

Fall 8: Die übernommene Getränkehandlung

Lösung:

Urheberrechtlicher Hinweis *Dr. Leisch*: Die Lösung übernimmt teilweise die Lösung zu Fall 3 von *Timm/Schöne*, Fälle zum Handels- und Gesellschaftsrecht, München, 5. Aufl. 2003, S. 18 ff. (JuS Schriftenreihe, Verlag C.H. Beck, € 17,80). Sie wurde von mir überarbeitet und im Hinblick auf den erweiterten Sachverhalt ergänzt.

A. Haftung des P für die Kaufpreisforderung von O

O könnte gem. § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 173 Abs. 1, 171 Abs. 1, 25 Abs. 1 S. 1 HGB einen Anspruch gegen P auf Zahlung von 75.000 € haben. Voraussetzung hierfür ist, dass die KG für die Altverbindlichkeit des D gemäß § 25 HGB haftet und die akzessorische Kommanditistenhaftung gemäß §§ 173, 171 HGB eingreift.

1. Verbindlichkeit der Gesellschaft

Voraussetzung für die Haftung des P gem. §§ 173 Abs. 1, 171 Abs. 1 HGB ist zunächst, dass die Kaufpreisforderung des O bereits vor seinem Gesellschaftsbeitritt gegenüber der „Willi Durstig Getränkehandlung, Inh. Korn & Co. OHG“ bestanden hat.

a) Ursprünglicher Schuldner

Zunächst war jedoch der Einzelkaufmann D Schuldner der Kaufpreisforderung des O; O hatte die Getränke im Januar 2003 an D verkauft und ausgeliefert.

b) Rechtsgeschäftliche Schuldübernahme

aa) Eine Vereinbarung zwischen D und der OHG, dass die OHG die Verbindlichkeiten des D aus dessen Gewerbebetrieb übernimmt, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Für eine **Schuldübernahme** gem. §§ 414 ff. BGB würde es zudem bereits an der erforderlichen Genehmigung der Gläubiger des D fehlen.

bb) Aber auch die Vereinbarung eines bloßen **Schuldbeitritts** ist nicht ersichtlich. Sie kann auch nicht unterstellt werden. Ob der Käufer nur die Aktiva übernimmt oder ob er Aktiva und Passiva übernimmt und ein entsprechend niedrigerer Preis vereinbart wird, ist allein Sache der Parteien.

b) Gesetzlicher Schuldbeitritt nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB

Die Kaufpreisforderung des O kann daher nur dann eine Verbindlichkeit der „Willi Durstig Getränkehandlung, Inh. Korn & Co. OHG“ geworden sein, wenn die Gesellschaft aufgrund der Übernahme des einzelkaufmännischen Unternehmens von D für dessen Verbindlichkeiten gem. § 25 Abs. 1 S. 1 HGB einzustehen hat.

aa) Die Fähigkeit der ab dem Zeitpunkt der Unternehmensübernahme von D als OHG auftretenden Gesellschaft, selbständig **Träger von Rechten und Pflichten** zu sein, ergibt sich aus § 124 Abs. 1 HGB.

bb) Mit der Geschäftsübernahme der Getränkehandlung des D im März 2003 mittels formgültigen Vertrages durch die OHG liegt ein **Erwerb unter Lebenden** vor.

cc) Voraussetzung ist nach herrschender Meinung aber weiterhin, dass die OHG auch ein **Handelsgewerbe** i.S.d. § 1 Abs. 2 HGB erworben hat.¹ Daran können Zweifel bestehen, wenn das Unternehmen des D aufgrund des beträchtlichen Geschäftsrückgangs zum Zeitpunkt der Veräußerung keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Betrieb mehr erforderte und damit kein Handelsgewerbe mehr gewesen wäre.² Das kann jedoch dahinstehen. D war mit seinem Unternehmen unter der Firma „Willi Durstig Getränkehandlung“³ im Handelsregister **eingetragen** und somit gem. § 5 HGB zumindest Kaufmann kraft Eintragung. Im Handelsregister eingetragene Gewerbetreibende gelten unwiderlegbar als Kaufleute.⁴ Es kann somit weder von D noch von der OHG eingewandt werden, der Gewerbebetrieb des D habe eine kaufmännische Organisation nicht erfordert.⁵ Selbst bei einer zu Unrecht erfolgten Eintragung der „Willi Durstig Getränkehandlung“ im Handelsregister haftet die OHG als Erwerberin gem. § 25 HGB für deren Verbindlichkeiten.⁶

dd) Nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB setzt die Haftungsübernahme ferner die **Fortführung des Handelsgeschäfts** voraus. Die OHG hat vorliegend den Gewerbebetrieb des D nach ihrem Erwerb weitergeführt

ee) Weiterhin muss auch die **Firma** grundsätzlich **unverändert** weitergeführt werden, um die Haftung nach § 25 Abs. 1 S. 1 HGB auszulösen. Dabei muss sich allerdings nur der Kern der alten und neuen Firma gleichen. Entscheidend ist die Firmenidentität nach der Verkehrsanschauung.⁷ Dabei schadet nach dem Wortlaut des § 25

¹ Zum streitigen Erfordernis des Erwerbs eines Handelsgewerbes vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, § 25 Rn. 2; *Hüffer*, in: *GroßKomm. HGB*, § 25 Rn. 34; *Zimmer/Scheffel*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, § 25 Rn. 22ff.; *Amman*, in: *Röhrich/Graf v. Westphalen*, HGB, § 25 Rn. 2 f.; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck*, HGB, § 25 Rn. 3; *Schlegelberger/Hildebrandt*, HGB, § 25 Rn. 5; *Canaris*, *HandelsR*, § 7 Rn. 20 f.; *K. Schmidt*, *HandelsR*, § 8 II 1 a (S. 239 f.).

² Zur Anwendbarkeit des § 25 HGB vgl. *K. Schmidt*, *HandelsR*, § 8 III a (S. 239).

³ Firmen, die vor dem 1.7.1998 ins Handelsregister eingetragen wurden, dürfen bis zum 31.3.2003 weitergeführt werden (Art. 38 Abs. 1 EGHGB). Die Firma des D bedurfte somit bis zur Veräußerung an K und F im März 2003 noch nicht des Zusatzes „e.K.“ gem. § 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB.

⁴ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 5 Rn. 1; *Brüggemann*, in: *GroßKomm. HGB*, § 5 Rn. 15f.; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck*, HGB, § 5 Rn. 2. Nach *Canaris*, *HandelsR*, § 3 Rn. 52 und *MüKo/Lieb*, HGB, § 5 Rn. 3, handelt es sich um eine gesetzliche Fiktion; *Kindler*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, § 5 Rn. 27 präzisiert dies dahingehend, dass nicht die Kaufmannseigenschaft, sondern das diese konstituierende Merkmal der Handelsgewerblichkeit fingiert werde.

⁵ Vgl. zur Problematik vertiefend *Baumbach/Hopt*, HGB, § 5 Rn. 4; *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan*, HGB, § 5 Rn. 4; *Kindler*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, § 5 Rn. 27 ff.

⁶ Vgl. zu diesem Problem *BGHZ* 22, 234, 239.

⁷ Vgl. *BGH* NJW 1986, 581, 582; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 25 Rn. 7; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck*, HGB, § 25 Rn. 6; *Hüffer*, in: *GroßKomm. HGB*, § 25 Rn. 47; *Amman*, in: *Röhrich/Graf v. Westphalen*, HGB, § 25 Rn. 18 ff.; *Zimmer/Scheffel*, in: *Eben-*

HGB die Beifügung eines Nachfolgezusatzes der Firmenfortführung nicht. Der Hinweis in der Firma auf den Inhaber des Gewerbebetriebes stellt einen solchen Nachfolgezusatz dar.⁸ *K* und *F* haben somit die Firma des *D* unter Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortgeführt.

Die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB sind damit an sich erfüllt.

ff) Der Schuldbeitritt der OHG kann allerdings durch die am 2.9.2003 erklärte Anfechtung des Übernahmevertrages der Gesellschafter der OHG, *K* und *F*, **rückwirkend** wieder **entfallen** sein. Dies wäre dann der Fall, wenn das Erwerbsgeschäft wirksam angefochten wäre, § 142 BGB, und dies auch zur Unanwendbarkeit des § 25 HGB führen würde.

(1) *K* und *F* wurden von *D* **vorsätzlich** über die Bonität des Unternehmens **getäuscht**. Dass diese Täuschung **kausal** für den Erwerb war, wird widerleglich vermutet (Beweislastumkehr). Der **Anfechtungsgrund** einer arglistigen Täuschung liegt mithin vor, § 123 BGB.

(2) Die gegenüber *D* erfolgte gemeinsame **Erklärung** von *K* und *F*, die Anfechtung des Übernahmevertrages erfolge in jeder Hinsicht, ist so auszulegen, dass sowohl der schuldrechtliche als auch der dingliche Vertrag vernichtet werden soll. Die arglistige Täuschung hat nicht nur das Verpflichtungsgeschäft (den Kaufvertrag), sondern auch die Verfügungsgeschäfte (die Übertragung der Vermögenswerte) beeinflusst, so dass ein Fall der Fehleridentität vorliegt. Eigentümer der Sachgesamtheit ist daher *D*.

(3) Fraglich ist jedoch, ob hierdurch auch der **Erwerbs-tatbestand im Sinne des § 25 I HGB** rückwirkend entfällt. Das ist umstritten.

(a) Teilweise wird vertreten, dass im Falle der Nichtigkeit des Übertragungsakts wegen Sittenwidrigkeit und der Nichtigkeit wegen arglistiger Täuschung auch die Haftung nach § 25 I HGB entfalle.⁹ Im Hinblick auf den wenig überzeugenden und auch nicht klaren Telos der Norm sei eine restriktive Interpretation angebracht. Auch sei zu berücksichtigen, dass mit der Täuschungsanfechtung auch die Grundlage dafür entfalle, die zur Entscheidung des Erwerbers geführt habe, auf einen Haftungsaus-schluss gemäß § 25 II HGB zu verzichten.

(b) Dagegen wird von der wohl h.L. vorgebracht, dass dies mit der ratio des § 25 HGB nicht vereinbar sei.¹⁰ § 25 HGB stelle einen **typisierten Rechtsscheintatbestand** dar.¹¹ Daher komme es vielmehr allein auf die **tat-**

roth/Boujong/Joost, HGB, § 25 Rn. 51 f.; jeweils m.w.N. zur Rechtsprechung; *Canaris*, HandelsR, § 7 Rn. 29.

⁸ OLG Celle BB 1962, 388; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB, § 22 Rn. 22; Heymann/Emmerich, HGB, § 22 Rn. 23.

⁹ So *Canaris*, HandelsR, § 7 Rn. 24.

¹⁰ Nach h.M. ist es unerheblich, ob sich der Wirksamkeitsmangel auf das Verpflichtungs- oder auf das Erfüllungsgeschäft oder auf beide bezieht; vgl. *Hüffer*, in: GroßKomm. HGB, § 25 Rn.39 m.w.N.; a.A. *Schricker*, ZGR 1972, 121, 139.

¹¹ BGHZ 18, 248, 250; 22, 234, 239. In neueren Entscheidungen nähert sich die Rechtsprechung dem Gedanken der unternehmerrechtlichen Haftungskontinuität an, vgl. BGH NJW 1984, 1186; BGH WM 1985, 1475; grundlegend hierzu *K. Schmidt*, HandelsR, § 8 I 3 (S. 220 ff.). Zum Diskussionsstand hinsichtlich des Normzwecks und der dogmatischen Grundlagen des §

sächliche Geschäftsübernahme an.¹² Mit der Firmenfortführung erwecke der Erwerber den Anschein der Haftungskontinuität. Das hierauf gerichtete Vertrauen des Rechtsverkehrs solle geschützt werden. Die Öffentlichkeit dürfe sich darauf verlassen, dass die für das Unternehmen begründeten Forderungen und Verbindlichkeiten den wahren Unternehmensinhaber berechtigen und verpflichten. Bei einem Inhaberwechsel gehe deshalb die Haftung auf den neuen Inhaber über.¹³

Die tatsächliche Geschäftsübernahme lässt sich durch die Anfechtung des Übernahmevertrages in der Tat nicht mehr rückgängig machen. Folgt man der zweiten Ansicht, dass es sich um einen typisierten Rechtsscheintatbestand handelt, so muss es für das Außenverhältnis unerheblich sein, ob das interne Rechtsverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber rechtswirksam ist:¹⁴ Ein bereits gesetzter Rechtsschein lässt sich durch Anfechtung nicht mehr beseitigen. Danach haftet die OHG trotz der Anfechtung des Übernahmevertrages für die Verbindlichkeiten des *D* gem. § 25 Abs. 1 S. 1 HGB.

(c) Vereinzelt wird die Haftungsübernahme des Erwerbers nur bei Gutgläubigkeit des jeweiligen Gläubigers hinsichtlich der Wirksamkeit des Übernahmevertrages befürwortet.¹⁵ Ob dieser Ansicht, die keine Grundlage im Gesetzeswortlaut des § 25 Abs. 1 HGB findet, zu folgen ist, kann jedoch offen bleiben. Nach dem Sachverhalt liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass *O* die Täuschung des *D* gegenüber *K* und *F* kannte oder kennen musste. *O* hat seine Forderung gegenüber der OHG am 1.9.2003, also jedenfalls nicht nach der von *K* und *F* am 2.9.2003 erklärten Anfechtung des Übernahmevertrages geltend gemacht. Es ist daher von der Gutgläubigkeit des *O* auszugehen, so dass auch nach dieser Ansicht eine Haftungsübernahme gem. § 25 Abs. 1 S. 1 HGB zu bejahen ist.

gg) Teilweise wird vertreten, dass die **Haftung** der Gesellschaft **auf das übernommene Geschäftsvermögen begrenzt** ist.¹⁶ Die Höhe des übernommenen Geschäftsvermögens dürfte dem Kaufpreis von 40.000 € entsprechen. Für eine solche Haftungsbegrenzung kann angeführt werden, dass der Gläubiger keinen weitergehenden Schutz verdiene. Seine Vermögensdispositionen bezogen sich nur auf die finanziellen Verhältnisse des ursprünglichen Geschäftsinhabers.

Nach dem **Wortlaut** des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB ist die Haftung unbeschränkt. Der bloße Wortlaut kann der obigen Argumentation jedoch nicht entgegengehalten werden, da sie ja gerade die Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion des Wortlauts geltend macht. Zu fragen ist also, ob das **Telos** der Norm nur eine Haftung mit dem Betriebsvermögen gebietet. Die Frage ist zu verneinen. Der Verkäufer des Betriebs haftet mit seinem gesamten Ver-

25 HGB vgl. den Überblick bei *Hüffer*, in: GroßKomm. HGB, § 25 Rn. 1 bis 32.

¹² Vgl. BGHZ 18, 248, 252; 22, 234, 239; BGH NJW 1992, 911, 912; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 25 Rn. 5; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck*, HGB, § 25 Rn. 4; *K. Schmidt*, HandelsR, § 8 II 1 b (S. 240 f.); kritisch hierzu *Zimmer/Scheffel*, in: *Eben-roth/Boujong/Joost*, HGB, § 25 Rn. 33; *MüKo/Lieb*, HGB, § 25 Rn. 49 ff.; *Canaris*, HandelsR, § 7 Rdn. 24.

¹³ Vgl. auch *K. Schmidt*, HandelsR, § 8 I 2 (S. 215 ff.) mit ausführlicher Stellungnahme zu den Problemen der Haftungskontinuität.

¹⁴ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 25 Rn. 5.

¹⁵ So noch *Würdinger*, in: GroßKomm. HGB, 3. Aufl., § 25 Rn. 10a.

¹⁶ *Heckelmann*, in: FS für *Bartholomeyczik* (1973), 129, 145 ff.

mögen. Der haftungsbegründende Rechtsschein geht dahin, dass nunmehr der Übernehmer als weiterer Schuldner zur Verfügung steht. Gerade weil ein neuer Schuldner vorhanden ist, wird der Verkehr häufig rechtzeitige Sicherungsmaßnahmen hinsichtlich des alten und weiterhin haftenden Schuldners unterlassen. Dann aber ist es gerade erforderlich, dass der neue Schuldner mit seinem gesamten Vermögen haftet. Die von der Gegenauffassung dem Gesetz notwendigerweise zugrundegelegte Unterstellung, der Verkehr vertraue nur auf eine Haftung mit dem übernommenen Betriebsvermögen, ist lebensfremd. Das wäre ein Vertrauen in eine völlig unbekannte, aber jedenfalls beschränkte Haftungsmasse. Veräußerer und Erwerber haften daher für die erfassten Verbindlichkeiten als Gesamtschuldner¹⁷ mit ihrem gesamten Vermögen.¹⁸

Die OHG haftet dem O daher gem. § 25 Abs. 1 S. 1 HGB für dessen Kaufpreisforderung in voller Höhe.

Anmerkung:

1. § 25 HGB stellt dogmatisch einen Fall des **gesetzlich** angeordneten Schuldbeitritts dar. Der Erwerber haftet mit dem früheren Geschäftsinhaber gesamtschuldnerisch nach Maßgabe des § 26 HGB.

2. Hiervon zu unterscheiden sind **rechtsgeschäftliche** Regelungen.

a) Das Gesetz regelt in §§ 414 ff. BGB die **Schuldübernahme**. Sie kommt durch Vertrag zwischen dem Übernehmer und dem Gläubiger zustande oder durch Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer („Dritter“). Im letzteren Fall muss der Vertrag natürlich vom Gläubiger genehmigt werden (vgl. § 415 I BGB), da anderenfalls dem Gläubiger gegen seinen Willen ein Schuldner mit schlechter Bonität untergeschoben werden könnte.

b) Verweigert der Gläubiger die Genehmigung, so ist die Vereinbarung zwischen Schuldner und Übernehmer regelmäßig nicht unwirksam, sondern als ein **Schuldbeitritt** auszulegen. Ein solcher ist nicht genehmigungsbedürftig, da der Gläubiger hier ja lediglich einen zweiten Schuldner hinzugewinnt.

c) Kommt auch eine Auslegung der Vereinbarung als Schuldbeitritt im Einzelfall nicht in Betracht, ist noch an die Vereinbarung einer **Erfüllungsübernahme** (vgl. § 329 BGB) zu denken. Hier hat der Gläubiger gegen den Übernehmer keinen Anspruch. Der Übernehmer verpflichtet sich lediglich gegenüber dem Schuldner, für ihn zu leisten.

2. Haftung von P für die Verbindlichkeit der Gesellschaft

Die Haftung von P gem. §§ 173 Abs. 1, 171 Abs. 1 HGB setzt weiter voraus, dass er in eine bestehende Handelsgesellschaft als Kommanditist eingetreten ist.

a) P ist am 1.5.2003 neuer Gesellschafter der „Willi Durstig Getränkehandlung, Inh. Korn & Co. OHG“ geworden. Diese Gesellschaft war bis zu seinem **Eintritt** eine OHG gem. §§ 105 ff. HGB. Mit dem Eintritt von P als Kommanditist wandelte sich die Rechtsform der Gesellschaft kraft Gesetzes von einer OHG in eine KG um. Der Kommanditist haftet gem. § 173 Abs. 1 HGB auch für die vor seinem Eintritt begründeten Gesellschaftsschulden nach Maßgabe der §§ 171, 172 HGB.

¹⁷ BGHZ 42,381, 384. Die Haftung des Erwerbers gem. § 25 Abs. 1 HGB ist dogmatisch als gesetzlicher Schuldbeitritt zu werten, vgl. *Canaris*, HandelsR, § 7 Rn. 39.

¹⁸ *Heymann/Emmerich*, HGB, § 25 Rn. 30 f.; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 25 Rn. 10; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck*, HGB, § 25 Rn. 7; *Zimmer/Scheffel*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, § 25 Rn. 63 ff.; *Hüffer*, in: *GroßKomm*, HGB, § 25 Rn. 51; *Canaris*, HandelsR, 7 Rn. 37.

b) Die Mitgliedschaft des P als Kommanditist der KG könnte jedoch **ex tunc** entfallen sein, sofern er seine Willenserklärung wirksam **angefochten** hat, § 142 BGB.

aa) Die Beitrittserklärung war durch eine arglistige Täuschung der beiden Gesellschafter bedingt, so dass ein **Anfechtungsgrund** gemäß § 123 BGB vorliegt.

bb) P hat auch die Anfechtung der Beitrittserklärung **erklärt**, § 143 BGB. Rechtsfolge ist gem. § 142 Abs. 1 BGB die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts von Anfang an; P wäre dann niemals Kommanditist der Gesellschaft geworden.

cc) Problematisch ist jedoch, ob diese Rechtsfolge auch im Falle eines Beitritts zu einer Gesellschaft tragbar ist.¹⁹ Es würde zu schwer erträglichen Ergebnissen führen, wenn Personengesellschaften als auf Dauer angelegte und tatsächlich vollzogene Leistungsgemeinschaften mit rückwirkender Kraft so behandelt würden, als hätten sie niemals bestanden; schließlich haben die Gesellschafter Beiträge erbracht, Gewinnchancen genutzt und vor allem Risiko getragen.²⁰ Die Nichtigkeits- und Anfechtungsfolgen sind deshalb mit der **Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft** zu lösen.²¹ Danach gilt im Grundsatz gerade umgekehrt, dass Mängel des Gesellschaftsvertrags bzw. Mängel des Beitritts nicht zur Nichtigkeit bzw. Vernichtbarkeit ex tunc führen, sondern nur ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund begründen oder zur Erhebung der Auflösungsklage berechtigen.

(1) Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft²² setzt erstens voraus, dass ein **Vertrag geschlossen** wurde, der nach allgemeinen Grundsätzen anfänglich unwirksam oder anfechtbar ist. Der Aufnahmevertrag zwischen P und der OHG war wegen Täuschung des P durch die Gesellschafter der OHG über die finanzielle Lage der Gesellschaft gem. § 123 Abs. 1, 1. Fall BGB anfechtbar.

(2) Zweitens muss die Gesellschaft **in Vollzug gesetzt** worden sein. Von der Fortführung der Gesellschaft nach dem Eintritt des P ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte auszugehen.

(3) Drittens darf die Durchführung des fehlerhaften Rechtsverhältnisses **mit vorrangigen Interessen der Allgemeinheit oder schutzwürdiger Personen nicht unvereinbar** sein.²³ Auch dafür sind keine Anhaltspunkte ersichtlich. Im Gegensatz zu den darunter fallenden Fällen des Geschäftsunfähigen- und Minderjährigenschutzes, liegt im Falle der arglistigen Täuschung eine

¹⁹ Vgl. *H.P. Westermann*, Personengesellschaften, I Rn. 172 f.

²⁰ *K. Schmidt*, GesR, § 6 II a (S. 143 f.).

²¹ Vgl. hierzu *BGHZ* 55, 5 ff.; *K. Schmidt*, GesR, § 6 I (S. 143 ff.); *H.P. Westermann*, Personengesellschaften, I Rn. 172 ff.; *G. Hueck*, GesR, § 13 III 2 (S. 97ff.).

²² Allgemein zum Tatbestand und den Rechtsfolgen einer fehlerhaften Gesellschaft vgl. *Kindler*, § 10, Rdn. 27 ff.; *K. Schmidt*, GesR, § 6 III (S. 147 ff.); *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rn.75 ff.; *Boujong*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, § 105 Rn. 177 ff.; *v. Gerkan*, in: *Röhrich/Graf v. Westphalen*, HGB, § 105 Rn.38 ff.

²³ Zu nennen sind hier Gesetzwidrigkeit i.S.v. §134 BGB, grobe Sittenwidrigkeit i.S.v. § 138 Abs. 1 BGB sowie Minderjährigenschutz. Ferner werden Gesellschafter geschützt, die durch Täuschung oder Drohung in ein Beteiligungsverhältnis gebracht worden sind, dessen bloße Auflösung dem anderen Gesellschafter unverdiente Vorteile brächte; vgl. *K. Schmidt*, GesellR, § 6 III 3 a (S. 149 ff.) mit Hinweisen auf die jeweilige Rechtsprechung.

zurechenbare Willenserklärung vor.²⁴ Die Voraussetzungen einer fehlerhaften Gesellschaft liegen somit vor. Damit ist eine rückwirkende Anfechtung ausgeschlossen. An ihre Stelle tritt ein Recht zur fristlosen Kündigung des Gesellschaftsvertrags und zum Austritt aus wichtigem Grund.²⁵

c) Haftungsbegrenzung des P, § 171 HGB

Die Haftung des P kann gem. § 171 Abs. 1, 2. Halbs. HGB indes ausgeschlossen sein, wenn und so weit er seine Einlage geleistet hat. Da P bereits im Juni 2003 60.000 € als Einlage geleistet hat, kann ihn O nur noch in Höhe seiner nicht erbrachten Einlageleistung von 40.000 € in Anspruch nehmen.

d) Rechtsvernichtende Einwendung, § 160 HGB

Die Rechtsfolge der fehlerhaften Gesellschaft ist, dass diese zwar wirksam begründet ist, das Rechtsverhältnis aber jederzeit ex nunc durch Auflösung der Gesellschaft oder durch Austritt des Gesellschafters aus wichtigem Grund beendet werden kann. P hat von seinem Recht, aus der Gesellschaft auszutreten, Gebrauch gemacht. An seiner Haftung für die bis zu seinem Austritt entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft ändert sich jedoch nichts.²⁶ Es entsteht lediglich eine zeitliche Begrenzung der Haftung gemäß § 160 HGB.

Zwar scheint § 160 HGB auf den ersten Blick nur Forderungen zu erfassen, die *nach* dem Ausscheiden fällig werden. Dies ist hier nicht der Fall; die Forderung wurde am 1.9.2003 geltend gemacht und war daher jedenfalls zu diesem Zeitpunkt fällig. Die Konsequenz wäre jedoch, dass der ausgeschiedene Gesellschafter bezüglich Forderungen, die vor dem Ausscheiden fällig geworden sind, möglicherweise noch nach zehn oder mehr Jahren in Anspruch genommen werden könnte. Zweck des § 160 HGB ist es jedoch, eine klare zeitliche Haftungsgrenze zu ziehen. Es fallen daher sämtliche Altverbindlichkeiten der Gesellschaft unter § 160 HGB, unabhängig davon, ob sie bereits zum Zeitpunkt des Ausscheidens fällig waren oder erst später innerhalb von 5 Jahren nach Ausscheiden fällig geworden sind.²⁷ Da die Fünf-Jahres-Frist jedoch noch nicht abgelaufen ist, besteht keine rechtsvernichtende Einwendung.

e) Die Forderung des O ist gem. §§ 195, 199 Abs. 1 BGB auch noch nicht verjährt.

Ergebnis: O kann P für seine Kaufpreisforderung gem. § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 173 Abs. 1, 171 Abs. 1, 25 Abs. 1 S. 1 HGB bis zur Höhe von 40.000 € in Anspruch nehmen^F

B. Haftung des H für die Kaufpreisforderung des O

O könnte gem. § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 173 Abs. 1, 171 Abs. 1, 25 Abs. 1 S. 1 HGB einen Anspruch gegen H auf Zahlung von 75.000 € haben. Voraussetzung hierfür ist, dass die KG für die Altverbindlichkeit des D gemäß §

²⁴ Zur Frage, ob die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft mit § 3 Haustür-Richtlinie 85/577/EWG vereinbar ist, siehe Vorlagebeschluss des BGH v. 5. Mai 2008 - II ZR 292/06; hierzu: *Kindler/Libbertz*, DSfR 2008, 1335-1340

²⁵ *Baumbach/Hopt*, HGB, § 105 Rdn. 88.

²⁶ Vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, § 171 Rn. 2.

²⁷ Anders insoweit *Timm/Schöne*, Fälle zum Handels- und Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2003, S. 23, Fn. 24. Wie hier *Seibert*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, § 160 Rdn. 11.

25 HGB haftet und die akzessorische Kommanditistenhaftung gemäß §§ 173, 171 HGB eingreift.

1. Eine **Verbindlichkeit der KG** ist gemäß §§ 433 II BGB, 25 I 1 HGB gegeben, vgl. oben.

2. Fraglich ist, ob H als **Kommanditist** für diese Gesellschaftsforderung **haftet**, §§ 173 Abs. 1, 171 Abs. 1 HGB.

a) H hat am 1.5.2003 mit den Gesellschaftern F und K einen **Aufnahmevertrag geschlossen**, nachdem er als Kommanditist mit einer Haftsumme und Einlageleistung von 100.000 € an der Gesellschaft beteiligt sein soll.

b) Die Willenserklärung des H (seine Beitrittserklärung) müsste jedoch grundsätzlich gemäß § 105 I BGB als **nichtig** behandelt werden, da H sich bei der Abgabe der Willenserklärung in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befunden hat, § 104 Nr. 2 BGB.

c) Fraglich ist, ob auch insoweit die **Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft** anzuwenden sind, also auch eine teleologische Reduktion der Nichtigkeitsanordnung des § 105 BGB zu erfolgen hat.

aa) Grundgedanke der fehlerhaften Gesellschaft ist, dass die bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsvorschriften für eine in Vollzug gesetzte Gesellschaft nicht passen. Sie sind nicht im Interesse der Gesellschafter, die im Innenverhältnis vielfältige Leistungen erbracht haben (**Innenverhältnis: Bestandsschutz**). Auch wäre ein bloßer Schutz der Geschäftspartner und Angestellten über die Rechtsscheinhaftung nicht ausreichend (**Außenverhältnis: Verkehrsschutz**). Allerdings ist für eine teleologische Reduktion der Nichtigkeits- bzw. Anfechtbarkeitsvorschriften nur Raum, wo jedenfalls der Vollzug der Gesellschaft von einem den Gesellschaftern **zurechenbaren Willen** getragen wird, mag dieser auch mangelbehaftet sein (§§ 119 ff. BGB), nicht formgerecht erklärt worden sein (§ 311b BGB) oder mag ein versteckter Dissens zugrunde liegen.

bb) Liegen dagegen überhaupt keine Willenserklärungen vor, so fehlt es an dem im Hinblick auf die für die Privatautonomie schlechthin unverzichtbaren Rest einer möglichen willensmäßigen Zurechnung. Dementsprechend führt auch ein bloßes Scheingeschäft (§ 117 BGB) nicht zur Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft. Es können insoweit nur die Rechtsscheinsgrundsätze zur Anwendung gelangen (Scheingesellschaft).

cc) Gleiches muss in den Fällen gelten, in denen zwar Willenserklärungen vorliegen, diese aber nach dem Gesetz niemals zurechenbar sind. Neben der Fallgruppe des Vertreters ohne Vertretungsmacht²⁸ fallen hierunter die Fälle, in denen das Gesetz die Schutzwürdigkeit des Erklärenden höher einstuft als diejenige des Verkehrs. Den Willenserklärungen der Geschäftsunfähigen und den rechtlich nachteiligen Willenserklärungen der beschränkt Geschäftsfähigen versagt die Rechtsordnung zum Schutze der Erklärenden die Wirksamkeit, §§ 104 ff. BGB. Der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit des Vertragspartners ist daher nicht geschützt. Dann kann es **erst recht** nicht angehen, über einen bloßen Gutglaubensschutz sogar noch hinausgehend die Willenserklärung eines Ge-

²⁸ Das wäre ein Vertrag zu Lasten Dritter. Einschränkungen ergeben sich hier freilich nach Rechtsscheinsgrundsätzen. Denken sie an die Fallgruppen der Anscheins- und Duldungsvollmacht.

schäftsunfähigen generell als wirksam zu behandeln und lediglich die Möglichkeit zu eröffnen, die Rechtswirkungen der Erklärung für die Zukunft zu beseitigen. Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft sind daher auf Erklärungen Geschäftsunfähiger nicht anwendbar.

Damit ist H nie Kommanditist geworden, § 105 BGB.

Ergebnis: Ein Anspruch des O gegen H aus §§ 173 Abs. 1, 171, 25 Abs. 1 HGB besteht nicht.

C. Haftung der R für die Kaufpreisforderung des O

I. Anspruch des O gegen R aus §§ 173, 171, 25 HGB

O könnte gem. § 433 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 173 Abs. 1, 171 Abs. 1, 25 Abs. 1 S. 1 HGB einen Anspruch gegen R auf Zahlung von 75.000 € haben. Voraussetzung hierfür ist, dass die KG für die Altverbindlichkeit des D gemäß § 25 HGB haftet und die akzessorische Kommanditistenhaftung gemäß §§ 173, 171 HGB eingreift.

1. Eine **Haftung der KG** ist gemäß §§ 433 II BGB, 25 I 1 HGB gegeben, vgl. oben.

2. R ist durch den **Erwerb** des Kommanditanteils des Q in dessen Stellung eingerückt.

3. Das Erfüllungsgeschäft, die Abtretung des Kommanditanteils, könnte jedoch von Anfang an **nichtig** sein, § 142 BGB. Ein **Anfechtungsgrund** (arglistige Täuschung, § 123 BGB) und eine **Anfechtungserklärung** liegen vor.

a) Fraglich ist aber, ob die Anfechtung gemäß §§ 142 I, 123 I Alt. 1 BGB auch die **Anteilsübertragung** von Q an R (§§ 413, 398 BGB) und damit den Beitritt der R zur KG erfassen kann, mit der Folge, dass R zu keinem Zeitpunkt Gesellschafterin der KG geworden ist. Zwar kann sich die **Anfechtbarkeit** bei arglistiger Täuschung nach h.M. auch auf das **Erfüllungsgeschäft** erstrecken, da auch die Abgabe der Einigungserklärung im Rahmen des Abtretungsvertrags von der Täuschung motiviert war (sog. Fehleridentität).

b) Es könnten jedoch die **Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft** eingreifen, wonach Mängel, die eigentlich zur Nichtigkeit eines Gesellschaftsvertrages bzw. eines Beitrittsvertrages führen, im Interesse des Verkehrsschutzes erst mit Wirkung für die Zukunft und nur nach gesellschaftsrechtlichen Regeln geltend gemacht werden können.

aa) Voraussetzung ist, dass überhaupt ein Gesellschaftsvertrag bzw. ein Beitritt vorliegt, und die Gesellschaft bereits in Vollzug gesetzt wurde. Ferner darf der Mangel nicht so schwerwiegend sein, dass dessen Nichtbeachtung für die Vergangenheit mit gewichtigen Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen in Widerspruch treten würde.

bb) Vorliegend scheidet die Anwendbarkeit der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft bereits daran, dass kein Austritt mit anschließendem Eintritt erfolgte, sondern eine **Rechtsnachfolge** der R in die Stellung des Q. Dies ist kein verbandsrechtliches Satzungs Geschäft, son-

dern eine Verfügung über die Mitgliedschaft.²⁹ Der **Austritt** eines Gesellschafters führt zur Anwachsung seines Anteils bei den übrigen Gesellschaftern (§ 738 I 1 BGB) und lässt einen Abfindungsanspruch des Ausscheidenden entstehen (§ 738 I 2 BGB). Zudem verändern sich die Stimmrechtsverhältnisse. Es verändert sich mithin die Struktur der Gesellschaft. Der **Beitritt** eines neuen Gesellschafters führt umgekehrt zur Abwachsung bei den übrigen Gesellschaftern sowie ebenfalls zu einer Veränderung der Stimmrechtsverhältnisse und zu etlichen weiteren Modifikationen der Gesellschaftsstruktur.

Völlig anders stellt sich die Situation dagegen im Falle einer bloßen Übertragung des Gesellschaftsanteils dar (**Rechtsnachfolge**). Hier kommt es nicht zu Anwachsung/Abwachsung, nicht zu einer Veränderung der Stimmrechtsverhältnisse, nicht zu einem Abfindungsanspruch. Der Erwerber des Anteils wird vielmehr schlicht Rechtsnachfolger des Veräußerers. Es besteht daher im Hinblick auf das Innenverhältnis kein hinreichender Grund, die gesetzlichen Rechtsfolgen zu modifizieren. Auch im Außenverhältnis kann sich nur die Frage stellen, *wer* von den beiden Personen tatsächlich Gesellschafter ist. Der wahre Gesellschafter haftet kraft Gesetzes. Im Hinblick auf den Scheingesellschafter besteht die Möglichkeit einer Rechtsscheinhaftung. Es ist daher auch aus Gründen der Verkehrsschutzes nicht erforderlich, in den Fällen der bloßen Rechtsnachfolge eine ex nunc-Wirkung anzunehmen.³⁰

Durch die wirksame Anfechtung gilt somit Q von Anfang an als Kommanditist, § 142 BGB.

Ergebnis: Ein Anspruch des O gegen R aus §§ 173, 171, 25 HGB besteht nicht.

II. Anspruch des O gegen R aus §§ 173, 171, 25, 15 III HGB

In Betracht kommt jedoch eine Haftung der R, soweit zugunsten des O die positive Publizität des Handelsregisters eingreift, § 15 III HGB.

§ 15 III HGB setzt voraus, dass eine eintragungspflichtige Tatsache **unrichtig bekanntgemacht** wurde. Mit unrichtiger Bekanntmachung ist nicht eine Diskrepanz von Eintragung und Bekanntmachung gemeint, sondern eine Diskrepanz von wahrer und bekanntgemachter Rechtslage.³¹

Allerdings ist zu beachten, dass durch das NaStraG v. 18.1.2001 dem § 162 HGB ein neuer Absatz 2 hinzugefügt wurde. Nunmehr sind bei der **Bekanntmachung** der Eintragung der Gründung einer KG **keine Angaben zu den Kommanditisten** zu machen, § 162 II HGB. Gleiches gilt im Falle des Eintritts eines Kommanditisten in eine bestehende Gesellschaft, § 162 III HGB. Der Beitritt der R war also nicht bekanntzumachen. Damit entfällt aber bereits der Anknüpfungspunkt der positiven Publizität des § 15 III HGB; er stellt ja auf die unrichtige **Bekanntmachung** ab. Dies stellt nun auch § 162 II HS 2 HGB klar, wonach die Vorschriften des § 15 insoweit

²⁹ Vgl. K. Schmidt, GesR, 3. Aufl., § 6 V 2 b), S. 171.

³⁰ Rechtsprechungsänderung durch BGH NJW 1990, 1915 (zur GmbH).

³¹ Canaris, HandelsR, § 5 Rdn. 46.

nicht anzuwenden sind. Die Norm gilt gemäß § 162 III auch für den Fall des Eintritts eines Kommanditisten.³²

Ergebnis: Eine Rechtsscheinhaftung der R gemäß §§ 433 BGB, 25 HGB, 173, 171, 15 HGB scheidet mithin aus.

III. Anspruch des O gegen R aus §§ 25, 173, 171 HGB in Verbindung mit der allgemeinen Rechtsscheinhaftung

In Betracht kommt jedoch eine Haftung der R nach allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen.³³ Die allgemeine Rechtsscheinhaftung basiert auf einer Verallgemeinerung der in den §§ 170, 171 II, 172, 173 BGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken.

1. Die Regelung des § 162 II, III HGB schließt lediglich die strenge Rechtsscheinhaftung nach § 15 HGB aus. Der Regelung kann jedoch nicht der Wille des Gesetzgebers entnommen werden, auch die nicht-registrierrechtliche Vertrauenshaftung auszuschließen. Deren Grundsätze sind daher **anwendbar**.

2. **Voraussetzung** einer Rechtsscheinhaftung sind das Vorliegen eines Scheintatbestandes, die Zurechenbarkeit dieses Scheintatbestandes, das Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes sowie die Kausalität der Vermögensdisposition.

a) Im Handelsregister ist die R zu Unrecht als Kommanditistin eingetragen worden. Damit liegt ein **Rechtsscheintatbestand** vor.

b) Dieser Scheintatbestand ist der R auch **zurechenbar**. Für die Zurechnung reicht bei positivem Handeln die bloße **Veranlassung** der Eintragung; nicht erforderlich ist ein schuldhaftes Verhalten. R hat hier die Eintragung durch ihr Erwerbsgeschäft veranlasst. Dass die Vornahme des Geschäfts täuschungsbedingt war, kann im Verhältnis zu hieran nicht beteiligten Dritten keine Rolle spielen.

c) Es fehlt jedoch ein **Vertrauenstatbestand** in der Person des O. Voraussetzung wäre, dass O **Kenntnis** von der Eintragung der R als Kommanditistin hatte, wovon mangels entsprechender Sachverhaltsangaben nicht auszugehen ist (dies ist ein wesentlicher Unterschied zu § 15 III HGB!).

Ergebnis: Eine Haftung der R nach allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen scheidet ebenfalls aus.

Zur Vollständigkeit hier die weiteren Prüfungsschritte ab c):

aa) Kenntnis von der Eintragung der R

bb) Ist die Kenntnis von der Eintragung zu bejahen, so müsste als nächstes der **gute Glaube** des O geprüft werden. Dieser entfielen, wenn O Kenntnis von der Unrichtigkeit gehabt hätte oder ihn insoweit der Vorwurf grob fahrlässiger Unkenntnis trafe (vgl. auch § 932 II BGB).

cc) Zudem müsste O eine **Vermögensdisposition** oder eine andere **Vertrauensinvestition** getätigt haben. Den Kaufvertrag hatte O jedoch weit vor dem Beitritt der R abgeschlossen. Auch hat O im Hinblick auf eine mögliche Inanspruchnahme der R nicht auf andere Maßnahmen der Durchsetzung seines Anspruchs verzichtet.

d) Schließlich müsste die **Kausalität** zwischen der Kenntnis des Scheintatbestandes und der Vornahme der Disposition zu bejahen sein.

Rechtsfolge ist die Gleichstellung des Scheintatbestandes mit der Wirklichkeit. O wäre so zu stellen, als wäre R tatsächlich Kommanditistin. Allerdings hat der vertrauende Dritte ein Wahlrecht: er muss sich nicht auf den Scheintatbestand berufen, sondern kann unter Zugrundelegung der wahren Rechtslage vorgehen. Dies ergibt sich daraus, dass die Rechtsscheinhaftung ausschließlich zum Schutze des Dritten besteht, er sich diesen Schutz aber nicht aufdrängen lassen muss.

C. Haftung des Q für die Kaufpreisforderung des O

Anspruch des O gegen Q aus §§ 433 BGB, 173, 171, 25 HGB

Da Q wegen der wirksamen Anfechtung des Erfüllungsgeschäfts durch R niemals seine Kommanditistenstellung verloren hat, haftet er dem O grundsätzlich nach §§ 173, 171, 25 HGB. Seiner Einlageverpflichtung ist er bisher noch nicht nachgekommen, so dass er bis zur Höhe der Haftsumme (100.000 €) mit seinem gesamten Vermögen haftet.

Ergebnis: O hat gegen Q einen Anspruch in Höhe von 75.000 €

³² Vgl. zu den Auswirkungen des neuen § 162 II HGB ausführlich K. Schmidt, ZIP 2002, 413 ff.

³³ Vgl. hierzu im einzelnen Canaris, HandelsR, § 6 Rdn. 68 ff.