

Lösung Nr. 12 (gesetzliche Vertreter II)

1. Anspruch G gegen S aus § 128 HGB

- Gesellschaftsschuld lt. Sachverhalt (+)
 - Vorliegen einer oHG, §§ 105, 123 HGB:
 - o Wirksamer Gesellschaftsvertrag: S, F und B haben sich darüber geeinigt, gemeinsam ein Handelsgeschäft zu betreiben.
 - o Problematisch ist, dass K zu diesem Zeitpunkt beschränkt geschäftsfähig war (§ 106 BGB).
 - § S bedurfte zur Abgabe einer wirksamen Willenserklärung der Einwilligung seines **gesetzlichen Vertreters**, § 107 BGB. Gesetzliche Vertreterin war die F (§§ 1626, 1629, 1680 BGB). Zwar hat F (konkludent) eingewilligt. Da es um einen Vertrag zwischen S und ihr selbst ging (**Insichgeschäft**), konnte sie den S jedoch gem. **§ 181 BGB** nicht wirksam vertreten (vgl. §§ 1629 II, 1795 II BGB). Daher konnte sie auch nicht wirksam einwilligen (vgl. Pal. § 181 Rn. 8).
 - § Außerdem bedarf der gesetzliche Vertreter zum Abschluss eines **Gesellschaftsvertrages** im Namen des Kindes der Genehmigung des **Familiengerichts** (§§ 1643 I BGB iVm § 1822 Nr. 3 BGB). Das gilt auch für die Einwilligung (vgl. Pal. § 108 Rn. 10). Eine Genehmigung des Familiengerichts liegt nicht vor. Auch aus diesem Grund ist die Willenserklärung des S unwirksam.
 - § Konkludente Genehmigung des S durch Verbleiben in der Gesellschaft?
 - Die erforderliche Genehmigung kann vom Minderjährigen selbst erklärt werden, sobald er unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist, vgl. §§ 108 III, § 1643 III BGB iVm § 1829 III BGB.
 - Voraussetzung einer konkludenten Genehmigung wäre jedoch, dass K mit der Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrags rechnen musste (vgl. Pal., § 133 Rn. 11). Aus dem Schutzzweck des § 1822 BGB ergibt sich ferner, dass an das Vorliegen der konkludenten Genehmigung des Volljährigen **strenge Anforderungen** zu stellen sind. Danach wird man hier davon auszugehen haben, dass K mit der bloßen Fortsetzung der Gesellschaft über einen vergleichsweise kurzen Zeitraum keine konkludente Genehmigung erteilen wollte.¹
- ZwErg: Mangels wirksamer Willenserklärung des S ist somit kein wirksamer Gesellschaftsvertrag zustande gekommen.
- o Es könnten jedoch die **Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft** eingreifen. Nach dieser Lehre wird eine Gesellschaft auf fehlerhafter rechtsgeschäftlicher Grundlage unter bestimmten Voraussetzungen für die

¹ Beachte: Sollte von einer (konkludenten) Genehmigung auszugehen sein, könnte S nach **§ 723 I 3 Nr. 2 BGB** die Gesellschaft kündigen und sich gegenüber G auf die Haftungsbeschränkung gem. **§ 1629a I BGB** berufen. Allerdings müsste er dazu die Vermutungen des § 1629a IV BGB widerlegen.

Vergangenheit gleichwohl als wirksam behandelt. Diese Voraussetzungen sind:

- § Es muss überhaupt ein – wenn auch mangelhafter – Gesellschaftsvertrag vorliegen. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt.
- § Die Gesellschaft muss „in Vollzug gesetzt“ worden sein. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Gesellschaft nach außen aufgetreten ist und Rechtsgeschäfte abgeschlossen hat. Dies ist hier ebenfalls der Fall.
- § Es dürfen keine schutzwürdigen Interessen Einzelner oder wichtige Belange der Allgemeinheit entgegenstehen. Schutzwürdige Interessen Einzelner sind insbesondere tangiert, soweit es um die Beteiligung eines **Minderjährigen** an der Gesellschaft geht. Welche Folgen die fehlerhafte Beteiligung eines Minderjährigen hat, ist strittig:
 - Nach der **Rspr.** greifen die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft überhaupt nicht ein, soweit der Mj. betroffen ist. Dies ergebe sich aus Sinn und Zweck des § 1822 Nr. 3 BGB (BGH NJW 1983, 748 - „Eisvogel-Fall“; BGH NJW 1992, 1503; BGHZ 17, 160).
 - Nach der **Lit.** greifen die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft ein, sind allerdings zu modifizieren: Der Beitritt des Mj. ist wirksam, löst aber zu Lasten des Mj. keine Haftungsfolgen aus (K. Schmidt, GesR, § 6 III 3 c) cc); ausf. ders., JuS 1990, 521). Auch nach dieser Ansicht würde K nicht haften.
 - Stellungnahme: Die Ansicht der Rspr. führt zu erheblichen Schwierigkeiten wenn die Gesellschaft über einen langen Zeitraum am Rechtsverkehr teilgenommen hat. Das spricht für die Gegenansicht.

Erg: Es liegt eine (fehlerhafte) OHG vor. Nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft haftet S als seinerzeit Minderjähriger jedoch nicht.

2. Anspruch G gegen B aus § 128 HGB

- (fehlerhafte) OHG (+)
 - Gesellschaftsschuld (+)
 - B = Gesellschafter der OHG (+)
- Ergebnis: Anspruch G - B (+)