



C | A | U

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät

**Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)**  
LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, DEUTSCHES UND  
EUROPÄISCHES GESELLSCHAFTS- UND WIRTSCHAFTSRECHT  
INSTITUT FÜR WIRTSCHAFTS- UND STEUERRECHT

# Gesellschaftsrecht im Überblick

Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)

## Einheit 10: offene Handels- gesellschaft (oHG)

**C | A | U**

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



## Übersicht zur heutigen Veranstaltung

- I. Konstitutive Merkmale der oHG**
- II. Innenverhältnis**
- III. Außenverhältnis**
- IV. Veränderungen im Kreis der Gesellschafter**
- V. Auflösung und Liquidation der oHG**

## I. Konstitutive Merkmale der oHG

### 1. Überblick

- Eine Gesellschaft ist nach § 105 I HGB eine oHG, wenn „deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist ... [und] ... bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist.“
- Damit sind der Vorschrift **zwei Voraussetzungen** zu entnehmen:
  - (1) Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist
  - (2) Unbeschränkte persönliche Haftung aller Gesellschafter

## I. Konstitutive Merkmale der oHG

### 2. Gesellschaft zum Betrieb eines Handelsgewerbes

Da die §§ 105 ff. HGB für den Gesellschaftsvertrag einer oHG keine Sonderregelung enthält, bedarf es nach **§ 105 III HGB i.V.m. § 705 BGB**:

#### a) Wirksamer Gesellschaftsvertrag

#### b) Gemeinsamer Zweck

- Im Unterschied zu der GbR, für die § 705 I BGB keinen bestimmten Zweck voraussetzt (sog. **Zweckoffenheit**), muss der gemeinsame Zweck einer oHG „auf den Betrieb eines Handelsgewerbes ... gerichtet“ sein.
- Hieraus folgt, dass die oHG eine **Personenhandels-gesellschaft** i.S.d. § 6 I HGB ist.

#### c) Vereinbarung einer Förderungspflicht

Die Förderungspflicht kann sich nach **§ 709 I BGB i.V.m. § 105 III HGB** in der Leistung von Diensten erschöpfen.

## I. Konstitutive Merkmale der oHG

### 3. Unbeschränkte persönliche Haftung aller Gesellschafter

- Die Voraussetzung dient der **Abgrenzung** der oHG von der **Kommanditgesellschaft** (KG, §§ 161 ff. HGB).
- Jede KG hat nach **§ 161 I HGB** zwei Arten von Gesellschaftern, nämlich
  - (1) mindestens einen Gesellschafter, bei dem eine Beschränkung der persönlichen Haftung (§ 126 Satz 1 HGB i.V.m. § 161 II HGB) nicht stattfindet (sog. **Komplementäre**) und
  - (2) mindestens einen **Kommanditisten**, bei dem die persönliche Haftung nach **§ 171 I HGB** auf einen bestimmten Betrag (sog. Haftsumme) beschränkt ist.
- Im **Umkehrschluss zu § 161 I HGB** ist die Gesellschaft eine oHG, wenn die persönliche Haftung für keinen Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag auf einen bestimmten Betrag (Haftsumme) beschränkt ist.

## II. Innenverhältnis

### 1. Gesetzliche Regelung

#### a) Einzelgeschäftsführungsbefugnis

- Nach **§ 116 I, III 1 HGB** sind alle Gesellschafter dergestalt zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet, dass jeder von ihnen alleine zu handeln berechtigt ist (sog. **Einzelgeschäftsführungsbefugnis**).
- Die Einzelgeschäftsführungsbefugnis erstreckt sich nach § 116 II 1 Hs. 1 HGB auf alle Geschäfte, die der **gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes** der oHG mit sich bringt.
- Die Einzelgeschäftsführungsbefugnis wird durch das **Widerspruchsrecht** der anderen geschäftsführungsbefugten Gesellschafter eingeschränkt.
  - Um den Widerspruch zu ermöglichen, muss jeder geschäftsführungsbefugte Gesellschafter die anderen Gesellschafter nach **§ 105 III HGB i.V.m. § 717 II 1 BGB** vor der Vornahme des beabsichtigten Geschäfts darüber **informieren**.
  - Widerspricht ein anderer geschäftsführungsbefugter Gesellschafter, muss das Geschäft nach **§ 116 III 3 HGB** unterbleiben.

# Einheit 10: oHG

## II. Innenverhältnisse

### 1. Gesetzliche

#### a) Einzel

Hier zeigt sich ein **Unterschied zu der rechtsfähigen GbR**:

- Um bei der **rechtsfähigen GbR** eine Maßnahme zu verhindern, genügt aufgrund der **Gesamtgeschäftsführungsbefugnis** (§§ 714, 715 I, III 1 BGB) die bloße Untätigkeit eines Gesellschafters.

- Bei der **oHG** der **Einzelgesellschafter** (§ 116 I, III 1, spruch erklär

alle Geschäfte, die sich bringt.

- Die Einzelgeschäfte anderen geschäfts

➤ Um den Widerspruch Gesellschafter die

**BGB** vor der Vornahme des beabsichtigten Geschäfts darüber **informieren**.

- Widerspricht ein anderer geschäftsführungsbefugter Gesellschafter, muss das Geschäft nach **§ 116 III 3 HGB** unterbleiben.

➤ Die **Entziehung** der Geschäftsführungsbefugnis nach **§ 116 V HGB** entspricht § 715 V BGB mit dem Unterschied, dass sie nicht nur einen Beschluss der anderen Gesellschafter, sondern eine **gerichtliche Entscheidung** voraussetzt (§ 116 V 1 HGB).

➤ Die **Kündigung** der Geschäftsführungsbefugnis ist nach **§ 116 VI HGB** hingegen inhaltsgleich mit § 715 VI BGB.

führung  
tätig ist

HGB auf  
oHG mit

der

befugte

§ 717 II 1

## II. Innenverhältnis

### 1. Gesetzliche Regelung

#### b) Erfordernis eines Beschlusses

Ein Beschluss ist – außer bei Grundlagengeschäften (s. Einheit 4) – nur bei **zwei Arten von Geschäften** erforderlich:

- (1) Für ein Geschäft, das **über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der oHG hinausgeht**, ist nach **§ 116 II 1 Hs. 2 HGB** ein Beschluss **aller** Gesellschafter erforderlich.
- (2) Die **Bestellung eines Prokuristen** (§ 48 I HGB) bedarf nach **§ 116 II 2 HGB** der Zustimmung **aller geschäftsführungsbefugten** Gesellschafter, es sei denn, dass mit dem Aufschub eine Gefahr für die Gesellschaft oder das Gesellschaftsvermögen verbunden ist.
  - Der **Widerruf der Prokura** kann nach **§ 116 II 3 HGB** hingegen von jedem der zur Erteilung oder zur Mitwirkung bei der Erteilung befugten Gesellschafter **alleine** erfolgen.

## II. Innenverhältnis

### 2. Abweichende Vereinbarungen

- Ausweislich **§ 108 HGB** kann der Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung abweichend von § 116 I, II, III 1 HGB regeln.
- Der **Gesellschaftsvertrag** kann insbesondere vorsehen, dass die Geschäftsführung
  - nur einem Gesellschafter zusteht,
    - **Nachteil:** Es besteht kein Widerspruchsrecht der anderen Gesellschafter.
  - mehreren Gesellschaftern in der Art zusteht, dass jeder von ihnen allein zu handeln berechtigt ist (§ 116 III 2 HGB, sog. **Einzelgeschäftsführung mehrerer**),
  - allen oder mehreren Gesellschaftern nur gemeinsam zusteht (sog. **echte Gesamtgeschäftsführung**) mit der Folge, dass jedes Geschäft der Zustimmung aller geschäftsführungsbefugten Gesellschafter bedarf, es sei denn, dass mit dem Aufschub Gefahr für die oHG oder das Gesellschaftsvermögen verbunden ist (**§ 116 IV HGB**).

## II. Innenverhältnis

### 2. Abweichende Vereinbarungen

- Ausweislich **§ 108 HGB** kann der Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung abweichend von § 116 I, II, III 1 HGB regeln.
  - Der **Gesellschaftsvertrag** kann insbesondere vorsehen, dass die Geschäftsführung
    - nur einem Gesellschafter übertragen wird
    - mehreren Gesellschaftern übertragen wird, die **alle** oder **einige** der **Geschäftsführungsbefugnisse** innehaben
    - mehreren **Personen** (die nicht alle oder einige der **Geschäftsführungsbefugnisse** innehaben) übertragen wird
- Neben den Gesellschaftern können auch **gesellschaftsfremde Dritte** in die Geschäftsführung eingebunden werden. Eine **Grenze** ergibt sich aus dem **Prinzip der Selbstorganschaft**, d. h. wegen der persönlichen Haftung der Gesellschafter (§ 126 Satz 1 HGB) muss die Gesellschaft unabhängig von der Mitwirkung gesellschaftsfremder Dritter handlungsfähig sein.
- Gefahr für die oHG oder das Gesellschaftsvermögen verbunden ist (§ 116 IV HGB).

## II. Innenverhältnis

### 3. Beschlussfassung

- Sofern eine Maßnahme einen Beschluss der Gesellschafter voraussetzt – sei es ein Grundlagengeschäft, sei es eine Maßnahme der Geschäftsführung – gilt für die Beschlussfassung **§ 109 HGB**, soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt (§ 108 HGB).
- Nach **§ 109 I HGB** werden Beschlüsse in **Versammlungen** gefasst (sog. Versammlungsgrundsatz).
- Das **Recht zur Einberufung** der Versammlung steht nach **§ 109 II 1 HGB** jedem geschäftsführungsbefugten Gesellschafter zu.
- Die Einberufung erfolgt nach **§ 109 II 2 HGB** durch **formlose Einladung** (z. B. E-Mail) der anderen Gesellschafter unter **Ankündigung des Zwecks** der Versammlung in **angemessener Frist**.
- Grds. ist die Gesellschafterversammlung unabhängig von der Anzahl der Anwesenden **beschlussfähig**. Hat nach dem Gesellschaftsvertrag jedoch die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden (sog. **Mehrheitsklausel**, s. Einheit 4), ist die Versammlung – bezogen auf den jeweiligen TOP – nach **§ 109 IV HGB** nur beschlussfähig, wenn die anwesenden Gesellschafter oder ihre Vertreter ohne Rücksicht auf ihre Stimmberechtigung die für die Beschlussfassung erforderlichen Stimmen haben.

## II. Innenverhältnis

### 4. Beschlussmängelrecht

#### a) Überblick

- Verletzt ein Beschluss der Gesellschafter eine Rechtsvorschrift, sei es durch das **Verfahren der Beschlussfassung**, sei es durch den **Beschlussinhalt**, ist der Beschluss grds. nicht *ipso iure* nichtig, sondern nach § 110 I HGB nur **anfechtbar**.
- **Nichtig** ist ein solcher Beschluss nach **§ 110 II 1 Nr. 2 HGB** erst, wenn er nach einer **Anfechtungsklage** durch Urteil **rechtskräftig** für nichtig erklärt worden ist. Diese Rechtsfolge lässt erkennen, dass die Anfechtungsklage eine **Gestaltungsklage** ist.
- Von dem Grundsatz, dass fehlerhafte Beschlüsse wirksam und nur anfechtbar sind (§ 110 I HGB), enthält **§ 110 II 1 Nr. 1 HGB** eine Ausnahme, nämlich für Beschlüsse, die durch ihren Inhalt Rechtsvorschriften verletzen, auf deren Einhaltung die Gesellschafter nicht verzichten können. Solche Beschlüsse sind *ipso iure* nach § 110 II 1 Nr. 1 HGB nichtig.
- Die Nichtigkeit kann sowohl im Wege der besonderen Klage auf **Feststellung** der Nichtigkeit (sog. **Nichtigkeitsklage** nach § 114 HGB) als auch nach **§ 110 II 2 HGB** inzident im Rahmen jeder **anderen Klage** geltend gemacht werden.

## II. Innenverhältnis

### 4. Beschlussmängelrecht

#### b) Anfechtungsklage

##### (1) Zulässigkeit

##### (a) Zuständigkeit

Für die Anfechtungsklage ist nach **§ 113 I HGB ausschließlich** das **LG** zuständig, in dessen Bezirk die oHG ihren **Sitz** (§ 106 II Nr. 1 lit. b HGB) hat.

##### (b) Rechtsschutzbedürfnis

- Grds. haben alle Gesellschafter, die selbst oder deren Rechtsvorgänger der oHG im Zeitpunkt der Beschlussfassung angehört haben, ein Rechtsschutzbedürfnis.
- Bei **Gesellschaftern**, die nach der Beschlussfassung aus der oHG **ausgeschieden** sind – sei es durch Austritt, sei es durch Kündigung oder Übertragung des Gesellschaftsanteils –, besteht das Rechtsschutzbedürfnis nach **§ 111 II HGB** nur ausnahmsweise unberührt, wenn sie ein **berechtigtes Interesse** an der (Fort-)Führung des Rechtsstreits haben (z. B. bei Streitigkeit über die Abfindung).

## II. Innenverhältnis

### 4. Beschlussmängelrecht

#### b) Anfechtungsklage

##### (2) Begründetheit

##### (a) Anfechtungsbefugnis

- Anfechtungsbefugt ist nach **§ 111 I HGB** jeder Gesellschafter, der oder dessen Rechtsvorgänger im Zeitpunkt der Beschlussfassung der oHG angehört hat.

##### (b) Anfechtungsfrist

- Für die Anfechtungsklage gilt nach **§ 112 I 1 HGB** eine **Anfechtungsfrist** von **drei Monaten**, die gemäß § 112 II HGB am Tag nach der Bekanntgabe des Beschlusses gegenüber dem anfechtungsbefugten Gesellschafter beginnt.
- Die Wahrung der Frist setzt die **Erhebung der Anfechtungsklage** voraus, also nach § 253 I ZPO die Zustellung der Klageschrift an einen Vertreter der oHG (§ 113 II HGB).
- Wird die Frist – trotz einer evtl. Hemmung nach § 112 III HGB – **versäumt**, entfällt die Anfechtungsbefugnis.

## II. Innenverhältnis

### 4. Beschlussmängelrecht

#### b) Anfechtungsklage

##### (2) Begründetheit

##### (c) Verletzung einer Rechtsvorschrift

- Verletzt das **Verfahren der Beschlussfassung** eine Rechtsvorschrift, d. h. ein Gesetz (insbesondere § 109 HGB) oder den Gesellschaftsvertrag?
- Verletzt der **Beschlussinhalt** eine Rechtsvorschrift, z. B. den (ungeschriebenen) Gleichbehandlungsgrundsatz?

##### (3) Rechtsfolgen

- Stellt das Gericht die Verletzung einer Rechtsvorschrift fest, erklärt es den Beschluss durch Urteil für nichtig (sog. **Gestaltungsurteil**).
- Die Nichtigkeit tritt nach **§ 110 II 1 Nr. 2 HGB** erst mit der **Rechtskraft des Urteils** (§ 705 ZPO) ein.
- Obwohl die Klage gegen die oHG zu richten ist (§ 113 II 1 HGB), also nur diese Partei des Rechtsstreits wird, wirkt das Urteil nach **§ 113 VI HGB** für und gegen alle Gesellschafter (*erga omnes*).

## II. Innenverhältnis

### 4. Beschlussmängel

#### b) Anfechtungsklage

##### (2) Begründetheit

##### (c) Verletzung einer Rechtsvorschrift

- Verletzt das **Verfahren der Beschlussfassung** eine Rechtsvorschrift, d. h. ein Gesetz (insbesondere § 109 HGB) oder den Gesellschaftsvertrag?
- Verletzt der **Beschlussinhalt** eine Rechtsvorschrift, z. B. den (ungeschriebenen) Gleichbehandlungsgrundsatz?

##### (3) Rechtsfolgen

- Stellt das Gericht die Verletzung einer Rechtsvorschrift fest, erklärt es den Beschluss durch Urteil für nichtig (sog. **Gestaltungsurteil**).
- Die Nichtigkeit tritt nach **§ 110 II 1 Nr. 2 HGB** erst mit der **Rechtskraft des Urteils** (§ 705 ZPO) ein.
- Obwohl die Klage gegen die oHG zu richten ist (§ 113 II 1 HGB), also nur diese Partei des Rechtsstreits wird, wirkt das Urteil nach **§ 113 VI HGB** für und gegen alle Gesellschafter (*erga omnes*).

Wird § 109 III HGB mittels einer Mehrheitsklausel abbedungen, sind an dieser Stelle die **Wirksamkeit der Mehrheitsklausel** und die **Beschlussfähigkeit** der Gesellschafterversammlung (§ 109 IV HGB) prüfen.

## III. Außenverhältnis

### 1. Rechtsfähigkeit

- Um ihren Zweck, ein Handelsgewerbe i.S.d. § 1 II HGB zu betreiben (§ 105 I HGB), erfüllen zu können, hat der Gesetzgeber der oHG in **§ 105 II HGB** die Rechtsfähigkeit verliehen.
- Da die Gesellschafter verpflichtet sind, die oHG zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 106 I HGB), besteht – im Unterschied zu der rechtsfähigen GbR – kein Anlass, die Grundbuch- und Gesellschaftsfähigkeit (§ 47 II GBO, § 707a I 2 BGB) von der Registereintragung abhängig zu machen.
- Daher umfasst die Rechtsfähigkeit der oHG nach § 105 II HGB auch Rechte an einem Grundstück und die Mitgliedschaft in einer anderen Gesellschaft, und zwar auch dann, wenn die Eintragung der oHG in das Handelsregister rechtswidrig unterbleibt.

## III. Außenverhältnis

### 2. Gemeinschaftliche Firma

- Als **eigenständiges Rechtssubjekt** hat die oHG – unabhängig davon, ob ihre Gesellschafter Verbraucher, Unternehmer oder Kaufleute sind – nach § 105 I HGB eine **gemeinschaftliche Firma** zu führen.
- Insoweit gelten für die oHG als Handelsgesellschaft gemäß **§ 6 I HGB** die „in betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften“, insbesondere die **§§ 17 ff. HGB**, wonach die Gesellschaft u. a. einen Rechtsformzusatz (i.d.R. „oHG“) tragen muss (§ 19 I Nr. 2 HGB).
- Die Vereinbarung und Verwendung einer nach den §§ 17 ff. HGB **unzulässigen Firma**, steht der Existenz der oHG nicht entgegen. Möglich ist aber u. a. eine registergerichtliche Beanstandung nach § 37 I HGB.

## III. Außenverhältnis

### 3. Registerpublizität

#### a) Anmeldungspflicht und deklaratorische Eintragung

- Betreibt die Gesellschaft entsprechend ihrem Zweck ein Handelsgewerbe i.S.d. § 1 II HGB, sind sämtliche Gesellschafter nach **§ 106 I, VII 1 HGB** verpflichtet, die oHG zur (deklaratorischen) Eintragung in das Handelsregister anzumelden.
- Die Anmeldung muss nach **§ 106 II HGB** folgende Angaben enthalten:
  - (1) gesellschaftsbezogene Angaben (Nr. 1), nämlich die gemeinschaftliche **Firma** der oHG (lit. a), ihren **Sitz** (Nr. 1 lit. b) und die **Geschäftsanschrift** in der EU (Nr. 1 lit. c),
    - Diese Angaben sind im Interesse der Gläubiger erforderlich, um einen Anspruch gegen die oHG gerichtlich durchsetzen zu können, §§ 17 I, 253 II Nr. 1 ZPO.
  - (2) gesellschafterbezogene Angaben (Nr. 2), nämlich die **Bezeichnung der Gesellschafter**, einschließlich ihres Wohnorts bzw. Sitz (Nr. 2),
    - Auch diese Angaben sind im Interesse der Gläubiger erforderlich, um eine Klage gegen die oHG an einen Vertreter zustellen zu können (§ 170 I 1, III ZPO) oder Klage gegen die unmittelbar persönlich haftenden Gesellschafter erheben zu können (§§ 13, 17 I 1, 253 II Nr. 1 ZPO, s. o.).
  - (3) die **Vertretungsbefugnis** der Gesellschafter (Nr. 3) und
    - Diese Angaben sind die Grundlage für eine ggf. erforderliche Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins (§ 15 I HGB) und dienen als solche dem Verkehrsschutz.
  - (4) die **Versicherung**, dass die Gesellschaft nicht bereits im **Gesellschafts- oder Partnerschaftsregister** eingetragen ist (Nr. 4).
    - Andernfalls bedarf es eines Statuswechsels nach § 106 III-V HGB.

## III. Außenverhältnis

### 3. Registerpublizität

#### b) Konstitutive Eintragung

- Betreibt die Gesellschaft **kein Handelsgewerbe i.S.d. § 1 II HGB**, sondern
  - (1) lediglich ein Kleingewerbe,
  - (2) verwaltet sie nur eigenes Vermögen oder
  - (3) ist ihr Zweck die gemeinsame Ausübung Freier Berufe (§ 1 II PartGG) durch ihre Gesellschafter,ist sie **keine oHG kraft Gesetzes** mit der Folge, dass die Anmeldungspflicht nach § 106 I HGB nicht besteht.
- Die Gesellschaft ist nach **§ 107 I 1 oder 2 HGB** vielmehr nur dann eine oHG, wenn sie unter der gemeinschaftlichen Firma in das Handelsregister eingetragen ist.
- Die Gesellschafter sind nach **§ 107 II 1 HGB** i.V.m. § 106 II, VII 1 HGB zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet die Eintragung herbeizuführen („Wahlrecht“).
- Entscheiden sie sich für die Anmeldung, wirkt die Eintragung der oHG insoweit **konstitutiv**, als die Gesellschaft diese Rechtsform nur aufgrund der Eintragung erlangt.

## III. Außenverhältnis

### 4. Wirksamkeit der oHG im Verhältnis zu Dritten

#### a) Überblick

- Die Verwirklichung des gemeinsamen Zwecks, nämlich der Betrieb eines Handelsgewerbes i.S.d. § 1 II HGB, setzt eine Teilnahme am allgemeinen Markt voraus, insbesondere in Form der Stellvertretung.
- Die Anwendung der Vorschriften über das „Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten“ (§§ 123-129 HGB) steht unter der ungeschriebenen Bedingung der Wirksamkeit der oHG im Verhältnis zu Dritten.
- Diese tritt zu dem Zeitpunkt ein, in welchem die oHG mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt (**§ 123 I 2 HGB**) oder – spätestens – in das **Handelsregister eingetragen** wird (**§ 123 I 1 HGB**).

## III. Außenverhältnis

### 4. Wirksamkeit der oHG im Verhältnis zu Dritten

#### b) Durch konsentirierte Teilnahme am Rechtsverkehr

- Der früheste Zeitpunkt, in dem die oHG im Verhältnis zu Dritten wirksam wird, ist nach **§ 123 I 2 HGB** die Teilnahme am Rechtsverkehr.
- Der Vorschrift sind **drei Voraussetzungen** zu entnehmen:
  - (1) Für die **Teilnahme am Rechtsverkehr** genügt die erste Handlung, durch welche die Gesellschaft als solche im Rechtsverkehr in Erscheinung tritt, insbesondere ein Vertragsschluss im Namen der Gesellschaft.
  - (2) Der Teilnahme am Rechtsverkehr muss die **Zustimmung sämtlicher Gesellschafter** vorausgehen.
    - Diese Voraussetzung beruht darauf, dass sämtliche Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nach den §§ 126 ff. HGB haften.
    - Haben nicht sämtliche Gesellschafter ihre Zustimmung erklärt, findet § 124 I HGB keine Anwendung mit der Folge, dass (nur) der im Namen der Gesellschaft handelnde Gesellschafter als *falsus procurator* nach **§ 179 BGB** haftet.
  - (3) Der Bezugnahme auf **§ 107 I HGB** ist der **Umkehrschluss** zu entnehmen, dass die Teilnahme am Rechtsverkehr für die Wirksamkeit der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten nur genügt, wenn der Gewerbebetrieb ein **Handelsgewerbe i.S.d. § 1 II HGB** ist.
    - Betreibt die Gesellschaft kein Handelsgewerbe, sondern ein Kleingewerbe, verwaltet sie nur eigenes Vermögen oder besteht ihr Zweck in der Ausübung freier Berufe, wird die Gesellschaft nach § 107 II 1 HGB nur durch Eintragung zur oHG mit der Folge, dass sie auch erst mit der Eintragung im Verhältnis zu Dritten entsteht (§ 123 I 1 HGB).

## III. Außenverhältnis

### 4. Wirksamkeit der oHG im Verhältnis zu Dritten

#### c) Durch Eintragung in das Handelsregister

- Eine Gesellschaft, die nicht bereits nach § 123 I 2 HGB im Verhältnis zu Dritten wirksam geworden ist, wird nach **§ 123 I 1 HGB spätestens** mit ihrer Eintragung in das Handelsregister wirksam.
- Die **bloße Anmeldung** der Gesellschaft zur Eintragung (§ 106 I HGB) genügt **nicht**.
- **Bedeutung** hat diese Vorschrift, wenn
  - (1) die Gesellschaft **noch nicht** oder **nicht mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter am Rechtsverkehr teilgenommen** hat (*e contrario* § 123 I 2 HGB) oder
  - (2) die Gesellschaft **kein Handelsgewerbe i.S.d. § 1 II HGB**, sondern ein Kleingewerbe betreibt, nur eigenes Vermögen verwaltet oder ihr Zweck in der Ausübung Freier Berufe besteht.
    - In diesem Fall wirkt die Eintragung ausnahmsweise **konstitutiv**, da die Gesellschaft erst durch die Eintragung zur oHG wird.

## III. Außenverhältnis

### 5. Stellvertretung

#### a) Gesetzliche Regelung

- Zur Vertretung der oHG ist nach **§ 124 I HGB** jeder Gesellschafter befugt, und zwar – im Umkehrschluss zu § 124 II 1 HGB – alleine (sog. **Einzelvertretungsbefugnis**). Dies gilt nach **§ 124 VI HGB** auch für die **Passivvertretung** der oHG.
- Diese Vertretungsbefugnis umfasst nach **§ 124 IV 1 HGB alle Geschäfte** der oHG, und zwar – im Unterschied zu der Prokura (§ 49 II HGB) – einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken sowie der Erteilung und des Widerrufs der Prokura.
- Die Vertretungsbefugnis kann einem Gesellschafter nach **§ 124 V HGB i.V.m. § 116 V HGB** ganz oder teilweise **entzogen** werden, wenn (1) die anderen Gesellschafter die beantragen, (2) ein wichtiger Grund vorliegt und (3) ein Gericht die Entziehung ausspricht.

## III. Außenverhältnis

### 5. Stellvertretung

#### b) Abweichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag

Im Gesellschaftsvertrag kann sowohl die Art der Vertretungsbefugnis als auch deren Umfang abweichend geregelt werden.

#### (1) Art der Vertretungsbefugnis

- Ausweislich **§ 124 II 1 HGB** kann die Einzelvertretungsbefugnis durch eine **echte Gesamtvertretungsbefugnis** aller oder mehrerer Gesellschafter ersetzt werden.
- Alternativ kann nach **§ 124 III 1 HGB** eine sog. **unechte Gesamtvertretungsbefugnis** angeordnet werden, bei welcher der vertretungsbefugten Gesellschafter nur gemeinsam mit einem Prokuristen zur Vertretung der oHG berechtigt sind.
  - Die Möglichkeit der unechten Gesamtvertretung (§ 125 III 1 HGB) wird durch das **Prinzip der Selbstorganschaft** dahingehend beschränkt, dass diese Art der Vertretung nicht die einzig mögliche Vertretung der oHG sein darf.
- In beiden Gestaltungen können die zur Gesamtvertretung befugten Personen einzelne von ihnen nach **§ 124 II 2 ggf. i.V.m. III 2 HGB** zur **Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen**.

## III. Außenverhältnis

### 5. Stellvertretung

#### b) Abweichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag

Im Gesellschaftsvertrag kann sowohl die Art der Vertretungsbefugnis als auch deren Umfang abweichend geregelt werden.

#### (2) Umfang der Vertretungsbefugnis

- Gesellschaftsvertragliche Beschränkung des Umfangs der Vertretungsbefugnis sind **Dritten gegenüber** nach **§ 124 IV 2, 3 HGB unwirksam**. Sie sollen sich darauf verlassen, dass die Gesellschafter für alle Geschäfte vertretungsbefugt sind (§ 124 IV 1 HGB).
- Im **Innenverhältnis** der Gesellschafter ist die vertragliche Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht hingegen **wirksam**. Sie berührt daher nicht das rechtliche „Können“, also die Vertretungsbefugnis, sondern lediglich das rechtliche „Dürfen“, und begründet die Pflicht, die Beschränkung nicht zu überschreiten, mit der Folge, dass im Fall einer Überschreitung ein sog. **Missbrauch der Vertretungsmacht** vorliegt.

## III. Außenverhältnis

### 5. Stellvertretung

#### c) Rechtsschein

- Die Vertretungsbefugnis jedes Gesellschafters ist nach **§ 106 II Nr. 3 HGB** in die Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister aufzunehmen. Nach **§ 106 VI Fall 6 HGB** haben die Gesellschafter (§ 106 VII 1 HGB) auch **jede Änderung der Vertretungsbefugnis** zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.
- Die Vertretungsbefugnis als solche sowie jede Änderung derselben sind also Tatsachen, die in den Angelegenheiten der oHG einzutragen sind (sog. **eintragungspflichtige Tatsachen**).
- Dies hat nach **§ 15 I HGB** zur Folge, dass die oHG eine unrichtige Eintragung der Vertretungsbefugnis gegen sich gelten lassen muss, es sei denn, dass sie dem Dritten bekannt war.
- Bedeutung erlangt diese **Vertretungsbefugnis kraft Rechtsscheins**, wenn das Vertreterhandeln nicht durch die tatsächlich bestehende Vertretungsbefugnis gedeckt ist.

## III. Außenverhältnis

### 6. Haftung der Gesellschafter

- Die Gesellschafter einer oHG haften für deren Verbindlichkeiten nach Maßgabe der **§§ 126-129 HGB und § 137 HGB** persönlich als Gesamtschuldner.
- Die Regelungen sind **inhaltsgleich** mit den Vorschriften über die persönliche Haftung der Gesellschafter einer rechtsfähigen GbR, **§§ 721-721b BGB und § 728b BGB**.
- **Motiv** hierfür ist die Tatsache, dass die rechtsfähige GbR allein durch die Ausweitung ihres Gewerbebetriebs, nämlich die Überschreitung der Grenze zu einem Handelsgewerbe i.S.d. § 1 II HGB, zu einer oHG werden kann.

## IV. Veränderung im Kreis der Gesellschafter

### 1. Übertragung des Gesellschaftsanteils

- Jeder Gesellschafter einer oHG kann gemäß **§ 413 i.V.m. § 398 Satz 1 BGB** über seinen Gesellschaftsanteil an der oHG verfügen.
- Die Wirksamkeit der Abtragung (sog. Sonderrechtsnachfolge) setzt nach **§ 105 III HGB i.V.m. § 711 I 1 BGB** jedoch die Zustimmung der anderen Gesellschafter voraus (s. Einheit 8).
- Die **Sonderrechtsnachfolge** erfolgt i.d.R. aufgrund eines Rechtskaufvertrags. Als Verkäufer erhält der bisherige Gesellschafter den von ihm ausgehandelten **Kaufpreis** (§§ 453 I Alt. 2, 433 II BGB) von dem Käufer als nachfolgenden Gesellschafter. Dadurch wird ein Abfluss aus dem Gesellschaftsvermögen vermieden.
- Die Sonderrechtsnachfolge ist durch sämtliche Gesellschafter (§ 106 VII 1 HGB) nach **§ 106 VI Fall 4, 5 HGB** zur **Eintragung in das Handelsregister** anzumelden.

## IV. Veränderung im Kreis der Gesellschafter

### 2. Ausscheiden eines Gesellschafters

#### a) Überblick

- Die in **§ 130 I HGB** genannten Gründe (dazu sogleich) führen – sofern der Gesellschaftsvertrag nicht die Auflösung der oHG vorsieht – nur zum Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters.
- Der Katalog ist nicht abschließend; nach **§ 130 II HGB** können im Gesellschaftsvertrag weitere Gründe festgelegt werden.
- Nach **§ 130 III HGB** scheidet der betroffene Gesellschafter grds. zu dem **Zeitpunkt** aus, in dem der Ausscheidensgrund eintritt.
- Das Ausscheiden des Gesellschafters ist nach **§ 106 VI Fall 4 HGB** grds. von sämtlichen Gesellschaftern (§ 106 VII 1, 2 HGB) zur **Eintragung in das Handelsregister** anzumelden. Die Eintragung ist in Anbetracht der Tatsache, dass die Anmeldepflicht durch das Ausscheiden begründet wird, keine (konstitutive) Voraussetzung für das Ausscheiden, sondern wirkt lediglich **deklaratorisch**.

## IV. Veränderung im Kreis der Gesellschafter

### 2. Ausscheiden eines Gesellschafters

#### b) Einzelne Ausscheidensgründe nach § 130 I HGB

##### (1) Tod eines Gesellschafters, Nr. 1

- Mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters wächst dessen Gesellschaftsanteil nach **§ 105 III HGB i.V.m. § 712 I BGB** grds. den übrigen Gesellschaftern an (s. Einheit 8).
- Soll der Gesellschaftsanteil auf den Erben übergehen, bedarf es nach **§ 105 III HGB i.V.m. § 711 II 1 BGB** einer sog. **erbrechtlichen Nachfolgeklausel** (s. Einheit 8).
- Geht der Gesellschaftsanteil auf den Erben oder entsprechend der Erbquoten aufgeteilt auf mehrere Erben über, kann jeder von ihnen innerhalb der Frist von § 131 III BGB nach **§ 131 I HGB** gegenüber den anderen Gesellschaftern verlangen, dass ihm die **Stellung eines Kommanditisten** (s. Einheit 11, 12) eingeräumt wird.
- Nehmen die anderen Gesellschafter diesen Antrag nicht an, kann der Erbe seine Mitgliedschaft in der oHG nach **§ 131 II HGB kündigen**. Zwar unterliegt der ausgeschiedene Gesellschafter nach **§ 137 HGB** einer **Nachhaftung für die Altverbindlichkeiten**. Dieser Nachteil wird aber dadurch gemildert, dass der Gesellschafter nach **§ 135 I 1 HGB** die **Freistellung von seiner Haftung** und eine **angemessene Abfindung** verlangen kann.

## IV. Veränderung im Kreis der Gesellschafter

### 2. Ausscheiden eines Gesellschafters

#### b) Einzelne Ausscheidensgründe nach § 130 I HGB

##### (2) Kündigung der Mitgliedschaft durch einen Gesellschafter, Nr. 2

- Inhaltsgleich mit der Regelung bei der GbR in den §§ 723 I Nr. 2, 725 BGB (s. Einheit 8).

##### (3) Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das (Privat-)Vermögen eines Gesellschafters, Nr. 3

- Inhaltsgleich mit der Regelung bei der GbR in den §§ 723 I Nr. 3, 726 BGB.

##### (4) Kündigung der Mitgliedschaft durch einen Privatgläubiger eines Gesellschafters, Nr. 4

- Inhaltsgleich mit der Regelung bei der GbR in § 723 I Nr. 4 BGB.

## IV. Veränderung im Kreis der Gesellschafter

### 2. Ausscheiden eines Gesellschafters

#### b) Einzelne Ausscheidensgründe nach § 130 I HGB

##### (5) Gerichtliche Entscheidung über Ausschließungsklage, Nr. 5

- Aus einer **rechtsfähigen GbR** kann ein Gesellschafter, in dessen Person ein wichtiger Grund eintritt, nach § 727 Satz 1 BGB durch **Beschluss der anderen Gesellschafter** aus der GbR ausgeschlossen werden.
- Der betroffene Gesellschafter nach **§ 723 I Nr. 5 BGB** scheidet nach § 723 III BGB mit der Mitteilung des Beschlusses aus der GbR aus.
- Der Ausschluss aus der **oHG** erfordert – neben dem wichtigen Grund – mehr als einen Beschluss der anderen Gesellschafter. Sie müssen nach **§ 134 Satz 1 HGB** eine gerichtliche Entscheidung beantragen, welche – aufgrund der Feststellung eines wichtigen Grundes – die Ausschließung aussprechen soll. Diese sog. **Ausschließungsklage** ist eine Gestaltungsklage.
- Ist der Antrag zulässig und begründet, scheidet der betroffene Gesellschafter nicht bereits mit der Verkündung der gerichtlichen Entscheidung, sondern nach § 130 I Nr. 5, III HGB erst mit dem Eintritt der Rechtskraft (§ 705 Satz 1 ZPO) aus der oHG aus.

## IV. Veränderung im Kreis der Gesellschafter

### 3. Eintritt eines Gesellschafters

- Der Eintritt eines neuen Gesellschafters in eine bestehende oHG (sog. Beitritt) setzt zwei vertragliche Akte voraus, nämlich (1) die **Änderung des Gesellschaftsvertrags**, die grds. der Zustimmung aller bisherigen Gesellschafter bedarf, und (2) einen **Beitritts- bzw. Aufnahmevertrag** zwischen dem Eintretenden und sämtlichen bisherigen Gesellschaftern (s. Einheit 8).
- Der Eintritt begründet nach § 105 III HGB i.V.m. § 712 II BGB eine **Abwachsung** bei den anderen Gesellschaftern (s. Einheit 8).
- Der eingetretene Gesellschafter haftet nach § 127 Satz 1 HGB i.V.m. §§ 126, 128 HGB gleich den anderen Gesellschaftern für die **Altverbindlichkeiten der oHG**.
- Der Eintritt ist von sämtlichen Gesellschaftern (§ 106 VII 1 HGB) nach § 106 VI Fall 5 HGB zur **Eintragung in das Handelsregister** anzumelden.
- Ist der **Eintritt fehlerhaft**, wird er aber gleichwohl in das Handelsregister eingetragen, haftet der fehlerhaft eingetretene aufgrund der **positiven Publizität** des Handelsregisters (§ 15 II 1 HGB) als sog. **Scheingesellschafter** wie ein wirksam eingetretener Gesellschafter.

## V. Auflösung und Liquidation der oHG

### 1. Auflösung

#### a) Auflösungsgründe

- **Jede oHG** wird – unabhängig von ihren Mitgliedern – mit dem Eintritt eines Auflösungsgrundes nach **§ 138 I HGB** aufgelöst.
- Diese unterscheiden sich von § 729 I BGB nur insoweit, als an die Stelle der Kündigung der GbR (§ 729 I Nr. 3 BGB i.V.m. § 731 BGB) die gerichtliche Entscheidung über den Antrag auf Auflösung der oHG (§ 138 I Nr. 3 HGB i.V.m. § 139 HGB) tritt.
- Für die (seltene) **GmbH & Co. oHG** enthält § 138 II HGB zwei zusätzliche Auflösungsgründe.
- Im Gesellschaftsvertrag können nach **§ 138 III HGB** weitere Auflösungsgründe vereinbart werden. Dies gilt insbesondere für solche Gründe, für die § 130 I HGB grds. nur das Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters anordnet.

#### b) Publizität

Die Auflösung der oHG ist grds. nach **§ 141 I 1 HGB** von sämtlichen Gesellschaftern (Ausnahme für die Erben in § 141 II HGB) zur (deklaratorischen) Eintragung in das Handelsregister anzumelden, es sei denn, dass sie nach § 141 I 2 HGB von Amts wegen einzutragen ist.

## V. Auflösung und Liquidation der oHG

### 2. Liquidation und Vollbeendigung

- Nach der Auflösung findet gemäß **§ 143 I 1, III HGB** grds. die Liquidation nach Maßgabe der **§§ 144-152 HGB** statt, es sei denn, dass über das Vermögen der oHG das Insolvenzverfahren eröffnet ist.
- Zur Liquidation sind nach § 144 I HGB alle **Gesellschafter** berufen.
- Nach § 146 I 2 HGB sind die Liquidatoren nur **gemeinsam** zur **Geschäftsführung** und **Vertretung** der oHG befugt.
- Nach **§ 147 I 1 HGB** sind die Liquidatoren mit ihrer Vertretungsbefugnis von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister **anzumelden**.
- Bei Vorliegen eines **wichtigen Grundes** kann ein Liquidator nach **§ 145 I 1 HGB** auf Antrag eines Beteiligten (§ 145 II HGB) durch das zuständige Gericht **abberufen** werden. Nach **§ 147 I 2 HGB** haben sämtliche Gesellschafter jede Änderung in der Person eines Liquidators oder seiner Vertretungsbefugnis zur Eintragung in das Handelsregister **anzumelden**.
- Mit der **Beendigung der Liquidation**, z. B. durch Verteilung des Überschusses unter den Gesellschaftern (§ 148 VIII HGB), tritt die sog. **Vollbeendigung** ein, d. h. die oHG hört auf zu existieren. Diese Tatsache ist nach **§ 150 HGB** von sämtlichen Liquidatoren zur (deklaratorischen) Eintragung in das Handelsregister **anzumelden**.

## Lesehinweise zur Vertiefung:

BGHZ 59, 64 ff.

BGHZ 80, 346 ff.

BGH, NJW 1995, 596

BGH, NJW 1996, 658

*Koch*, Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 2023, §§ 13-19

*Windbichler/Bachmann*, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2024, §§ 13-17

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

C | A | U

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



**Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)**

LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, DEUTSCHES UND  
EUROPÄISCHES GESELLSCHAFTS- UND WIRTSCHAFTSRECHT  
INSTITUT FÜR WIRTSCHAFTS- UND STEUERRECHT

**MAIL:** [SEKFEST@LAW.UNI-KIEL.DE](mailto:SEKFEST@LAW.UNI-KIEL.DE)

AKTUELLE HINWEISE FINDEN SIE UNTER:

**Homepage:** <https://www.fest.jura.uni-kiel.de>

**Facebook:** <http://fb.me/LehrstuhlFest>

**Twitter:** [@FestTimo](https://twitter.com/FestTimo)