilnehmen und sich die mit dem Genehmigungsvorbehalt von §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB verfolgte Gefährdungslage ebenso stellt. Unabhängig davon sollte in der Praxis stets die Genehmigung eingeholt werden⁶. Diese Grundsätze gelten sowohl für einen ursprünglichen wie für einen nachträglichen Beitritt und auch für ein Ausscheiden aus der KG⁷. Dagegen sind spätere Vertragsänderungen grundsätzlich genehmigungsfrei, da es sich dann nicht mehr um das „Eingehen“ eines Vertrages handelt⁸. Zum Recht eines volljährig geworde-

1 EuGH v. 15.4.2010 – C-215/08, Slg. 2010, I-2947, Tz. 25 ff. = NJW 2010, 1511 – *Friz*; BGH v. 29.11.2004 – II ZR 6/03, ZIP 2005, 254, 255; BGH v. 18.10.2004 – II ZR 352/02, NZG 2005, 35 ff. (jeweils für einen Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer GbR).

2 MünchKommHGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 142; *Oetker/Oetker*, § 161 Rn. 117.

3 EuGH v. 15.4.2010 – C-215/08 (*Friz*), Slg. 2010, I-2947, Tz. 33 = NJW 2010, 1511.

4 BGH v. 30.4.1955 – II ZR 202/53, BGHZ 17, 160, 165; vgl. auch *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186.

5 OLG Bremen v. 16.6.2008 – 2 W 38/08, NZG 2008, 750, 751 (für eine private, nicht gewerblich tätige und nur vermögensverwaltende Familien-KG); OLG München v. 6.11.2008 – 31 Wx 76/08, NZG 2009, 104, 105; zustimmend *Damrau*, ZEV 2000, 209, 210; *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3026.

6 Ebenso *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186, 187.

7 BGH v. 30.4.1955 – II ZR 202/53, BGHZ 17, 160, 165.

8 BGH v. 20.9.1962 – II ZR 209/61, BGHZ 38, 26, 32.

nen Gesellschafters, seine Mitgliedschaft gem. § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB aufzukündigen, vgl. § 131 Rn. 34. Für die Übertragung einer Kommanditbeteiligung an einen Minderjährigen s. § 173 Rn. 12.

- 10 Sind die gesetzlichen Vertreter eines Minderjährigen am Vertragsschluss auch in eigenem Namen beteiligt, so hindert § 181 BGB ein Handeln zugleich namens des Minderjährigen. Zwar ist die Vorschrift dann nicht anzuwenden, wenn der Vertretene durch das Geschäft lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt¹; doch ist die Begründung auch nur einer Kommanditbeteiligung rechtlich nicht lediglich vorteilhaft². Der Vertragsschluss erfordert dann die **Bestellung eines Pflegers** (§§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 BGB). Werden mehrere Minderjährige gleichzeitig an der Gesellschaftsgründung beteiligt, bedarf es der Bestellung mehrerer Pfleger³. Für die **Übertragung eines bereits bestehenden Kommanditanteils** auf die genannten Personen s. § 173 Rn. 12.

d) Fehlerhafte Gründung der KG

- 11 Ebenso wie die OHG kann auch die KG fehlerhaft gegründet werden oder der spätere Beitritt eines Gesellschafters fehlerhaft sein. Die Behandlung dieser Fehler richtet sich nach den **Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft** (s. § 105 Rn. 15 ff., 38 ff. und § 109 Rn. 1 ff.). Dies gilt auch dann, wenn ein Widerrufsrecht eines Verbrauchers vorliegt⁴. Insbesondere bei der Publikumsgesellschaft – aber nicht nur bei dieser – besteht das weitere Problem, dass der im Zusammenhang mit einem fehlerhaften Beitritt eines Kommanditisten oftmals zu leistende Schadenersatz eine **haftungsschädliche Einlagenrückgewähr** nach § 172 Abs. 4 S. 1 darstellen kann (s. dazu § 172 Rn. 22).

2. Umgestaltung einer anderen Personengesellschaft

- 12 Eine KG kann ferner durch eine **Umgestaltung einer OHG** entstehen, wenn z.B. in diese ein zusätzlicher Gesellschafter als Kommanditist aufgenommen wird oder wenn die Beteiligung eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters in die eines Kommanditisten geändert wird. Ferner kommt es zu einer KG, wenn eine **GbR** nunmehr **ein Handelsgewerbe** i.S.v. § 1 Abs. 2 **betreibt** und zugleich gesellschaftsvertraglich eine Haftungsbeschränkung für einen Teil der Gesellschafter vorgesehen ist⁵.

3. Umwandlungstatbestände

- 13 Von den erörterten Möglichkeiten ist die Entstehung einer KG aufgrund eines der im **UmwG vorgesehenen Umwandlungstatbestände**, sei es aufgrund Formwechsels (§ 190 UmwG), Verschmelzung (§ 2 UmwG) oder Spaltung (§ 123 UmwG), zu unterscheiden (vgl. dazu § 105 Rn. 34 ff.).

III. Firma der KG

- 14 Die KG benötigt eine gemeinschaftliche Firma, die sowohl bei einer ursprünglichen als auch bei einer fortgeführten Firmenbezeichnung den **Anforderungen in § 19 Abs. 1 Nr. 3** genügen muss; hierzu wird auf die Erl. zu § 19 verwiesen (wegen der hier geltenden Über-

1 BGH v. 27.9.1972 – IV ZR 225/69, BGHZ 59, 236, 240.

2 BGH v. 10.2.1977 – II ZR 120/75, BGHZ 68, 225, 231 f.

3 OLG München v. 17.6.2010 – 31 Wx 70/10, NZG 2010, 862; OLG Zweibrücken v. 15.2.1980 – 1 U 99/79, DNotZ 1981, 42.

4 Jedenfalls für die Haustürwiderrufsrichtlinie bei einer Immobiliengesellschaft in Form einer GbR EuGH v. 15.4.2010 – C-215/08, Slg. 2010, I-2947, Tz. 33 = NJW 2010, 1511 – Friz.

5 MünchKommHGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 7.

gangsregelung vgl. § 105 Rn. 90). Soweit die KG im Rahmen der §§ 21 ff. eine **bisherige Firma fortführt**, darf die abgeleitete Firma im Rechtsverkehr zu keinen unzutreffenden Vorstellungen über Art, Umfang und Rechtsverhältnisse des Unternehmens führen¹. Bei einer **Investmentkommanditgesellschaft** sind zusätzlich §§ 134 Abs. 1, 157 Abs. 1 KAGB zu beachten. Zur Firma der GmbH & Co. KG vgl. Rn. 72 ff.; § 19 Rn. 49 ff.

Frei.

15–16

IV. Gesellschafter

1. Komplementäre

Die KG setzt sich – anders als die OHG – aus zwei Gruppen von Gesellschaftern zusammen. Eine **persönliche und unbeschränkte Haftung** trifft nur die „persönlich haftenden Gesellschafter“ (Komplementäre). Die KG muss mindestens einen Komplementär haben (zu den Folgen, wenn dieser wegfällt, s. § 131 Rn. 21). Dazu, wer sich an einer KG als Komplementär beteiligen kann, gelten die gleichen Regeln wie für die Zugehörigkeit zu einer OHG (vgl. § 105 Rn. 57 ff.). Auch eine OHG, eine andere KG oder eine GbR (vgl. § 105 Rn. 62 ff.) kann Komplementär sein. Was die Verhältnisse in der GmbH & Co. KG (Rn. 40 ff.) angeht, so ist auch eine Vor-GmbH komplementärfähig (vgl. dazu Rn. 63 sowie § 105 Rn. 60). Die Rechtsstellung des Komplementärs entspricht durchweg der eines OHG-Gesellschafters. 17

2. Kommanditisten

Die andere Gruppe der Gesellschafter stellen die Kommanditisten dar. Auch sie haften für die Gesellschaftsverbindlichkeiten persönlich und ggf. mit ihrem gesamten Vermögen, aber nur bis zur Höhe der für sie im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen und im Handelsregister eingetragenen **Haftsumme** (im Unterschied zu der lediglich für das Innenverhältnis der Gesellschafter in u.U. abweichender Höhe vereinbarten, auch ganz abdingbaren Pflichteinlage). Bei geleisteter Haftsumme verbleibt keine Außenhaftung des Kommanditisten. Die KG muss mindestens einen Kommanditisten haben. Die Voraussetzungen dafür, als Kommanditist einer KG anzugehören, sind die gleichen wie für die Mitgliedschaft als Komplementär. Allerdings kann – im Grundsatz – ein Komplementär nicht gleichzeitig Kommanditist sein (vgl. § 105 Rn. 4a f., § 173 Rn. 36). Die Ehegattengütergemeinschaft i.S.d. § 1415 BGB kann wegen fehlender Rechtsfähigkeit nicht als solche Kommanditistin einer KG sein². 18

3. Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter

Dem persönlich haftenden Gesellschafter wird herkömmlicherweise (aber zu Unrecht) selbst Kaufmannseigenschaft i.S.d. §§ 1 ff. zuerkannt³. Zu den Einwänden gegen diese Sicht vgl. § 105 Rn. 7. Dagegen wird der Kommanditist nicht als Kaufmann angesehen⁴. Das gilt auch dann, wenn die Stellung des Kommanditisten vertraglich der eines Komplementärs angenähert ist. Schiedsvereinbarungen der KG mit Dritten erstrecken sich nicht auch auf den Kommanditisten (s. auch § 128 Rn. 9b). 19

1 Vgl. insbes. BGH v. 18.3.1974 – II ZR 167/72, BGHZ 62, 216, 226 ff.; BGH v. 9.12.1976 – II ZB 6/76, BGHZ 68, 12, 15.

2 BayObLG v. 22.1.2003 – 3Z BR 238/02, NZG 2003, 431.

3 BGH v. 16.2.1961 – III ZR 71/60, BGHZ 34, 293, 295 f.; BGH v. 2.6.1966 – VII ZR 292/64, BGHZ 45, 282, 284.

4 St. Rspr., vgl. BGH v. 2.6.1966 – VII ZR 292/64, BGHZ 45, 282, 285; BGH v. 22.10.1981 – III ZR 149/80, NJW 1982, 569, 570; vgl. auch *Heidel/Schall/Eberl*, § 161 Rn. 19; *Baumbach/Hopt*, § 161 Rn. 5; *Oetker/Oetker*, § 161 Rn. 18.

4. Einheitlichkeit der Beteiligung

- 20 Ausgeschlossen ist, dass ein Gesellschafter **zugleich Komplementär und Kommanditist** ist. Vereinigen sich zwei Mitgliedschaften in einer Person, so bildet sich eine einheitliche Beteiligung, bei der eine Komplementärstellung nunmehr die gesamte Beteiligung bestimmt¹. Ein einheitlicher Anteil entsteht auch, wenn sich in der Hand eines Gesellschafters mehrere Kommanditbeteiligungen vereinigen². Dies folgt jeweils aus der personenrechtlichen Natur der gesellschafterlichen Beteiligung. Gleichwohl ist für bestimmte Konstellationen ein Bedürfnis für Modifizierungen des Einheitlichkeitsgrundsatzes anzuerkennen (vgl. dazu § 105 Rn. 6).

5. Gemeinsamer Vertreter

- 21 Mitunter sieht der Gesellschaftsvertrag vor, dass mehrere Kommanditisten ihre Rechte nur durch einen gemeinsamen Vertreter wahrnehmen können. Damit soll namentlich den **negativen Folgen einer Anteilszersplitterung** bei Erbnachfolgen in Familiengesellschaften oder Anlagegesellschaften mit einer großen Anzahl von Kommanditisten entgegengewirkt werden³. Derartige Vertragsgestaltungen sind grundsätzlich zulässig⁴. Insbesondere liegt darin keine unzulässige Stimmrechtsabspaltung⁵. Die Bestellung des Vertreters lässt die einzelnen Anteile nicht auf diesen übergehen, führt aber zu einer Bündelung bei der Rechtswahrnehmung⁶. Der Vertreter handelt dabei namens der Kommanditisten. Unterbleibt seine Bestellung, können die Gesellschafterrechte nicht ausgeübt werden⁷.

a) Bestellung

- 22 Der Vertreter, dessen Bestellung auf einen Beschluss der betroffenen Gesellschafter zurückgeht, ist an die Interessen der Auftraggeber gebunden und intern ihren Weisungen unterworfen. Seine Bevollmächtigung ist widerruflich. Die Mehrheitserfordernisse für die Bestellung ergeben sich aus der Regelung im Gesellschaftsvertrag. Soweit eine solche nicht besteht, hängt das **Mehrheitserfordernis** von den Umständen ab. Bei einer Vertretung von lediglich wenigen Kommanditisten ist im Zweifel von einer Einstimmigkeit, bei einer großen Anzahl von fehlender Homogenität zwischen den Kommanditisten im Zweifel von einem einfachen Mehrheitserfordernis auszugehen, was sich nicht zuletzt aus den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts (§ 745 BGB) ergibt⁸. Letzteres gilt insbesondere dann, wenn die Vertretung durch einen Erbfall entstanden oder wesentlich geprägt wird (§ 2038 Abs. 2 BGB). In der Auswahl des Vertreters sind die Gesellschafter vorbehaltlich im Gesellschaftsvertrag enthaltener Bindungen frei, sie kön-

1 BGH v. 10.6.1963 – II ZR 88/61, WM 1963, 989; *Heidel/Schall/Eberl*, § 161 Rn. 20.

2 BGH v. 1.6.1987 – II ZR 259/86, BGHZ 101, 123, 129.

3 Zum Zweck von Vertreterklauseln vgl. *MünchKommHGB/Grunewald*, § 161 Rn. 170; *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 527 f.

4 BGH v. 12.12.1966 – II ZR 41/65, BGHZ 46, 291, 294 ff.; BGH v. 6.10.1992 – KVR 24/91, BGHZ 119, 346, 354; BGH v. 19.1.1993 – KVR 32/91, BGHZ 121, 137, 150; vgl. auch *Heusinger*, FS Lüer, 2008, S. 231, 232.

5 *MünchKommHGB/Grunewald*, § 161 Rn. 173; *K. Schmidt*, GesR, § 19 III 4c).

6 *MünchKommHGB/Grunewald*, § 161 Rn. 172.

7 BGH v. 12.12.1966 – II ZR 41/65, BGHZ 46, 291, 297.

8 Vgl. *MünchKommHGB/Grunewald*, § 161 Rn. 181 f.; *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 23; *Heusinger*, FS Lüer, 2008, S. 231, 242 ff.; *Scholz/K. Schmidt*, Anh. § 45 GmbHG Rn. 44; BGH v. 6.10.1992 – KVR 24/91, BGHZ 119, 346, 354.

nen dann auch einen Nichtgesellschafter bestellen¹. Die KG kann aber stets einen Vertreter zurückweisen, der für sie unzumutbar ist².

b) Befugnisse

Die dem Vertreter übertragenen Befugnisse unterliegen **Grenzen** im Hinblick auf dem Gesellschafter verbleibende Möglichkeiten zur Ausübung von unverzichtbaren Rechten, die den Kernbereich seiner Mitgliedschaft oder einen zwingenden Minderheitschutz betreffen (vgl. hierzu auch § 163 Rn. 4 und § 119 Rn. 13 ff., 20 ff.)³. Bei verzichtbaren Rechten des Kernbereichs bedarf es einer persönlichen Zustimmung. Insbesondere verbleiben dem Gesellschafter die Rechte zur Kündigung und – mit einigen Einschränkungen – auf persönliche Mitwirkung bei Änderungen des Gesellschaftsvertrags⁴. Auch eine unwiderruflich gestellte verdrängende Stimmrechtsvollmacht, jedenfalls soweit sie sich auf Gegenstände des Kernbereichs beziehen soll, wird als unwirksam zu bewerten sein. Unentziehbar ist auch das Recht des Gesellschafters auf **Teilnahme an Gesellschafterversammlungen**⁵. Eine Vertreterklausel beschränkt nicht ohne Weiteres die Möglichkeit der Kommanditisten, ihre Rechte im Prozess zu verfolgen⁶.

c) Rechtsbeziehungen

Die Rechtsbeziehungen unter den vertretenen Gesellschaftern werden ganz überwiegend als **GbR** oder als **gesellschaftsähnliches Verhältnis**⁷ angesehen⁸. Sie erstrecken sich auch auf den Vertreter, sofern er selbst der Gesellschaftergruppe angehört, während der Bestellung eines Außenstehenden ein Auftrag oder ein Geschäftsbesorgungsvertrag zugrunde liegen wird. Durch Mehrheitsbeschluss der „Gruppe“ kann nur bei wichtigem Grund in die mitgliederschaftlichen Rechte des Gesellschafters eingegriffen werden⁹. Den durch die gemeinsamen Vertreter vertretenen Gesellschaftern steht es frei, die Binnenverfassung der GbR selbst festzulegen. Diese Festlegung kann allerdings auch schon im Gesellschaftsvertrag der KG erfolgen¹⁰. Dabei steht es den durch den gemeinsamen Vertreter vertretenen Gesellschaftern frei, eigene Regelung in Abweichung vom Gesellschaftsvertrag der KG zu treffen.

1 BGH v. 12.12.1966 – II ZR 41/65, BGHZ 46, 291, 295.

2 MünchKommHGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 181; *Heuking*, FS Lüer, 2008, S. 231, 232 f.; *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 526, 547.

3 MünchKommHGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 175.

4 Dazu BGH v. 7.12.1972 – II ZR 131/68, NJW 1973, 1602. Zur möglichen Bündelung der Kontrollrechte vgl. OLG Hamm v. 20.10.1997 – 8 U 118/96, ZIP 1997, 1498 ff. (dort auch zur Unzulässigkeit einer Regelung, die einen bestimmten Gruppenvertreter vorschreibt).

5 Vgl. BGH v. 17.10.1988 – II ZR 18/88, WM 1989, 63, 64 betr. die GmbH.

6 BGH v. 12.12.1966 – II ZR 41/65, BGHZ 46, 291, 297 ff.

7 So BGH v. 12.12.1966 – II ZR 41/65, BGHZ 46, 291, 295; BGH v. 4.10.2004 – II ZR 356/03, NZG 2005, 33, 34; a.A. aber BGH v. 6.10.1992 – KVR 24/91, BGHZ 119, 346, 354 mit der Anwendung der Vorschriften des BGB-Gemeinschaftsrechts (§§ 745 ff. BGB); offen lassend BGH v. 19.1.1993 – KVR 32/91, BGHZ 121, 137, 150 f.; kritisch *Heuking*, FS Lüer, 2008, S. 231, 237 ff.

8 Anders *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 540 f.; *Oetker/Oetker*, § 164 Rn. 30; *Staub/Schilling*, § 163 Rn. 17; §§ 742 ff. BGB.

9 BGH v. 4.10.2004 – II ZR 356/03, NZG 2005, 33, 34.

10 BGH v. 4.10.2004 – II ZR 356/03, NZG 2005, 33, 34; MünchKommHGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 180, 182; *Heuking*, FS Lüer, 2008, S. 231, 234 f.; wohl auch *Oetker/Oetker*, § 164 Rn. 25; a.A. aber wohl noch *Staub/Schilling*, § 163 Rn. 17.

d) Abberufung

- 25 Für die Abberufung des Gruppenvertreters können die Gruppenmitglieder intern Regelungen treffen, wobei die Festsetzung einer Einstimmigkeit letztlich nur bei einer geringen Anzahl von Kommanditisten möglich ist, da eine solche anderenfalls nicht erreicht werden kann¹. Soweit es an einer Regelung fehlt, ist im Zweifel von einer **Mehrheitsregelung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung** auszugehen, da dies jedenfalls bei einer großen Anzahl von Kommanditisten deren Interesse entspricht². Zudem können in diesem Zusammenhang die gleichen Grundsätze wie für die Vertreterbestellung (vgl. Rn. 22) herangezogen werden.

6. Gesellschafterwechsel

- 26 Ein Gesellschafterwechsel kann sich zunächst durch die **Neuaufnahme von Kommanditisten und Komplementären** ergeben (s. dazu § 173 Rn. 2). Darüber hinaus kann sowohl die Kommanditisten- als auch die Komplementärbeteiligung sowohl durch eine **Anteilsübertragung** (s. dazu § 173 Rn. 11) als auch durch **Erbfolge** (s. dazu § 173 Rn. 25, § 177 Rn. 5) übertragen werden.
- 27 Darüber hinaus kann ein Kommanditist auch durch **Kündigung** aus der KG ausscheiden, ohne dass dies zur Auflösung der Gesellschaft führt (§ 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 3). Dabei kommt neben der ordentlichen Kündigung nach § 132 und der außerordentlichen Kündigung nach § 133 auch die Kündigung durch einen Privatgläubiger nach § 135 in Betracht (s. dazu die Kommentierung zu den §§ 132 f., 135). Das Ausscheiden durch Kündigung richtet sich nach den gleichen Grundsätzen wie bei der OHG (s. § 131 Rn. 34).
- 28 Schließlich führt die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters** zum Ausscheiden aus der Gesellschaft (§ 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 2). Dies gilt auch dann, wenn sowohl über das Vermögen des Komplementärs als auch über das Vermögen des Kommanditisten das Insolvenzverfahren eröffnet wird (Simultaninsolvenz)³.

V. Auflösung der KG

- 29 Zur Auflösung der KG s. die Ausführungen bei § 177 Rn. 1 ff.

VI. Insolvenz und Sanierung

- 30 Die KG ist nach § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO insolvenzfähig. Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der KG richtet sich dabei nach den **allgemeinen Grundsätzen**⁴, wobei sich aber vor allem hinsichtlich der Geltendmachung der Haftung der Kommanditisten (s. § 171 Rn. 61 ff.) Besonderheiten ergeben.
- 31 Bedeutung erlangen zudem die von der Rspr. entwickelten Grundsätze des sog. **Sanierungs- oder Ausscheidens**⁵ auch für die (reguläre) KG. Zwar wurden diese Grundsätze nur für

1 MünchKommHGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 184.

2 MünchKommHGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 184; *Heuking*, FS Lüer, 2008, S. 231, 232 f.; *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 545; a.A. und im Zweifel von einer Einstimmigkeit ausgehend *Flume*, AT BGB – Band I/1, § 14 V.

3 BVerwG v. 13.7.2011 – 8 C 10.10, BVerwGE 140, 142, 145; *Baumbach/Hopt*, § Anh. § 177a Rn. 45; a.A. aber *K. Schmidt*, GmbHR 2003, 1404.

4 Vgl. allgemein zur Insolvenz der KG *Gottwald/Haas*, InsoHdb, § 94 Rn. 5 ff.; *Uhlenbruck/Hirte*, § 11 InsO Rn. 337 ff.

5 BGH 19.10.2009 – II ZR 240/08, BGHZ 183, 1, 8 ff. = NJW 2010, 65 – Sanieren oder Ausscheiden, BGH v. 25.1.2011 – II ZR 122/09, NZG 2011, 510 = ZIP 2011, 768 (für die GbR).

Publikumsgesellschaften entwickelt, allerdings besteht auch in der regulären KG die den Sanieren-oder-Ausscheiden-Grundsätzen zugrundeliegende Treuepflicht (s. § 109 Rn. 12 ff.) als zentraler Anknüpfungspunkt¹. Daraus folgt, dass eine Beschlussfassung über eine Nachschusspflicht (s. Rn. 127, § 171 Rn. 13) erfolgen und diese aber nur diejenigen Gesellschafter treffen kann, die einer solchen zugestimmt haben². Eine Zustimmungspflicht zu einer eigenen Nachschusspflicht aufgrund der Treuepflicht besteht in der Regel gerade nicht (s. § 171 Rn. 13). Darüber hinaus sind Vertragsklauseln, die eine zwingende Übernahme einer Nachschusspflicht mit der Sanktion eines Ausscheidens bei fehlender Übernahme vorsehen, nur dann zulässig, wenn der Kommanditist im Fall der Auflösung der KG schlechter stehen würde. Dies ist bei der KG allerdings deutlich schwieriger als bei der OGH oder der GbR, da der Kommanditist am Verlust der KG nur bis zum Betrag seines Kapitalanteils und seiner noch rückständigen oder zurückgewährten Einlage (§ 167 Abs. 3; s. § 167 Rn. 12) teilnimmt³. Insofern darf der Sanierungsbeitrag diese bestehende Haftung nicht übersteigen, womit sogleich die Maximalgrenze der Sanierungsbeteiligung des Kommanditisten bestimmt ist. Insofern kann es aufgrund der Treuepflicht nicht zu einem (*Luxus*)*Sanieren oder Ausscheiden* kommen⁴. Ein **Ausscheiden bei fehlender Mitwirkung an der Sanierung** kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist oder eine solche Klausel später mit der erforderlichen Mehrheit eingefügt wird. Dabei besteht allerdings keine Stimpfpflicht für nicht zahlungsbereite Gesellschafter aufgrund der Treuepflicht (s. § 109 Rn. 12 ff.), einer solchen Regelung nachträglich im Sanierungsfall zuzustimmen, soweit der Gesellschaftsvertrag auch für den Krisenfall Kapitalerhöhungen nur bei Einstimmigkeit zulässt, da es dann schon an einer schützenswerten Erwartungshaltung der übrigen Gesellschafter fehlt⁵. Für die Besonderheiten bei der **GmbH & Co. KG** s. Rn. 78 und beim **Treuhandmodell** s. Rn. 226.

Auch die KG kann von den Möglichkeiten des sog. Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO Gebrauch machen. Dabei bleibt die Organisationsverfassung der KG unberührt, da es sich bei dem auch im **Schutzschirmverfahren** einzusetzenden Sachwalter stets um einen sog. schwachen Sachwalter handelt (§§ 270 Abs. 2, 270a Abs. 1 InsO). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 276a InsO, da dieser im Schutzschirmverfahren keine Anwendung findet⁶. 31a

Die Sanierung einer KG kann auch durch einen **Debt-to-Equity-Swap** dergestalt durchgeführt werden, dass der Insolvenzplan die Umwandlung von Gläubigerforderungen in Komplementär- oder Kommanditistenbeteiligungen vorsieht (§ 225a Abs. 2 InsO). Die dabei entscheidende Frage, ob die Forderungen zum Nennwert oder zum tatsächlichen Wert in Beteiligungsrechte umgewandelt werden können, ist bisher weder durch den Gesetzgeber noch durch die Rspr. geklärt worden, so dass in diesem Zusammenhang eine entsprechend große Rechtsunsicherheit in diesem Zusammenhang besteht⁷. Unabhängig von dem Streit über die Zulässigkeit einer Nennwertanrechnung können Ansprüche wegen einer Überbewertung nach der gerichtlichen Bestätigung nicht mehr geltend gemacht werden (§ 254 Abs. 4 InsO). Soweit durch den Debt-to-Equity-Swap die 32

1 Ebenfalls von einer Anwendbarkeit ausgehend *Dorka/Derwald*, NZG 2010, 694, 694 f.

2 Grundlegend BGH 19.10.2009 – II ZR 240/08, BGHZ 183, 1, 10 f. = NJW 2010, 65 – Sanieren oder Ausscheiden, BGH v. 25.1.2011 – II ZR 122/09, NZG 2011, 510 = ZIP 2011, 768 (für die GbR); OLG Stuttgart v. 31.3.2010 – 14 U 20/09, DB 2010, 1058, 1061.

3 Hingegen anscheinend stets von einer Besserstellung ausgehend *Gehling*, BB 2011, 73, 78.

4 Begrifflichkeit nach *Dorka/Derwald*, NZG 2010, 694, 695, die insofern auch eine konservative Perspektive einnehmen.

5 BGH v. 25.1.2011 – II ZR 122/09, NZG 2011, 510 = ZIP 2011, 768 (für die GbR).

6 *Klöhn*, NZG 2013, 81, 84; *Zipperer*, ZIP 2012, 1492, 1494.

7 Vgl. zu diesem Problem nur *Hirte/Knof/Mock*, Das neue Insolvenzrecht nach dem ESUG, 2012, S. 38 ff. mit weiteren Nachweisen.

Möglichkeit der **Kündigung aus wichtigem Grund** (s. Rn. 27, § 133 Rn. 4 ff.) begründet wird, gilt für die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens vorrangig die Regelung des § 225a Abs. 5 InsO, so dass von einer hypothetischen Abwicklung der KG auszugehen ist. Insofern wird § 738 BGB als allgemeinere Norm entsprechend überlagert. Zudem kann die Auszahlung über einen Zeitraum von bis zu drei Jahren gestundet werden (§ 225a Abs. 5 S. 2 InsO), ist für diesen Zeitraum allerdings zu verzinsen (§ 225a Abs. 5 S. 3 InsO).

- 32a Im Rahmen des Insolvenzverfahrens besteht auch bei der KG die Möglichkeit der Anordnung einer **Eigenverwaltung** (§§ 270 ff. InsO). Dies ist allerdings mit einer weitgehenden Suspendierung der Kompetenzen der Gesellschafterversammlung und des ggf. bestehenden Beirates (s. Rn. 155 ff.) verbunden, da diese nach § 276a InsO keinen Einfluss auf die Geschäftsführung des Schuldners haben sollen. Im Ergebnis können durch § 276a InsO aber nur die Kompetenzen erfasst sein, die auch bei der Anordnung eines regulären Insolvenzverfahrens dem Insolvenzverwalter zufallen würden (**Grundsatz der Gleichstellung**), da der Einfluss der Gläubiger bei einer Eigenverwaltung letztlich nicht größer sein kann als bei einem regulären Insolvenzverfahren¹.

VII. Grenzüberschreitende Kommanditgesellschaften

- 33 Das auf eine KG anwendbare Recht bestimmt sich seit der Rspr. des EuGH zur Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV)² ebenso wie bei den Kapitalgesellschaften nach der **Gründungstheorie**³, da auch die KG als Gesellschaft des Handelsrechts (Art. 54 Abs. 2 AEUV) unter die Niederlassungsfreiheit fällt. Insofern sind die §§ 161 ff. nur auf Kommanditgesellschaften anwendbar, die nach deutschem Gesellschaftsrecht gegründet wurden. Kommanditgesellschaften anderer Mitgliedstaaten unterliegen dem jeweiligen ausländischen Recht. Dabei ist insgesamt ebenso wie bei den Kapitalgesellschaften das Gesellschaftsstatut von anderen Statuten abzugrenzen⁴.

34–39 Frei.

B. GmbH & Co. KG

I. Wesen, Bedeutung und Zulässigkeit

1. Typenverbindung

- 40 Die heutige Rechtswirklichkeit der KG wird nahezu ganz durch das Erscheinungsbild der GmbH & Co. KG bestimmt. Sie ist von der Kautelarjurisprudenz erfunden und vielfältig ausgebaut worden. Gekennzeichnet ist sie dadurch, dass als persönlich haftender Gesellschafter eine GmbH fungiert. Ist die GmbH die einzig persönlich haftende Gesellschafterin, spricht man von einer typischen oder echten GmbH & Co. KG. Sind weitere natürliche Personen als persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, spricht man von einer „unechten“ GmbH & Co. KG⁵. Die GmbH & Co. KG führt zu einer **Typenverbindung der Personen- und der Kapitalgesellschaft** (juristischen Person) mit einer spezifischen Gemengelage aus beiden Bereichen. Eine neue Rechtsform einer eigenen

1 Dazu ausführlich *Klöhn*, DB 2013, 41, 42 ff.; *Klöhn*, NZG 2013, 81, 84 ff.

2 Vgl. zu dieser Entwicklung nur *MünchKommBGB/Kindler*, IntGesR Rn. 110 ff. m.w.N.

3 *MünchKommBGB/Kindler*, IntGesR Rn. 283; a.A. aber *Heidel/Schall*, Anh. Int. PersGesR Rn. 87.

4 Vgl. dazu nur *MünchKommBGB/Kindler*, IntGesR Rn. 543 ff.

5 E/B/J/S/*Weipert*, § 177a Anh. A Rn. 3.

Handelsgesellschaft wird damit jedoch nicht geschaffen¹. Vielmehr bleiben beide Gesellschaften im Rechtssinne selbständig und sind in erster Linie den jeweils für sie geltenden Rechtsregeln der §§ 161 ff. und des GmbHG unterworfen. So behält auch die KG formal die Stellung einer Personengesellschaft². Die eingegangene enge organisatorische Verbindung von Personen- und Kapitalgesellschaft führt jedoch zu teilweise schwierigen **Koordinationsproblemen**. Insbesondere zeigen sich mannigfache Ausstrahlungen des GmbH-Rechts auf das Recht der KG, das dadurch zum Teil überlagert und modifiziert wird. So muss von einem entstandenen Sonderrecht der GmbH & Co. KG gesprochen werden. In der Praxis seltener, aber ebenso zulässig sind Verbindungen der KG mit anderen juristischen Personen, etwa der AG³, Auslandskapitalgesellschaften (s. Rn. 61) oder Stiftungen⁴.

Die Typenverbindung ist auch mit einer **Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)** 41 (Unternehmergesellschaft [haftungsbeschränkt] & Co. KG bzw. UG [haftungsbeschränkt] & Co. KG) möglich, da die Unternehmergesellschaft ebenso wie die reguläre GmbH rechtsfähig ist⁵. Dabei ergibt sich vor allem im Hinblick auf § 5a Abs. 3 GmbHG auch keine Pflicht, der Unternehmergesellschaft im Gesellschaftsvertrag eine angemessene Beteiligung am Gewinn der KG zuzuweisen, so dass die UG tatsächlich die Möglichkeit hat, die in § 5a Abs. 3 GmbHG vorgesehene gesetzliche Rücklage aufzufüllen⁶. Denn bei § 5a Abs. 3 GmbHG handelt es sich nur um ein Dotierungsgebot und keine Pflicht, so dass auch die Unternehmergesellschaft ohne Verbindung mit einer KG nicht zwingend zur Voll-GmbH werden muss⁷. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 300 AktG⁸, da dieser bereits bei der AG & Co. KG und der GmbH & Co. KG nicht zur Anwendung kommt⁹. Daher kann auch bei der UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG eine Gewinnbeteiligung der UG ausgeschlossen werden.

Einen eigenständigen Typus bilden schließlich die **Publikumskommanditgesellschaften** 42, bei denen die Komplementärstellung in der Regel durch eine GmbH eingenommen wird. Auch wenn es sich damit dann um eine GmbH & Co. KG handelt, wird diese Rechtsform durch andere Aspekte geprägt und bildet ein eigenständiges Rechtsgebiet aus (s. Rn. 107 ff.).

1 Vgl. BayObLG v. 13.11.1984 – 3 Z 60/83, DB 1985, 271 f.; *K. Schmidt*, GmbHR 1984, 272, 274 ff.

2 BGH v. 18.3.1974 – II ZR 167/72, BGHZ 62, 216, 226.

3 E/B/J/S/Weipert, § 177a Anh. A Rn. 22.

4 E/B/J/S/Weipert, § 177a Anh. A Rn. 24; *Baumbach/Hopt*, Anh. § 177a Rn. 11.

5 Ganz h.M. Vgl. nur *Müller*, ZGR 2012, 81, 102 f.; *MünchKommGmbHG/Rieder*, § 5a GmbHG Rn. 53; *Roth/Altmeppen*, § 5a GmbHG Rn. 13; *Veil*, GmbHR 2007, 1080, 1084; *Scholz/Westermann*, § 5a GmbHG Rn. 40.

6 So aber *Priester*, FS Roth, 2011, S. 573, 583 f.; *Schäfer*, ZIP 2011, 53, 59; *Schreiber*, DZWIR 2009, 492, 498; *Wachter*, Sonderheft zum MoMiG, GmbHR 2008, 25, 33; offen lassend *Veil*, GmbHR 2007, 1080, 1084.

7 Daher eine angemessene Gewinnbeteiligung ablehnend *Hennrichs*, NZG 2009, 1161, 1166; *Hirte*, ZInsO 2008, 933, 935; *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek*, § 5a GmbHG Rn. 40; *Müller*, ZGR 2012, 81, 104 f.; *Römermann*, NJW 2010, 905, 909 f.; *Roth/Altmeppen*, § 5a GmbHG Rn. 26; *Scholz/Westermann*, § 5a GmbHG Rn. 49.

8 So vor allem *Fastrich* in VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2010, 2011, S. 119, 145 f.

9 Vgl. *Müller*, ZGR 2012, 81, 105.

2. Gründe für die Rechtsformwahl

- 43 Dass sich die GmbH & Co. KG (neben der unverbundenen GmbH) zu der maßgeblichen Organisationsform entwickelt hat, der sich heute unternehmerisches Handeln bedient, hat eine **Mehrzahl von Gründen**¹:

a) Steuerliche Gründe

- 44 Ursprünglich waren steuerliche Gesichtspunkte von Bedeutung, die vor allem in der Doppelbesteuerung der Gewinne einer juristischen Person und der verteilten Gewinnanteile der Gesellschafter lagen. Das hat viele Unternehmen veranlasst, sich formal als Personengesellschaft zu organisieren, und zwar regelmäßig unter Ausschließung der Komplementär-GmbH vom Unternehmensgewinn. Die Änderungen des Körperschafts- und Einkommensteuerrechts von 1976 haben allerdings die wesentlichen **Nachteile der Doppelbesteuerung** durch ein Anrechnungsverfahren ausgeräumt². Dieses Anrechnungsverfahren wurde durch das Halbeinkünfteverfahren und schließlich durch die Abgeltungssteuer bzw. das Teileinkünfteverfahren ersetzt³. Der steuerliche Anreiz hat daher heute keine große Bedeutung mehr.

b) Rechnungslegung und Publizität

- 45 Lange Zeit unterlag die GmbH & Co. KG nicht der Verpflichtung, den Jahresabschluss nach den §§ 316–329 prüfen zu lassen und offenzulegen. Allein die Komplementär-GmbH war der Rechnungslegungs-, Prüfungs- und Publizitätspflicht unterworfen. Da die Komplementär-GmbH aber in aller Regel eine kleine Kapitalgesellschaft i.S.d. § 267 Abs. 1 ist, griffen die Erleichterungen der §§ 266, 276, 288. Zudem entfiel die Prüfungspflicht (§ 316 Abs. 1), und die Offenlegungspflicht nach den §§ 325 f. war beschränkt. Dies hat sich allerdings durch das Kapitalgesellschafts- und Co-Richtlinien-Gesetz vom 24.2.2000⁴ in Umsetzung der sog. GmbH & Co. KG-Richtlinie⁵ geändert. § 264a stellt nunmehr die KG in bilanzrechtlicher Hinsicht der Kapitalgesellschaft grundsätzlich dann gleich, wenn bei ihr nicht zumindest ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person oder eine Personengesellschaft ist, bei der eine natürliche Person persönlich haftender Gesellschafter ist.

c) Gesellschaftsrechtliche Gründe

- 46 Von größerer Relevanz für die Entscheidung zugunsten der Rechtsform der GmbH & Co. KG sind heute die Gesichtspunkte gesellschaftsrechtlicher Art⁶. Sie sind von den Vorteilen bestimmt, die in der Kombination der freien Gestaltungsmöglichkeiten des Personengesellschaftsrechts mit nutzbar gemachten Elementen aus der Verbandsstruktur der GmbH bestehen.
- 47 Hier spielt die **Haftungsbeschränkung** für alle beteiligten natürlichen Personen eine Rolle⁷. Zwar bleibt es bei der unbeschränkten Haftung der Komplementär-GmbH, doch

1 MünchKommHGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 48 ff.; *Binz/Sorg*, § 1 Rn. 17 ff.

2 E/B/J/S/*Weipert*, § 177a Anh. A Rn. 8.

3 Vgl. dazu ausführlich *Binz/Sorg*, § 22 Rn. 21 ff.

4 BGBl. I 2000, 154.

5 Richtlinie 90/605/EWG des Rates v. 8.11.1990 zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG über den Jahresabschluss bzw. den konsolidierten Abschluss hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs, ABl. EG Nr. L 317 v. 16.11.1990, S. 60 ff.

6 E/B/J/S/*Weipert*, § 177a Anh. A Rn. 9 ff.; MünchKommHGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 48 ff.; *Binz/Sorg*, § 1 Rn. 24 ff.; *Baumbach/Hopt*, Anh. § 177a Rn. 3.

7 E/B/J/S/*Weipert*, § 177a Anh. A Rn. 9.

werden deren Gesellschafter nur in Höhe der übernommenen Stammeinlagen betroffen. Da der GmbH ferner vielfach nur die Aufgabe der Geschäftsführung in der KG übertragen wird, kann zudem das Stammkapital häufig auf den gesetzlichen Mindestbetrag (§§ 5 Abs. 1, 5a GmbHG) beschränkt bleiben.

Vorteilhaft wirkt sich auch die Möglichkeit einer faktischen **Drittorganschaft** bei der Vertretung der KG aus¹. Formal wird das für OHG und KG geltende Prinzip der Selbstorganschaft (§ 109 Rn. 5) dadurch gewahrt, dass die GmbH als Komplementärin für die Vertretung der KG zuständig ist. Da jedoch zu Geschäftsführern der GmbH auch außenstehende Personen bestellt werden können, ist im Ergebnis eine (mittelbare) Fremdorganschaft für die KG herstellbar. Damit ist nicht nur die Möglichkeit eröffnet, einen außenstehenden Fachmann mit der Unternehmensleitung zu betrauen, der dabei keine persönliche Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten übernehmen muss, während im Übrigen die Gesellschafter gemäß der Kompetenzverteilung in der GmbH den maßgebenden Einfluss bei der Führung der Geschäfte und die Herrschaft über das Gesamtunternehmen behalten. Sondern es werden auch die Probleme der Nachfolgeregelung ausgeschaltet, die sich beim Ausfall des etwa einzigen Komplementärs in der gesetzestypischen KG ergeben können².

Von Bedeutung ist sodann die Möglichkeit der **Kapitalbeschaffung** ohne Aufgabe der Herrschaft über das Unternehmen. Dies ist insbesondere für die Publikumsgesellschaften typisch geworden, in denen das Übergewicht der Gründungsgesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag festgeschrieben wurde, während das Interesse der Kommanditisten auf ihre Vermögensanlage beschränkt blieb³.

Schließlich ist noch die Möglichkeit zu erwähnen, eine **Einmann-GmbH & Co. KG** zu bilden. Auch ist der Weg einer notwendigen Unternehmenssanierung durch Beteiligung zusätzlicher Kapitalgeber erleichtert.

3. Anerkennung der Gestaltung

Die **Zulässigkeit der GmbH & Co. KG** war lange in der Rechtslehre umstritten, da sie vielfach als Missbrauch formaler Gestaltungsmöglichkeiten, namentlich in haftungsrechtlicher Hinsicht, empfunden wurde. Die Rspr. hat jedoch die Zulässigkeit dieser Gestaltung bejaht⁴. Sie wird heute auch vom Gesetzgeber anerkannt (vgl. etwa die §§ 19 Abs. 2, 125a, 129a, 130a, 172 Abs. 6, 177a; auch § 4 Abs. 1 MitbestG und den zwischenzeitlich aufgehobenen § 129a). Auch an der Zulässigkeit einer **UG & Co. KG** bestehen keine Zweifel⁵.

Ungeachtet der generellen Klärung der Zulässigkeitsfrage entstehen bei einer Reihe von **Einzelproblemen** Zweifelsfragen, weil es in der Bewältigung des Gebildes und der Koordinierung der in Betracht kommenden Regeln nach wie vor Friktionen gibt. Der Diskussion in der Gegenwart geht es dabei vornehmlich darum, konkreten **Missbräuchen** der Gestaltungsmöglichkeiten entgegenzutreten.

1 E/B/J/S/Weipert, § 177a Anh. A Rn. 10; MünchKommHGB/Grunewald, § 161 Rn. 49.

2 Vgl. E/B/J/S/Weipert, § 177a Anh. A Rn. 10.

3 Hoppe in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Hdb. GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 281 ff.

4 RG v. 4.7.1922 – IIb 2/22, RGZ 105, 101, 104 ff.; BGH v. 12.7.1956 – VI ZR 28/53, GmbHR 1957, 41.

5 S. die Nachw. in Fn. 62.

4. Unternehmensgegenstand

- 53 Für den Unternehmensgegenstand der GmbH & Co. KG gilt das Gleiche wie für die einfache KG (vgl. Rn. 3). Der erforderliche Betrieb eines Handelsgewerbes i.S.v. § 1 Abs. 2 ergibt sich nicht schon daraus, dass die Komplementär-GmbH nach § 13 Abs. 3 GmbHG als Handelsgesellschaft und nach § 6 als Kaufmann gilt¹. Denn eine GmbH kann auch zu anderen Zwecken als zum Betrieb eines Handelsgewerbes gegründet werden (§ 1 GmbHG). Erforderlich ist, dass die KG selbst eine Tätigkeit i.S.d. §§ 1 ff., 105 Abs. 2 betreibt.
- 54 Der **Unternehmensgegenstand der GmbH** muss von dem der KG unterschieden werden. Es entspricht der Praxis und kann als anerkannt gelten, dass der Unternehmensgegenstand einer GmbH, der sich in der Führung der Geschäfte einer KG erschöpft, mit der Bezeichnung dieser Aufgabe gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG hinreichend konkretisiert ist².

II. Erscheinungsformen

1. Gesellschaften mit unterschiedlichen Beteiligungsverhältnissen

- 55 Nicht selten **differieren die personelle Zusammensetzung und die Beteiligungsverhältnisse** in KG und GmbH. Das kann sich zufällig ergeben, kann aber auch gewollt sein, wenn die Gesellschaftergruppen eine unterschiedliche Stellung haben und in beiden Gesellschaften einen unterschiedlichen Einfluss ausüben sollen. Dies ist vor allem bei den Publikumsgesellschaften (Rn. 167 ff.) der Fall.

2. Personengleiche Gesellschaft

- 56 Verbreitet – insbesondere bei Gesellschaften mit geringer Mitgliederzahl – ist die personengleiche GmbH & Co. KG³. Bei ihr sind die GmbH-Gesellschafter und die Kommanditisten personenidentisch und verfügen vielfach in beiden Gesellschaften über die gleiche Beteiligung⁴. Die **Komplementär-GmbH** fungiert dabei typischerweise nur **als Organ der KG**. Hier lässt sich eine weitgehende organisatorische „Verzahnung“ beider Gesellschaften erreichen bis hin zu einem vereinheitlichten Beschlussorgan und einer Allzuständigkeit der Kommanditisten⁵. Solange durch die Gesellschaftsverträge gewährleistet ist, dass die Beteiligungen – auch in der Höhe – nicht auseinanderfallen und für die Willensbildung jeweils die gleichen Voraussetzungen gelten, lassen sich die Koordinationsprobleme hier minimieren.

3. Einmangengesellschaft

- 57 Ein besonderer Fall der personengleichen Gesellschaften ist die Einmann-GmbH & Co. KG, in der der **Alleingesellschafter der GmbH zugleich der einzige Kommanditist** ist. Seit Einführung der Einmanngründung im GmbH-Recht (§ 1 GmbHG) kann auch die GmbH & Co. KG als Einmangengesellschaft gegründet werden. Übernimmt der Allein-

1 BayObLG v. 13.11.1984 – 3 Z 60/83, NJW 1985, 982, 983.

2 BayObLG v. 22.6.1995 – 3Z BR 71/95, GmbHR 1995, 722, 723; BayObLG v. 19.1.1996 – 3Z BR 345/95, GmbHR 1996, 360; *Scholz/Emmerich*, § 3 GmbHG Rn. 17; strenger: *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 3 GmbHG Rn. 7, der die Formulierung „Beteiligung als persönlich haftende Gesellschafterin an der X-KG“ verlangt.

3 E/B/J/S/Weipert, § 177a Anh. A Rn. 15; *Baumbach/Hopt*, Anh. § 177a Rn. 6.

4 S. z.B. OLG Hamburg v. 9.8.2005 – 11 U 203/04, ZIP 2006, 898.

5 *Scholz/K. Schmidt*, Anh. § 45 GmbHG Rn. 2 ff., 22, 55 ff.; vgl. auch *K. Schmidt*, FS Röhrich, 2005, S. 511, 520 ff.

gesellschafter auch die Geschäftsführung der GmbH, so unterliegt er nach den §§ 35 Abs. 4 GmbHG, 181 BGB dem Verbot des Selbstkontrahierens mit der GmbH¹.

4. Einheitsgesellschaft (oder wechselseitig beteiligte GmbH & Co.)

Die sog. Einheitsgesellschaft entsteht, wenn die zunächst an der GmbH beteiligten Kommanditisten ihre Geschäftsanteile in Erfüllung einer gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Einlagepflicht der KG übertragen². Die KG wird dadurch Alleingesellschafterin der GmbH, während die Kommanditisten nur die Kommanditanteile behalten. Die Einheitsgesellschaft ist die **konsequenteste Form der Verzahnung beider Gesellschaften**³. Gegen die Zulässigkeit der Gestaltung sind Einwände erhoben worden, doch hat der Gesetzgeber sie in § 172 Abs. 6 als möglich vorausgesetzt⁴. Wie auch in anderen Fällen einer wechselseitigen Beteiligung mit einer Personengesellschaft ist dabei ein Stimmrecht der GmbH innerhalb der KG nicht ausgeschlossen⁵. Gleichwohl ergeben sich hier Probleme bei der Willensbildung in der GmbH. Insbesondere stellt sich die Frage, ob die Gesellschafterrechte in der GmbH durch ihre Geschäftsführer ausgeübt werden können. Der BGH scheint das zu bejahen⁶. In der Literatur wird dies z.T. kritisch gesehen und eine Einheitsbetrachtung der GmbH & Co. KG befürwortet, bei der die Kommanditisten das der KG zustehende Stimmrecht in der Komplementär-GmbH ausüben⁷. Auf diese Weise wird eine „Doppelfunktion“ der GmbH-Geschäftsführer als Organ der GmbH und als Vertreterin der Alleingesellschafterin vermieden, was in der Komplementär-GmbH ansonsten zu einem Spannungsverhältnis zu § 46 GmbHG führen würde. Freilich hat auch diese Lösung mit Blick auf § 170 Tücken; denn danach sind die Kommanditisten von der organschaftlichen Vertretung ausgeschlossen⁸. Diese lassen sich auch dann kaum ausschließen, wenn man eine entsprechende Regelung⁹ über eine Willensbildung durch die Kommanditisten in der Gesellschaft vorsieht (vgl. dazu näher § 172 Rn. 57 ff.¹⁰).

5. Mehrstufige Gesellschaft

Die doppel- oder mehrstufige GmbH & Co. KG ist dadurch gekennzeichnet, dass als **persönlich haftender Gesellschafter eine weitere GmbH & Co. KG** fungiert. Auch diese Gestaltung ist heute anerkannt¹¹. Die früher geäußerten Bedenken, dass die Komplementär-KG kein sonstiges Handelsgewerbe ausübt und die Stellung als Komplementärin und Geschäftsführerin der Basisgesellschaft allein noch keine Kaufmannseigen-

1 Vgl. hierzu auch E/B/J/S/Weipert, § 177a Anh. A Rn. 16.

2 Vgl. E/B/J/S/Weipert, § 177a Anh. A Rn. 18; Binz/Sorg, § 8; Baumbach/Hopt, Anh. § 177a Rn. 8; Lüke in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Hdb. GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 391 ff.; K. Schmidt, FS Westermann, 2008, S. 1425 ff.

3 Vgl. K. Schmidt, ZGR 2011, 108, 126 f.

4 Vgl. E/B/J/S/Weipert, § 177a Anh. A Rn. 18.

5 BGH v. 6.10.1992 – KVR 24/91, BGHZ 119, 346, 356.

6 BGH v. 16.7.2007 – II ZR 109/06, NZG 2007, 751, 752; BGH v. 8.1.2007 – II ZR 267/05, NZG 2007, 591, 592.

7 K. Schmidt, ZIP 2007, 2193, 2196.

8 Gehrlein, BB 2007, 1915.

9 Vgl. Staub/Schilling, § 161 Rn. 35; allgemein zu den gegen die Konstruktion bestehenden Bedenken: Scholz/K. Schmidt, Anh. § 45 GmbHG Rn. 58 ff.

10 S. auch Esch, BB 1991, 1129 ff.

11 LG Bremen v. 3.8.1971 – 14 T 10/71, BB 1971, 1121, 1122; E/B/J/S/Weipert, § 177a Anh. A Rn. 19; Binz/Sorg, § 2 Rn. 18 ff.

schaft begründet¹, sind inzwischen durch § 105 Abs. 2 ausgeräumt², wonach auch Gesellschaften ohne eigenes Gewerbe, deren Unternehmensgegenstand allein in der Verwaltung ihres eigenen Vermögens besteht, eine Eintragung als Handelsgesellschaft ermöglicht wird (dazu § 105 Rn. 7, 9a).

6. Kapitalistische Gesellschaft

- 60 Während die KG auch mit einer GmbH als persönlich haftendem Gesellschafter regelmäßig einen personalistischen Charakter behält (denn in der Praxis überwiegen ganz eindeutig die personalistisch strukturierten Gesellschaften), finden sich andererseits auch kapitalistisch verfasste Formen der GmbH & Co. KG. Dafür kommen Gesellschaften in Betracht, in denen in größerer Zahl vorhandene Kommanditisten das wesentliche Kapital halten und auch den beherrschenden Einfluss ausüben, während der Komplementär-GmbH lediglich die Verwaltungsaufgaben obliegen³. Ähnlich ist es bei den Publikumsgesellschaften, bei denen allerdings der beherrschende Einfluss nicht bei den Geldanlegern, sondern in der Regel bei den Gründungsgesellschaftern liegt. In beiden Fällen ist für die KG eine **Struktur mit oft ausgeprägten körperschaftlichen Zügen** typisch, die sie in manchem der Verfassung der AG vergleichbar macht. Für die bei der Publikumsgesellschaft auftretenden Fragen s. Rn. 107 ff.

7. Ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG

- 61 Die im Zuge der Rspr. des EuGH zur Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV)⁴ steigende Anzahl von ausländischen Kapitalgesellschaften hat zu einem vermehrten Einsatz dieser ausländischen Kapitalgesellschaften als Komplementäre geführt, was grundsätzlich zulässig ist⁵, solange es sich jedenfalls um eine Kapitalgesellschaft handelt, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates oder eines Staates gegründet wurde, mit dem ein zur **Anerkennung der Gesellschaften** verpflichtender Staatsvertrag geschlossen wurde, da nur diese Kapitalgesellschaften anzuerkennen sind⁶. Für alle anderen Gesellschaften gilt in Deutschland weiterhin die Sitztheorie mit der Folge, dass diese Gesellschaften – soweit sie ihren Sitz in Deutschland – haben als OHG oder Außen-GbR zu behandeln sind⁷, so dass es sich dann nicht um eine ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG, sondern um eine (einfache) KG⁸ handelt. Die Komplementärfähigkeit einer ausländischen Kapitalgesellschaft setzt auch nicht voraus, dass diese mit einem bestimmten **Mindestkapital** ausgestattet ist⁹, was sich letztlich schon aus der Komplementärfähigkeit der Unternehmensgesellschaft (UG) ergibt (s. dazu Rn. 41). Aus der Niederlassungsfreiheit können über die Frage der Komplementärfähigkeit hinaus aber

1 So zum alten Recht vor allem *K. Schmidt*, DB 1990, 93, 94.

2 Ebenso *MünchKommHGB/Grunewald*, § 161 Rn. 100; *Baumbach/Hopt* Anh. § 177a Rn. 9; *Lüke* in *Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns*, Hdb. GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 441.

3 *E/B/J/S/Weipert*, § 177a Anh. A Rn. 20; *Baumbach/Hopt*, § 161 Rn. 11.

4 Vgl. zu dieser Entwicklung nur *MünchKommBGB/Kindler*, IntGesR Rn. 110 ff. m.w.N.

5 Vgl. *Baumbach/Hopt* Anh. § 177a Rn. 11; *MünchKommBGB/Kindler*, IntGesR Rn. 576 ff.; *Lüke* in *Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns*, Hdb. GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 416 ff.; *Oetker/Oetker*, § 161 Rn. 83; a.A. aber AG Bad Oeynhausen v. 15.3.2005 – 16 AR 15/05, GmbHR 2005, 692, 693, das die Unzulässigkeit aus den sich mit der Typenvermischung ergebenden Problemen ableitet.

6 Vgl. zur Gesamtproblematik *MünchKommBGB/Kindler*, IntGesR Rn. 426.

7 BGH v. 27.10.2008 – II ZR 158/96, BGHZ 178, 192 = NJW 2009, 289; BGH v. 15.3.2010 – II ZR 27/09, NJW-RR 2010, 1364; vgl. dazu *MünchKommBGB/Kindler*, IntGesR Rn. 455 ff.

8 Zur Komplementärfähigkeit der OHG bzw. Außen-GbR s. Rn. 17.

9 Ebenso *Binz/Sorg*, § 25 Rn. 104 ff.; *Lüke* in *Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns*, Hdb. GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 424; *Oetker/Oetker*, § 161 Rn. 83.

keine weiteren Folgerungen für die ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG geschlossen werden, so dass die ausländische Kapitalgesellschaft in ihrer Funktion als Komplementärin den gleichen Beschränkungen unterliegt wie die deutschen Kapitalgesellschaften¹.

Die **Gründe für die Wahl einer ausländischen Kapitalgesellschaft** als Komplementär einer KG liegen vor allem in der häufig einfacheren und schnelleren Gründung dieser Kapitalgesellschaften, die sich seit dem MoMiG und der nunmehr bestehenden Möglichkeit des Einsatzes der Unternehmensgesellschaft (UG)² deutlich verringert haben³. 61a

III. Entstehung der GmbH & Co. KG

1. Gesellschaftsvertrag

Die GmbH & Co. KG erfordert zunächst auch den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags innerhalb der KG (s. dazu Rn. 5 ff.). Für die GmbH & Co. KG ist dabei zu beachten, dass einer Mitwirkung des Geschäftsführers der GmbH, der zugleich Kommanditist ist, das **Verbot des Selbstkontrahierens** (§ 181 BGB) entgegensteht⁴. Er bedarf daher einer Gestattung durch die GmbH. Ist allerdings die GmbH gerade zwecks Übernahme der Komplementärstellung gegründet worden, so wird dem Gesellschaftsvertrag der GmbH auch ohne ausdrückliche Erklärung die Gestattung des Selbstkontrahierens zugunsten der Geschäftsführer-Kommanditisten zu entnehmen sein⁵. Dies ist auch dann der Fall, wenn das Musterprotokoll nach § 2 Abs. 1a GmbHG (Anlage GmbHG) im Rahmen der vereinfachten Gründung der GmbH verwendet wird, da dieses eine entsprechende Befreiung vorsieht. 62

2. Vor-GmbH als Komplementärin

Nachdem die Rspr. zum Wegfall des sog. Vorbelastungsverbots geführt hat, demzufolge die GmbH nur in diejenigen vor ihrer Eintragung begründeten Verbindlichkeiten eintreten sollte, die ihre Grundlage im Gesetz oder im Gesellschaftsvertrag hatten, ist damit zugleich die **Komplementärfähigkeit der Vor-GmbH** anerkannt worden⁶. Die Vor-GmbH kann daher auch bei der Eintragung der KG ins Handelsregister als deren persönlich haftender Gesellschafter eingetragen werden⁷. Die Vor-GmbH ist jedoch mit dem Zusatz „i.G.“ kenntlich zu machen. Letzterer wird nach der Eintragung der GmbH gelöscht. Gleichwohl führt die Stellung der Vor-GmbH als persönlich haftender Gesellschafter zu einigen Besonderheiten: 63

1 Vgl. dazu ausführlich *Klöhn/Schaper*, ZIP 2013, 49 ff.

2 Zur Zulässigkeit der Komplementärstellung einer Unternehmensgesellschaft (UG) s. Rn. 41.

3 Vgl. *Lüke* in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Hdb. GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 435 ff.

4 *Baumbach/Hopt* Anh. § 177a Rn. 12; MünchKommHGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 59; so auch für den Abschluss eines Anstellungsvertrages des GmbH-GF mit der KG, BGH v. 1.12.1969 – II ZR 224/67, DB 1970, 389, 390; E/B/I/S/*Weipert*, § 177a Anh. A Rn. 76.

5 BGH v. 15.1.1968 – II ZR 221/65, BB 1968, 481.

6 BGH v. 9.3.1981 – II ZR 54/80, BGHZ 80, 129, 132; BGH v. 16.3.1992 – II ZB 17/91, NJW 1992, 1824 f.; *Baumbach/Hopt*, Anh. § 177a Rn. 15; *Lüke* in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Hdb. GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 34 f.

7 *Ulmer*, § 11 GmbHG Rn. 160; MünchKommHGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 57; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 11 GmbHG Rn. 8.

Franchising

Inhaltsübersicht

I. Definitionen und Erscheinungsformen		
1. Definitionen	1	
2. Typologisierung von Franchiselizenzen		
a) Differenzierung nach dem Gegenstand der Franchiselizenz	4	
b) Differenzierung nach Marktstufen und nach innerem Aufbau	8	
c) Differenzierung nach dem finanziellen und persönlichen Einsatz und dem Umfang der Franchiselizenz	10	
d) Differenzierung nach Expansionsmethode und Filialisierungsgrad	10a	
e) Differenzierung nach dem verfolgten Zweck	10b	
3. Subordinations- und Partnerschaftsfranchising?	11	
4. Abgrenzung zu anderen Absatzmittlungsverhältnissen		
a) Allgemeines	16	
b) Abgrenzung zum Handelsvertreter	19	
c) Abgrenzung vom Kommissionsagenten	21	
d) Abgrenzung vom Vertragshändler	22	
II. Vertragstypologische Einordnung		
1. Rechtsnatur des Franchisevertrages		
a) Allgemeines	25	
b) Misch- und Typenkombinationsvertragstheorie	26	
c) Geschäftsbesorgungsvertragstheorie	29	
d) Lizenzvertragstheorie	30	
e) Gesellschaftsrechtliche Theorie	31	
2. Schuldvertragstypenzuordnung	32	
3. Ermittlung des Synallagma	37	
III. Die Selbständigkeit des Franchisenehmers		
1. Allgemeines	40	
2. Formelles Arbeitsrecht	42	
3. Materielles Arbeitsrecht	48	
IV. Grundsätzliche Anwendbarkeit des AGB-Rechts	51	
		1. Der Franchisevertrag als Formularvertrag (§ 305 BGB)
		51
		2. Unternehmereigenschaft und Kontrollumfang (§ 310 Abs. 1 BGB)
		53
		V. Vorvertragliches Schuldverhältnis
		1. Allgemeines
		55
		2. Differenzierung zwischen aktiver Falschinformation und unterlassener Aufklärung
		57
		3. Haftung für aktive Falschinformation
		58
		4. Haftung für unterlassene Aufklärung
		60
		5. Zeitpunkt der Entstehung des vorvertraglichen Schuldverhältnisses
		67
		6. Bedeutung der geschäftlichen Erfahrung des Franchisenehmer-Anwärters
		68
		7. Prognosehaftung?
		69
		8. Schadensberechnung
		72
		VI. AGB-rechtliche Wirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen
		1. Verhaltensrichtlinien, Kontroll- und Weisungsrechte
		75
		2. Bezugsbindung, Belieferungsregelungen, Einkaufsvorteile
		88
		3. Mindestabnahme-, Mindestabsatz- und Mindestumsatzpflichten
		93
		4. Vertragsgebiet und Gebietsschutz
		100
		5. Vertragslaufzeit
		108
		VII. Anspruch auf Ersatz von Investitionen
		110
		VIII. Rücknahmepflichten
		112
		IX. Analoge Anwendbarkeit des Handelsvertreterrechts
		114
		X. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot
		118
		XI. Ausgleichsanspruch
		122
		XII. Außenhaftungsrisiken beim Franchising
		124
		XIII. Europäisches Kartellrecht
		1. Einleitung
		129
		2. Anwendbarkeit von Art. 101, 102 AEUV
		131

<ul style="list-style-type: none"> a) Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten... 136 b) Spürbarkeit, Bagatellbekanntmachung, Marktangrenzungs-Bekanntmachung 138 c) Nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallende Klauseln..... 141 d) Typischerweise unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallende Klauseln.. 144 	<p>XIV. Deutsches Kartellrecht</p> <ul style="list-style-type: none"> 1. Allgemeines 148 2. Verhältnis zwischen deutschem und europäischem Kartellrecht... 152 <p>XV. Vom Vertriebsrecht zum Vermarktungsrecht?..... 156</p>
--	--

Schrifttum: *Adams/Witte*, Rechtsprobleme bei der Vertragsbeendigung von Franchise-Verträgen, StR 998, 251; *Assmann/Schütze* (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl. 2007; *Bauder*, Der Franchise-Vertrag – Eine systematische Darstellung von Rechtsstatsachen, Dissertation, Stuttgart 1988; *Bauder*, Zur Selbständigkeit des Franchise-Nehmers, NJW 1989, 78; *Bauer/Diller/Lorenzen*, Das neue Gesetz zur „Scheinselbständigkeit“, NZA 1999, 169; *Baumgarten*, Das Franchising als Gesellschaftsverhältnis, Eine Studie zur spezifischen zivilrechtlichen Qualität des Rechtsverhältnisses zwischen Franchisegeber und Franchisenehmer, Dissertation, Göttingen 1993; *Beckmann/Zwecker*, Bekämpfung der Scheinselbständigkeit – zur Anwendung von § 7 IV SGB IV auf Franchisevereinbarungen, NJW 1999, 1614; *Behr*, Der Franchisevertrag – Eine Untersuchung zum Recht der USA mit vergleichenden Hinweisen zum deutschen Recht, Dissertation, Frankfurt 1976; *Bergmann*, Salvatorische Klauseln Abdingbarkeit des § 139 BGB bei kartellrechtswidrigen Bestimmungen eines Franchisevertrages – Pronuptia II, WiB 1994, 697; *Beuthien*, Das Franchising im Gruppenwettbewerb des Handels, BB 1993, 77; *Bodewick*, Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers nach Beendigung des Vertragsverhältnisses, BB 1997, 637; *Boemke*, Zivilrechtsweg bei Klagen aus Franchiseverträgen – Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.1.1998 – 16 U 182/96, JuS 1999, 14; *Böhner*, Werbekostenzuschüsse und sonstige Einkaufsvorteile in Franchisesystemen, NJW 1998, 109; *Böhner*, Verbot von Preisempfehlungen im Sixt-Autovermiet-Franchisesystem nach § 38 Abs. 1 Nr. 11 GWB, BB 1997, 1427; *Böhner*, Schadenersatzpflicht des Franchisegebers aus Verschulden bei Vertragsschluss, NJW 1994, 635; *Böhner*, Schriftform und Widerrufsrecht bei Franchiseverträgen nach dem Verbraucherkreditgesetz, NJW 1992, 3135; *Böhner*, Recht zur außerordentlichen Kündigung des McDonald's-Franchisevertrags, NJW 1985, 2811; *Böhner*, Verbot von Preisempfehlungen im Sixt-Autovermiet-Franchisesystem nach § 38 Abs. 1 Nr. 11 GWB, BB 1997, 1427; *Böhner*, Vom Franchisevertrags- zum Franchisenetzwerkrecht, BB 2004, 119; *Braun*, Aufklärungspflichten des Franchisegebers bei den Vertragsverhandlungen, NJW 1995, 504; *Bräutigam*, Außervertragliche Schadenersatzhaftung der Mitglieder von Franchise-Systemen, WM 1994, 1189; *Bräutigam*, Zur Selbständigkeit des Franchise-Nehmers, NJW 1989, 78; *Bräutigam*, Franchise-Verträge im deutschen internationalen Privatrecht, WiB 1997, 897; *Bräutigam*, Mögliche Entwicklungen im EG-Kartellrecht für das Franchising, RIW 1997, 470; *Bumiller*, Der Franchisenehmer zwischen Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit, NJW 1998, 2953; *Dombrowski*, Die Auswirkungen des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (SMG) auf Franchiseverträge, 2005; *Ebenroth*, Absatzmittlungsverträge im Spannungsverhältnis von Kartell- und Zivilrecht, in Monographien zum Deutschen und internationalen Wirtschafts- und Steuerrecht, Band 1, 1980; *Eckert*, Die analoge Anwendung des Ausgleichsanspruches nach § 89b HGB auf Vertragshändler und Franchisenehmer, WM 1991, 1237; *Ekkenga*, Die Inhaltskontrolle von Franchise-Verträgen: eine Studie zu den zivilrechtlichen Grenzen der Vertragsgestaltung im Bereich des Franchising unter Einschluss des Vertragshändlerrechts, Dissertation, Heidelberg 1990; *Emmerich*, Franchising, JuS 1995, 761; *Enghusen*, Rechtliche Probleme der Franchiseverträge in den Vereinigten Staaten von Amerika und in Europa unter besonderer Berücksichtigung des Kartellrechts, Dissertation, Berlin 1977; *Epp*, Franchising und Kartellrecht, Dissertation, Köln, Berlin, Bonn, München 1994; *Erdmann*, Die Laufzeit von Franchise-Verträgen im Lichte des AGB-Gesetzes, BB 1992, 795; *Eßer*, Franchising, Der Franchise-Vertrag im Lichte der Rechtsprechung mit Franchise-Atlas, 2. Aufl. 1995; *Feuerriegel*, Die vorvertragliche Phase im Franchising, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und spanischen Rechts, 2004; *Flohr*, Selbständigkeit des Franchise-Nehmers – Überlegungen zur Sicherstellung der Selbständigkeit des Franchise-Nehmers und Gestaltung des Franchise-Vertrages, DStR 1999, 546; *Flohr*, Franchisenehmer: Arbeitnehmer oder selbständiger Absatzmittler – Bestandsaufnahme, Kriterien der Scheinselbständigkeit, Vertragsgestaltung, DStR 2003, 1595; *Flohr*, Der Franchisevertrag –

Überlegungen vor dem Hintergrund der Apollo-Optik Entscheidungen des BGH, DStR 2004, 93; Flohr, Aktuelle Tendenzen im Franchiserecht, BB 2006, 389; Flohr, Franchiserecht, 2002; Flohr, Franchise-Vertrag, 4. Aufl. 2010; Flohr, Die Anwendbarkeit des § 89b HGB auf den Ausgleichsanspruch des Franchise-Nehmers bei Beendigung des Franchisevertrages, DStR 1998, 572; Flohr, Sicherstellung der Selbständigkeit des Franchisenehmers, WiB 1997, 281; Forkel, Der Franchise-Vertrag als Lizenz am Immaterialgut Unternehmen, ZHR 153 (1989), 511; Giesler, Der Franchisenehmer als „Handelsvertreter“ im Sinne von § 7 Abs. 4 SGB IV, NZS 1999, 483; Giesler, Die Prospekthaftung des Franchisegebers, ZIP 1999, 2131; Giesler, Franchiseverträge, 2. Aufl. 2002; Giesler (Hrsg.), Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011; Giesler, Franchisevertrag, in Kronke/Melis/Schnyder (Hrsg.), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, 2005; Giesler, Franchisevertrag, in AnwaltKommentar BGB, 2005; Giesler, Franchising, in C.H.Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 10. Aufl. 2011; Giesler, Das Minderungsrecht des Franchisenehmers, ZIP 2000, 2098; Giesler, Der Franchisegeber aus Vermieter des Franchisenehmers, NZM 2001, 658; Giesler, Die Rückabwicklung gescheiterter Franchiseverhältnisse, WM 2001, 1441; Giesler, Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf Franchiseverhältnisse, ZIP 2002, 420; Giesler, Wie viel Know-how braucht Franchising?, ZIP 2003, 1025; Giesler, Die Bedeutung der Apollo-Rechtsprechung für Franchiseverträge, ZIP 2004, 744; Giesler/Güntzel, Franchising: Aufklärungspflichten und kein Ende?, NJW 2007, 3099; Giesler/Nauschütt, Franchiserecht, 2. Aufl. 2007; Giesler/Nauschütt, Das vorvertragliche Haftungssystem beim Franchising, BB 2003, 435; Gittermann, Arbeitnehmerstatus und Betriebsverfassung in Franchise-Systemen: zugleich ein Beitrag zur Begriffsbestimmung im Arbeitsrecht, Dissertation, Kiel 1994; Haager, Die Entwicklung des Franchiserechts in den Jahren 1997 und 1998, NJW 1999, 2081; Haager, Die Entwicklung des Franchiserechts 1999, 2000 und 2001, NJW 2002, 1463; Haager, Die Entwicklung des Franchiserechts seit dem Jahre 2002, NJW 2005, 3394; Haager, Neuere Entwicklungen im Franchise-Recht, WiB 1996, 376; Haager, Pflicht zur Weitergabe von Einkaufsvorteilen an Systempartner, NJW 2004, 1220; Haager, Preisempfehlungen in Franchise- und anderen Vertriebsystemen, DStR 1999, 1153; Hänlein, Franchise-Existenzgründungen zwischen Kartell-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht – eine neue Vertriebsform im Aufwind?, DB 2000, 374; Herrfeld, Die Abhängigkeit des Franchisenehmers: Rechtliche und ökonomische Aspekte, 1998; Hiestand, Die international-privatrechtliche Beurteilung von Franchiseverträgen ohne Rechtswahl-Klausel, RIW 1993, 173; Höpfner, Kündigungsschutz und Ausgleichsansprüche des Franchisenehmers bei der Beendigung von Franchiseverträgen, Dissertation, Münster 1997; Jakob-Siebert, Franchisevereinbarungen und EG-Kartellrecht, CR 1990, 241; Joerges, Status und Kontrakt im Franchise-Recht, AG 1991, 325; Jurgeleit, Moderne Partnerschaften im Know-how- und Lizenzgeschäft. Manche nennen es auch Franchising, 1974; Kaub, Franchise-Systeme in der Gastronomie, Dissertation, Saarbrücken 1980; Köhler, Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers: Bestehen, Bemessung, Abwälzung, NJW 1990, 1689; Kroll, Informationspflichten im Franchising, 2001; Kübler, Franchise-Verträge in der deutschen Rechtspraxis, Dissertation, Stuttgart 1989; Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Außenrechts, Band 3: Vertriebsrecht, 3. Aufl. 2009; Lachmann, Zur Differenzierung zwischen Franchise- und Lizenzvereinbarungen im EG-Wettbewerbsrecht, EWS 1998, 240; Langenbucher, Der praktische Fall – Bürgerliches Recht: Vertragsrechtliche Probleme des Franchising, JuS 2003, 572; Liesegang, Die Bedeutung des AGB-Gesetzes für Franchiseverträge, BB 1991, 2381; Liesegang, Der Franchise-Vertrag, 7. Aufl. 2011; Liesegang, Die Konkurrenzschutzpflicht des Franchisegebers, BB 1999, 857; Mack, Neuere Vertragssysteme in der Bundesrepublik Deutschland – Eine Studie zum Franchising, in: Industriegesellschaft und Recht, Band 5, 1975; Martinek, Moderne Vertragstypen, Band 2: Franchising, Know-how-, Marketing- und Consultingverträge, 1992; Martinek, Franchising im Handelsrecht. Zur analogen Anwendbarkeit handelsvertreterrechtlicher Vorschriften auf Franchiseverträge, ZIP 1988, 1362; Martinek, Franchising, Grundlagen der zivil- und wettbewerbsrechtlichen Behandlung der vertikalen Gruppenkooperation beim Absatz von Waren und Dienstleistungen, 1987; Martinek/Semler/Habermeier/Flohr (Hrsg.), Handbuch des Vertriebsrechts, 3. Aufl. 2010; Mattheißen, Arbeits- und handelsvertreterrechtliche Ansätze eines Franchisenehmerschutzes, ZIP 1988, 1089; Metzloff, Franchiseverträge und EG-Kartellrecht: Die GruppenfreistellungsVO Nr. 4087/88 für Franchiseverträge, Dissertation, Münster 1993; Metzloff, Franchisesysteme und EG-Kartellrecht – neueste Entwicklungen, BB 2000, 1201; Niederleithinger/Ritter, Die kartellrechtliche Entscheidungspraxis zu Liefer-, Vertriebs- und Franchiseverträgen, 2. Aufl. 1988; Nolting, Die individualarbeitsrechtliche und betriebsverfassungsrechtliche Beurteilung von Franchisesystemen, 1994; Pasderski, Die Außenhaftung des Franchisegebers, Dissertation, Aachen 1998; Pauli, Franchising, 2. Aufl. 1992; Pfeifer, Die Inhaltskontrolle von Franchiseverträgen, Eine

Untersuchung konkreter Vertragsklauseln nach den §§ 305 ff. BGB, 2005; *Poeche*, Franchising – ein Vertriebssystem mit Zukunft, MA 1972, 291; *Rausser/Bräutigam*, Franchising: Grundlagen und einige aktuelle Rechtsprobleme, DStR 1996, 587; *Reif*, Internationale Franchiseverträge, 2002; *Schenk/Wölk*, Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel, 1971; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Auswirkungen der kartellrechtlichen Nichtigkeit von Vertriebsabreden im Franchisevertrag auf die grenzüberschreitenden Einzelkaufverträge, EWiR Art. 4 CSiG 1/97, 985; *Schmitz*, Der nicht selbst herstellende Franchisegeber als Preisempfeher für Markenwaren, WRP 1998, 28; *Schulthess*, Der Franchise-Vertrag nach schweizerischem Recht, Dissertation, Zürich 1975; *Skaupy*, Franchise-System und Betriebsräte, BB 1990, 134; *Skaupy*, Das „Franchising“ als zeitgerechte Vertriebskonzeption, DB 1982, 2446; *Skaupy*, Der Pronuptia-Prozess 1974–1995, BB 1996, 1899; *Skaupy*, Franchising, Handbuch für die Betriebs- und Rechtspraxis, 2. Aufl. 1995; *Skaupy*, Zu den Begriffen „Franchise“, „Franchisevereinbarungen“ und „Franchising“, NJW 1992, 1785; *Skaupy*, Das „Franchising“ als zeitgerechte Vertriebskonzeption, DB 1982, 2446; *Skaupy*, Der Franchise-Vertrag – ein neuer Vertragstyp, Wirtschaftliche und rechtliche Grundzüge des Franchise-Vertriebssystems, BB 1969, 113; *Stein-Wigger*, Die Beendigung des Franchisevertrages, Eine rechtsvergleichende Studie unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen, deutschen und amerikanischen Rechts, 1999; *Teubner*, „Verband“, „Verband“ oder „Verkehr“? Zur Außenhaftung von Franchising-Systemen, ZHR 154 (1990), 295; *Teubner*, Profit sharing als Verbundpflicht?, ZHR 168 (2004), 78; *Tietz*, Handbuch Franchising: Zukunftsstrategien für die Marktbearbeitung, 2. Aufl. 1991; *Timmermann*, Anwendbarkeit des § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG auf den Franchise-Nehmer und Haftungsrisiken des Franchise-Gebers, BB 2012, 388; *Ullmann*, Die Verwendung von Marke, Geschäftsbezeichnung und Firma im geschäftlichen Verkehr, insbesondere im Franchising, NJW 1994, 1255; *Vogt*, Franchising von Produktivgütern. Voraussetzungen, Beurteilungskriterien und Einsatzmöglichkeiten, 1976; *vom Dorp*, Haftung des Franchisegebers aus c.i.c. – Tendenzwende zur Rentabilitätsgarantie, WiB 1995, 285; *Weber*, „Franchising“ – ein neuer Vertragstyp im Handelsrecht, JA 1983, 347; *Weltrich*, Anpassung von Franchiseverträgen an die neue EG-Gruppenfreistellungsverordnung, DB 1988, 1481; *Weltrich*, Zur Abgrenzung von Franchise- und Arbeitsvertrag, DB 1988, 806; *Weltrich*, Die EG-Gruppenfreistellungsverordnung für Franchisevereinbarungen, RIW 1989, 9; *Wolff/Ungeheuer*, Vertragsrechtliche Probleme des Franchising, BB 1994, 1027; *Zeisberg*, Der Einfluss des GWB auf vertragliche Betriebsformen von Markenwaren, unter besonderer Berücksichtigung des Franchisevertrages, 1991.

I. Definitionen und Erscheinungsformen

1. Definitionen

- 1 Eine normative **Definition des Begriffs Franchising**, aus der sich bezogen auf einen Sachverhalt eine Rechtsfolge ableiten ließe, existiert bislang nicht. Die verschiedenen Definitionen, die aus ganz unterschiedlichen Gründen entwickelt wurden, beschreiben lediglich die in der Praxis vorgefundenen Bestandteile eines Franchiseverhältnisses¹.
- 2 Eine mögliche Definition lautet wie folgt²:

„Unter einem **Franchise** wird die Gesamtheit der Rechte verstanden, welche die erste Partei („**Franchisegeber**“) der zweiten Partei („**Franchisenehmer**“) gewährt,

 - und welche den Franchisenehmer berechtigen und verpflichten, gegen unmittelbare oder mittelbare finanzielle Vergütung das Geschäft des Vertriebs von Waren und/oder Dienstleistungen und/oder Technologien im Rahmen eines von dem Franchisegeber bestimmten Systems („**Franchisesystem**“) zu übernehmen,
 - welches ein geheimes Know-how und die Erbringung von Unterstützungsleistungen vorsieht,
 - in welchem im Wesentlichen die Art und Weise des Betriebs des Franchisenehmers („**Franchisebetrieb**“) vorgeschrieben ist,

1 Kritisch dazu *Böhner*, NJW 1985, 2811, 2811 f.; *Giesler*, Franchiseverträge, Rn. 4.

2 Vgl. erstmals *Giesler/Nauschütt*, 1. Aufl. 2002, § 1 Rn. 28.

- in dem eine fortlaufende Betriebskontrolle durch den Franchisegeber erfolgt und
- in dem der Franchisenehmer im Zusammenhang mit seinem Franchisebetrieb zur Nutzung der vom Franchisegeber vorgesehenen geistigen und gewerblichen Schutzrechte berechtigt und verpflichtet ist.“

Der „**Franchisevertrag**“ ist demnach die Vereinbarung, in welcher sich Franchisegeber und Franchisenehmer zur Vergabe und Inanspruchnahme des Franchise verpflichten. Als „**Franchising**“ ist demnach die Methode zu verstehen, sich der Bindung von Franchisenehmern durch Franchiseverträge zu bedienen, um den Vertrieb von Waren, Dienstleistungen und Technologien zu organisieren und ein Geschäft aufzubauen.

Die **European Franchise Federation** (EFF) definiert Franchising in ihrem Ethikkodex wie folgt, wobei diese Definition auch von dem **Deutschen Franchise-Verband** (DFV) verwendet wird: 3

„Franchising ist ein Vertriebssystem, durch das Waren und/oder Dienstleistungen und/oder Technologien vermarktet werden. Es gründet sich auf eine enge und fortlaufende Zusammenarbeit rechtlich und finanziell selbständiger und unabhängiger Unternehmen, den Franchisegeber und seine Franchisenehmer. Der Franchisegeber gewährt seinen Franchisenehmern das Recht und legt ihnen gleichzeitig die Verpflichtung auf, ein Geschäft entsprechend seinem Konzept zu betreiben. Dieses Recht berechtigt und verpflichtet den Franchisenehmer, gegen ein direktes oder indirektes Entgelt im Rahmen und für die Dauer eines schriftlichen, zu diesem Zweck zwischen den Parteien abgeschlossenen Franchisevertrags bei laufender technischer und betriebswirtschaftlicher Unterstützung durch den Franchisegeber, den Systemnamen und/oder das Warenzeichen und/oder die Dienstleistungsmarke und/oder andere gewerbliche Schutz- oder Urheberrechte sowie das Know-how, die wirtschaftlichen und technischen Methoden und das Geschäftssystem des Franchisegebers zu nutzen.

Know-how bedeutet ein Paket von nicht-patentierten praktischen Kenntnissen, die auf Erfahrungen des Franchisegebers und Erprobungen durch diesen beruhen und die geheim, wesentlich und identifiziert sind.

Geheim bedeutet, dass das Know-how in seiner Substanz, seiner Struktur oder der genauen Zusammensetzung seiner Teile nicht allgemein bekannt oder nicht leicht zugänglich ist; der Begriff ist nicht in dem engen Sinne zu verstehen, dass jeder einzelne Teil des Know-hows außerhalb des Geschäfts des Franchisegebers völlig unbekannt oder unerhältlich sein müsste.

Wesentlich bedeutet, dass das Know-how Kenntnisse umfasst, die für den Franchise-Nehmer zum Zwecke der Verwendung des Verkaufs- oder des Weiterverkaufs der Vertragswaren oder -dienstleistungen unerlässlich sind. Das Know-how muss für den Franchisenehmer unerlässlich sein; dies trifft zu, wenn es bei Abschluss der Vereinbarung geeignet ist, die Wettbewerbsstellung des Franchisenehmers insbesondere dadurch zu verbessern, dass es dessen Leistungsfähigkeit steigert und ihm das Eindringen in einen neuen Markt erleichtert.

Identifiziert bedeutet, dass das Know-how ausführlich genug beschrieben sein muss, um prüfen zu können, ob es die Merkmale des Geheimnisses und der Wesentlichkeit erfüllt; die Beschreibung des Know-hows kann entweder in der Franchise-Vereinbarung oder in einem besonderen Schriftstück niedergelegt oder in jeder anderen geeigneten Form vorgenommen werden.“

2. Typologisierung von Franchiselizenzen

a) Differenzierung nach dem Gegenstand der Franchiselizenz

Verbreitet ist die Differenzierung nach dem Gegenstand der Franchiselizenz¹. Unterschieden werden Warenfranchising (Vertriebsfranchising), Dienstleistungsfranchising und Produktionsfranchising (industrielles Franchising). In der Praxis sind Mischformen zwischen Waren- und Dienstleistungsfranchising verbreitet. Vor allem beim Dienstleis- 4

1 EuGH v. 28.1.1986 – Rs. 161/84, ZIP 1986, 329 ff. – Pronuptia; Martinek, Franchising, S. 154 ff.; Skaupey, Franchising, S. 31 ff.; Mack, S. 32 ff.

tungsfranchising werden häufig Waren mit abgesetzt oder müssen jedenfalls zur Erbringung der Dienstleistung eingesetzt werden¹.

- 5 Beim **Warenfranchising** ist Gegenstand der Franchiselizenz der Vertrieb eines Erzeugnisses². Die Ware wird bei dieser Form des Franchising nicht von dem Franchisenehmer hergestellt. Die Leistung des Franchisenehmers besteht im Verkauf bzw. in der Vermarktung der Waren unter den Kennzeichen des Franchisegebers³. Der Franchisegeber ist im Regelfall ein Hersteller oder Importeur, gelegentlich auch nur ein Zwischenhändler. Warenfranchisingssysteme werden von manchen Herstellern ausschließlich mit der Motivation aufgebaut, einen besseren oder einen zusätzlichen **Absatzkanal** für ihre Waren zu schaffen. Bei dieser vereinfachten Herangehensweise bleibt das Potential des Franchising ungenutzt, die Erschaffung einer vollständigen Markenwelt rund um die Erzeugnisse. Das ist dann daran abzulesen, dass die Richtliniendichte für den Betriebstypus „Verkaufsstützpunkt“ mit dem dazu gehörigen Betriebsführungs-Know-how nicht ausreichend entwickelt ist.
- 6 Beim **Dienstleistungsfranchising** erbringt der Franchisenehmer eine bestimmte Systemdienstleistung entsprechend den Systemvorgaben und Richtlinien des Franchisegebers, wobei dies unter dessen Geschäftsbezeichnung, Handelsnamen oder Marke geschieht⁴. Die Systemdienstleistung, bei der Waren allenfalls im unbeachtlichen Umfang mit vertrieben werden, ist beim Dienstleistungsfranchising vom Franchisegeber erdacht oder geprägt worden⁵, während sich die Leistung des Franchisenehmers auf die Umsetzung des vom Franchisegeber entwickelten und standardisierten Konzepts konzentriert⁶. Dienstleistungsfranchising ist wegen der hohen Anforderungen an das Geschäftskonzept und den Know-how-Transfer auch als die reinste Form des Franchising bezeichnet worden⁷. *Skaupy* hat die Ansicht vertreten, insbesondere beim Dienstleistungsfranchising sei der geschäftliche Erfolg des Franchisenehmers mehr als irgendwo sonst die unmittelbare Folge des dem Franchisenehmer übermittelten Know-how⁸. Diese Einschätzung erweist sich gelegentlich als Idealvorstellung, ist im Kern allerdings zutreffend.
- 7 Ziel des **Produktionsfranchising** ist die Verbindung von Produktion und Vertrieb in der Person des Franchisenehmers. Die Produktion braucht dabei nicht auf die Urproduktion beschränkt zu sein. Aufgabe des Franchisenehmers ist die Herstellung, Bearbeitung, Verarbeitung oder Veredelung eines Produktes aufgrund des ihm von Franchisegeber vermittelten Know-how sowie der anschließende Vertrieb dieses Produktes⁹. Dieser Vertrieb erfolgt unter Verwendung der Marke des Franchisegebers¹⁰. Gelegentlich ist diese Form der Zusammenarbeit von Unternehmen nicht als Franchising, sondern als Produktionslizenz angesehen worden¹¹.

1 *Skaupy*, Franchising, S. 33; *Epp*, S. 10; *Giesler*, Franchiseverträge, S. 11; *Wolf/Ungeheuer*, BB 1994, 1027, 1028; *Metzloff*, S. 23; *Kevekordes*, BB 1987, 74, 75; *Höpfner*, S. 37 f.

2 *Skaupy*, Franchising, S. 31 f.; *Höpfner*, S. 34.

3 *Bräutigam*, WM 1994, 1189 f.

4 *Höpfner*, S. 35 f.; *Bräutigam*, WM 1994, 1189, 1190.

5 *Bauder*, S. 87.

6 *Martinek*, ZIP 1988, 1362, 1369; *Höpfner*, S. 36.

7 *Epp*, S. 9.

8 *Skaupy*, Franchising, S. 32; ähnlich *Epp*, S. 9; *Höpfner*, S. 36.

9 *Skaupy*, Franchising, S. 32 f.; *Höpfner*, S. 37; *Tietz*, S. 31.

10 EuGH v. 28.1.1986 – Rs. 161/84, ZIP 1986, 329 ff. – *Pronuptia*; *Metzloff*, S. 22.; *Kevekordes*, BB 1987, 74.

11 Vgl. dazu die Ausführungen bei *Skaupy*, S. 33; *Weltrich*, DB 1988, 1481, 1482.

b) Differenzierung nach Marktstufen und nach innerem Aufbau

Der zweite Typologierungsansatz differenziert nach den an dem Franchisesystem beteiligten Unternehmen und den von ihnen repräsentierten **Marktstufen** bzw. Vertriebsstufen. In diesem Sinne werden folgende Bezeichnungen für Franchise verwendet: Hersteller/Hersteller, Hersteller/Großhändler, Hersteller/Einzelhändler bzw. Handwerker, Großhändler/Einzelhändler bzw. Handwerker sowie Service-Franchisegeber/Service-Franchisenehmer. Über diese Differenzierung besteht in der Literatur weitgehende Einigkeit¹.

Eine weitere Differenzierung ist nach dem inneren Aufbau des Franchisesystems möglich, namentlich danach, ob es sich um ein zweistufiges oder mehrstufiges System handelt. Der überwiegende Teil der Franchisesysteme verfügt lediglich über zwei Stufen: Der Franchisevertrag wird zwischen einem Franchisegeber und dem Franchisenehmer abgeschlossen². Jedoch können in einem Franchisesystem zwei, drei oder mehr vertikal übereinander angeordnete Franchisegeber vorhanden sein, die der jeweils darunter befindlichen Stufe eine Unterfranchise (Subfranchise) vergeben³. In einem **mehrstufigen Franchisesystem** vergibt der Franchisegeber dem ersten Franchisenehmer, der zugleich Unter-Franchisegeber der nachgeordneten Franchisenehmer ist, das Recht, die Franchiselizenz an eine darunter liegende Stufe zu vergeben. Bestimmte Methoden zum Aufbau mehrstufiger Systeme werden als **Master-Franchising** bezeichnet. Dabei ist die sprachliche Unterscheidung zwischen echtem und unechtem Master-Franchising ratsam, weil die Begriffe in der Praxis für unterschiedliche Sachverhalte verwendet werden⁴. Beim echten Master-Franchising erhält der Master-Franchisenehmer (Master) das Recht, ein bestimmtes Gebiet, das sich häufig auf einen ganzen Staat erstreckt, durch Vergabe von Unterfranchise zu erschließen. Während teilweise die Ansicht⁵ vertreten wird, das Master-Franchise zeichne sich begrifflich notwendig dadurch aus, dass der Master-Franchisenehmer das Konzept den wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und geographischen Verhältnissen seines Gebietes anpassen müsse, um so eine optimale Marktdurchdringung erreichen zu können, wird der Begriff in der Praxis tatsächlich häufig als Synonym für Sachverhalte verwendet, in denen mehrstufige Systeme bestehen. Das unechte Master-Franchising ist eine Methode die auch als „**Area Development**“ bezeichnet wird, wobei dieser Begriff wiederum ebenfalls für eine andere Konstruktion verwendet wird. Beim unechten Master-Franchising wird der Master-Franchisenehmer nicht selbst Vertragspartner der nachgeordneten Stufe, sondern vermittelt den Abschluss der einzelnen Franchiseverträge an den Franchisegeber und ist anschließend Erfüllungsgehilfe des Franchisegebers in der Zusammenarbeit mit den Franchisenehmern⁶.

c) Differenzierung nach dem finanziellen und persönlichen Einsatz und dem Umfang der Franchiselizenz

Eine weitere Differenzierung von Franchiselizenzen wird von Teilen der Literatur nach dem Umfang von Kapital- und Zeiteinsatz des Franchisenehmers und nach dem „Umfang“ der Franchiselizenz vorgenommen⁷. Man kann auch von einer unterschiedlichen

1 *Skaupy*, Franchising, S. 31; *Skaupy*, DB 1982, 2446, 2447; *Tietz*, S. 31; *Enghusen*, S. 6; *Epp*, S. 6; *Metzloff*, S. 26 ff.; *Martinek*, ZIP 1988, 1362, 1368; *Höpfner*, S. 28 f.; *Giesler*, Franchiseverträge, Rn. 11.

2 *Gitter*, S. 474; *Höpfner*, S. 39.

3 *Höpfner*, S. 39; *Metzloff*, S. 26 ff.; *Gitter*, S. 474.

4 *Schulthess*, S. 42 f.; vgl. *Skaupy*, DB 1982, 2446, 2450.

5 *Metzloff*, S. 28; *Höpfner*, S. 39.

6 *Giesler/d'Avis* in *Giesler/Nauschütt*, Kap. 19 Rn. 11 ff.

7 *Höpfner*, S. 33; *Epp*, S. 7; *Giesler*, Franchiseverträge, Rn. 11; *Metzloff*, S. 24 ff.; *Skaupy*, DB 1982, 2446, 2448; *Baumgarten*, S. 17; *Weber*, JA 1983, 347, 348. Kritisch zu dieser Differenzierung *Martinek*, Franchising, S. 157.

Kooperationsintensität sprechen¹. In diesem Sinne ist von **Vollfranchise** und **Teilfranchise** sowie von **Abteilungsfranchise** und **Minifranchise** die Rede. Von einer Teilfranchise kann man sprechen, wenn ein bestehendes Unternehmen in einer besonderen Abteilung einen neuen Geschäftszweig als Franchisebetrieb führt².

d) Differenzierung nach Expansionsmethode und Filialisierungsgrad

- 10a Eine neuere Typisierung, die auf *Felix Peckert* zurückgeht, unterscheidet Betreiberfranchise, Inhaberfranchise und Unternehmerfranchise und bezeichnet die damit verbundene Methode als **Markenfranchise**³. Markenfranchise beschreibt einen auf Expansion fokussierten und durch Unternehmensvielfältigung geprägten Weg, den Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen vom Anbieter über vertraglich gebundene und selbständige Unternehmer zum Konsumenten oder Anwender nehmen. Markenfranchise verbindet damit mindestens zwei rechtlich selbständige Unternehmen vertraglich so, dass die gemeinsam einen standardisierten Unternehmenstyp am Markt umsetzen und durch seine Vielfältigung kontinuierlich am Markt expandieren. Entwickelt, erprobt, standardisiert und mit seinen Erfolgsfaktoren entgeltlich sowie verbindlich zur Verfügung gestellt wird der Unternehmenstyp vom Franchisegeber. Umgesetzt und vielfältigt wird er überwiegend von den Franchisenehmern. Deren primäre Aufgabe ist es, die vertraglich vorgesehenen Märkte zu erobern und damit die Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen unter der gemeinsam genutzten Marke mit möglichst hoher Dichte am regionalen Markt verfügbar zu machen. Passend dazu fokussiert sich der Franchisegeber auf die nationale Verbreitung, indem er neue Franchisenehmer gewinnt und/oder entsprechende regional verankerte Filialsysteme aufbaut. Zudem fördert der Franchisegeber die regionale Expansion und den unternehmerischen Erfolg seiner Franchisenehmer, indem er ihnen mit dem vorgegebenen Unternehmenstyp die Markteroberung und die Unternehmensführung vereinfacht. Mit Markenfranchise durchlaufen nach *Peckert* Franchisesysteme drei aufeinander aufbauende Expansionsstadien. Im ersten Stadium, dem **Betreiberfranchise**, betreiben die Franchisenehmer das vorgegebene Unternehmen an nur einem Standort und unter ihrem vollen operativen Einsatz. Im zweiten Stadium, dem **Inhaberfranchise**, betreibt mindestens ein Franchisenehmer des Systems das vorgegebene Unternehmen mit mehreren Standorten und/oder delegiert einen Teil seiner Aufgaben als Inhaber des Unternehmens so, dass er seine Arbeitsleistung zunehmen vom operativen Tagesgeschäft auf die Eroberung von Marktanteilen und die Unternehmensführung verlagert. Im dem dritten und finalen Stadium, dem **Unternehmerfranchise**, betreiben die meisten Franchisenehmer das vorgegebene Unternehmen als Unternehmer und konzentrieren ihre Arbeitskraft auf die Eroberung des regionalen Marktes und die Führung des eigenen, stetig wachsenden Filial- und/oder Vertriebssystems. Die Expansion im gesamten Franchisesystem erfolgt nun im Zusammenspiel von Franchisenehmer-getriebenen regionalen Markt- und Vertriebsaktivitäten sowie von Franchisegeber-getriebenen, nationalen Markenbildungs- und Werbemaßnahmen. Markenfranchise beschreibt damit eine der effektivsten Formen für die Expansion von Franchisesystemen, bei der eine hohe Expansionsgeschwindigkeit und -nachhaltigkeit erreicht und typische Fehler vermieden werden können.

e) Differenzierung nach dem verfolgten Zweck

- 10b Traditionell wird Franchising als eine Vertriebsmethode und das Franchisesystem als ein Vertriebssystem beschrieben⁴. Diese Sichtweise hat ihren Niederschlag in der Defi-

1 *Epp*, S. 7; *Höpfner*, S. 33.

2 *Weber*, JA 1983, 347, 348.

3 *Giesler/Güntzel* in *Giesler*, Praxishandbuch Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn. 92.

4 *Skaupy*, Franchising, S. 31 f.

dition der European Franchise Federation und der nationalen Franchise-Verbände gefunden (vgl. oben Rn. 3) und ordnet den Franchisenehmer dem Oberbegriff des Absatzmittlers zu. Danach unterscheidet sich der Franchisenehmer in seinen kaufmännischen Aufgaben kaum von einem Vertragshändler. In rechtlicher Hinsicht ist dies auch meist richtig. Allerdings gibt es in der Praxis Erscheinungsformen des Franchising, die nicht auf Vertrieb, sondern auf Vermarktung ausgerichtet sind und bei denen der Franchisegeber den weitergehenden Zweck verfolgt, die Franchisenehmer als lokale Markenbotschafter einzusetzen, um damit die Marke einheitlich aufzuladen. Die Aufladung der Marke steht bei diesen Franchisegebern sogar gleichberechtigt neben dem Ziel, dass die Franchisenehmer die Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen vermarkten. Hinzu kommt die Erkenntnis, dass Franchising bei genauer Betrachtung keine Vertriebsmethode ist, sondern im ersten Schritt eine Methode zur Vervielfältigung von Unternehmen, um erst im zweiten Schritt mit diesen vervielfältigten Unternehmen Vermarktung zu organisieren. Deshalb war es im Grunde immer schon unpräzise, von Franchising als einer „Vertriebsmethode“ zu sprechen und diese mangende Präzision kann dazu führen, dass ein wesentlicher Aspekt des Franchising nicht betrachtet wird. In seiner Funktion als Markenbotschafter hat der Franchisenehmer Aufgaben übernommen, die über die Aufgaben eines Absatzmittlers hinausgehen. Wenn für den Franchisegeber die Aufladung der Marke gleichberechtigt neben dem Absatz der Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen steht und von dem Franchisenehmer erwartet wird, dass er eine lokale Markenwelt erschafft und damit ein Markenerlebnis reproduziert, kann man von **Vermarktungsfranchising** als Gegenbegriff zum reinen **Vertriebsfranchising** sprechen. Beim Vermarktungsfranchising ist der Franchisenehmer zwar mit einem Teil seiner Funktion auch Absatzmittler, erfüllt als Interessenwahrer des Franchisegebers jedoch mit einem anderen Teil seiner Funktion zusätzliche Aufgaben für den Franchisegeber. Diese zusätzlichen Aufgaben sind im Regelfall ebenfalls dem Geschäftsbesorgungsvertragsrecht zuzuordnen; eine analoge Anwendung der Vorschriften des Handelsvertreterrechts auf diese Aufgaben ist jedoch meist nicht möglich.

3. Subordinations- und Partnerschaftsfranchising?

Die Differenzierung nach Macht- und Interessenkonstellationen ist im Jahre 1985 von *Martinek* entwickelt und seitdem vielfach fortgeführt worden¹. Es handelt sich um den Versuch, Franchise allgemeingültig zu typisieren und aus dieser Typisierung unterschiedliche Rechtsfolgen herzuleiten. Diese Idee ist sicherlich auch vor dem Hintergrund entstanden, dass sich Rechtsprechung und Literatur lange über die Rechtsnatur des Franchisevertrages uneinig waren und offenkundig Schwierigkeiten bestanden, die unterschiedlichen Erscheinungsformen von Franchiseverträgen vertrags- und kartellrechtlich zu bewältigen. 11

Der Theorie von *Martinek* zufolge wird **Subordinationsfranchising** durch ein Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen Franchisegeber und Franchisenehmer gekennzeichnet. Ein dem „Subordinationsfranchising“ zuzuordnendes System ist praktisch fast vollständig vertikal organisiert. Horizontale Zusammenarbeit findet in nur geringem Umfang statt, etwa in einem Franchisenehmerbeirat, der dann nur eine beratende oder unterstützende Funktion hat. Die Franchiseverhältnisse mit den einzelnen Absatzmittlern stehen rechtlich isoliert nebeneinander, weshalb das System auch als ein Fächer beschrieben werden kann. 12

Den begrifflichen Gegensatz zum „Subordinationsfranchising“ bildet *Martinek* zufolge das **Partnerschaftsfranchising**. Innerhalb des Partnerschaftsfranchising unterteilt Marti- 13

¹ *Martinek*, Franchising, S. 147 ff.; *Martinek*, ZIP 1988, 1362 ff.; *Martinek*, Moderne Vertragstypen, S. 35 ff.

nek wiederum in Koordinationsfranchising, Koalitionsfranchising und Konföderationsfranchising. Diesen Kooperationsformen soll ein partnerschaftlich gleichberechtigtes Zusammenwirken von Franchisegebern und Franchisenehmern ohne ausgespielte Übermacht der Systemzentrale bei der Verfolgung und Weiterentwicklung der Marketingkonzeption und bei der Systemsteuerung gemeinsam sein¹. An die Stelle einseitiger Weisungen tritt die Verständigung, die Abstimmung und die Mitbestimmung. Das „**Koordinationsfranchising**“ ist nach *Martinek* gekennzeichnet durch gleichförmige Austauschverträge zwischen dem Franchisegeber und den einzelnen, als gleichberechtigte Marketingpartner anerkannten Franchisenehmern. Die entscheidende Abgrenzung soll darin bestehen, dass sich die Franchisenehmer nicht dem Franchisegeber unterordnen und sich nicht zur fremden Interessenwahrung und Interessenförderung verpflichten. Beim „**Koalitionsfranchising**“ soll sich nach *Martinek* die Absatzkooperation nur äußerlich und nur scheinbar auf gebündelte gleichförmige Austauschverträge beschränken, jedoch in Wirklichkeit in gesellschaftsrechtliche Sphären vordringen, wenn auch nur in dem jeweiligen Zweierverhältnis zwischen dem Franchisegeber und dem einzelnen Franchisenehmer. Jedes Franchiseverhältnis soll danach eine Innengesellschaft (BGB-Gesellschaft) zwischen Franchisegeber und Franchisenehmer darstellen, weil die Leistungsbeziehungen nicht nur von einem gemeinsamen Interesse, sondern auch von einem gemeinsamen Zweck beherrscht werden. Als dritte und seltenste Unterform des Partnerschaftsfranchising beschreibt *Martinek* das „**Konföderationsfranchising**“. „Konföderationsfranchising“ soll dadurch gekennzeichnet sein, dass neben den vertikalen Einzelverhältnissen ein diese überlagernder und verbindender Vertrag zwischen allen Systembeteiligten besteht (multilateraler Systemvertrag)². Der **multilaterale Systemvertrag** komme meist stillschweigend zustande, weshalb das Franchisesystem angesichts der einzelnen, schriftlichen und bilateralen Franchiseverträge auf den ersten Blick auch nur als ein Bündel von Einzelverträgen erscheine.

- 14 Die Ansatzpunkte der Kritik an der Theorie von *Martinek* sind unterschiedlich. Ein Teil der Literatur glaubt festzustellen, dass es sich bei den Systemformen, die von *Martinek* als „Partnerschaftsfranchising“ bezeichnet werden, in Ermangelung einer vertikalen Gruppenkooperation nicht um Franchising handelt³. Dieses Argument überzeugt allerdings nicht, weil es selbst in einer starren und darüber hinaus willkürlichen Definition des Franchising verharrt. Ein weiterer Teil der Kritik⁴ bezieht sich eher auf die Ansicht von *Martinek*, im Rahmen des „Koalitionsfranchising“ und des „Konföderationsfranchising“ komme zwischen dem Franchisegeber und dem einzelnen Franchisenehmer bzw. zwischen sämtlichen Systembeteiligten eine BGB-Gesellschaft zustande⁵. Hierbei vermischt sich, teils undifferenziert, der grundlegende Streit⁶ um die Rechtsnatur des Franchising mit der Kritik an der Theorie von *Martinek*. Der überwiegende Teil der Kritik, vor allem die Praktiker unter den Autoren, stellt fest, dass die von *Martinek* konstruierten Modelle des „Partnerschaftsfranchising“ in Wirklichkeit nicht anzutreffen sind⁷.
- 15 Dieser Hinweis der Kritik ist sicherlich nicht vollkommen unberechtigt. Nach allen vorliegenden Erkenntnissen existiert „Partnerschaftsfranchising“ in der Praxis nicht, obwohl beim modernen Franchising durchaus kooperative Elemente (z.B. Franchisenehmer-Beiräte, Werbe-Kooperationen oder Kapitalbeteiligungen der Franchisenehmer

1 *Martinek*, Franchising, S. 147 ff.

2 *Martinek*, Franchising, S. 252, 410 ff., 583 ff.; *Martinek* in *Martinek/Semler/Habermeier*, § 4 Rn. 73.

3 *Liesegang*, NJW 1990, 1525, 1525 f.

4 *Mack*, S. 100; *Gitter*, S. 493.

5 Vgl. *Martinek* in *Martinek/Semler/Habermeier*, § 4 Rn. 68 und Rn. 74.

6 Vgl. ausführlich *Giesler* in *Giesler/Nauschütt*, Kap. 5 Rn. 71 ff.

7 *Bräutigam*, WM 1994, 1189, 1191; *Höpfner*, S. 43; *Giesler*, Franchiseverträge, Rn. 12.

an der Franchisegeber-Gesellschaft) vorhanden sind. Es mag auch sein, dass kooperative Elemente beim Franchising allmählich zunehmen, wie gelegentlich behauptet wird¹. Dennoch ist der Hinweis, dass die Theorie vom „Partnerschaftsfranchising“ nicht praxisrelevant ist, eine Kritik ohne Substanz. Denn selbstverständlich kann auch niemand ausschließen, dass es irgendwann in Zukunft ein System geben wird, das Merkmale des „Partnerschaftsfranchising“ aufweisen wird. Der Theorie von *Martinek* mangelt es allerdings an einer klaren Abgrenzung zwischen den von ihr beschriebenen Erscheinungsformen. „Koalitionsfranchising“ wird vor allem über den Rechtscharakter des Franchiseverhältnisses als einer Innengesellschaft bürgerlichen Rechts definiert, welcher seinerseits eine Folge der Klassifizierung als „Koalitionsfranchising“ sein soll². Das überzeugt nicht. Es handelt sich um einen Zirkelschluss. Die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses, die das Ergebnis der Klassifizierung sein soll, ist zugleich deren Voraussetzung. Eine ähnliche Kritik betrifft die Typisierung als „Konföderationsfranchising“. Diese Form des Franchising soll vorliegen, wenn ein stillschweigend abgeschlossener Systemvertrag zwischen den beteiligten Unternehmen besteht. Eine solche Abgrenzung ist für die Praxis ungeeignet. Wie soll der stillschweigend zustande gekommene Systemvertrag zuverlässig identifiziert werden? Wohin das Bemühen führen kann, Rechtsfolgen an verschwommene Voraussetzungen zu knüpfen, zeigt sich daran, dass Theoretiker, welche die Differenzierung nach Macht- und Interessenkonstellationen aufgreifen, mit den Typen von Franchise unterschiedliche Rechtsfolgen verbinden, ohne sich über die Differenzierung Klarheit verschafft zu haben³. Dabei wird übersehen, dass die Theorie von *Martinek* diese Funktion nicht erfüllen kann; viel eher kann die Theorie – darin erschöpft sie sich – zu der allgemeinen Erkenntnis dienen, dass auch andere Kooperationsformen, die möglicherweise in Zukunft erst entstehen, ebenfalls „Franchising“ sein können. Damit erfüllt die Theorie eine wichtige Funktion.

4. Abgrenzung zu anderen Absatzmittlungsverhältnissen

a) Allgemeines

In dem Maße, wie sich moderne Vertriebsnetzwerke in unserem Wirtschaftsleben ausgebreitet haben, haben sich Unternehmer bzw. Hersteller bemüht, freie Absatzmittler „in ihr Lager zu ziehen“ und sie damit zu langfristig gebundenen Interessenwahrnehmern zu machen⁴. Diese **vertikale Vorwärtsintegration** ist bei den modernen Vertriebsformen wie dem Franchising bereits mehr oder weniger weit fortgeschritten; nicht umsonst spricht man vor allem bei den weitgehend absatzintegrierten Franchisenehmern davon, dass sie in die Absatzorganisation „eingegliedert“ sind. Die Selbständigkeit der Absatzmittler wird von den Herstellern als ein Nachteil gegenüber einer unselbständigen Vertriebsstruktur begriffen. Selbständige Unternehmen unterliegen grundsätzlich nicht der Weisungsabhängigkeit; Weisungsabhängigkeit kann schuldrechtlich zunächst auch nur in beschränktem Maß hergestellt werden. Dieser Nachteil geht zwar mit dem entscheidenden Vorteil einher, dass das Vertriebsnetzwerk mit fremdem Kapital und auf fremdes Risiko aufgebaut wird⁵; außerdem kann den Absatzmittlern auch die Lagerfunktion übertragen werden. Dennoch gilt es aus Sicht der Hersteller, den Nachteil der fehlenden „vollständigen“ Weisungsabhängigkeit zurückzudrängen; selbstverständlich ohne dabei den Vorteil einbüßen zu wollen. Dieser Wunsch muss notwendigerweise auf rechtliche Grenzen stoßen: Weisungsabhängigkeit und Selbständigkeit sind ein Gegensatzpaar.

16

1 Vgl. *Höpfner*, S. 43, *Flohr*, BB 2006, 389, 399.

2 Vgl. *Martinek* in *Martinek/Semler/Habermeier*, § 4 Rn. 68.

3 Vgl. nur *Buschbeck-Bülow*, BB 1989, 352 ff.; *Nolting*, S. 241 ff.

4 *Martinek* in *Martinek/Semler/Habermeier*, § 2 Rn. 72.

5 *Giesler*, Franchiseverträge, Vorwort.

- 17 Die Abgrenzung der Vertragstypen ist mitunter schwierig. Dies hängt auch mit der bewussten **Verwendung unrichtiger Bezeichnungen** in der Praxis zusammen. Die Vielfalt der Bezeichnungen ist fast unüberschaubar, wobei sich hinter manchen Bezeichnungen schlicht die bekannten Vertragstypen des Vertriebsrechts verbergen. Andere Bezeichnungen, die auf Vertriebsverträge hindeuten, sind irreführend: in Wahrheit liegen keine Vertriebsverträge vor, sondern Vertragstypen aus anderen Rechtsgebieten. Gewissermaßen in Unkenntnis des Grundsatzes „falsa demonstratio non nocet“ versuchen Unternehmer die Vertragsbezeichnungen auszutauschen, um bestimmten Rechtsfolgen zu entgehen. Beispielsweise werden vor allem Franchiseverträge gerne als „**Lizenzvertrag**“ oder als „**Kooperationsvertrag**“ bezeichnet, um einen geringen Grad der Absatzintegration vorzutäuschen, ohne dass dies an der rechtlichen Einordnung des Vertragsverhältnisses etwas ändern würde¹. Insbesondere die Verwendung des Begriffes „Lizenzvertrag“ ist irreführend; der Lizenzvertrag gehört nicht zu der Gruppe der Vertriebsverträge. Nach der Vorstellung der Kaufleute ist hingegen ein „Lizenzvertrag“ eine Art Franchisevertrag mit einer geringeren Bindung des Absatzmittlers an die Vorgaben des Herstellers². Der kaufmännische und der juristische Begriff weichen hier stark voneinander ab.
- 18 Außerdem ergeben sich Abgrenzungsschwierigkeiten, wenn eine **Typenvermischung** stattfindet. Ein Beispiel aus der jüngsten Zeit sind die sehr verbreiteten Mobilfunkshop-Franchisesysteme. Im Vordergrund der Tätigkeit des Franchisenehmers steht der Abschluss von Mobilfunkverträgen. Da der Franchisenehmer nicht als Mobilfunkbetreiber auftritt, wird selbstverständlich die Telefongesellschaft (also der Franchisegeber) der Vertragspartner des Kunden. Der Franchisenehmer vermittelt lediglich den Abschluss von Mobilfunkverträgen; für den Juristen ist er offenkundig ein Handelsvertreter. Dass Betreiber von Mobilfunkshops dennoch als Franchisenehmer angesehen werden, verblüfft. Dies gilt insbesondere, wenn man weiß, dass im Gegensatz dazu der **Tankstellenvertrieb** nicht dem Franchising zugeordnet wird, sondern (soweit es um den Absatz im Namen und für Rechnung des Herstellers geht) dem Agenturvertrieb, also dem Handelsvertreterrecht. Dieser Widerspruch in der Einordnung zwischen Mobilfunk-Franchising und Agentursystem ist überwiegend historisch bedingt; Franchising war zu der Zeit des Entstehens der Vertragstankstellen in Deutschland weitgehend unbekannt.

b) Abgrenzung zum Handelsvertreter

- 19 Die Abgrenzung des Franchising zum Vertrieb mittels **Handelsvertretern** ist einfach. Der Handelsvertreter hat als selbständiger Gewerbetreibender für einen „anderen Unternehmer“ Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Er ist also mit der Vermittlung (Vermittlungsvertreter; dazu gehört der Versicherungsvertreter) oder mit dem Abschluss von Geschäften (Abschlussvertreter) betraut. Vom Handelsvertreter unterscheidet sich der Franchisenehmer dadurch, dass er nicht im fremden, sondern im eigenen Namen und auf eigene Rechnung tätig ist. Er ist zur Vertretung des Franchisegebers nicht berechtigt. Der Franchisenehmer wird der Vertragspartner der Kunden. Der Handelsvertreter steht, jedenfalls in dieser Funktion, in keiner vertraglichen Beziehung zu den Kunden. S. zur Abgrenzung auch oben *Thume*, § 84 Rn. 44 ff.
- 20 Der Franchisenehmer trägt ein wesentlich höheres Risiko als der Handelsvertreter. Beim Warenfranchising trägt er vor allem das Waren- und Absatzrisiko. Das ist darauf zurück zu führen, dass der Franchisenehmer eine eigene Handelsstufe bildet – also ein „Händler“ ist –, während der Handelsvertreter auf der gleichen Handelsstufe steht wie der Unternehmer. Als eigene Handelsstufe übernimmt der Franchisenehmer im Regel-

¹ Vgl. *Giesler*, FranchiseErfolge 3/2005, 18 f.

² Vgl. *Giesler* in *Giesler/Nauschütt*, Kap. 5 Rn. 72.

fall wesentliche Handelsfunktionen wie z.B. Kreditierung, Vorausdisposition, Lagerhaltung, Transport, Garantie und Kundendienst¹. Im Bereich des Dienstleistungsfranchising kann zwar formal nicht von „Handelsstufen“ gesprochen werden, weil es nicht um Handel geht. Allerdings ist die Abgrenzung hier anhand der Zuordnung des Vertragsabschlusses mit den Kunden einfach möglich: Als eigene „Dienstleistungsstufe“ ist der Franchisenehmer der Vertragspartner seiner Kunden.

c) Abgrenzung vom Kommissionsagenten

Auf der Skala der Bindungsintensität steht der **Kommissionsagent** eine Stufe über dem Vertragshändler. Der Kommissionsagent verkauft im eigenen Namen und für fremde Rechnung. Die Abgrenzung ist letztlich einfach: Ein Franchisenehmer ist auf eigene Rechnung tätig und trägt folglich das volle Waren- und Absatzrisiko. 21

d) Abgrenzung vom Vertragshändler

Die Unterscheidung des Franchising vom Vertrieb mittels **Vertragshändler** ist schwierig, insbesondere in Bezug auf das Warenfranchising². Die beiden Vertriebsformen stehen sich besonders nahe³. Auch der Vertragshändler ist im eigenen Namen und auf eigene Rechnung tätig. In der Literatur wird deshalb teilweise vereinfachend angenommen, Franchising sei „... ein besonderes System von Vertragshändlerverträgen.“⁴. Das ist allerdings nicht zutreffend. Es gibt, im einzelnen Abhängig von der konkreten Ausgestaltung des Franchisevertrages, eine Reihe von deutlichen Unterschieden zum Vertragshändler, die dem Franchisenehmer sogar vollkommen andere Funktionen zuweisen. 22

Ein wesentlicher Unterschied liegt zunächst darin, dass Franchising für den Vertrieb von Dienstleistungen geeignet ist. Dienstleistungsfranchising ist dabei auch als die reinste Form des Franchising bezeichnet worden⁵. Jedenfalls zeigen sich beim **Dienstleistungs-vertrieb** die besonderen Stärken des Franchising, während der Vertragshandel (wie der Wortbestandteil „Handel“ bereits andeutet) ausschließlich für den Vertrieb von Waren geeignet ist. Ein Problem stellt die Unterscheidung also nur im Bereich des Warenfranchising dar. Die Abgrenzung kann hier zunächst anhand der **unterschiedlichen Bindungsintensität** durchgeführt werden. Beim Franchising ist die Eingliederung in die Absatzorganisation weiter fortschritten als bei allen anderen Formen der Absatzmittlung. Aufgrund von Richtlinien und Standards mit umfangreichen Handlungsanweisungen nimmt der Franchisegeber einen sehr weitgehenden Einfluss auf die Betriebsführung des Franchisenehmers. Der Franchisenehmer hat sein Unternehmen vollkommen auf das Franchisekonzept ausgerichtet und führt es in jedem Detail so, wie es vorgegeben ist. Das geht mitunter so weit, dass die Praxis davon spricht, dass es beim Franchising um die „Vervielfältigung von Unternehmen“ geht. Demnach ist das Unternehmen des Franchisenehmers eine Kopie des von dem Franchisegeber vorgegebenen Musterunternehmens. Das hat praktische Folgen: Organisations- und Kontrollstrukturen, Unterstützungs- und Betreuungsleistungen sowie wechselseitige Verpflichtungen stellen beim Franchising eine intensivere Verzahnung zwischen den Unternehmen des Franchisegebers und des Franchisenehmers dar⁶. Dagegen hat der Vertragshändler im Vergleich zum Franchisenehmer mehr Freiheiten, sein Unternehmen zu gestalten und zu 23

1 Ebenroth/Parche, BB 1988, Beilage 10, 1, 7; Höpfner, S. 81; Giesler, NZS 1999, 483, 485.

2 Vgl. dazu ausführlich Canaris, S. 382.

3 Weber, JA 1983, 347, 352; Skaupy, DB 1982, 2446, 2447; Ebenroth/Parche, BB 1988, Beilage 10, 1, 6; Giesler, Franchiseverträge, Rn. 10.

4 In diesem Sinne u.a. Führich, S. 276.

5 Epp, S. 9.

6 Skaupy, S. 13; Liesegang, S. 3; Höpfner, S. 83 f.; Gitter in Gernhuber, S. 479.

führen. Der Vertragshändler ist außerdem typischerweise nicht in ein so striktes System von **Ausschließlichkeitsbindungen** eingebunden wie der Franchisenehmer. Vertragshändler können, auch wenn dies früher teilweise (im Bereich des Kfz-Handels) nur kartellrechtliche Hintergründe gehabt haben mag, zu verschiedenen Herstellern Vertragshändlerbeziehungen unterhalten. Sie können als Mehrfachfirmenhändler auftreten. Dies ist beim Franchising jedenfalls unüblich. Wenn es vereinzelt Mehrfach-Franchisenehmer gibt, führen diese für jedes Franchisesystem einen vollständig getrennten Betrieb. Hinzu kommt ein weiterer wichtiger Unterschied beim Auftreten am Markt. Während der Vertragshändler seine Firma neben die Marke des Herstellers stellt und selbst hinter dessen Markenauftritt nie vollständig zurück tritt, erscheint der Betrieb des Franchisenehmers als eine „Filiale“ des Franchisegebers¹. Man spricht deshalb beim Franchising von **Quasifilialität**. Der Vertragshändler hat also die Möglichkeit, die präsentationstechnische Kombination einer berühmten Marke mit einer regional eingeführten Firma zu nutzen, um Goodwill-Synergien zu erreichen².

- 24 In der Praxis besteht ein wichtiger Unterschied auch bei den vertraglich geschuldeten **Entgelten**. Eine mit der Franchisegebühr vergleichbare Vergütung zugunsten des Herstellers gibt es beim Vertragshandel nicht³. Der Hersteller verdient beim Vertragshandel an der Handelsspanne, während beim Franchising typischerweise (auch) eine umsatzabhängige Gebühr entrichtet wird. Allerdings ist dieser Unterschied als scharfes Abgrenzungskriterium nicht geeignet. Schließlich ist dem Franchising eine **pachtrechtliche Komponente** eigen, die beim Vertragshändler fehlt⁴. Gegenstand des Franchising ist die entgeltliche **Nutzung eines Geschäftskonzepts**, d.h. eines von dem Franchisegeber erdachten, konzipierten und erprobten Betriebstyps. Zur Erreichung dieses Ziels muss der Franchisenehmer befähigt werden, dieses Geschäftskonzept selbständig in seinem Unternehmen zur Anwendung zu bringen; sein Unternehmen wird durch die entgeltliche Nutzung des fremden Geschäftskonzepts beinahe vollständig integriert. Damit dies möglich ist, muss sich die Übertragung von Know-how auf den Franchisenehmer lückenlos auf den Aufbau und die Führung eines Systembetriebs erstrecken. **Betriebsführungs-Know-how** tritt neben ein etwaiges Produkt-Know-how. Dies ist der Grund, weshalb Know-how für das Franchising besonders bedeutsam ist⁵. Diese Merkmale sind bei dem Unternehmen eines Vertragshändlers nicht anzutreffen, auch wenn dort natürlich Produkt-Know-how eine Rolle spielt. Betriebsführungs-Know-how mit seiner Betriebstypenbindung, das für Franchising typisch ist, fehlt dem Vertragshandel.

II. Vertragstypologische Einordnung

1. Rechtsnatur des Franchisevertrages

a) Allgemeines

- 25 Die Frage nach der Rechtsnatur des Franchiseverhältnisses war lange umstritten, darf jedoch angesichts des mittlerweile klaren Meinungsstandes als weitgehend geklärt angesehen werden, obwohl der BGH⁶ und das OLG Hamm⁷ sie im Jahr 2000 noch ausdrücklich offen gelassen haben.

1 Mack, S. 108 m.w.N.

2 Martinek in Martinek/Semler/Habermeier, § 3 Rn. 10.

3 Giesler, Franchiseverträge, Rn. 10.

4 Canaris, Handelsrecht, S. 385, 395 f.; Kroll, S. 109 ff.

5 Vgl. Giesler, ZIP 2003, 1025 ff.

6 BGH v. 13.1.2000 – III ZR 342/98, NJW-RR 2000, 1159 ff.

7 OLG Hamm v. 13.3.2000 – 8 U 113/99, NZG 2000, 1169 ff., allerdings mit dem Hinweis, es handele sich bei einem Franchisevertrag um einen Mischvertrag.