

Großkommentare der Praxis

Handelsgesetzbuch

Großkommentar

Begründet von Hermann Staub, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts

Dritte Auflage, neubearbeitet von

Ministerialrat Dr. Dieter Brüggemann, Celle
Professor Dr. Claus-Wilhelm Canaris, Hamburg
Präsident des Bundesgerichtshofes Dr. Robert Fischer, Karlsruhe
Professor Dr. Johann Georg Helm, Nürnberg
Oberstlandesgerichtsrat Dr. Paul Ratz †, München
Dr. Joachim Schulze-Osterloh, Hamburg
Rechtsanwalt Professor Dr. Wolfgang Schilling, Mannheim
Professor Dr. Peter Ulmer, Hamburg
Professor Dr. Hans Würdinger/Ass. Volker Röhrich, Hamburg

Zweiter Band, 2. Halbband

§§ 145—177

§§ 335—342



Walter de Gruyter & Co., Berlin 1970

vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung · J. Guttentag,
Verlagsbuchhandlung · Georg Reimer · Karl J. Trübner · Veit & Comp.

Zitierweise

Schilling in Großkomm. HGB

Archiv-Nr. 2235001

Satz und Druck: Walter de Gruyter & Co., Berlin 30
Alle Rechte, einschließlich des Rechts der Herstellung von Photokopien
und Mikrofilmen, vorbehalten

Inhaltsverzeichnis des zweiten Bandes, 2. Halbband (§§ 145—342)

Zweites Buch · Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft

Erster Abschnitt: Offene Handelsgesellschaft

Fünfter Titel:* Liquidation der Gesellschaft

§ 145	Abwicklung als regelmäßige Folge der Auflösung	1
§ 146	Abwickler	12
§ 147	Abberufung von Abwickler	30
§ 148	Anmeldung	35
§ 149	Aufgabe und Rechtsstellung	39
§ 150	Vertretungsmacht	59
§ 151	Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht	64
§ 152	Anordnungen der Gesellschafter	66
§ 153	Zeichnung der Firma durch die Abwickler	70
§ 154	Bilanzen im Abwicklungszustande	71
§ 155	Verteilung des Vermögens	77
§ 156	Geltung der Vorschriften über die Gesellschaft im Abwicklungszustande	87
§ 157	Anmeldung des Erlöschens der Firma	90
§ 158	Anderweitige Auseinandersetzung	97

Sechster Titel: Verjährung

§ 159	Verjährungsfrist	103
§ 160	Unterbrechung	111

Zweiter Abschnitt: Kommanditgesellschaft

Vorbemerkungen zum zweiten Abschnitt		116
§ 161	Begriffsmerkmale	121
§ 162	Anmeldung und Bekanntmachung	146
§ 163	Rechtsverhältnis nach innen	151
§ 164	Geschäftsführung	153
§ 165	Wettbewerbsverbot	161
§ 166	Kontrollrecht der Kommanditisten	164
§ 167	Beteiligung am Gewinn und Verlust	172
§ 168	Verteilung von Gewinn und Verlust	179
§ 169	Recht auf Entnahmen	183
§ 170	Vertretung	189
§ 171	Haftung des Kommanditisten	193
§ 172	Schutz der Gläubiger gegen Verkürzung der Einlage	214
§ 173	Eintritt als Kommanditist in eine bestehende Gesellschaft	230

* 1.—4. Titel sind in Halbband 1 enthalten.

Inhaltsverzeichnis des zweiten Bandes, 2. Halbband

§ 174	Herabsetzung der Einlage des Kommanditisten	244
§ 175	Anmeldung der Erhöhung und Herabsetzung der Einlage	247
§ 176	Haftung des Kommanditisten für vor d. Eintragung gemachte Geschäfte	248
§ 177	Tod des Kommanditisten	257

Der 3. Abschnitt: Aktiengesellschaft (§§ 178 bis 319) und der 4. Abschnitt: Kommanditgesellschaft auf Aktien (§§ 320—334) waren durch das Aktiengesetz vom 30. Januar 1937, RGBl. I S. 107 ersetzt und durch § 1 Abs. 1, § 18 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom gleichen Tage, RGBl. I 166, mit Wirkung seit 1. Oktober 1937 aufgehoben worden.

An die Stelle des Aktiengesetzes 1937 ist mit Wirkung vom 1. Januar 1966 das Aktiengesetz vom 6. 9. 1965 getreten, §§ 29, 46 EGActG 1965 (BGBl. 1965 I 1185).

Fünfter Abschnitt: Stille Gesellschaft

§ 335	Begriffsmerkmale	276
§ 336	Anteil am Gewinn und Verlust	303
§ 337	Gewinn- und Verlustberechnung	306
§ 338	Aufsichtsrechte des stillen Gesellschafters	317
§ 339	Auflösungsgründe	320
§ 340	Rechtsverhältnisse nach Auflösung	334
§ 341	Konkurs des persönlich haftenden Gesellschafters	343
§ 342	Anfechtung der Rückgewähr der Einlage an den stillen Gesellschafter	351

Fünfter Titel

Liquidation der Gesellschaft

§ 145

Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt, sofern nicht eine andere Art der Auseinandersetzung von den Gesellschaftern vereinbart oder über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist.

Ist die Gesellschaft durch Kündigung des Gläubigers eines Gesellschafters oder durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst, so kann die Liquidation nur mit Zustimmung des Gläubigers oder des Konkursverwalters unterbleiben.

Inhaltsübersicht

I. Die Rechtsnatur der Abwicklung (Liquidation)	3. Zeitpunkt der Vereinbarung	Anm. 18
Anm. 1, 2	4. Bestimmung durch einen Dritten oder ein Schiedsgericht	Anm. 19
II. Die Abwicklung der Gesellschaft als gesetzliche Regel	5. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung	Anm. 20—22
1. Sie erfolgt im Interesse der Gesellschafter	6. Einfluß auf eine bereits begonnene Abwicklung	Anm. 23, 24
Anm. 3	7. Vereinbarte Abweichung von einzelnen Abwicklungsvorschriften	Anm. 25
2. Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister	8. Gläubigerschutz	Anm. 26
Anm. 4	IV. Auflösung durch Gläubigerkündigung und Gesellschafterkonkurs	
3. Keine Abwicklung bei Vermögenslosigkeit	1. Allgemeines	Anm. 27
Anm. 5	2. Veräußerungsverbot	Anm. 28
III. Die Ausnahmen von der gesetzlichen Regelung	3. Ausdehnende Auslegung des Abs. 2	Anm. 29
1. Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft	4. Vor der Beschlagnahme getroffene Vereinbarungen	Anm. 30
Anm. 6	5. Zustimmung des Gesellschafters	Anm. 31, 32
2. Vereinbarung einer anderen Art der Auseinandersetzung	6. Mehrere Privatgläubiger	Anm. 33
Anm. 7	7. Veräußerung des Unternehmens durch die Abwickler	Anm. 34
a) Übernahme durch einen Gesellschafter	8. Verweigerung der Zustimmung	Anm. 35, 36
Anm. 8	9. Zwingendes Recht	Anm. 37
b) Die Veräußerung des Geschäfts		
Anm. 9—13		
c) Die Veräußerung an einen Treuhänder		
Anm. 14		
d) Umgründung		
Anm. 15		
e) Vertraglicher Ausschluß der Abwicklung		
Anm. 16		
f) Naturalteilung		
Anm. 17		

I.

Der fünfte Titel enthält die Vorschriften über die „Liquidation“ der Gesellschaft. **Anm. 1**
Nach dem Vorbilde des Aktiengesetzes (§§ 264 ff.) sollen künftig statt der Ausdrücke Liquidation und Liquidator die Bezeichnungen Abwicklung und Abwickler gebraucht werden.

Der Titel handelt nach seiner Überschrift und seinen einzelnen Bestimmungen von der Abwicklung der Gesellschaft. Sie ist von der Abwicklung des Unternehmens, des Handelsgewerbes der Gesellschaft zu unterscheiden. Die Abwicklung des Unternehmens kann ein Mittel zur Abwicklung der Gesellschaft sein. Das Unternehmen als solches kann trotz der Abwicklung der Gesellschaft bestehenbleiben; es kann im Zuge der Abwicklung der Gesellschaft auf einen einzigen Gesellschafter oder auf einen Dritten übergehen.

Die rechtliche Natur der Abwicklung der Gesellschaft ergibt sich aus ihrem Zwecke. Durch die Auflösung ist die Gesellschaft in einen neuen Rechtszustand eingetreten. Mit der Auflösung — über ihre rechtliche Natur s. § 131 Anm. 2 — hört die Gesellschaft auf, eine auf Erwerb durch den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtete

Gesellschaft zu sein. An die Stelle dieses Zweckes tritt der Zweck, die persönlichen und vermögensrechtlichen Bindungen der Gesellschafter untereinander zu lösen, insbesondere das in der Gesellschaft gesamthänderisch gebundene Vermögen aus dieser Bindung zu lösen und zur freien Verfügung der bisherigen Gesellschafter zu stellen; RG 123, 155. Das Ziel der Gesellschaft nach der Auflösung ist danach auf ihre **Vollbeendigung**, auf ihr Verschwinden aus dem Rechtsverkehr gerichtet. Die Gesamtheit der auf diese Neuordnung des Rechtsverhältnisses gerichteten Tätigkeit wird als **Auseinandersetzung** im weiteren Sinne bezeichnet, im Gegensatz zu der nach der Abwicklung vorzunehmenden Abrechnung und **Ausgleichung** unter den Gesellschaftern, für die ebenfalls der Ausdruck Auseinandersetzung gebraucht wird; vgl. § 155 Anm. 19 ff. Die Abwicklung ist nach dem Sprachgebrauche der §§ 145, 158 eine Art der Auseinandersetzung.

Die Abwicklung der Gesellschaft unterscheidet sich danach wesentlich von der sog. Abwicklung oder Liquidation des Geschäfts eines Einzelkaufmanns. Bei dieser werden nur die geschäftlichen Beziehungen des Inhabers zu Dritten abgewickelt und das Unternehmen als solches hört auf, zu bestehen. Die rechtliche Stellung des Inhabers zu den Bestandteilen des Geschäftsvermögens oder der an dessen Stelle tretenden Vermögensgegenstände wird grundsätzlich nicht geändert. Durch die Abwicklung der Gesellschaft wird aber gerade die Stellung der Geschäftsinhaber zum bisherigen Gesellschaftsvermögen durch die Beseitigung der gesamthänderischen Bindung und die Verteilung des regelmäßig in Geld umgesetzten Vermögens wesentlich geändert.

Um die Abwicklung einer Gesellschaft handelt es sich nicht, wenn die Erben eines Einzelkaufmanns das von diesem betriebene Unternehmen aufgeben, es also nicht fortführen, sondern abwickeln; denn weder durch den Eintritt der Erbfolge noch durch die Abwicklung entsteht unter ihnen eine Handelsgesellschaft, auch keine Abwicklungsgesellschaft. Für die Erbengemeinschaft kann deshalb auch kein Abwickler durch das Gericht (§ 146 Abs. 2) ernannt werden; OLG München in HRR 1937 Nr. 1593. Die Erben können aber zum Zwecke des Betriebs des Unternehmens durch Abschluß eines Gesellschaftsvertrages eine offene Handelsgesellschaft errichten, § 105 Anm. 65 ff.

Anm. 2 Zur Erreichung ihres neuen Zweckes bleibt nach der Auflösung der Gesellschaft vorerst der Personenverband und die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens bestehen; RG 54, 281; in JW 1901, 654¹²; KGJ 25 A 78; 27 A 276. Nur die Organisation der Gesellschaft wird dem veränderten Zwecke angepaßt; RG 54, 281; KG in DNotVZ 1926, 490. Über die Rückgängigmachung der Auflösung und **Fortsetzung als werbende Gesellschaft** s. § 131 Anm. 13 ff. und BGH 8, 35; BGH WM 64, 152

II. Die Abwicklung der Gesellschaft als gesetzliche Regel

Anm. 3 1. § 145 Abs. 1 stellt in Übereinstimmung mit Art. 133 ADHGB den Grundsatz auf, daß nach der Auflösung der Gesellschaft die Abwicklung stattfindet. Das Gesetz verfügt damit, daß die Gesellschaft in der Regel mit der Auflösung ohne weiteres in den Abwicklungszustand tritt und die zur Herbeiführung der Vollbeendigung erforderlichen Abwicklungshandlungen nach näherer Vorschrift des fünften Titels vorzunehmen hat. Der Zustand der Abwicklung tritt somit mit der Auflösung ohne weiteres ein, auch wenn die Gesellschafter diese Folge nicht gewollt haben; BayObLG in HRR 1934 Nr. 1042. Nur wenn sie eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart haben, d. h. wenn sie ihren Willen, daß eine andere Art der Auseinandersetzung erfolgen solle, durch Vertrag bekundet haben, unterbleibt die Abwicklung; RG 25, 257; in SeuffA 84, 216; in HRR 1931 Nr. 1689. Dann muß aber eine Auseinandersetzung anderer Art stattfinden; **die Gesellschaft kann nicht dauernd im Zustande der Auflösung bleiben**, Anm. 7.

Die Gesellschaft führt die Abwicklung selbst durch ihre dafür bestimmten Organe, die Abwickler, soweit erforderlich, unter Mitwirkung der Gesellschafter durch. Die Abwicklung erfolgt somit nicht in Gestalt eines gerichtlichen oder sonstigen behördlichen Verfahrens. Es kann deshalb auch nicht von einer gerichtlichen Abwicklung gesprochen werden. Die Tätigkeit des Gerichts, bei Berufung und Abberufung von Abwicklern, dient nur der Förderung der von der Gesellschaft auszuführenden Abwicklung.

Die Abwicklung geschieht **im Interesse der Gesellschafter**, um nach Wegfall des ursprünglichen Gesellschaftszweckes das gesellschaftliche Band zu lösen und den Gesellschaftern die freie Verfügung über das gebundene Vermögen zurückzugeben. Die Abwicklung erfolgt somit nicht im Interesse der Gesellschaftsgläubiger. Anders als bei den Kapitalgesellschaften bestehen für die Abwicklung der Gesellschaft **keine Gläubigerschutzvorschriften**. Sie sind auch für die Abwicklungszeit vom Gesetze für entbehrlich angesehen worden, weil die Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern persönlich und unbeschränkt haften. Eine gesetzliche Frist für die Abwicklung oder die sonstige Art der Auseinandersetzung besteht nicht. Sie ist, sobald die Gesellschaft aufgelöst ist, von den dazu Berufenen unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, durchzuführen. Die Gesellschafter können durch Vereinbarungen oder Weisungen an die Abwickler die Durchführung sichern; § 152. Jeder Gesellschafter hat einen Anspruch auf Durchführung der Abwicklung. Dieser kann auch durch Klage gegen die Gesellschaft, vertreten durch die Abwickler, gegen die Abwickler selbst und, soweit die Mitgesellschafter zur Mitwirkung, z. B. durch Abstimmung oder bei den erforderlichen Anmeldungen zum Handelsregister (§ 148) verpflichtet sind, auch gegen diese, auch im allgemeinen Gerichtsstand der Gesellschaft, durchgesetzt werden; ROHG 22, 204; RG in DJZ 30, 1521. Ein klagbarer Anspruch der Gesellschaftsgläubiger auf Durchführung der Abwicklung besteht nicht.

2. Daß die Gesellschaft nicht ins **Handelsregister** eingetragen ist, bildet kein **Ann. 4** Hindernis für die Auseinandersetzung, auch nicht für die Abwicklung nach den §§ 145 ff. Soweit im Abwicklungszustande eine Eintragung nötig ist (§§ 148, 157), muß aber zuerst die Anmeldung und Eintragung erfolgen; KG im OLGR 41, 202.

Daß die Gesellschaft, wenn auch nicht durch Eintragung, so doch durch Beginn der Geschäfte nach außen wirksam geworden ist (vgl. § 123), ist nicht notwendig die Voraussetzung für eine Auseinandersetzung und Abwicklung. Aber sie richtet sich dann nach den Vorschriften über die Auseinandersetzung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts; DürHach. Anm. 3. Insbesondere ist für Anmeldungen zum Handelsregister dann kein Raum.

8. Die Abwicklung unterbleibt,

wenn sie gegenstandslos ist, etwa deshalb, weil keinerlei Aktivvermögen vorhanden ist, RG 40, 31, BGH BB 57, 489; Hueck § 31 II 3; vgl. auch Anm. 7. Dieser Fall ist nicht gegeben, wenn das Aktivvermögen nur mit Pfandrechten zugunsten von Gesellschaftsgläubigern belastet ist und nach deren Befriedigung für die anderen Gläubiger oder die Gesellschafter nichts mehr übrig bleibt. Dann können immer noch Abwicklungshandlungen, d. h. Handlungen zur Herbeiführung der Vollbeendigung der Gesellschaft, erforderlich sein, z. B. die Mitwirkung bei der Verwertung des Aktivvermögens zugunsten der bevorzugten Gläubiger, bei der Berichtigung des Grundbuchs, bei Löschungsbewilligungen. Sind die in § 149 aufgeführten Maßnahmen (Beendigung der Geschäfte, Einziehung der Forderungen, Versilberung des Vermögens und Befriedigung der Gläubiger) schon vor der Auflösung ergriffen (sog. **stille Abwicklung**), das verbleibende Vermögen aber noch nicht an die Gesellschafter verteilt worden, so hat mangels einer anderen Vereinbarung der Gesellschafter die Abwicklung stattzufinden, um diese Verteilung gemäß § 155 vorzunehmen (abw. die 2. Aufl., wie hier: Schlegelberger-Gessler 27, Hueck § 31 II 3 FuBn. 4).

Ann. 5

Kommen solche Abwicklungshandlungen nicht mehr in Frage, so können auch die Gesellschafter, die einen Gesellschaftsgläubiger befriedigt haben und aus diesem oder einem sonstigen Grunde **Ausgleichsansprüche** gegen die Mitgesellschafter haben, weil sie etwa nach dem Gesellschaftsvertrage im inneren Verhältnisse in geringerem Maße als geschehen, beizutragen haben, diese Ansprüche alsbald und unmittelbar gegen die Mitgesellschafter geltend machen. Es bedarf dazu keiner Abwicklungshandlung. Sie können deshalb auch die Vornahme einer solchen nicht verlangen. Dies gilt auch dann, wenn noch unbefriedigte Gläubiger vorhanden sind und mit der Inanspruchnahme der Gesellschafter durch diese zu rechnen ist. Ergibt sich dadurch ein Bedürfnis zu einem neuen Ausgleich, so hindert dies den Ausgleich der bisherigen Leistungen nicht; RG 40, 32; in LZ 08, 534³. Um einen nochmaligen Ausgleich zu vermeiden, können die Gesellschafter eine allgemeine (etwa durch öffentliche Bekanntmachung) oder eine

besondere Aufforderung an die Gesellschaftsgläubiger zur Geltendmachung ihrer Ansprüche richten, zu diesem Zwecke auch die Bücher und Schriften der Gesellschaft einsehen.

III. Die Ausnahmen von der gesetzlichen Regel

1. Der Konkursfall.

Anm. 6 Die Abwicklung nach den Vorschriften des fünften Abschnitts ist ausgeschlossen und kann auch nicht durch Vereinbarung der Gesellschafter angeordnet werden, wenn über das Vermögen der Gesellschaft das Konkursverfahren eröffnet worden ist. Dann erfolgt die Abwicklung der Gesellschaft nach den im öffentlichen Interesse erlassenen und somit zwingenden Vorschriften der Konkursordnung durch den Konkursverwalter; dabei handelt es sich in erster Linie um die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger. Die Gesellschaft und die Gesellschafter haben nur Anspruch auf das nach Befriedigung der Gläubiger oder einer sonstigen Erledigung des Konkurses verbleibende Vermögen. Sie haben deshalb auch keinen Einfluß auf den Gang des Verfahrens. Die alleinige Verwaltung und Verfügung über das Gesellschaftsvermögen liegt in der Hand des Konkursverwalters; vgl. über den Gesellschaftskonkurs auch § 131 Anm. 23. Das Konkursverfahren schließt auch den Fortgang eines bereits durch andere Auflösungsgründe, z. B. Tod oder Konkurs über das Privatvermögen eines Gesellschafters, in Lauf gekommenen Abwicklungsverfahren aus.

Nach Beendigung des Konkursverfahrens findet die Abwicklung nach den Vorschriften des fünften Titels statt, wenn dann noch ein Bedürfnis zur Vornahme von Abwicklungshandlungen besteht, insbesondere wenn noch ungeteiltes Vermögen vorhanden ist oder Rechtshandlungen namens der Gesellschaft vorzunehmen sind, z. B. die Erteilung einer Löschungsbewilligung für eine Hypothek, die der Sicherung einer getilgten Gesellschaftsordnung diente; ROHG 16, 289; RG 40, 31. Auch hier tritt die Abwicklung ohne weiteres ein, wenn nicht die Gesellschafter etwas anderes vereinbaren; RG in LZ 10, 546⁴. Auch eine vor Konkurseröffnung im Laufe befindliche Abwicklung kann unter den angegebenen Voraussetzungen wieder aufgenommen werden; RG im Recht 1910 Nr. 1654. Die früher bestellten Abwickler treten wieder in Tätigkeit. Neben dem Konkursverfahren kann ein Abwicklungsverfahren hergehen, wenn Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, das nicht zur Konkursmasse gehört, z. B. wenn Grundstücke vorhanden sind, die der Konkursverwalter wegen Überlastung mit Hypotheken nicht zur Masse gezogen, sondern freigegeben hat, oder wenn der Gesellschaft nach Konkurseröffnung nicht zur Masse gehörendes Vermögen zugefallen ist. Die Eröffnung eines gerichtlichen **Vergleichsverfahrens** schließt das Abwicklungsverfahren nicht aus. Es wirkt auf dieses nur ein wie ein Vergleichsverfahren über das Vermögen eines Einzelkaufmanns. Wird ein sog. Liquidationsvergleich geschlossen, so hat die Abwicklung nach Maßgabe des Vergleichs zu erfolgen. Ein Zwangsvergleich ist von den Abwicklern auch sonst zu beachten; wegen der Einzelheiten vgl. die Erläuterungsbücher zur Vergleichsordnung.

Anm. 7 2. Die Gesellschafter können eine **andere Art der Auseinandersetzung** vereinbaren und damit die Abwicklung der Gesellschaft nach den Vorschriften des fünften Titels ausschließen. Diese Vorschriften enthalten somit nachgiebiges Recht, insoweit als an Stelle der Abwicklung eine andere Art der Auseinandersetzung treten kann. Dagegen kann nicht vereinbart werden, daß die Auseinandersetzung nach der Auflösung überhaupt nicht stattfinden, die Gesellschaft also dauernd im Auflösungsstande verbleiben, insbesondere die gesamthänderische Bildung des Gesellschaftsvermögens unlöslich sein solle. Eine solche Vereinbarung wäre mit dem Zweck der Auflösung, die auf Beendigung der Gesellschaft abzielt, unvereinbar.

Wollen die Gesellschafter mit einer Vereinbarung des Unterbleibens einer Auseinandersetzung nur aussprechen, daß sie gegenseitig keine Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis haben, daß jeder das behalten soll, was er an Gesellschaftsvermögen im tatsächlichen Besitz hat, und sind weitere Abwicklungshandlungen nicht nötig, so liegt darin eine zulässige Art der Auseinandersetzung; DürHach. Anm. 6; vgl. die folgende Anm.

Zulässig ist die Vereinbarung, daß die Auseinandersetzung, auch die Abwicklung für absehbare Zeit **aufgeschoben** wird, wenn hierfür ein verständiger Grund gegeben ist (BGH 1, 324 = LM § 145 Nr. 1 m. Anm. v. Fischer). Dies kann im Interesse der Auseinandersetzung geboten sein, z. B. um einen günstigen Zeitpunkt für die Veräußerung des Unternehmens als Ganzes oder seiner Bestandteile abzuwarten, oder damit die Gesellschafter sich über die Fortsetzung der Gesellschaft (vgl. § 131 Anm. 13 ff., § 144) schlüssig machen können. Unter Umständen liegt in der Vereinbarung der Verschiebung auf bestimmte Zeit ein Fortsetzungsbeschluß. Ist die Fortsetzung nicht beschlossen worden, so darf die Verschiebung der Auseinandersetzung nicht dazu mißbraucht werden, um sie überhaupt auszuschließen.

Für die Bestimmung der Art der Auseinandersetzung besteht Vertragsfreiheit. Es kommen namentlich die in Anm. 8—17 beschriebenen Arten der Auseinandersetzung in Betracht.

a) Die Übernahme durch einen Gesellschafter hat die Vollbeendigung der Gesellschaft zur Folge (§ 142 Anm. 14, OLG Oldenburg BB 55, 237). Der Übergang des Gesellschaftsvermögens geschieht durch **Gesamtrechtsnachfolge**, indem dem Übernehmenden die Anteile der anderen Gesellschafter **anwachsen** (§ 142 Anm. 15). Diese Regel des § 142 gilt auch für die vertragliche Übernahme (§ 142 Anm. 22, Schlegelberger-Gessler 14, Hueck § 31 V 1) und auch dann, wenn die Gesellschaft aus mehr als zwei Gesellschaftern besteht (§ 142 Anm. 2). Die Übernahme des Geschäfts durch einen Gesellschafter als eine andere Art der Auseinandersetzung bedarf der Zustimmung der anderen Gesellschafter (BGH DB 58, 1241). Ein Mehrheitsbeschluß genügt in der Regel auch dann nicht, wenn der Gesellschaftsvertrag vorsieht, daß die Auflösung der Gesellschaft mit Dreiviertelmehrheit beschlossen werden kann (BGH WM 66, 876). Im übrigen gilt das in Anm. 9—13 Gesagte. **Anm. 8**

b) Die Gesellschaft veräußert das Geschäft mit Aktiven und Passiven mit oder ohne das Recht zur Fortführung der Firma an einen Dritten; ROHG 24, 147; OLG Hamburg in OLGR 19, 131; wegen der Notwendigkeit der ausdrücklichen Einwilligung aller Gesellschafter s. RG 162, 374, § 126 Anm. 3. Geschieht dies, so ist für eine Abwicklung in der für diese typischen Form (§ 149) und damit auch für eine Tätigkeit von Abwicklern kein Raum. Es findet nur noch die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern, durch Verteilung des Reinvermögens und Feststellung der Ausgleichsansprüche statt; RG in JW 1908, 686²⁵; KG in OLGR 43, 291; in DNotVZ 1929, 341/42. Auch eine Auseinandersetzung in dieser beschränkten Art fällt weg, wenn der Erwerber des Geschäfts nach dem Veräußerungsvertrag jedem Gesellschafter seinen Anteil an dem Erwerbspreise unmittelbar auszuzahlen und eine Ausgleichung unter den Gesellschaftern nicht stattzufinden hat; OLGR 43, 291. **Anm. 9**

Dagegen ist eine Abwicklung nicht entbehrlich, wenn nur für einen Teil des Vermögens eine besondere Art der Auseinandersetzung vereinbart ist, etwa des Inhalts, daß nur das Hauptgeschäft oder eine Zweigniederlassung als Ganzes zu veräußern ist oder daß die Veräußerung ohne oder nur mit einem Teil der Passiven erfolgt oder daß nur bestimmte Vermögensstücke, z. B. die Grundstücke von der Abwicklung ausgeschlossen sind; dann sind im übrigen die gesetzlich vorgeschriebenen Abwicklungshandlungen vorzunehmen; KGJ 33 A 188 = OLGR 21, 387; KGJ 39 A 106; BayObLG in LZ 17, 681; RFH in StuW 27 Nr. 475 (wegen der Zulässigkeit der Übertragung der Firma bei einer Teilveräußerung vgl. § 22 Anm. 29; OLG Braunschweig in OLGR 40, 181). Solange solches Vermögen vorhanden ist, ist auch noch ein Gesellschaftskonkurs möglich; DürHach. Anm. 8. Eine Abwicklung kann auch nötig sein, wenn nach dem Vertrag über die Veräußerung des Gesellschaftsvermögens als Ganzes der Erwerber die Gegenleistung nicht an die einzelnen Gesellschafter, sondern an die Gesellschaft zu leisten hat, insbesondere wenn die Gegenleistung nicht in Geld, sondern in Sachwerten (wie Wertpapieren, z. B. Aktien) besteht und diese erst wieder in Geld umgesetzt werden müssen oder zunächst gemeinsam verwaltet werden sollen. Die Gegenleistung wird dann Gesellschaftsvermögen, das der Abwicklung unterliegt, auch im Verhältnis zu Dritten als solches zu behandeln ist. Haben die Gesellschafter nur vereinbart, daß bestimmte Vermögensgegenstände gemeinschaftliches Eigentum bleiben sollen, so bilden sie insofern in Zukunft eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts; im übrigen hat **Anm. 10**

dann die Abwicklung stattzufinden; RFH in StuW 31 Nr. 357; RG 155, 75. Hat die Gesellschaft bei der Veräußerung des Unternehmens die Haftung für den Eingang der übertragenen Außenstände übernommen, so sind ebenfalls noch Abwicklungshandlungen erforderlich, insbesondere wenn zur Erfüllung dieser Verpflichtung noch rückständige Beiträge einzuziehen sind; RG in BankA 14, 69.

Anm. 11 Ist das Geschäft mit der Firma veräußert, hat aber nach vorstehendem noch eine Abwicklung stattzufinden, so muß die Abwicklungsgesellschaft eine **neue Firma** annehmen, wenn dies für die Durchführung der Abwicklung, insbesondere für den Verkehr mit Dritten erforderlich ist; denn die Abwicklung ist ein Teil des Handelsgewerbes. Solange die Gesellschaft Geschäfte dieser Art vornimmt, z. B. Außenstände einzieht, Anschaffungen zur Erfüllung von Lieferungsverträgen macht, Prozesse führt, kann sie als typische Firmengesellschaft nur unter einer Firma auftreten; handelt es sich nur noch um das innere Verhältnis unter den Gesellschaftern, wie die Verteilung des Erlöses, und damit zusammenhängende Geschäfte, wie Abhebung des Bankguthabens, oder um vereinzelte Rechtsgeschäfte mit Dritten (Erteilung von Quittungen, Löschungsbewilligungen), so ist für die Annahme einer neuen Firma, die alsbald wieder gelöscht werden müßte, kein Bedürfnis vorhanden; solche vereinzelte Rechtshandlungen können, ebenso wie nach Beendigung einer Abwicklung erforderliche Handlungen, unter dem Namen der Gesellschafter mit dem Zusatz „als Gesellschafter der früher . . . firmierenden Gesellschaft“ vorgenommen werden; OLG Kolmar in KGJ 37 A 317; KG in KGJ 39 A 106; RG 107, 33 unter Abweichung von RG 85, 397; § 22 Anm. 49; vgl. auch § 158 Anm. 4; Ritter § 157 Anm. 1; Brand § 153 Anm. 4; a. A. Schultze-Görlitz in DNotVZ 1909, 650. Da die Annahme einer anderen Firma eine Änderung des Gesellschaftsvertrags enthält, kann sie nur nach den für eine solche Änderung geltenden Vorschriften, also regelmäßig unter Mitwirkung aller Gesellschafter, erfolgen.

Anm. 12 Ist das Unternehmen ohne Firma veräußert worden, so ist im Zweifel als vereinbart anzusehen, daß noch unter der alten Firma eingehende Postsendungen demjenigen auszuhändigen sind, der das Geschäft weiterführt, und daß die anderen Beteiligten ihre Einwilligung dazu erteilt haben; RG 55, 121. Postsendungen, die nach ihrem Inhalt mit dem Unternehmen nichts zu tun haben, hat der Erwerber dann an die Veräußerer herauszugeben.

Die Übertragung des Geschäfts mit Aktiven und Passiven erstreckt sich, wenn nichts anderes vereinbart ist, auch auf die dazugehörigen **Handelsbücher** und Schriften; ROHG 19, 416. Den früheren Gesellschaftern steht aber deren Einsicht nach Maßgabe des § 810 BGB zu; ROHG 7, 73; RG 43, 135.

Anm. 13 Die Haftung des Erwerbers für die im Geschäftsbetrieb begründeten Verbindlichkeiten ist in den §§ 25 HGB und § 419 BGB geregelt, s. die Erl. zu § 25.

Wegen der Form des Erwerbs des Unternehmens vgl. § 22 Anm. 5 u. 20.

Anm. 14 c) Die Veräußerung des Unternehmens oder des gesamten Vermögens der Gesellschaft kann auch fiduziarisch (treuhänderisch) erfolgen, also mit der Verpflichtung des Übernehmers als **Treuhänder**, das Unternehmen allmählich abzuwickeln, das Vermögen in Geld umzusetzen, die Firma löschen zu lassen und den Reinerlös unter die Gesellschafter nach dem Maßstabe ihrer Beteiligung an der Gesellschaft so zu verteilen, wie wenn diese abgewickelt worden wäre; OLG Dresden in SeuffA 69 Nr. 84. Dann findet eine Abwicklung der Gesellschaft nicht statt. Die Abwicklung ist vielmehr durch eine andere Art der Auseinandersetzung ersetzt; Hueck § 31 V 3. Wegen dieser Bedeutung eines solchen Geschäfts geht es über die Vertretungsmacht der vertretungsberechtigten Gesellschafter und der Abwickler hinaus und bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter; RG 162, 370 = DR 1940, 806²³ mit Anm.; vgl. § 149. Die Übertragung an einen Treuhänder kann auch durch einen **Liquidationsvergleich** zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erfolgen, vgl. BGH 26, 126 = L M § 155 Nr. 1 m. Anm. v. Fischer = JZ 58, 401 m. Anm. v. Hueck.

Anm. 15 d) **Umgründung, Umwandlung.** Statt der Abwicklung kann auch die Auseinandersetzung in der Weise vereinbart werden, daß das Unternehmen mit Aktiven und Passiven in eine bestehende oder von den bisherigen Gesellschaftern allein oder mit Dritten erst zu errichtende Aktiengesellschaft oder GmbH oder als Kommanditeinlage in eine Personengesellschaft oder in eine stille Gesellschaft als Einlage des Stillen eingebracht wird; RG in

JW 1908; 686²⁵; KG in DNotVZ 1929, 341; Schlegelberger-Gessler 17; Hueck § 31V4. Darin liegt zugleich die Veräußerung des Unternehmens; vgl. die vorhergehenden Anmerkungen. Die Gesellschaft oder auch die einzelnen Gesellschafter können dabei als Gründer der anderen Gesellschaft auftreten. Sie erhalten als Gegenleistung Beteiligungen, z. B. Aktien oder Geschäftsanteile der zu gründenden Gesellschaft. Bei Einbringung des Unternehmens in eine bestehende Gesellschaft können sie ebenfalls Beteiligungen erhalten. Erhält die aufgelöste Gesellschaft nach dem Veräußerungs- und Einbringungsvertrag die Anteile, so kann sie sie in Natur an ihre Gesellschafter verteilen oder veräußern und den Erlös verteilen; OLG Kiel in DNotVZ 1930, 135 Nr. 5a; RG 74, 6. Wegen der Zulässigkeit einer solchen Auseinandersetzungsvereinbarung im Gesellschaftsvertrag vgl. § 132 Anm. 15.

Der Einbringungsvertrag bedarf des für die Teilnahme an der Gründung oder den Beitritt zu der betreffenden Gesellschaft erforderlichen Inhalts und der hierfür erforderlichen Form; insbesondere muß eine im Gesellschaftsvertrage der offenen Handelsgesellschaft enthaltene Vereinbarung, auch wenn sie in Gestalt eines Vorvertrages geschieht, diesen Erfordernissen genügen.

Aufgrund der §§ 40ff. des Umwandlungsgesetzes in der Fassung vom 6. 11. 1969 (BGBl. I 2081) kann jetzt auch eine oHG (KG) in eine AG oder GmbH umgewandelt werden, was ursprünglich (Umwandlungsgesetz vom 12. 11. 1956) nur umgekehrt möglich war. Der Umwandlungsbeschluß bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter, §§ 42, 48. Führt die Kapitalgesellschaft das Handelsgeschäft weiter, so kann sie die Firma der oHG fortführen. Die Umwandlung wird mit der Eintragung der Kapitalgesellschaft in das Handelsregister wirksam. Damit geht das Vermögen im Wege der Gesamtnachfolge auf die Kapitalgesellschaft über. Die oHG ist aufgelöst, ihre Firma erloschen, was von Amts wegen einzutragen ist, §§ 44, 49. Mit dieser Eintragung beginnt die Verjährung des § 159 (§ 45).

Anm. 15a

e) Ausschluß der Abwicklung. Zulässig ist eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage, daß niemals eine Liquidation der Gesellschaft, d. h. die gewöhnliche Abwicklung nach der gesetzlichen Regel, eintreten solle, daß vielmehr, wenn nicht unter den Gesellschaftern eine Einigung über die Art der Auseinandersetzung erreicht werde, die Gesellschafter nur berechtigt seien, zu verlangen, daß das Geschäft mit Aktiven und Passiven unter ihnen oder ihren Rechtsnachfolgern versteigert oder als Ganzes an Dritte verkauft werde. Eine solche Vereinbarung schließt die Auseinandersetzung einer aufgelösten Gesellschaft nicht aus, sondern bestimmt nur die Art der Auseinandersetzung. Soll die Vereinbarung für den Fall der Kündigung durch einen Gesellschafter gelten, so ist im Zweifel die Vereinbarung dahin auszulegen, daß dem Kündigenden das Wahlrecht zusteht. Es handelt sich dabei nicht um eine wahlweise geschuldete Leistung (§ 262 BGB), sondern um die Bestimmung der Leistung nach billigem Ermessen eines Gesellschafters (§ 315 BGB). Darin liegt keine unzulässige Beschränkung des Kündigungsrechts; § 132 Anm. 15.

Anm. 16

f) Statt der Abwicklung kann auch Naturalteilung vereinbart werden (Schlegelberger-Gessler 18, Hueck § 31 V 5). Es können die einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens oder auch zusammengehörige Teile, z. B. Haupt- und Zweigniederlassungen unter die Gesellschafter verteilt werden; KG in OLG 43, 289; RG 106, 128. In diesem Falle findet keine Anwachsung statt. Es sind vielmehr die einzelnen Vermögensstücke zu übertragen. Werden Grundstücke in dieser Weise verteilt oder einem einzelnen Gesellschafter überlassen oder wird das Gesamthandseigentum in Bruchteilseigentum umgewandelt, so bedarf die Vereinbarung der Form des § 313 BGB. Auch ist Auflassung erforderlich; vgl. KGJ 33 A 184; vgl. auch § 105 Anm. 42. Auch die sonst für die einzelne Rechtsänderung vorgeschriebene Form ist einzuhalten; vgl. z. B. § 15 GmbHG. Im übrigen kann die Vereinbarung formlos erfolgen. Eine Abwicklung ist in diesen Fällen entbehrlich, wenn keine Gesellschaftsschulden vorhanden sind oder sie von den Gesellschaftern bei der Teilung der Aktiven übernommen werden. Andernfalls muß insofern eine Abwicklung stattfinden.

Anm. 17

3. Der Abschluß einer Auseinandersetzungsvereinbarung kann auch nach Abschluß des Gesellschaftsvertrags, auch erst nach der Auflösung der Gesellschaft erfolgen. Da sie der Ordnung der inneren Verhältnisse der Gesellschaft dient,

Anm. 18

muß die Vereinbarung den Erfordernissen einer Änderung des Gesellschaftsvertrages genügen. Es ist also die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich, wenn nicht nach dem Gesellschaftsvertrag, und zwar unzweideutig auch für derartige Vertragsänderungen, Mehrheitsbeschlüsse zugelassen sind; § 119 Anm. 12; RG 114, 393 = JW 1926, 2887. Bedürfen Vertragsänderungen nach dem Gesellschaftsvertrag der Zustimmung eines Dritten, so ist auch diese einzuholen.

- Anm. 19** 4. Die Befugnis, eine andere Art der Auseinandersetzung anzuordnen, kann durch den Gesellschaftsvertrag oder eine nachträgliche Vereinbarung auch einem einzelnen Gesellschafter oder einem Dritten eingeräumt werden.
Auch einem Schiedsgericht kann diese Befugnis eingeräumt werden; Schlegelberger-Gessler 25. Wegen der Form des Schiedsvertrags vgl. §§ 1025ff. ZPO; vgl. auch RG 146, 22.
- Anm. 20** 5. Die Vereinbarung bedarf auch wenn geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Gesellschafter beteiligt sind, nicht der **vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung**, auch wenn Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehören und in Natur verteilt werden oder das Gesamthandseigentum in Bruchteilseigentum umgewandelt werden soll; denn es handelt sich nicht um eine Verfügung über das Privatvermögen des Gesellschafters, sondern um eine solche über das Gesamtvermögen, die auch vor Auflösung der Gesellschaft, selbst bei einer Veräußerung an Dritte, nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf; RG 54, 278; vgl. auch RG 122, 370; DürHach. Anm. 14; BGH 38, 26; Hueck § 31 III. Schlegelberger-Gessler 22 hält die Genehmigung für nötig, wenn eine von den üblichen Arten abweichende Art der Auseinandersetzung vereinbart werden soll, weil hierfür die in der Genehmigung zur Eingehung des Gesellschaftsvertrages liegende stillschweigende Genehmigung für übliche Änderungen nicht ausreiche. Die Geschäftsunfähigkeit usw. kann aber auch nach Gründung der Gesellschaft eingetreten sein. Im einen wie im anderen Fall handelt es sich um ein Sondervermögen, das nicht wie sonstiges Vermögen des einzelnen Gesellschafters zu behandeln ist; die Verfügung über dieses richtet sich nur nach den gesellschaftsrechtlichen Regeln.
- Anm. 21** Bestritten ist, ob eine Auseinandersetzungsvereinbarung, nach der das Geschäft als Ganzes auf einen Gesellschafter oder einen Dritten übertragen wird, der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 3, § 1643 Abs. 1 BGB bedarf; bejahend: RG 122, 370 = JW 1929, 630² mit Anm. daselbst und S. 1649; BayObLGZ 21, 222; KG in OLGR 40, 96; OLG Dresden in SächsA 1924, 73; Hueck § 31 III. Dieser Auffassung ist zuzustimmen, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Vereinbarung nicht bereits aufgelöst ist (ebenso Schlegelberger-Gessler und Hueck a. a. O.). Die genannten Vorschriften des BGB wollen dem nicht oder nicht unbeschränkt Geschäftsfähigen nur Schutz gewähren gegen den Verlust seiner Beteiligung, der durch eine Handlung des Verfügungsbeschränkten oder seines gesetzlichen Vertreters eintritt, nicht gegen einen solchen, der auf Grund einer anderen Tatsache (die Auflösung der Gesellschaft) und als deren gesetzliche Regel ohnedies, wenn auch vielleicht in anderer Weise (durch Abwicklung des Geschäfts) eintreten würde. Die Genehmigung ist jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn man annimmt, daß auch die Abwickler das Geschäft als Ganzes ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung veräußern dürfen; vgl. die Erl. zu § 149; RG 65, 227 = JW 1907, 303⁸; DürHach. Anm. 14; RG 122, 370 hält es für allein entscheidend, daß ein Erwerbsgeschäft veräußert werde.
- Anm. 22** Soll nach der Vereinbarung der verfügungsbeschränkte Gesellschafter das Geschäft als Alleininhaber übernehmen, so bedarf es dazu nach dem Sinne des § 1822 Nr. 3 der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, da das Geschäft künftig allein auf sein Risiko geht, und dieses dadurch erheblich verstärkt wird; DürHach. Anm. 14; Hueck § 31 III, Schlegelberger-Gessler 22.
- Anm. 23** 6. Die Auseinandersetzungsvereinbarung bedarf, auch wenn sie nach Auflösung der Gesellschaft getroffen wird, nicht der Zustimmung der Abwickler, auch wenn diese bereits in Tätigkeit getreten sind. Diese haben vielmehr auch in diesem Falle den Anordnungen der Gesellschafter Folge zu leisten; § 152.
- Anm. 24** Soll nach der Vereinbarung der Gesellschafter überhaupt keine Abwicklung stattfinden, so erreicht die bereits begonnene ihr Ende. Die Befugnisse der

Abwickler erlöschen; KGJ 39 A 111. Sie haben über ihre Tätigkeit Rechnung zu legen und können Entlastung verlangen.

Die Vereinbarung macht die inzwischen erfolgte Abwicklung und die einzelnen Abwicklungshandlungen nicht rückwirkend unwirksam; BayObLG in HRR 1934 Nr. 1042 mit Rechtsprechungs- und Schrifttumsnachweisen. Aus der Vereinbarung kann sich aber — auch durch Vertragsauslegung — die Verpflichtung der Gesellschaft und ihrer Organe ergeben, bereits getroffene Maßnahmen tunlichst rückgängig zu machen. Die Rechte Dritter, die durch die Tätigkeit der Abwickler entstanden sind, und die sich daraus ergebenden Ansprüche der Gesellschaft, werden durch die Beendigung der Abwicklung, wenn sie nicht ihrem Inhalt nach die Fortdauer der Abwicklung voraussetzen, nicht berührt.

Wer die andere Art der Auseinandersetzung vorzunehmen hat, bestimmen die Gesellschafter; regelmäßig in der Vereinbarung, andernfalls durch in der Regel einstimmigen Beschluß. Treffen sie keine Bestimmung, so sind nur alle Gesellschafter gemeinsam dazu berufen; § 146 Abs. 1 gilt dann sinngemäß.

7. Vertragmäßige Abweichung von den einzelnen Vorschriften über die Abwicklung. Anm. 25

Statt der völligen Ausschließung der gesetzlichen Abwicklung und deren Ersetzung durch eine andere Art der Auseinandersetzung können die Gesellschafter auch vereinbaren, daß die Abwicklung zwar stattfindet, aber in anderer Weise als es das Gesetz als Regel vorschreibt. So kann vereinbart werden, daß die Veräußerung bestimmter Vermögensgegenstände zuerst oder zuletzt erfolgen oder daß zur Schuldentilgung zunächst der Erlös aus der Veräußerung bestimmter Gegenstände verwendet werden soll. Es kann auch vereinbart werden, daß ein Teil des Vermögens in Natur unter die Gesellschafter verteilt wird, im übrigen aber die Abwicklung stattfindet. Eine Vereinbarung über die Abwicklung liegt auch vor, wenn das Geschäft nur mit den Aktiven an einen Gesellschafter oder einen Dritten veräußert werden soll; dann muß im übrigen die Abwicklung stattfinden. Wenn von der Veräußerung des Unternehmens im ganzen bestimmte Teile ausgeschlossen werden, so liegt ebenfalls nicht ein Ausschluß der Abwicklung überhaupt, sondern eine Vereinbarung über deren Beschränkung auf die ausgenommenen Vermögensstücke und die neben der Veräußerung des Unternehmens erforderlichen Abwicklungshandlungen vor. Eine bloße Vereinbarung über die Durchführung der Abwicklung enthält die Abrede, daß bei Streit über die Auseinandersetzung die Entscheidung durch Schiedsrichter zu erfolgen habe. Das Schiedsrichteramt kann auch nicht als Gesellschafter beteiligten Abwicklern übertragen werden; vgl. RG 54, 278.

8. Beschränkung der Befugnis der Gesellschafter zu Auseinandersetzungsvereinbarungen im Interesse der Gläubiger. Anm. 26

Da die Auseinandersetzung nur im Interesse der Gesellschafter erfolgt und Gläubigerschutzbestimmungen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger nicht bestehen, so sind die Gesellschafter an Vereinbarungen über die Art der Auseinandersetzung, insbesondere an der Ersetzung der gesetzlichen Abwicklung durch eine andere Art der Auseinandersetzung nicht dadurch gehindert, daß die Gesellschaftsgläubiger noch nicht befriedigt sind (Hueck § 31 III). Diese können sich, auch wenn die Abwicklung unterbleibt, an das Gesellschaftsvermögen und an die einzelnen Gesellschafter halten; § 128. Im Einzelfall können aber die Auseinandersetzungsvereinbarungen, durch die die gesetzliche Abwicklung ausgeschlossen oder geändert wird, nach § 3 des Anfechtungsgesetzes (§§ 29 ff. KO) anfechtbar sein, wenn sie zum Nachteile der Gläubiger erfolgt sind; DürHach. Anm. 15. Die Gesellschaftsgläubiger können z. B. durch die Ausschüttung des Gesellschaftsvermögens an die einzelnen Gesellschafter schon dadurch benachteiligt sein, daß das Gesellschaftsvermögen der ausschließlichen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger entzogen wird und daß sie beim Vorgehen gegen den einzelnen Gesellschafter mit dessen Privatgläubigern konkurrieren müssen. Ist durch das ihrem Anspruch zugrunde liegende Rechtsverhältnis die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, so würde ihnen durch die Verteilung dieses Vermögens sogar jedes Befriedigungsobjekt entzogen werden. Die Privatgläubiger können benachteiligt sein, wenn ihr Schuldner durch die Auseinandersetzungsvereinbarung mit einer dem Werte des Gesellschaftsvermögens nicht entsprechenden Summe abgefunden wird; RG in JW 1919, 34. Jedoch müssen, um die Anfechtung durchgreifen zu lassen, zu der objektiven Benachteiligung die weiteren Voraussetzungen

der Anfechtungsbestimmungen, insbesondere in subjektiver Beziehung, hinzukommen; vgl. die Erläuterungen zu den genannten Gesetzen. In den beiden nachfolgend behandelten Fällen des Abs. 2 gewährt das HGB darüber hinaus den Privatgläubigern eines Gesellschafters einen besonderen Schutz.

IV. Auflösung durch Gläubigerkündigung oder Gesellschafterkonkurs

- Anm. 27** 1. Ist die Gesellschaft durch Kündigung des Gläubigers eines Gesellschafters oder durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst, so kann die Liquidation nur mit Zustimmung des Gläubigers oder des Konkursverwalters unterbleiben; **Abs. 2.** Danach muß ein Zugriff zugunsten der Gläubiger auf das in der Beteiligung des Schuldners liegende Vermögensobjekt durch bestimmte Rechtsakte, nämlich Kündigung der Gesellschaft nach § 135, oder Konkurseröffnung über das Privatvermögen des Gesellschafters erfolgt sein. Es genügt nicht, daß die Ansprüche gegen den Gesellschafter eingeklagt sind oder daß er bereits verurteilt ist. Nicht einmal die Pfändung des Auseinandersetzungsguthabens genügt. Es muß die Kündigung und als deren Folge die Auflösung der Gesellschaft hinzukommen (§ 131 Nr. 6, § 135) oder es muß infolge der Eröffnung des Privatkonkurses über das Vermögen des Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft eingetreten sein (§ 131 Nr. 5). Liegen diese Voraussetzungen vor, so darf die Abwicklung nur mit Zustimmung des kündigenden Gläubigers oder des Konkursverwalters unterbleiben. Eine Vereinbarung über eine andere Art der Auseinandersetzung ist dem kündigenden Gläubiger oder dem Konkursverwalter gegenüber nicht nur unwirksam, wenn sie nach der durch Kündigung oder Konkurseröffnung erfolgten Gesellschaftsauflösung getroffen wird, sondern auch dann, wenn sie nach der Pfändung des Auseinandersetzungsguthabens erfolgt; denn mit diesem staatlichen Rechtsakte verliert der Schuldner das Verfügungsrecht über das zugunsten der Gläubiger beschlagnahmte Vermögensobjekt; § 804 ZPO. Er kann deshalb vom Eintritt dieser Wirkungen an ohne Zustimmung des pfändenden Gläubigers oder des Konkursverwalters auch keine andere Art der Auseinandersetzung mehr vereinbaren.
- Anm. 28** 2. Die Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens allein hat diese Wirkung noch nicht. Ist aber gegen den Vergleichsschuldner ein allgemeines oder ein den Auseinandersetzungsanspruch umfassendes besonderes **Veräußerungsverbot** ergangen (§§ 50 ff. VglO) — so ist eine später getroffene Auseinandersetzungsvereinbarung den Vergleichsgläubigern gegenüber nur wirksam, wenn sie mit Zustimmung des Vergleichsverwalters erfolgt (das gleiche gilt, wenn im Konkurseröffnungsverfahren, § 106 KO, ein Veräußerungsverbot ergangen ist) —; DürHach. Anm. 16; vgl. Jaeger-Weber KO § 106 Anm. 3 ff.
- Anm. 29** 3. Nach dem Wortlaute des Abs. 2 ist die Zustimmung des pfändenden Gläubigers oder des Konkursverwalters nur nötig, wenn die Auflösung der Gesellschaft gerade durch die Kündigung oder die Eröffnung des Privatkonkurses eingetreten ist; sie wäre danach nicht erforderlich, wenn die Auflösung aus anderen Gründen eingetreten ist, z. B. durch den Tod eines Gesellschafters, und wenn während der Abwicklung oder sonstigen Auseinandersetzung dann der Privatkonkurs eines Gesellschafters eingetreten oder die Pfändung seines Auseinandersetzungsguthabens stattgefunden hat. Der Zweck der Vorschrift wie auch des § 131 Nr. 5 u. 6, § 135, den Gläubigern den Zugriff auf das gesellschaftlich gebundene Vermögen ihres Schuldners zu erleichtern und zu sichern, sprechen jedoch für die **ausdehnende Anwendung des Abs. 2** auch auf diesen Fall. Abs. 2 will nicht eine Sondervorschrift wegen der besonderen Ursache der Gesellschaftsauflösung aufstellen, sondern den allgemeinen Schutz der Gläubiger, der schon in der Beschlagnahme durch Pfändung und Konkurseröffnung liegt, für das Gesellschaftsrecht verwirklichen oder seine Anwendbarkeit auf dieses klarstellen. Demgemäß ist die Zustimmung des Forderungsberechtigten auch erforderlich, wenn der Gesellschafter seinen Auseinandersetzungsanspruch einem Dritten abgetreten oder verpfändet hat. Der Forderungserwerber oder Pfandgläubiger hat allerdings nicht das dem pfändenden Gläubiger zustehende Kündigungsrecht und die damit verbundene Möglichkeit, die Auflösung der Gesellschaft und die Auseinandersetzung zu erreichen. In allen genannten Fällen hat aber der ursprüngliche forderungsberechtigte Gesellschafter sein

Verfügungsrecht über den Auseinandersetzungsanspruch verloren oder es ist doch zugunsten der Rechtserwerber eingeschränkt. Der Anspruch der Rechtserwerber auf dieses Guthaben kann zu deren Nachteil nicht durch nachträgliche Auseinandersetzungsvereinbarungen der Gesellschafter geändert oder beeinträchtigt werden; Schlegelberger Anm. 30, 31, 35; Ritter Anm. 3a, 5; für den Fall, daß eine Abweichung zum Nachteil des Abtretungsempfängers oder des Pfandgläubigers vereinbart wird; RG 90, 20; 91, 431; in JW 17, 539¹; überhaupt ablehnend, weil in der Ausübung des Zustimmungsrechts ein Eindringen in die inneren Verhältnisse der Gesellschaft liege, § 145 Abs. 2 enthalte eine Ausnahmebestimmung: Hueck § 31 IV 3.

4. Bestritten ist, ob Abs. 2 auch eine **vor der Beschlagnahme** des Auseinandersetzungsguthabens (vgl. vorstehende Anm. 27) erfolgte Vereinbarung einer anderen Art der Auseinandersetzung unwirksam macht, ob also, wenn eine solche Beschlagnahme erfolgt ist, die Gläubiger stets den Anspruch auf Abwicklung der Gesellschaft nach den gesetzlichen Regeln der §§ 145ff. haben, wenn sie oder der Konkurs- oder Vergleichsverwalter nicht einer anderen Art der Auseinandersetzung zustimmen; bejahend: u. a. Brand Anm. 2 b 8; Wieland I 963 Anm. 9; verneinend: Ritter Anm. 2 b; DürHach. Anm. 16; Schlegelberger-Gessler 30; Hueck § 31 IV 1 u. 2. Die erste Ansicht wäre nur begründet, wenn Abs. 2 den Gläubigern oder dem Konkursverwalter ein über das Recht des Gesellschafters hinausgehendes selbständiges Recht einräumen würde. Für diese Annahme ergibt aber weder der Wortlaut des Gesetzes noch sein Zweck einen genügenden Anhalt. Abs. 2 will nur das Recht der Gläubiger auf das in der Gesellschaft steckende Vermögen ihres Schuldners sichern. Wie sonst muß aber der Gläubiger sich mit dem Vermögen begnügen, wie es durch die bis zur Beschlagnahme erfolgten rechtmäßigen, nicht wegen Gläubigerbenachteiligung anfechtbaren Verfügungen des Schuldners, insbesondere durch Verträge mit Dritten sich gestaltet hat. Ein Grund, den Gläubigern gerade dann, wenn der Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältnis herrührt, weitergehende Rechte zu gewähren, ist nicht ersichtlich. Auseinandersetzungsvereinbarungen, besonders wenn sie im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage erfolgen, z. B. über das Übernahmerecht der übrigen Gesellschafter, dienen meist berechtigten Belangen der Mitgesellschafter oder der Allgemeinheit (Erhaltung des Unternehmens); vgl. § 138 Anm. 1, § 141 Anm. 1. Würden sie bei der Auflösung der Gesellschaft durch den Vermögenszerfall eines Gesellschafters nicht gelten, so würden sie gerade in den Fällen, in denen sie von besonderer Bedeutung sein könnten, ihren Wert verlieren.

Anm. 30

Wegen der üblichen Vereinbarungen und der der Vertragsfreiheit, namentlich mit Rücksicht auf die Belange der Gläubiger durch das allgemeine Recht gezogenen Grenzen vgl. § 135 Anm. 24, § 138 Anm. 35, § 141 Anm. 23.

5. Neben der Zustimmung des Konkursverwalters im Privatkonkurse des Gesellschafters ist die **Zustimmung des Gesellschafters** nicht erforderlich, da während des Konkurses der Konkursverwalter allein über den Auseinandersetzungsanspruch verfügt; § 146 Abs. 3; Schlegelberger-Gessler Anm. 33.

Anm. 31

Im Fall der Kündigung der Gesellschaft durch einen Privatgläubiger bedarf eine Auseinandersetzungsvereinbarung auch der Zustimmung des Gesellschafters; denn der Gläubiger hat auf das Auseinandersetzungsguthaben nur Anspruch in Höhe seiner Forderung; der überschießende Betrag gebührt dem Gesellschafter. Er hat schon deshalb ein Interesse daran, wie die Gesellschaft auseinandergesetzt wird. Der Gläubiger nimmt auch nicht selbst an der Auseinandersetzung teil. Diese erfolgt vielmehr nur unter Mitwirkung des Gesellschafters. Dieser gilt auch im Falle des § 135 als an der Abwicklung beteiligt; vgl. auch §§ 146 Abs. 2 Satz 2, 147, 152. Der Gläubiger hat nur Anspruch auf das Ergebnis der Auseinandersetzung; vgl. § 135 Anm. 19; Schlegelberger-Gessler Anm. 34; Hueck § 31 IV 1.

Anm. 32

6. Haben mehrere Privatgläubiger gekündigt, so ist die Zustimmung aller erforderlich, da die Beschlagnahme zugunsten aller wirkt.

Anm. 33

7. Ein Ausschluß der gesetzlichen Abwicklung durch Vereinbarung einer anderen Art der Auseinandersetzung liegt nicht vor, wenn die Abwickler in Erfüllung ihrer Aufgabe (§ 149) zwecks Versilberung der Masse das Unternehmen als Ganzes veräußern. Es ist deshalb auch nicht die in Abs. 2 vorgesehene Zustimmung des Privatgläubigers oder des Konkursverwalters über sein Vermögen einzuholen.

Anm. 34

Anm. 35 8. Die Erteilung der Zustimmung liegt im freien Ermessen desjenigen, dessen Zustimmung erforderlich ist. Wird sie **verweigert**, so können die übrigen oder der einzig übrig bleibende Gesellschafter von dem ihnen etwa zustehenden Ausschließungs- oder Übernahmerecht Gebrauch machen; § 141, § 142 Abs. 2.

Anm. 36 Das **Fehlen der erforderlichen Zustimmung** hat die Unwirksamkeit der Auseinandersetzungsvereinbarung nach Abs. 1 zur Folge, jedoch nur im Verhältnis zu demjenigen, dessen Zustimmung nicht beigebracht worden ist.

Die Rechtswirksamkeit der in Ausführung einer Auseinandersetzungsvereinbarung mit Dritten vorgenommenen Rechtshandlungen, z. B. der Veräußerung des Unternehmens an einen Dritten, wird durch das Fehlen der Zustimmung des Konkursverwalters oder des pfändenden Gläubigers allein nicht berührt, wenn die namens der Gesellschaft Handelnden zu deren Vertretung befugt waren. Ist die Auseinandersetzungsvereinbarung unwirksam, so befindet sich die Gesellschaft auf Grund der Auflösung in der gesetzlichen Abwicklung und wird deshalb nach außen durch die Abwickler, nicht etwa durch die nach § 125 vertretungsberechtigten Gesellschafter vertreten; §§ 149 ff. Da sämtliche Gesellschafter aber die Abwicklung selbst gemeinsam übernehmen können, so können sie auch ein einzelnes Rechtsgeschäft, wie die Veräußerung des Unternehmens, vornehmen; im Ergebnis ebenso DürHach. Anm. 17.

Anm. 37 9. Abs. 2 enthält, da er im Interesse der Gläubiger gegeben ist, **zwingendes Recht**. Seine Anwendung kann nicht durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden. Er findet deshalb auch auf die Gesellschaften Anwendung, die vor Inkrafttreten des neuen Handelsgesetzbuchs entstanden sind, wenn die Auflösung der Gesellschaft nach diesem Zeitpunkt eingetreten ist.

§ 146

Die Liquidation erfolgt, sofern sie nicht durch Beschluß der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern oder anderen Personen übertragen ist, durch sämtliche Gesellschafter als Liquidatoren. Mehrere Erben eines Gesellschafters haben einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen.

Auf Antrag eines Beteiligten kann aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren durch das Gericht erfolgen, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat; das Gericht kann in einem solchen Falle Personen zu Liquidatoren ernennen, die nicht zu den Gesellschaftern gehören. Als Beteiligter gilt außer den Gesellschaftern im Falle des § 135 auch der Gläubiger, durch den die Kündigung erfolgt ist.

Ist über das Vermögen eines Gesellschafters der Konkurs eröffnet, so tritt der Konkursverwalter an die Stelle des Gesellschafters.

Inhaltsübersicht

Inhalt der Vorschrift	Anm. 1, 2	2. Geltungsbereich	Anm. 12
I. Die Abwicklung durch alle Gesellschafter als gesetzliche Regel, Abs. 1 Satz 1		3. Rechtsstellung des gemeinsamen Vertreters	Anm. 13
1. Allgemeines	Anm. 3	4. Verpflichtung der Erben zur Bestellung	Anm. 14, 15
2. Die Organstellung des Abwicklers	Anm. 4	5. Folgen der Nichtbestellung	Anm. 16
3. Geschäftsfähigkeit und gesetzliche Vertretung	Anm. 5	6. Nachträgliche Bestellung	Anm. 17
4. Ausschluß vom Betrieb eines Handelsgewerbes	Anm. 6	7. Bestellung durch das Gericht	Anm. 18
5. Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters, Abs. 3	Anm. 7	8. Bestellung eines Miterben, Mitgesellschafters oder Dritten	Anm. 19
6. Vergleichsverfahren	Anm. 8	9. Die Annahme der Bestellung	Anm. 20, 21
7. Gläubigerkündigung	Anm. 9	10. Das Rechtsverhältnis zwischen den Miterben und dem Vertreter	Anm. 22, 23
8. Rechtsnachfolger in der Gesellschaftstellung	Anm. 10	11. Tod eines Gesellschafters nach der Auflösung der Gesellschaft	Anm. 24, 25
II. Die Erben eines verstorbenen Gesellschafters im Abwicklungsverfahren, Abs. 1 Satz 2		12. Abweichende Vereinbarungen	Anm. 26
1. Voraussetzungen	Anm. 11	13. Nachlaßkonkurs und Nachlaßverwaltung	Anm. 27
		14. Testamentsvollstreckung	Anm. 28

III. Beginn und Ende des Abwickleramtes	Anm. 29	13. Wegfall des Berufenen	Anm. 43
IV. Die Berufung des Abwicklers durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschuß		14. Berufung nach der Auflösung	Anm. 44
1. Einstimmiger oder Mehrheitsbeschuß	Anm. 30	15. Einfluß des Wegfalls auf die Stellung der übrigen Abwickler	Anm. 45
2. Möglichkeiten der Berufung	Anm. 31	V. Die gerichtliche Ernennung der Abwickler, Abs. 2	
3. Mitwirkungsberechtigte	Anm. 32	1. Allgemeines	Anm. 46
4. Stimmrecht	Anm. 33	2. Nur aus wichtigem Grund	Anm. 47
5. Einschränkende Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages	Anm. 34	3. Nur Auf Antrag eines Beteiligten	Anm. 48, 49
6. Nichtgesellschafter und juristische Personen als Abwickler	Anm. 35	4. Zeitpunkt der Ernennung	Anm. 50—53
7. Geschäftsfähigkeit	Anm. 36	5. Antrag und Verfahren	Anm. 54—57
8. Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters	Anm. 37	6. Keine Bindung des Gerichts an Anträge	Anm. 58, 59
9. Gesellschaftsgläubiger	Anm. 38	7. Rechtsmittel	Anm. 60
10. Auslegung aus den Umständen	Anm. 39	8. Keine einstweilige Verfügung	Anm. 61
11. Verpflichtung des berufenen Gesellschafters — Vergütung	Anm. 40	9. Abs. 2 ist zwingend	Anm. 62
12. Annahme durch den berufenen Dritten — Vergütung	Anm. 41, 42	10. Verpflichtung zur Übernahme	Anm. 63, 64
		11. Eintritt der Wirksamkeit	Anm. 65
		12. Rechtsstellung des ernannten Abwicklers	Anm. 66
		13. Keine richterliche Kontrolle	Anm. 67
		14. Die Vergütung des Abwicklers	Anm. 68

Da mit der Auflösung der Gesellschaft der bisherige Zweck der Gesellschaft, der Betrieb eines Handelsgewerbes, weggefallen ist, sind damit auch die Befugnisse der zur Erfüllung dieser Aufgabe berufenen Organe, der geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Gesellschafter erloschen. § 146 Abs. 1 Satz 1 bestimmt, daß die neue Aufgabe der Gesellschaft, die Abwicklung, durch Abwickler zu geschehen hat. Er beruft dazu, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, sämtliche Gesellschafter. Abs. 1 Satz 2 regelt die Vertretung der Erben eines verstorbenen Gesellschafters, Abs. 3 die Stellung eines in Konkurs geratenen Gesellschafters während der Abwicklung. Abs. 2 Satz 2 enthält eine Bestimmung über die Beteiligung eines Privatgläubigers, der von dem Kündigungsrecht nach § 135 Gebrauch gemacht hat. Abs. 2 Satz 1 spricht endlich die Befugnis des Gerichts zur Ernennung von Abwicklern aus.

Abs. 3 ist neu ins HGB aufgenommen. Die übrigen Vorschriften stimmen dem Inhalte nach mit Art. 133 ADHGB überein.

Die Stellung der Abwickler beruht entweder auf dem Gesetz oder auf dem Willen der Gesellschafter oder auf einer Entscheidung durch den Richter.

I. Die Abwicklung durch alle Gesellschafter als gesetzliche Regel

1. Sofern nicht durch Beschluß der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt ist, erfolgt die Abwicklung der Gesellschaft durch sämtliche Gesellschafter als Abwickler; Abs. 1 Satz 1. Die Vorschrift stimmt mit der gesetzlichen Regel für die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft während des Betriebes des Handelsgewerbes (§§ 114, 125) überein. Wie das Gesetz als Regel annimmt, daß alle Gesellschafter im Betriebe des Handelsgewerbes tätig sind, überträgt es ihnen als Regel auch die gemeinsame Ausführung der Abwicklung. Für beide Entwicklungszustände läßt es abweichende Parteivereinbarungen zu. Es überträgt aber die für den Betrieb des Handelsgewerbes von den Gesellschaftern gewählte Regelung nicht ohne weiteres auf die Abwicklung. Was für den ersten Zustand paßt, braucht nicht für die Abwicklung gewollt zu sein und zu passen, weil eben die Aufgaben der Abwicklung und die dabei zu beachtenden Belange der Gesellschafter ganz andere sein können als beim Betriebe des Handelsunternehmens. Die Gesellschafter können Grund haben, den Betrieb des Handelsgewerbes bestimmten Gesellschaftern zu überlassen, bei der Abwicklung, insbesondere bei der Feststellung und Loslösung ihres in der Gesellschaft festgelegten Vermögens aber selbst mitzuwirken. Die gesetzliche Regel des Abs. 1 Satz 1 über die Vornahme der Abwicklung durch alle Gesellschafter gilt des-

halb auch dann, wenn die Geschäftsführung und Vertretung bis zur Auflösung abweichend vom Gesetz geordnet war. Diese besondere Regelung und die sich daraus ergebenden besonderen Verwaltungsbefugnisse einzelner Gesellschafter und die Ausschließung anderer von der Verwaltung hören mit der Auflösung der Gesellschaft von selbst auf; ROHG 7, 71. Sämtliche Gesellschafter sind nach der gesetzlichen Regel vom Zeitpunkt der Auflösung an gleichberechtigte Abwickler, auch die bisher von der Geschäftsführung oder Vertretung ausgeschlossenen und auch die Kommanditisten, § 177 Anm. 44. Dies gilt auch für die durch richterliches Urteil von der Geschäftsführung oder Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter, §§ 117, 127; Hueck § 32 IV 2 Fußn. 23; Schlegelberger-Gessler 2. Diese Ausschließung sollte die Belange der Gesellschaft als Handelsunternehmen wahren. Der Grund der Ausschließung ist mit dem Aufhören dieses Betriebes in Wegfall gekommen; an der Abwicklung sind auch die von der Verwaltung ausgeschlossenen Gesellschafter in gleicher Weise interessiert wie die übrigen. Die zur Geschäftsführung oder Vertretung Berufenen können unter Umständen sogar zur Abwicklung weniger geeignet sein als die anderen. Soweit ein Gesellschafter durch seine Eigenart oder sein Verhalten die Belange der Gesamtheit bei der Abwicklung gefährdet, kann er abberufen werden, § 147. Auch liegt ein gewisser Schutz darin, daß nach der Regel des § 150 mehrere Abwickler nur gemeinschaftlich handeln können, während entsprechend den Bedürfnissen des Handelsgewerbes jeder Geschäftsführer und Vertreter für sich allein zum Handeln berechtigt ist; §§ 114, 125.

Anm. 4 2. Die Abwickler nehmen wie die geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Gesellschafter oder die Vorstände und Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften die Stellung von **Organen** ein. Sie sind, auch wenn sie durch Dienstvertrag oder Auftrag bestellt sind, Prinzipale, nicht Handlungsgehilfen; OLG Hamburg in OLGR 16, 95.

Wegen der Möglichkeit der Übertragung der Abwicklerstellung oder der Ermächtigung zu einzelnen Handlungen, wegen der Zulässigkeit der Bestellung von Bevollmächtigten der Abwicklungsgesellschaft, insbesondere von Prokuristen, durch die Abwickler vgl. § 149 Anm. 4, 39f.; § 150.

Anm. 5 3. Ist ein Gesellschafter geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, z. B. minderjährig oder entmündigt, so ist er doch zur Mitwirkung bei der Abwicklung berufen. Seine Befugnisse und Pflichten als Gesellschafter und als Abwickler werden dann durch seinen **gesetzlichen Vertreter** wahrgenommen; Schlegelberger-Gessler 2; Hueck § 32 IV 2 b α ; a. M. Ritter Anm. 2, der annimmt, weder die geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Gesellschafter noch ihre gesetzlichen Vertreter hätten Vertretungsmacht; deshalb müßten die Gesellschafter insofern durch Vereinbarung oder Beschluß für Ersatz sorgen oder nach Abs. 2 verfahren. Die Belange des Gesellschafters werden aber durch den gesetzlichen Vertreter des selbst an der Mitwirkung verhinderten Gesellschafters besser gewahrt, als wenn auch dieser an der Mitwirkung bei der Abwicklung verhindert ist; aus dem Wesen der Abwicklungsgesellschaft ergibt sich kein stichhaltiger Grund, der gegen die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters spricht. Da auch eine juristische Person oder eine offene Handelsgesellschaft Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft sein kann, sind auch diese zur Abwicklung berufen. Sie sind Abwickler, nicht ihre vertretungsberechtigten Organe (Vorstand, Geschäftsführer, vertretungsberechtigte Gesellschafter). Diese üben nur im Namen der von ihnen Vertretenen die Tätigkeit des Abwicklers aus. Als Abwickler sind deshalb auch die Gesellschaften, nicht ihre Vertreter einzutragen; OLG Karlsruhe in JW 1925, 2017⁵ und 2338² mit Anm.; KG in JW 1930, 1410².

Wer für die nicht selbst handlungsfähigen Personen oder Gesellschaften die Abwicklungstätigkeit auszuüben hat, ergibt sich teils aus den die Vertretung dieser Personen regelnden besonderen gesetzlichen Bestimmungen, z. B. aus § 78 AktG, teils aus den Gesellschaftsverträgen und Satzungen der betreffenden Körperschaften.

Mehrere Vormünder üben ihre Tätigkeit gemeinschaftlich aus, wenn nicht das Vormundschaftsgericht einem von ihnen bei der zulässigen Verteilung der Wirkungskreise die Wahrung der Stellung des Mündels als Gesellschafter zugewiesen hat; § 1797 BGB.

Über eheliches Güterrecht vgl. § 105 Anm. 25ff.

4. Auch wer zum Betriebe des Handelsgewerbes der Gesellschaft nicht zugelassen ist, etwa weil ihm die Befugnis dazu durch behördliche Anordnung, z. B. durch gerichtliches Urteil, entzogen ist, ist, da es sich nach der Auflösung nicht mehr um den Betrieb des Handelsgewerbes handelt, zur Abwicklung zugelassen. Soweit aber das Handelsunternehmen fortgeführt wird, ist er von der Mitwirkung dabei ausgeschlossen; notfalls muß er durch das Gericht abberufen werden § 147. **Anm. 6**

5. Auch der Gesellschafter, über dessen Vermögen das **Konkursverfahren** eröffnet worden ist, bleibt Gesellschafter und nimmt an der Auseinandersetzung teil. Aber da die Beteiligung an der Gesellschaft zur Konkursmasse gehört, steht dem Konkursverwalter das alleinige Verwaltungs- und Verfügungsrecht darüber zu; § 6 KO. Der Konkursverwalter übt deshalb auch die Tätigkeit als Abwickler aus. Er ist selbst kraft seines Amtes Abwickler, handelt also nicht als Vertreter des Gemeinschuldners oder der Konkursmasse. Er tritt „an die Stelle des Gesellschafters“; **Abs. 3**; Ritter Anm. 2. Deshalb ist auch er als Abwickler anzumelden und einzutragen, und zwar unter Hervorhebung seiner Stellung als Konkursverwalter. Im Falle des Nachlaßkonkurses über das Vermögen eines verstorbenen Gesellschafters ist der Nachlaßkonkursverwalter Abwickler; Anm. 27; a.M. Ritter Anm. 8. Der Gemeinschuldner kann nicht an Stelle des Konkursverwalters zum Abwickler bestellt werden. Dagegen kann er neben dem Konkursverwalter, durch Beschluß aller Gesellschafter mit Zustimmung des Konkursverwalters, oder durch das Gericht zum weiteren Abwickler bestellt werden; DürHach. Anm. 3. **Anm. 7**

Der Konkursverwalter tritt nur insoweit an die Stelle des gemeinschuldnerischen Gesellschafters, als es seine Aufgabe als Verwalter der Konkursmasse erfordert, also für die Abwicklung der Gesellschaft. Dazu gehört auch eine Vereinbarung oder ein Beschluß, daß die Abwicklung bestimmten Personen übertragen wird. Dagegen hat er nichts zu tun mit Wahrnehmung von **Gesellschafterrechten**, die mit der Feststellung und Verwaltung des Auseinandersetzungsguthabens nicht zusammenhängen. Insofern über der Gesellschafter selbst die Gesellschafterrechte aus, z. B. wenn es sich um die Änderung der Gesellschaftsfirmen oder sonstige Änderungen des Gesellschaftsvertrags handelt, durch die das Auseinandersetzungsguthaben nicht berührt wird; Ritter Anm. 8.

War nach dem Gesellschaftsvertrag der einzelne Gesellschafter nicht zur Abwicklung berufen, so wird es auch nicht der Konkursverwalter über sein Vermögen. Denn nach Abs. 3 tritt er nur an die Stelle des Gesellschafters; Hueck § 32 IV 2b γ ; a. A. Wieland S. 699.

Die Stellung des Konkursverwalters als Abwickler endigt mit seiner Stellung als Konkursverwalter, sei es durch Wechsel in der Person, sei es durch Beendigung des Konkursverfahrens. Ist im letzten Falle die Abwicklung der Gesellschaft noch nicht beendet, so wird der bisherige Gemeinschuldner-Gesellschafter Abwickler.

6. Die Eröffnung des gerichtlichen **Vergleichsverfahrens** über das Vermögen eines Gesellschafters hindert den davon betroffenen Gesellschafter nicht an der persönlichen Ausübung der Tätigkeit als Abwickler der aufgelösten Gesellschaft. Durch die Abwicklung wird das Gesellschaftsverhältnis nur seinem Ende zugeführt. Diese Tätigkeit steht mit dem Zwecke des Vergleichsverfahrens nicht im Widerspruch, sondern ist geeignet, es durch Freimachung des gebundenen Vermögens zu fördern. Das Recht des Gesellschafters zur Verfügung über sein sich aus der Abwicklung ergebendes Auseinandersetzungsguthaben richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften der Vergleichsordnung; vgl. §§ 56 ff. und die Erläuterungsbücher dazu; vgl. auch § 145 Anm. 28. **Anm. 8**

7. Hat ein **Privatgläubiger** eines Gesellschafters nach § 135 gekündigt und dadurch die Auflösung der Gesellschaft herbeigeführt, so ist nicht er, sondern der schuldnerische Gesellschafter Abwickler; Hueck § 32 IV 2b γ . Wegen der Stellung des Gläubigers bei der Abwicklung vgl. § 135 Anm. 19, § 145 Anm. 27 ff. Wegen seiner Stellung als „Beteiligter“ vgl. unten Anm. 48. **Anm. 9**

8. Gesetzliche Abwickler sind nicht nur die ursprünglichen Gesellschafter, sondern auch ihre **Rechtsnachfolger**, in der Gesellschafterstellung, also diejenigen, die vor oder nach Auflösung der Gesellschaft, sei es durch Abtretung der Gesellschafterstellung, sei es durch allgemeine Rechtsnachfolge an die Stelle der ursprünglichen Ge- **Anm. 10**

sellschafter getreten sind. Eine besondere Regelung enthält das Gesetz für die Erben eines verstorbenen Gesellschafters; vgl. die folgende Anm.

II. Die Stellung der Erben eines verstorbenen Gesellschafters im Abwicklungsverfahren

Anm. 11 1. Die Erben eines Gesellschafters sind nicht kraft Erbrechts ohne weiteres Gesellschafter mit derselben Stellung, die der Erblasser in der Gesellschaft einnahm. Sie können dies nur werden, wenn der Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben anordnet; § 139; vgl. auch Anm. 24f., § 147 Anm. 16. Wird die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, so treten seine Erben in ihrer Verbindung als Erbengemeinschaft an die Stelle des Erblassers. Auf Grund dieser Rechtsnachfolge nehmen die Erben wie die anderen Gesellschafter an der Abwicklung oder einer sonstigen Art der Auseinandersetzung (§ 145 Abs. 1) teil. Dies gilt unbeschränkt, wenn ein Erbe vorhanden ist. Er ist auch zum Handelsregister anzumelden, wenn er Abwickler ist; § 148 Abs. 1.

Anm. 12 2. Mehrere Erben eines Gesellschafters bleiben in **Erbengemeinschaft** verbunden (§ 131 Anm. 26; Schlegelberger-Gessler 3). Sie haben einen **gemeinsamen Vertreter** zu bestellen; Abs. 1 Satz 2. Die Vorschrift gilt nur, wenn nicht nach Abs. 1 Satz 1 die Abwicklung einzelnen Gesellschaftern oder anderen Personen übertragen ist. Die Vorschrift gilt auch nur für die in Satz 1 genannte Abwicklung, wie sie sich aus der Umschreibung der Aufgabe der Abwickler in §§ 149ff. ergibt. Dies folgt nicht nur aus der Stellung der Vorschrift im Rahmen der Bestimmungen über die Abwicklung, sondern auch aus ihrem Zweck. Die Abwicklung nach der gesetzlichen Regel erfordert meist eine umfangreiche Tätigkeit. Diese würde erschwert werden, wenn eine größere Anzahl von Erben, die bisher mit der Gesellschaft nichts zu tun hatten, bei allen einzelnen Abwicklungshandlungen mitwirken mußten. Es soll durch die Vorschrift aber auch verhindert werden, daß die Stellung der übrigen Gesellschafter, die für die Gesellschaftsschulden unbeschränkt haften, während die Erben ihre Haftung auf den Nachlaß beschränken können, in dem für die endgültige Gestaltung besonders wichtigen Abwicklungsverfahren durch die Notwendigkeit der Mitwirkung einer größeren Anzahl von Erben beeinträchtigt wird.

Für **sonstige Maßnahmen** der Gesellschafter während des Auflösungszustandes, bei denen es sich meist um vereinzelte Handlungen oder um solche handelt, die für jeden einzelnen Erben ebenso wichtig sein können, wie für die übrigen Gesellschafter, wie z. B. die Änderung des Gesellschaftsvertrages, etwa durch Aufnahme neuer Mitglieder, Beschlußfassung über die Fortsetzung der Gesellschaft, Antrag auf Bestellung oder Abberufung von Abwicklern, Geltendmachung von Ansprüchen gegen die früheren Verwaltungsorgane oder einzelne Gesellschafter (§ 113), Vereinbarungen nach § 145 Abs. 1, Erteilung von Weisungen (§ 152), treffen diese Erwägungen nicht zu. **Die Vorschrift des Abs. 1 Satz 2 gilt deshalb nur für die Abwicklung.** Für Handlungen außerhalb der Abwicklung, insbesondere auch für den Fall, daß statt der Abwicklung eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart ist, ist deshalb ein gemeinsamer Vertreter der Erben nicht zu bestellen und der nach der genannten Vorschrift Bestellte nicht zuständig. Außerhalb der Abwicklung üben vielmehr die Erben in ihrer Verbindung als Erbengemeinschaft die sich aus ihrer Erbenstellung ergebenden Befugnisse aus (wegen der Ausübung des Stimmrechts vgl. unten Anm. 33, § 147 Anm. 6).

Anm. 13 3. Die einzelnen Erben sind nach Abs. 1 Satz 2 nicht selbst Abwickler. Der von ihnen bestellte gemeinsame Vertreter ist **allein Abwickler** an ihrer Stelle und als solcher anzumelden. Im Verhältnis zur Gesellschaft und zu den Mitgesellschaftern übt er allein die Befugnisse eines Abwicklers aus und hat die damit verbundenen Pflichten; Ritter Anm. 6. Er haftet der Gesellschaft für Pflichtverletzungen wie jeder andere Abwickler. Die Erben können weder unmittelbar in seine Tätigkeit eingreifen, noch sind sie dafür persönlich haftbar; vgl. aber Anm. 22; DürHach. Anm. 4; Schwarz Anm. 5.

Eine **Haftung** mit dem Nachlaß nach erbrechtlichen Grundsätzen und nach den Vorschriften des BGB, über die Haftung für Bevollmächtigte ist nicht ausgeschlossen. Die Mitwirkung des Erben bei der Abwicklung ist eine den Erben als solche treffende Verbindlichkeit, § 1967 Abs. 2 BGB. Es besteht kein Grund, die Haftung nicht eintreten zu lassen, wenn statt eines mehrere Erben vorhanden sind. Der oder die Erben haften

mit dem Nachlaß oder auch nach erbrechtlichen Grundsätzen unbeschränkt für Verschulden der Personen, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten bedienen, in gleichem Umfange, wie für eigenes Verschulden, § 278 Abs. 2, vgl. auch § 831 BGB. Die Bevollmächtigten haften den Erben ihrerseits nach dem Rechtsverhältnis, das zwischen ihnen und den Erben besteht; vgl. unten Anm. 22.

Die Erben haben die Bestellung gemeinsam vorzunehmen. Diese hat ohne schuldhaftes Zögern zu erfolgen. Da die Miterben gemeinschaftlich handeln müssen und deshalb ein gegenseitiges Benehmen erforderlich ist, muß ihnen eine angemessene Frist gelassen werden.

4. Alle Erben sind zur Mitwirkung bei der **Bestellung** des gemeinsamen Vertreters **Ann. 14** berechtigt und auch verpflichtet. Dies ergibt sich aus ihrer Stellung als Rechtsnachfolger des verstorbenen Gesellschafters. Es handelt sich somit zunächst um eine gesellschaftlicherliche Pflicht, die auf die Förderung der Auseinandersetzung gerichtet ist. Sie besteht deshalb gegenüber der Gesellschaft und den übrigen Gesellschaftern. Auf die Erfüllung der Verpflichtung können die Erben verklagt werden; da aber alle Miterben bei der Bestellung zusammenwirken müssen, die Ausführung der Handlung also nicht ausschließlich von dem Willen des einzelnen Schuldners abhängig ist, kann die Erfüllung nicht durch Strafen nach § 888 ZPO erzwungen werden; RG 24, 381; DürHach. Anm. 8; Schlegelberger-Gessler 5. Die Erben würden sich aber durch schuldhaftes Nichterfüllung ihrer Verpflichtung aus dem Gesellschaftsverhältnis der Gesellschaft und den übrigen Gesellschaftern schadensersatzpflichtig machen. Die Haftung tritt auch dann ein, wenn durch das Verschulden eines der Miterben die Erfüllung dieser Verpflichtung der Gesamtheit der Erben unterbleibt. Eine Haftung kann auch daraus entstehen, daß die Erben es bei der Auswahl des Vertreters an der erforderlichen Sorgfalt fehlen lassen. Da es sich um die Erfüllung einer Gesellschafterpflicht handelt, ist für das zu vertretende Verschulden § 708 BGB maßgebend (Haftung für die in eigenen Angelegenheiten geübte Sorgfalt des einzelnen Erben nicht des Erblassers). Die Schadensersatzpflicht ist eine solche des Nachlasses und auf diesen beschränkt, solange die Erben nicht unbeschränkt haften und nicht aus anderen Gründen eine persönliche Haftpflicht besteht.

Auch gegenseitig sind sich die Miterben zur Mitwirkung bei der Bestellung des Vertreters verpflichtet. Dies folgt aus ihrer Stellung als Miterben. Es handelt sich um eine Maßregel, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses nötig ist. Eine zur Erhaltung des Nachlasses notwendige Maßregel, die jeder Miterbe ohne Mitwirkung der anderen vornehmen könnte (§ 2038 Abs. 2 BGB), liegt nicht vor. Das HGB regelt den Fall auch besonders und will nur einen gemeinsam, also von allen Gesellschaftern bestellten Vertreter. Unterlassung der Miterben begründet die Schadensersatzpflicht unter den Miterben nach erbrechtlichen Grundsätzen.

Die Bestellung des Vertreters kann nicht durch den Registerrichter durch Ordnungsstrafen nach § 14 erzwungen werden, wohl aber die Anmeldung des bestellten Vertreters, § 148. **Ann. 15**

5. Unterbleibt die Bestellung, so sind die Erben an der Abwicklung **nicht beteteiligt** **Ann. 16**. Sie wird von den übrigen zur Abwicklung Berufenen allein besorgt. Diese sind auch ohne Mitwirkung des fehlenden Erbenvertreters zur Vornahme aller Abwicklungshandlungen im Verhältnis nach innen und außen berechtigt und verpflichtet. Nur die „vorhandenen“ Abwickler haben nach § 150 mangels einer anderen Bestimmung gemeinschaftlich zu handeln; DürHach. Anm. 8; Schlegelberger-Gessler 5.

6. Durch die Unterlassung oder Verzögerung der Bestellung des gemeinsamen Vertreters verlieren die Erben nicht das Recht, **nachträglich** einen solchen zu bestellen; sie werden also dadurch nicht dauernd von der Abwicklung ausgeschlossen; DürHach. Anm. 8; Schlegelberger-Gessler 5. Selbst wenn sie einer Aufforderung der übrigen Gesellschafter oder Abwickler, innerhalb bestimmter Frist einen Vertreter zu bestellen, nicht nachkommen, verlieren sie das Recht zur nachträglichen Bestellung nicht. § 326 BGB ist, auch nur sinngemäß, nicht anwendbar. Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb die Bestellung des Vertreters nicht sollte nachgeholt werden können. Die Erben müssen nur die bisherigen Abwicklungshandlungen der übrigen Abwickler gegen sich gelten lassen, auch diejenigen, die bei Gefahr im Verzuge vorgenommen wurden, bevor die Bestellung des Vertreters überhaupt möglich war. Zur Wirksamkeit ihrer Handlungen nach **Ann. 17**

innen und außen genügt es, daß die vorhandenen Abwickler, soweit erforderlich, gemeinsam gehandelt haben; § 150.

Anm. 18 7. Damit die besonderen Belange der Erben an der Durchführung der Abwicklung gewahrt werden, können einzelne Miterben als Beteiligte die Ernennung eines Abwicklers durch das Gericht nach § 146 Abs. 2 beantragen, wenn eine Einigung unter den Erben nicht zustande kommt.

Auch wenn sich die Bestellung des Bevollmächtigten aus irgend einem Grunde verzögert, kann nach Abs. 2 ein Abwickler durch das Gericht bestellt werden. Jeder Miterbe ist als „Beteiligter“ nach Abs. 2 zur Stellung des Antrages berechtigt; vgl. unten Anm. 49. Der Bestellte bleibt im Amte bis er nach § 147 abberufen ist, wenn nicht seine Ernennung nur „bis zur Bestellung des Vertreters der Erben“ begrenzt war; vgl. unten Anm. 46. Die Erben können den vom Gericht Ernannten nicht selbst abberufen; Schlegelberger-Gessler 5; Keyßner, Die Liquidation der oHG in ZHR 10, 335; Wieland I 696 Anm. 23; KGJ 32A 135. Die nachträgliche Bestellung durch die Miterben ist aber in der Regel ein wichtiger Grund zur Abberufung des gerichtlich bestellten Vertreters gemäß § 147 (Hueck § 32 IV 2b β).

Entstehen der Gesellschaft durch die Ernennung eines Abwicklers durch das Gericht Aufwendungen, so sind die schuldigen Erben ihr ersatzpflichtig; DürHach. Anm. 8.

Anm. 19 8. Als gemeinsamer Vertreter kann jeder Miterbe, aber auch jeder Dritte, auch eine juristische Person (vgl. Anm. 3) bestellt werden. Wer bereits Gesellschafter und in dieser Eigenschaft Abwickler ist, kann, auch wenn er zugleich Miterbe ist, als gemeinsamer Vertreter bestellt werden. Zwar wird sich eine solche wegen der Möglichkeit eines Interessenwiderstreits in der Regel nicht empfehlen, vgl. § 181 BGB. Da aber auch von der Beschränkung des § 181 BGB bei Aufstellung eines Bevollmächtigten befreit werden kann, ist dies auch bei Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters der Erben möglich. Diese müssen sämtlich zustimmen und so ihre besonderen Belange als Erben wahren. Bestellen sie einen anderen Gesellschafter, so schenken sie ihm ihr Vertrauen; für die Zulässigkeit auch Ritter Anm. 6; vgl. auch Schlegelberger-Gessler 5; a.M. DürHach. Anm. 5.

Die Zustimmung der übrigen Gesellschafter ist zur Wirksamkeit der Bestellung nicht erforderlich. Bestehen gegen die Mitwirkung des Bestellten wichtige Gründe, so können sie als Beteiligte seine Abberufung nach § 147 beantragen.

Anm. 20 9. Zur Annahme der Bestellung ist der Bestellte nicht verpflichtet, auch wenn er Miterbe ist, falls nicht auf Grund Vertrages oder aus einem anderen Rechtsgrunde (letztwillige Verfügung, Auflage des Erblassers) eine solche Verpflichtung besteht; Schlegelberger-Gessler 6. Hueck § 32 IV 2b β.

Anm. 21 Die Bestellung erfolgt im Verhältnis zu dem Bestellten durch formlose Einigung zwischen den Erben und dem Bestellten. Im Verhältnis zur Gesellschaft wird sie wirksam durch formlose Mitteilung aller Miterben an die übrigen Gesellschafter. Diese kann auch durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten geschehen.

Anm. 22 10. Das Rechtsverhältnis zwischen den Miterben und dem bestellten Vertreter ist ein Dienstverhältnis, wenn eine Vergütung zu gewähren ist (§§ 641 ff. BGB), ein Auftrag, wenn die Geschäftsbesorgung unentgeltlich zu erfolgen hat (§§ 662 ff. BGB). Im Zweifel ist anzunehmen, daß eine Vergütung zu leisten ist. Nach diesem Rechtsverhältnis bestimmt sich auch, ob und unter welchen Voraussetzungen das Rechtsverhältnis zwischen den Erben, d.h. von sämtlichen Erben gemeinsam jederzeit **widerrufen**, von dem Beauftragten jederzeit **gekündigt** werden. Wenn nicht ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung vorliegt, darf der Beauftragte nur in der Weise kündigen, daß der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäfts anderweit Fürsorge treffen kann, andernfalls haftet er für den durch die unzeitige Kündigung entstandenen Schaden. Aus wichtigem Grund kann er auch dann jederzeit kündigen, wenn er auf das Kündigungsrecht verzichtet hat; § 671. Liegt ein Dienstverhältnis vor, so hängt es von dem Inhalt des Dienstvertrages oder von den Umständen ab, ob ein dauerndes Dienstverhältnis besteht. Dies kann namentlich der Fall sein, wenn mit einer längeren Dauer der Abwicklung zu rechnen ist. Es handelt sich regelmäßig um Dienste höherer Art, für die die Kündigungsfrist des § 622 BGB gilt. Aus wichtigem Grunde kann es von beiden Teilen jederzeit gekündigt werden; falls es sich nicht um ein dauerndes Dienstverhältnis handelt, kann auch ohne wichtigen Grund jederzeit gekündigt werden.

Der Dienstverpflichtete darf auch hier ohne wichtigen Grund nicht zur Unzeit kündigen; § 627 BGB. Die Erben können auf Grund eines einstimmigen Beschlusses die Bestellung widerrufen (kündigen); §§ 622ff., 626, 627, 671, BGB.

Die Vertreterstellung und damit die Eigenschaft als Abwickler erlischt der Gesellschaft und den übrigen Gesellschaftern gegenüber in dem Zeitpunkt, in dem der Widerruf von sämtlichen Erben den sämtlichen übrigen Gesellschaftern mitgeteilt worden ist. Hat der bestellte Vertreter gekündigt, so ist die Kündigung, um gegenüber der Gesellschaft wirksam zu werden, allen übrigen Gesellschaftern durch die Erben mitzuteilen. Der einzelne Miterbe kann nur die von der Kündigung rechtlich verschiedene Abberufung aus wichtigem Grunde beantragen; § 147.

Der Vertreter ist nach den allgemeinen Vorschriften über den Dienstvertrag und den Auftrag an die Weisungen der Erbengemeinschaft gebunden. Für die Erteilung der Weisungen gilt, wie für andere Maßnahmen, § 2038 i. V. m. § 745 BGB. Weisungen, die seiner Aufgabe, den Abwicklungszweck der aufgelösten Gesellschaft zu verwirklichen, zuwiderlaufen, braucht er und darf er nicht befolgen. Er kann den Widerstreit dadurch lösen, daß er aus wichtigem Grunde das Dienst- oder Auftragsverhältnis kündigt.

An Stelle eines weggefallenen Vertreters können die Erben, einen anderen **Vertreter bestellen.** **Anm. 23**

11. Die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters ist auch erforderlich, wenn **nach der Auflösung ein Gesellschafter stirbt** und mehrere Erben hinterläßt. **Anm. 24**

Wenn aber die **Erben selbst Gesellschafter werden**, weil dies im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist (§ 139) oder weil sie auf Grund einer nach dem Erbfall zwischen ihnen und den übrigen Gesellschaftern getroffenen Vereinbarung Gesellschafter mit der vermögensrechtlichen Beteiligung des Erblassers werden, so **entfällt der Grund** für die Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters. Sie sind dann auf Grund ihrer Gesellschafterstellung selbst Abwickler, wenn der Gesellschaftsvertrag oder die mit ihnen beim Eintritt getroffene Vereinbarung nicht etwas anderes bestimmt. Scheiden die Erben innerhalb der Frist des § 139 Abs. 2 aus der Gesellschaft aus, so nehmen sie an der weiteren Abwicklung nicht teil, sondern haben nur Anspruch auf ihr Abfindungsguthaben (wegen dessen Feststellung vgl. § 138 Anm. 17ff., § 139 Anm. 46). Das gleiche gilt, wenn die Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrag bei dem Tode eines Gesellschafters überhaupt nicht aufgelöst, sondern nur unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird; vgl. § 138 Anm. 17ff. **Anm. 25**

12. Von der gesetzlichen Regel des Abs. 1 Satz 2 **abweichende Bestimmungen** können im Gesellschaftsvertrag oder durch spätere Vereinbarungen aller Gesellschafter, auch noch nach der Auflösung der Gesellschaft, getroffen werden. Es kann z. B. vereinbart werden, daß alle Erben Abwickler sind; RG in DNotZ 32, 271; Schlegelberger-Gessler 5) oder daß nur einzelne, mit Namen oder sonst bezeichnete, oder ein Dritter, etwa der Ehemann einer Miterbin an Stelle der Erben Abwickler sein solle. Auch vorübergehend, etwa bis das Hindernis der Bestellung des gemeinsamen Vertreters behoben ist, oder für bestimmte Fälle, wie die Veräußerung des Unternehmens, können durch den Gesellschaftsvertrag oder eine nachträgliche Vereinbarung alle Erben als Abwickler zugelassen werden. Die Miterben haben dann nicht das Recht, einen anderen Abwickler zu bestellen. **Anm. 26**

13. Ein Recht der Miterben zur Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters besteht nicht, wenn über das Vermögen ihres Erblassers der **Nachlaßkonkurs** eröffnet oder die **Nachlaßverwaltung** angeordnet wird. Dann ist der Konkursverwalter oder der Nachlaßverwalter an Stelle des verstorbenen Gesellschafters kraft des ihm gesetzlich zustehenden Verwaltungsrechts (§ 6 KO, § 1985 BGB), Abwickler; Schlegelberger-Gessler 7. Wird der Nachlaßkonkurs oder die Nachlaßverwaltung erst angeordnet, nachdem die Erben bereits einen gemeinsamen Vertreter bestellt haben, so erlöschen dessen Befugnisse ohnes weiteres. **Anm. 27**

14. Ist ein **Testamentsvollstrecker** ernannt, so übt dieser kraft seines Verwaltungsrechts die Befugnisse des Abwicklers aus; §§ 2205, 2208 BGB. Eine Mitwirkung der Erben ist dann ausgeschlossen; DürHach. Anm. 6; Hueck § 32 IV 2 b β; Schlegelberger-Gessler 6; a. A. Ritter Anm. 2, der auch in diesem Falle den Erben als Abwickler ansieht; vgl. auch § 139 Anm. 13. **Anm. 28**

III. Beginn und Ende des Abwickleramtes

Anm. 29 Die nach dem Gesetze zur Abwicklung Berufenen, also die Gesellschafter, werden ohne weiteres mit Eintritt der Auflösung, die an ihrer Stelle als Abwickler Berufenen mit Eintritt in die Stellung, die ihnen das Recht zur Abwicklung verleiht (z. B. als Testamentsvollstrecker) Abwickler nach der Regel des Abs. 1. Ihre Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Abwicklung ergibt sich bei den Gesellschaftern aus ihrer gesellschaftlichen Beteiligung, bei den übrigen dazu Berufenen (Alleinerbe, Vormund, elterlicher Gewalthaber, gesetzlicher Vertreter der Kapitalgesellschaft, Konkursverwalter, Nachlaßverwalter) aus ihrem Recht und ihrer Pflicht, die gesellschaftlichen Befugnisse auszuüben, insbesondere die Gesellschaft nach ihrer Auflösung ihrem Ende entgegenzuführen. Die Auseinandersetzung in der gesetzlichen oder einer vereinbarten Art (§ 145 Abs. 1) ist eben eine Pflicht aller Gesellschafter. Eine Annahmeerklärung ist in diesen Fällen nicht erforderlich. Aus der Pflicht zur Mitwirkung bei der Auseinandersetzung folgt auch, daß sie ihre Stellung nicht willkürlich niederlegen können. Sie können sie aber, wie vor Auflösung der Gesellschaft auch die geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Gesellschafter, **aus wichtigem Grunde** mit sofortiger Wirkung kündigen; § 712 Abs. 2 BGB; § 127 Anm. 24; RG 15, 80; DürHach. Anm. 7; Schlegelberger-Gessler 8; Hueck § 32 IV 3 d; a. M. Ritter Anm. 2, 3, der die Kündigung nur zuläßt, wenn die Geschäftsführung dem einzelnen Gesellschafter übertragen ist, nicht wenn sie ihm kraft Gesetzes neben den übrigen zusteht, weil nach Abs. 1 und § 150 die Abwicklung allen Gesellschaftern gemeinschaftlich obliege. Für Zulässigkeit der Niederlegung der Tätigkeit auch ohne Grund das ältere Schrifttum so Keyßner, ZRH 10, 329.

IV. Die Berufung der Abwickler durch Beschluß der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag

Anm. 30 1. Wie Abs. 1 ausdrücklich ausspricht, sind sämtliche Gesellschafter zur Abwicklung nur berufen, wenn nicht durch Beschluß der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag die Abwicklung einzelnen Gesellschaftern oder anderen Personen übertragen ist. Das Gesetz überläßt es danach den Gesellschaftern, in erster Linie selbst zu bestimmen, wer Abwickler sein soll. Das Gesetz gibt dafür zwei Wege a) die Bestimmung im Gesellschaftsvertrage, b) die Bestimmung durch Gesellschafterbeschluß. Beide Möglichkeiten bestehen selbständig nebeneinander.

Die Bestimmung der Abwickler im Gesellschaftsvertrage kann im ursprünglichen oder in einem abgeänderten Vertrage auch noch nach Auflösung der Gesellschaft erfolgen. Außerhalb des Gesellschaftsvertrages kann die Bestimmung ebenfalls vor oder nach Auflösung der Gesellschaft durch Beschluß der Gesellschafter erfolgen; DürHach. Anm. 9. Eine im Gesellschaftsvertrag enthaltene andere Bestimmung kann dadurch allgemein geändert oder für den Einzelfall außer Wirksamkeit gesetzt werden. Erfolgt sie durch **einstimmigen** Beschluß (§ 119), so ist es Auslegungsfrage, ob darin nach dem Willen der Gesellschafter eine Änderung des Gesellschaftsvertrages enthalten sein soll oder nicht. Der einstimmige Beschluß genügt auch für den Einzelfall, wenn der Gesellschaftsvertrag für Änderungen seines Inhalts weitere Erfordernisse, etwa die Zustimmung eines Dritten, vorsieht, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag ergibt, daß diese Erfordernisse auch für einen Beschluß nach § 146 Abs. 1 gelten sollen; vgl. Anm. 34.

Die Bestimmung der Abwickler kann auch durch **Mehrheitsbeschluß** der Gesellschafter erfolgen, wenn der Gesellschaftsvertrag solche Beschlüsse vorsieht und die Zulässigkeit unzweideutig auch für die hier in Betracht kommenden Beschlüsse ausgesprochen ist; § 119; OLG Karlsruhe in JFG 7, 166; Schlegelberger-Gessler 9.

Ist im Gesellschaftsvertrag oder einem Gesellschafterbeschluß die Abwicklung einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen, so sind damit im Zweifel die anderen von der Abwicklung ausgeschlossen; vgl. § 114 Abs. 2. Mit der Ausschließung von der Geschäftsführung oder Vertretung der werbenden Gesellschaft ist noch nicht ohne weiteres die Ausschließung von der Abwicklung ausgesprochen. Für die eine Maßregel können Gründe bestehen, die für die andere nicht gelten. Auch kann ein Gesellschafter gerade an der Abwicklung ein besonderes Interesse haben.

Durch den Beschluß, einzelnen bestimmten Gesellschaftern oder Dritten, die Abwicklung allein zu übertragen, erfolgt, wenn er nach Beginn der Abwicklung gefaßt ist, indirekt eine Abberufung der bisherigen, in dem neuen Beschluß nicht Berufenen. Denn mit der Wirksamkeit der neuen Bestimmung hören die Befugnisse der nach der bisherigen Regelung berufenen, bereits im Amt befindlichen Abwickler auf. Deshalb muß ein solcher Beschluß auch den gesetzlichen oder vertraglichen Vorschriften über die Abberufung von Abwicklern genügen; § 147. Die Abberufung von Abwicklern geschieht aber nach § 147 durch einstimmigen Beschluß der nach § 146 Abs. 2, 3 Beteiligten. Danach ist nach der Auflösung ein Beschluß nach § 146 Abs. 1, wenn er zugleich eine Abberufung enthält, mit Mehrheit nur zulässig, wenn auch die Abberufung abweichend von der Regel des § 147 durch Mehrheitsbeschluß zulässig ist; eine solche Zulässigkeit kann der Gesellschaftsvertrag auch in beschränktem Umfange bestimmen; darüber, inwieweit dies möglich ist; vgl. § 147 Anm. 7; ebenso Ritter Anm. 5 und zu § 147 Anm. 2. Gegen die Zulässigkeit solcher eine Abberufung enthaltenden Mehrheitsbeschlüsse nach der Auflösung überhaupt: DürHach. Anm. 9.

2. Der Gesellschaftsvertrag oder der Gesellschafterbeschluß kann sich nicht darauf beschränken, lediglich alle Gesellschafter von der Abwicklung auszuschließen, ohne gleichzeitig für die Durchführung der Abwicklung durch andere Personen Sorge zu tragen oder ohne daß statt der gesetzlichen Abwicklung eine andere Art der Auseinandersetzung, die die Abwickler entbehrlich macht, vereinbart wird. Denn auf die Auflösung muß die Abwicklung oder sonstige Auseinandersetzung folgen; vgl. § 145. Dieser Notwendigkeit ist genügt, wenn zwar die gesetzliche Regel, daß alle Gesellschafter Abwickler sein sollen, ausgeschlossen, aber gleichzeitig bestimmt wird, daß die Abwickler nach Auflösung der Gesellschaft oder einer sie auslösenden Kündigung durch Beschluß (auch durch Mehrheitsbeschluß) der Gesellschafter aus einem beschränkten oder unbeschränkten Kreise gewählt werden sollen. Im Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluß kann auch angeordnet werden, daß die Bestimmung der Abwickler oder eines von ihnen durch einen mit Namen genannten Gesellschafter oder ein Schiedsgericht oder einen Dritten, z. B. einen stillen Gesellschafter oder einen die Gesellschaft finanzierenden Gläubiger, zu erfolgen habe, oder daß ein solcher mit stimmberechtigt sei oder daß dessen Zustimmung zur Berufung der Abwickler erforderlich sei; Hueck § 32 IV 2 a; Ritter Anm. 4; DürHach. Anm. 9; a. M. Schlegelberger-Gessler 14. Eine solche Bestimmung kann auch auf einem Vertrag mit dem Dritten, z. B. einem Kreditvertrag, beruhen. Das Bedenken, daß nicht durch „Gesellschaftsvertrag“ einem Dritten solche Rechte übertragen werden können, ist nicht berechtigt. Durch den Gesellschaftsvertrag wird zwar die gesellschaftsrechtliche Seite der Frage geregelt. Da es sich aber nur um die Abwicklung der Gesellschaft und damit nur um die Vermögensverwertung handelt, besteht kein Hindernis, durch Verträge mit Dritten diesen Einfluß auf die Abwicklung einzuräumen. Eine Beschränkung dieser Möglichkeit würde oft die Erhaltung des Unternehmens hindern.

Anm. 81

3. Bei dem Beschluß der Gesellschafter haben nicht nur die im Zeitpunkt der Beschlußfassung vorhandenen Gesellschafter **mitzuwirken**, sondern auch diejenigen, die die Rechte von Gesellschaftern bei der Abwicklung wahrzunehmen haben, also die gesetzlichen Vertreter von Gesellschaftern, die Erben (wegen deren Vertretung durch den gemeinsamen Vertreter vgl. Abs. 1 Satz 2 und oben Anm. 11) der Konkursverwalter eines in Konkurs geratenen Gesellschafter, Abs. 3. Der Gläubiger eines Gesellschafter hat dagegen kein Stimmrecht; vgl. oben Anm. 9.

Anm. 32

4. Erfolgt die Beschlußfassung nach Stimmenmehrheit, so hat jeder Abstimmende nur das **Stimmrecht**, das ihm oder demjenigen, an dessen Stelle er Abwickler ist, zusteht. Mehrere Miterben haben in ihrer Verbindung als Erbengemeinschaft das Stimmrecht des Erblassers. Dies ist namentlich von Bedeutung, wenn das Stimmrecht nach der Kapitalbeteiligung oder in anderer Weise durch den Gesellschaftsvertrag abgestuft ist; auch bei der Abstimmung nach Köpfen kann den Erben eines Gesellschafter nur dessen Stimme zukommen, da andernfalls das Stimmenverhältnis zu Ungunsten der anderen Gesellschafter verschoben würde; sie können das Stimmrecht nur gemeinsam ausüben. In ihrem Innenverhältnis gilt § 2038 BGB.

Anm. 33

- Anm. 34** 5. Der Gesellschaftsvertrag kann das gesetzliche Recht, durch Beschluß der Gesellschafter eine von der gesetzlichen Regel abweichende Anordnung über die Berufung der Abwickler zu treffen, aufheben oder beschränken, z. B. dahin, daß nur beim Wegfall bestimmter Abwickler oder beim Eintritt bestimmter Ereignisse oder nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes eine Beschlußfassung zulässig sei.
- Anm. 35** 6. Die Abwicklung kann auch **Nichtgesellschaftern** übertragen werden. Dadurch unterscheidet sich die Regelung der Abwicklung von der Vertretung des auf Erwerb gerichteten Unternehmens (§ 125), zu der nur Gesellschafter zugelassen sind, während Dritte davon ausgeschlossen sind. Auch eine **juristische Person** oder eine offene Handelsgesellschaft, die nicht Gesellschafterin der aufgelösten Gesellschaft ist, kann Abwickler sein, z. B. eine Treuhandgesellschaft; OLG Karlsruhe in JW 1925, 2017⁵ und 2338³; KG in JW 30, 1410³⁰; Hueck § 32 IV 2 a; Schlegelberger-Gessler 13; a. A. Brodmann JW 1930, 1411; vgl. auch Flater, Behörden als Liquidatoren, DJZ 1903, 318; Ludwig, Juristische Personen als Liquidatoren, JW 1926 1792; Sauerbeck, Treuhandgesellschaft als Liquidator, DJZ 1925, 1118. Daß auch eine juristische Person Abwicklerin sein kann, spricht § 265 Abs. 2 Satz 2 des Aktiengesetzes zur Klärung der auch bei der Aktiengesellschaft bis 1937 streitig gewesenen Frage ausdrücklich aus und anerkennt damit das wirtschaftliche Bedürfnis; vgl. auch oben Anm. 5.
- Anm. 36** 7. Einer geschäftsunfähigen Person kann nicht die persönliche Ausübung der Stellung als Abwickler übertragen werden. Das gleiche gilt von in der **Geschäftsfähigkeit** beschränkten natürlichen Personen. Gegen diese Übertragung bestehen die gleichen Bedenken, die auch die Ausübung der Vertretungsbefugnis durch solche Personen für die werbende Gesellschaft ausschließen; vgl. § 125 Anm. 8 (a. A. Ritter Anm. 3). Allerdings kann eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person Gesellschafter und damit nach der Regel des Abs. 1 auch Abwickler sein. Sie kann diese Befugnisse aber nur durch ihren gesetzlichen Vertreter ausüben; vgl. oben Anm. 5. Danach ist es auch möglich, einen geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Gesellschafter oder Dritten zum Abwickler zu bestellen, aber nur in der Weise, daß die Ausübung der Befugnisse durch seinen gesetzlichen Vertreter erfolgt. Der betreffende Gesellschafter kann etwa wegen seiner besonderen finanziellen Beteiligung ein Interesse daran haben, auf diese Weise an der Abwicklung teilzunehmen. Doch wird diesem Bedürfnisse regelmäßig auch dadurch abgeholfen werden können, daß der gesetzliche Vertreter persönlich nach Abs. 1 oder 2 zum Abwickler bestellt und erforderlichenfalls nach § 147 abberufen wird.
- Anm. 37** 8. Gesellschafter oder Dritte, über deren Vermögen das **Konkursverfahren** eröffnet ist, können von den Gesellschaftern oder von dem Gericht (Abs. 2) als Abwickler berufen werden. Sie sind während der Dauer des Konkursverfahrens nicht geschäftsunfähig. Sie haben nur kein Recht zur Verfügung über ihr dem Konkurse unterworfenen Vermögen; Ritter Anm. 8. In der Regel werden sie für die Stellung als Abwickler ebenso ungeeignet sein, wie für die des Konkursverwalters. Häufig wird die Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens über das Vermögen eines Abwicklers oder sein sonstiger Vermögenszerfall einen Grund zu seiner Abberufung bilden, § 147.
- Anm. 38** 9. Auch einem **Gesellschaftsgläubiger** oder einem Ausschuß von solchen d. h. einer mit Namen bezeichneten Gruppe von solchen, kann die Abwicklung übertragen werden. Auf diese Weise werden die Belange der Gläubiger gewahrt und insbesondere eine gleichmäßige Berücksichtigung aller Gläubiger nach konkursmäßigen Grundsätzen gesichert; ROHG 9, 215; Schlegelberger-Gessler 13.
- Die Übertragung kann zugleich an Gesellschafter und Nichtgesellschafter erfolgen.
- Anm. 39** 10. Die Vereinbarung einer Abweichung von der gesetzlichen Regel kann sich auch aus den Umständen ergeben; RG in HoldhMschr. 14, 23.
- Anm. 40** 11. Zur Führung der Abwicklungsgeschäfte ist der durch den Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluß berufene Gesellschafter in gleicher Weise **verpflichtet** wie der durch das Gesetz berufene Gesellschafter. Er hat diese Verpflichtung durch seine Beteiligung an der Gesellschaft übernommen. Er hat sich mit der Beteiligung auch einem Gesellschafterbeschluß unterworfen, der mit der gesetzlichen oder vertragsmäßigen Stimmzahl gefaßt ist; Hueck § 32 IV 2 a. Die Verpflichtung tritt mit der Auflösung der Gesellschaft, bei späterer Beschlußfassung mit dem Wirksamwerden des Be-

schlusses ohne weiteres ein, ohne daß es einer Annahme der Stellung bedarf. Der Berufene kann die Stellung auch nur aus wichtigem Grunde kündigen; vgl. oben Anm. 29; Schlegelberger-Gessler 16; a. A. Schwarz Anm. 3; Wieland I 697 Anm. 23; Baumbach-Duden 3. Der Gesellschafter hat, wie auch der geschäftsführende Gesellschafter, keinen Anspruch auf eine besondere Vergütung, wenn ihm eine solche nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluß auch für die Tätigkeit als Abwickler bewilligt ist, was sich auch aus den Umständen ergeben kann, vgl. § 114 Anm. 13 ff.; Hueck § 32 IV 7; denn die Verpflichtung zur Vornahme der Abwicklungstätigkeit ist eine Folge der Gesellschafterstellung; OLG Dresden in ZHR 37, 544; DürHach. Anm. 11; OLG Hamburg DB 58, 396.

12. Ist ein Dritter durch Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluß als Abwickler berufen, so bedarf es noch eines Vertrages mit ihm, durch den er zur Annahme des Amtes verpflichtet wird. Er wird dann mit Abschluß dieses Vertrages Abwickler, wenn in dem Vertrage nichts anderes bestimmt ist. Das Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und Abwickler ist in diesem Falle ein Dienst- oder Auftragsverhältnis, je nachdem, ob eine Vergütung für die Dienste zu leisten ist oder nicht. Nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis richtet sich auch die Frage, wie das Rechtsverhältnis zu beenden ist, ob es einer befristeten Kündigung bedarf, ob fristlose Kündigung zulässig ist (§§ 662 ff., 627, 671 BGB) und ob und welche Vergütung der Abwickler zu beanspruchen hat; vgl. oben Anm. 22.

Im Zweifel ist eine angemessene Vergütung zu leisten; vgl. RG in LZ 13, 2124; OLG Hamburg in OLGR 16, 95; ROHG 9, 215; Anm. 68. In der Regel ist nicht zu erwarten, daß ein Unbeteiligter für die Gesellschaft eine mit Verantwortung und Zeitaufwand verbundene Tätigkeit unentgeltlich entwickelt. Bei Bemessung der Vergütung ist auch der Handelsbrauch zu beachten; § 346.

Die Abwickler haben keinen Anspruch auf Vorschuß auf die geschuldete Vergütung, falls dies nicht vereinbart ist; BayObLGZ 27, 42. Alle Abwickler haben Anspruch auf Ersatz der notwendigen Auslagen und auf Vorschuß für diese; §§ 669, 670, 675 BGB; vgl. § 110. Die Verpflichtung zur Leistung des danach Geschuldeten ist eine Gesellschaftsschuld, für die alle Gesellschafter persönlich samtvverbindlich haften. Üben die Abwickler ihr Amt an Stelle von Gesellschaftern aus, z. B. als deren gesetzliche Vertreter, als Konkursverwalter, so regelt sich ihre Vergütung nur nach dem Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu den in Betracht kommenden Gesellschaftern. Sie haben persönlich gegen die Gesellschaft keinen Anspruch auf Vergütung; DürHach. Anm. 11. Unter Umständen kommt aber der Anspruch den von ihnen Vertretenen zu.

Bei dem Vertragsabschluß mit dem Abwickler vertreten alle Gesellschafter die Gesellschaft, wenn der Abschluß nach Auflösung der Gesellschaft erfolgt, da dann die Vertretungsbefugnis der vertretungsberechtigten Gesellschafter nicht mehr besteht. Es gelten daher die Vorschriften des BGB, §§ 709, 714 über die Vertretung der Gesellschaft (§ 105 Abs. 2). Danach haben alle Gesellschafter beim Vertragsschluß mitzuwirken, wenn nicht im Gesellschaftsvertrag die Vertretung für diesen Fall anders geregelt ist; DürHach Anm. 11; Schlegelberger-Gessler 17. Vor der Auflösung wird die Gesellschaft auch bei einem Vertragsabschluß mit dem künftigen Abwickler durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter vertreten.

13. Berufung von Abwicklern bei Wegfall der in erster Linie Berufenen. Sind die in erster Linie durch Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluß oder Gesetz Berufenen weggefallen, z. B. durch Tod, Ablehnung oder Niederlegung ihrer Stellung, so können durch Gesellschafterbeschluß andere berufen werden, vgl. auch Anm. 44. Der Gesellschaftsvertrag kann auch selbst den Ersatz regeln; auch dann können statt der im Gesellschaftsvertrag Berufenen andere durch Gesellschafterbeschluß berufen werden; vgl. Anm. 30.

14. Ist im Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß die gesetzliche Regel nicht gilt, aber erst nach der Auflösung die Abwickler gewählt werden sollen, so ist die Gesellschaft bis zur Berufung derselben nicht ohne Abwickler. Es tritt zunächst die gesetzliche Regel ein, daß alle Gesellschafter Abwickler sind. Die geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Gesellschafter führen nicht die Geschäfte weiter; denn ihre Befugnisse erlöschen mit der Auflösung. Andererseits kann es nicht im freien Belieben der Ge-

sellschaft liegen, ob sie durch Unterlassen der Beschlußfassung die Gesellschaft eine Zeitlang ohne Vertretungsorgan lassen wollen. Sind alle bestellten Abwickler weggefallen, so tritt allerdings nicht die gesetzliche Regel ein, da dies dem Willen der Gesellschafter widersprechen würde, a.M. Schlegelberger-Gessler 15. Diese müssen dann für Abhilfe sorgen entweder dadurch, daß sie einen Gesellschafterbeschuß herbeiführen oder einen Antrag nach Abs. 2 stellen (für den Prozeßfall vgl. auch § 57 ZPO); vgl. auch Anm. 46.

Anm. 45

15. Einfluß des Wegfalls eines Abwicklers auf die Stellung der übrigen. Gilt die gesetzliche Regel, so wird die Stellung der übrigen durch den Wegfall eines Abwicklers nicht berührt. Die übrigen führen die Abwicklung allein durch. Sie können nur bei Bedarf die Bestellung weiterer Abwickler durch die Gesellschafter oder das Gericht veranlassen. Sind mehrere Abwickler durch den Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschuß (oder durch das Gericht) berufen, so hängt es von der Auslegung des Vertrages oder Beschlusses ab, ob bei Wegfall eines von ihnen auch die Befugnisse der anderen erlöschen sollen; Schlegelberger-Gessler 15. Ist über die Notwendigkeit ihres gemeinsamen Handelns nichts besonderes bestimmt, etwa dahin, daß zur Führung der Geschäfte alle Abwickler mitwirken müssen, so gilt zwar die gesetzliche Regel des § 150, wonach mangels anderer Bestimmung mehrere Abwickler die zur Abwicklung gehörenden Handlungen nur in Gemeinschaft vornehmen dürfen; aber das Zusammenwirken ist in § 150 nur den „vorhandenen“ Abwicklern vorgeschrieben. § 150 würde also einer Auslegung, wonach bei Wegfall eines Abwicklers die übrigen im Amte bleiben, nicht entgegenstehen. Zweckmäßigkeitserwägungen, die zu der angegebenen Beschränkung des Zusammenwirkens in § 150 geführt haben, können auch für die Auslegung des Vertrages oder Beschlusses herangezogen werden. Ist jeder Abwickler zur Alleingeschäftsführung befugt oder ist bei Gesamtgeschäftsführung nicht die Mitwirkung aller vorgeschrieben, sondern nur die eines Teiles (z. B. von mindestens zweien), so sollte dadurch gerade für den Fall des Wegfalls von einem die Fortführung der Geschäfte gesichert werden. Dann bleiben Befugnisse und Pflichten der übrigen durch den Wegfall im Zweifel unberührt.

Der Wegfall eines Abwicklers kann nach Lage des Einzelfalls für die übrigen einen wichtigen Grund zur Niederlegung der Stellung bilden oder zur Berufung weiterer Abwickler durch Gesellschafterbeschuß oder das Gericht Anlaß geben.

V. Die Berufung der Abwickler durch den Richter**Anm. 46**

1. Auf Antrag eines Beteiligten kann aus wichtigem Grund die Ernennung von Abwicklern durch das Gericht erfolgen, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat; Abs. 2. Diese Art der Berufung ist möglich, wenn bereits Abwickler vorhanden sind, die durch das Gesetz oder durch den Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschuß berufen sind. Die gerichtliche Ernennung kann aber auch erfolgen, wenn keine Abwickler vorhanden sind, etwa weil die gesetzliche Regelung durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen ist und die durch den Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschuß Bestellten weggefallen oder an der Ausübung ihrer Befugnisse rechtlich oder tatsächlich verhindert und die Gesellschafter an der Bestellung eines Ersatzes verhindert sind. Das gleiche gilt, wenn man annimmt, daß bei einer Vertragsbestimmung des in Anm. 44 bezeichneten Inhalts, solange die Gesellschafter die Abwickler nicht bestimmt haben, überhaupt keine Abwickler vorhanden sind. Von dieser Möglichkeit kann namentlich in dringenden Fällen bis zur Behebung des Mangels durch die Gesellschafter Gebrauch gemacht werden. Insofern erfüllt Abs. 2 für den Zustand der Abwicklung eine ähnliche Aufgabe wie die allerdings auch vor der Auflösung geltenden Vorschriften des § 29 BGB (für den Verein) und des § 85 AktG; vgl. über die Anwendbarkeit des § 29 BGB auf die werbende Gesellschaft § 125 Anm. 32. Die Bestellung kann aber abweichend von diesen Vorschriften nicht nur bis zur Behebung des Mangels, sondern auf die Dauer geschehen, wenn dies zweckmäßig erscheint. Erfolgt die Ernennung trotz Vorhandenseins von durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschuß berufenen Abwicklern, so können die neuen neben den bereits vorhandenen ernannt, nach dem Sprachgebrauche des Art. 133 Abs. 2 ADHGB „beigeordnet“ werden, z. B. zum Ersatz von weggefallenen oder zu ihrer Unterstützung oder Kontrolle. Die bisherige alleinige Befugnis der vorhandenen Abwickler wird dann durch

die Mitwirkung der neu ernannten beschränkt; ROHG 20, 11; 21, 142. Sie können aber auch an Stelle der bisherigen Abwickler ernannt werden. Dann liegt in der Ernennung zugleich eine Abberufung der vorhandenen, falls diese bereits im Amte sind, wenn also die Ernennung erst nach der Auflösung erfolgt. Geschieht sie vor der Auflösung (vgl. Anm. 50), so liegt in der Ernennung eine Ausschließung der zunächst Berufenen. Es ist Aufgabe des Richters, in seinem Beschlusse klar zum Ausdruck zu bringen, ob die von ihm ernannten neben oder an die Stelle der vorhandenen treten sollen und im ersten Falle, wie sie mit diesen zusammenwirken sollen; vgl. Anm. 59.

2. Die Ernennung von Abwicklern durch das Gericht kann nur **aus wichtigem Grunde** erfolgen. Das Gesetz gibt, wie in anderen Fällen (§§ 70, 117, 127, 133), keine Begriffsbestimmung des wichtigen Grundes, nennt auch anders als z. B. in §§ 71 f., 117, 127, 133 keine Beispiele eines solchen. Ein wichtiger Grund liegt nach dem Zwecke des Ernennungsrechts des Gerichts vor, wenn nach den Gesamtumständen des Falles die Abwicklung durch die vom Gesetz oder durch den Willen der Gesellschafter berufenen Abwickler eine gedeihliche Durchführung nicht erwarten läßt und erhebliche Nachteile zu befürchten sind; BayObLG in OLGR 45, 52; in JW 1928, 2639³; OLG Hamm BB 58, 497. Zu beachten sind entsprechend dem Zwecke der Abwicklung zunächst die Belange der Gesellschaft, wie sie sich aus ihrem Zustande als einer aufgelösten Gesellschaft ergeben. Es kommt also darauf an, ob die durch Gesetz oder den Willen der Gesellschafter berufenen Abwickler dieser Aufgabe gewachsen sind oder ob diese eine Änderung erfordert; BayObLGZ 2, 137. Aber auch die besonderen Belange eines Beteiligten können einen wichtigen Grund bilden, z. B. das Interesse der Privatgläubiger oder der Konkursgläubiger eines Gesellschafters, daß die Beendigung der Abwicklung und damit die Freimachung des gesellschaftlich gebundenen Vermögens ihres Schuldners nicht durch Mangel an Abwicklungskräften oder Behinderung, z. B. durch weite Entfernung ihres Wohnortes (KGJ 32 A 134) oder Unfähigkeit derselben ungebührlich verzögert oder gefährdet wird. Auch die Gefährdung der Belange eines einzelnen Gesellschafters, namentlich eines solchen, der finanziell an dem Unternehmen stark beteiligt ist, oder eines Miterben eines verstorbenen Gesellschafters kann einen wichtigen Grund bilden. Bei der Abwägung aller Umstände sind auch die Belange der von der Abwicklung auszuschließenden Gesellschafter zu berücksichtigen; KGJ 32 A, 133. Der wichtige Grund kann namentlich in der Person der bisherigen Abwickler liegen, z. B. in deren Unfähigkeit zur Durchführung der Abwicklung, mangelhafter Führung der Geschäfte und deren Verschleppung in der Vergangenheit (auch als Geschäftsführer der werbenden Gesellschaft) (OLGR 24, 136), Unredlichkeit, durch Tatsachen gerechtfertigtes, wenn auch nicht auf einem Verschulden der Abwickler beruhendes Mißtrauen der Beteiligten in ihre Redlichkeit oder Fähigkeit zur Geschäftsführung; OLGR 42, 214; 45, 53; RG in JW 1897, 291¹; ROHG 9, 33; BayObLGZ 23, 193; in Voranstellung der persönlichen Belange vor denen der Gesellschaft, RG bei Gruchot 37, 1031; OLGR 24, 136; im Betrieb eines Wettbewerbsunternehmens, wenn dadurch die Belange der Abwicklungsgesellschaft gefährdet werden, Verfeindung der bisherigen Abwickler; BayObLGZ 15, 52; 26, 18; KGJ 32 A 135; JFG 4, 172; 5, 246; nach Lage des Einzelfalles: Streit des einzigen Abwicklers mit einem Gesellschafter, RG in JW 97, 290 oder Vermögenszerfall des bisherigen Abwicklers, vgl. Anm. 37, oder die Verhinderung des einzigen Abwicklers oder bei Gesamtvertretung eines von ihnen, falls es dadurch an der erforderlichen Zahl von gesetzlichen Vertretern fehlt, z. B. wenn eine Gesellschaftsforderung gegen den Abwickler abgetreten oder gerichtlich geltend gemacht werden soll; R 162, 370. Auch die Uneinigkeit der Gesellschafter oder der Erben eines solchen, die die Bestellung eines Abwicklers oder eines gemeinsamen Vertreters nach Abs. 1 Satz 2 hindert, kann einen wichtigen Grund bilden; ebenso die zu große Zahl der nach dem Gesetz oder dem Willen der Gesellschafter zur Abwicklung Berufenen, wenn sie eine ordnungsmäßige Abwicklung gefährdet; KGJ 32 A 135.

3. Der Richter ist zur Ernennung von Abwicklern nur befugt, wenn sie **von einem „Beteiligten“ beantragt** ist. **Ann. 48**

Beteiligt und damit antragsberechtigt ist **jeder Gesellschafter** und der Gläubiger eines Gesellschafters, der nach § 135 die Gesellschaft gekündigt hat. Auch der Gesellschafter, dessen Gläubiger gekündigt hat, ist antragsberechtigt; denn nach der beson-

deren Vorschrift des **Abs. 2 Satz 2** ist „auch“, also neben dem Gesellschafter selbst, der kündigende **Gläubiger** „beteiligt“ und damit antragsberechtigt; dieses Recht steht nach dem Zwecke der Vorschrift und des § 135, die Belange des Gläubigers, der bereits mit Vollstreckungshandlungen vorgegangen ist, zu sichern, dem Gläubiger, der nach § 135 die Pfändung und Überweisung herbeigeführt hat, auch dann zu, wenn die Gesellschaft aus einem anderen Grunde, z. B. durch Kündigung eines anderen Gläubigers oder durch Privatkonkurs eines anderen Gesellschafters, aufgelöst worden ist. **Abs. 2 Satz 2** regelt im übrigen die Stellung der Privatgläubiger als Beteiligte erschöpfend. Das Antragsrecht steht deshalb nicht allen Privatgläubigern, auch solchen, die nicht in der bezeichneten Weise vorgegangen sind, zu; erst recht nicht einem Gesellschaftsmitglied. Diese Ausdehnung würde dem Zweck der Abwicklung, in erster Linie den Belangen der Gesellschafter zu dienen (vgl. § 145 Anm. 1, 2), zuwiderlaufen. **Abs. 2 Satz 2** macht nur eine Ausnahme, die nicht auszudehnen ist; DürHach. Anm. 15; a. A. Haase in JW 1913, 719ff. Auch wenn überhaupt kein Abwickler vorhanden ist, haben die Privatgläubiger oder die Gesellschaftsmitglieder als solche kein Antragsrecht. Um einen vollstreckbaren Titel gegen die Abwicklungsgesellschaft zu erwirken, können sie gemäß § 57 ZPO die Bestellung eines Prozeßvertreters durch den Vorsitzenden des Prozeßgerichts herbeiführen.

Anm. 49 Befindet sich der antragsberechtigte Gesellschafter in Konkurs, so ist nur sein Konkursverwalter zur Stellung des Antrags befugt. Der Konkursverwalter gehört also ebenfalls zu den „Beteiligten“; vgl. **Abs. 3** und § 147 Halbsatz 1.

Beteiligt sind auch die **Erben** eines Gesellschafters, auch wenn sie nicht Gesellschafter geworden sind, **Anm. 11**. Jeder Miterbe ist zur Stellung des Antrags befugt. Die Gründe, die für die Mitwirkung der Erben bei der Abwicklung die Vertretung durch einen gemeinsamen Vertreter rechtfertigen (**Abs. 1 Satz 2**, vgl. oben **Anm. 11, 12**), stehen hier der selbständigen Befugnis jedes einzelnen Miterben nicht entgegen; regelmäßig handelt es sich auch um eine zur Erhaltung des Nachlasses notwendige Maßregel, zu deren Vornahme jeder einzelne Miterbe nach § 2038 BGB befugt ist.

Die Abwickler als solche haben kein selbständiges Antragsrecht, auch nicht, wenn sie wegen Interessenwiderstreits, § 181 BGB, im Einzelfall von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen sind; sie können unter Umständen einen Antrag nach § 57 ZPO stellen; oder, falls die Vornahme eines Geschäfts mit der Gesellschaft unumgänglich ist, ihre Stellung aus wichtigem Grunde niederlegen; im übrigen ist es Sache der Gesellschafter oder der sonst Beteiligten, den Antrag nach **Abs. 2** zu stellen.

Anm. 50 4. Die Ernennung (wie die damit etwa verbundene Aufhebung der Berufung von bereits früher durch den Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafter- oder Gerichtsbeschluß bestellten Abwicklern, vgl. **Anm. 30, 46**) kann schon **vor Auflösung** der Gesellschaft erfolgen, auch nach **Abs. 2** beantragt und vom Gericht mit Wirkung von der Auflösung an angeordnet werden. Es kann zweckmäßig sein, durch einen Gesellschafterbeschluß oder eine gerichtliche Anordnung zu verhüten, daß ungeeignete Abwickler überhaupt in Tätigkeit treten. Oft wird der Antrag nach **Abs. 2** aber nur begründet sein, wenn sich im Zeitpunkt der Entscheidung die Lage im Zeitpunkt der Auflösung bereits übersehen läßt; dies wird meist erst kurze Zeit vor der Auflösung der Fall sein; KGJ 49, 116; KG in OLGR 43, 290; RJA 15, 121; vgl. auch KG in OLGR 14, 262; HoldhMschr. 1909, 22.

Anm. 51 Die Ernennung von Abwicklern durch das Gericht kann auch nach Erhebung einer **Auflösungsklage** nach § 133 oder einer Klage auf Feststellung, daß die Auflösung eingetreten ist, für den Fall, daß ihr stattgegeben wird, beantragt werden, damit im Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils ein unparteiischer Abwickler vorhanden ist; Ritter **Anm. 7d**; a. A.: KG in RJA 15, 123.

Anm. 52 Die Ernennung setzt auch nicht voraus, daß die Anmeldung und Eintragung der bisherigen Abwickler oder auch nur die **Eintragung** der Auflösung der Gesellschaft zum Handelsregister schon stattgefunden hat. Die Eintragung der Abwickler und ihrer Ersetzung durch andere hat nur rechtsbekundende, nicht rechtschaffende Wirkung; KG in JW 1939, 163²². Wegen der Bedeutung der Eintragung oder Nichteintragung im Verhältnis zu Dritten vgl. die Erl. zu § 148.

Anm. 53 Die Ernennung von Abwicklern durch das Gericht (wie auch die Berufung von solchen durch Gesellschafterbeschluß, vgl. **Abs. 1**) ist nicht mehr möglich, wenn die

Abwicklung vollständig beendet, keine Abwicklungshandlung mehr vorzunehmen ist; KG in OLG 43, 291. Dies ist nicht der Fall, wenn wenigstens noch von den Abwicklern zu verteilendes Vermögen vorhanden ist; § 155. Daß die übrigen Aufgaben der Abwickler (vgl. § 149) bereits erfüllt sind, hindert die Ernennung von Abwicklern nicht; KG in OLG 9, 262.

5. Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk die offene Handelsgesellschaft ihren Sitz hat, und zwar die Abteilung, der die Entscheidung durch die Geschäftsabteilung zugewiesen ist; dies muß nicht notwendig das Registergericht sein, doch soll diesem die Entscheidung zugewiesen werden; § 145 Abs. 1 u. 2 FGG. Die Entscheidung erfolgt im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 145 FGG) durch den Richter. Der Rechtspfleger ist zur Entscheidung nicht berufen; KG in DNotZ 1929, 342; 1930, 138 Nr. 6; wegen des Verfahrens vgl. auch HoldhMschr. 8, 123; ZHR 1926, 102. Der Antrag kann privatschriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten gestellt werden. Die Einhaltung der Form des § 12 ist nicht erforderlich, da es sich nicht um eine Registersache handelt. Der Antrag kann bis zum Eintritt der Rechtskraft der Verfügung über die Ernennung der Abwickler zurückgenommen werden; BayObLG in JFG 2, 183. Nachher ist nur die Abberufung nach den für diesen geltenden Vorschriften (§ 147) zulässig.

Anm. 54

Die Ernennung kann auch unter einer **Bedingung** beantragt werden, z. B. für den Fall, daß einem Antrag auf Abberufung eines anderen Abwicklers, auch des Antragstellers selbst, stattgegeben wird; BayObLG im Recht 14 Nr. 1148 (wegen Zulässigkeit der Beschränkung des Antrags auf Ernennung einer bestimmten Person vgl. unten Anm. 58).

Anm. 55

Das Recht der Beteiligten, die Ernennung von Abwicklern zu beantragen, kann durch den Gesellschaftsvertrag **nicht ausgeschlossen** werden. Dies ergibt sich aus dem Zweck der Vorschrift, den einzelnen Beteiligten die zweckmäßige Durchführung der Abwicklung auch gegen den Willen der übrigen Beteiligten zu sichern, vgl. Anm. 62. Vor der Entscheidung sind, wenn tunlich, die anderen „Beteiligten“ (vgl. Anm. 49) zu hören. Sie sind Gegner im Sinne des § 146 Abs. 1 FGG. Ist Dritten, z. B. den Gläubigern in einem Abwicklungsvergleich, die Mitwirkung bei der Berufung der Abwickler eingeräumt (vgl. oben Anm. 30, 31), so sind auch die Gläubiger oder der von ihnen Bevollmächtigte als Gegner zu hören; OLG Karlsruhe JFG 7, 164. Ist ein Gesellschafter von mehreren Personen beerbt, so sind alle Erben zu hören. Bei großer Zahl der Miterben oder der sonst Beteiligten, insbesondere bei großer räumlicher Entfernung ihres Aufenthaltsortes, kann die Anhörung im Einzelfall „untunlich“ sein. Da es sich nicht um eine Handelsregistersache handelt, sind die Organe des Handelsstandes zur Mitwirkung nicht berufen; vgl. § 126 FGG.

Anm. 56

Das Gericht hat **von Amts wegen** die erforderlichen Ermittlungen anzustellen und die geeigneten Beweise zu erheben; § 12 FGG; HoldhMschr. 1906, 199; 1913, 183. Es hat auch über die Vorfragen zu entscheiden, von deren Beantwortung die beantragte Verfügung abhängt. So ist im Streitfall oder auch von Amts wegen zu prüfen, ob überhaupt eine offene Handelsgesellschaft besteht, ob die Gesellschaft sich im Zustande der Auflösung befindet, ob nicht die Abwicklung ausgeschlossen oder durch eine andere Art der Auseinandersetzung ersetzt ist, § 145 Abs. 1; KG in RJA 10, 214; KGJ 49, 118 = RJA 15, 121. Das Gericht kann nicht die Entscheidung aussetzen, bis über die Vorfrage im Wege des Rechtsstreits entschieden ist. § 127 FGG, der dies zuläßt, gilt nur für das Registergericht. Als solches ist aber das Amtsgericht im Falle des § 146 Abs. 2 nicht tätig; Brand Anm. 3d, bb; Schwarz Anm. 5; HoldhMschr. 13, 383; a. A. LG Krefeld in ZBIFGG 64, 263; KG in RJA 4, 208 = Recht 1905 Nr. 136. Die Entscheidung über die Vorfrage hat nur die Bedeutung eines Entscheidungsgrundes, bewirkt also keine Rechtskraft hinsichtlich der Vorfrage, § 322 ZPO. Ist die Vorfrage bereits rechtskräftig mit Wirkung für alle Beteiligten entschieden, so ist das Gericht bei der Entscheidung nach Abs. 2 daran gebunden; DürHach. Anm. 17; teilweise a. A. Ehrenberg-Handb. I 577 ff., und JheringsJ. 61, 428.

Anm. 57

6. Die Entscheidung des Gerichts. Liegen die verfahrensrechtlichen und sachlichen Voraussetzungen für den Antrag vor, ist insbesondere der wichtige Grund gegeben, so muß das Gericht dem Antrage stattgeben, d. h. Abwickler berufen; vgl. § 133 Anm. 19.

Anm. 58

In der Frage der Person ist es nicht an den Antrag gebunden. Der Vorschlag bestimmter Personen kann zweckmäßig sein. Das Gericht kann aber jede geeignete Person, gegen die nicht selbst Abberufungsgründe vorliegen, auch den Antragsteller berufen; BayObLG in OLGR 42, 214; in JfG 4, 172; 5, 246; BayObLGZ 23, 209; 24, 58 = JfG 2, 183; a.A. Ritter Anm. 7d. Erklärt der Antragsteller, daß er den Antrag nur unter der Bedingung stelle (vgl. Anm. 55), daß die von ihm vorgeschlagene Person bestellt wird, so hat das Gericht den Antrag abzulehnen, wenn ihm der Vorgeschlagene ungeeignet erscheint; Schlegelberger-Gessler 23. Der Antragsteller könnte jedenfalls die Abwicklung durch einen anderen vom Gericht bestellten Abwickler dadurch verhindern, daß er gegen dessen Ernennung sofortige Beschwerde einlegt und dann den Antrag zurücknimmt, was bis zur Rechtskraft der Entscheidung, auch noch im Beschwerdeverfahren zulässig ist; vgl. Anm. 60.

Wie im Falle der Berufung der Abwickler durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschuß kann auch das Gericht Gesellschafter oder Dritte, auch juristische Personen, zu Abwicklern ernennen; Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2; vgl. oben Anm. 35.

Anm. 59 Das Gericht ist auch, abgesehen von der Personenfrage, an die Anträge nicht gebunden. So kann es, wenn die Ernennung mehrerer Abwickler beantragt ist, nur einen ernennen, wenn ihm dies für die Bedürfnisse der Gesellschaft und der Beteiligten ausreichend erscheint. Oder es kann, wenn beantragt ist, an Stelle der bisherigen Abwickler neue zu ernennen, verfügen, daß die neu ernannten neben die bisherigen treten oder daß ein Teil der letzteren in ihrer Stellung bleibt. Statt der beantragten Einzelgeschäftsführungsbefugnis kann es die Ernennung mit Gesamtgeschäftsführungsbefugnis für alle oder einzelne anordnen. Es kann bei Fortdauer der Abwicklerstellung der bisherigen statt Einzel- Gesamtgeschäftsführungsbefugnis und umgekehrt anordnen. Zulässig ist auch die Ernennung auf bestimmte Zeit oder bis zur Besehung des Hindernisses, z. B. bis zur Rückkehr eines im Auslande befindlichen Abwicklers, oder bis die Gesellschafter selbst einen Abwickler bestellen können oder bestellt haben; vgl. Anm. 18. Das Gericht kann aber **nicht über den Antrag** hinausgehen, also z. B. nicht anordnen, daß andere Abwickler an die Stelle der bisherigen treten, wenn nur Ernennung neuer neben den bisherigen beantragt war. Unzulässig ist die Ernennung von Abwicklern unter Beschränkung auf einen bestimmten Geschäftszweig; DürHach. Anm. 18.

Anm. 60 7. Gegen die Verfügung des Gerichts steht, wenn der Antrag abgelehnt wird, dem Antragsteller, wenn ihm stattgegeben wird, jedem, dessen Recht dadurch beeinträchtigt wird, auch dem Ernannten und Abberufenen das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu, § 146 Abs. 2 FGG; wegen des Beschwerdeverfahrens, insbesondere auch wegen Zulässigkeit der weiteren Beschwerde, wird auf die Erläuterungsbücher zum FGG verwiesen.

Anm. 61 8. Im Wege der **einstweiligen Verfügung** des Prozeßgerichts kann die Ernennung (und Abberufung) von Abwicklern nicht angeordnet werden. Das Gesetz gibt den Beteiligten nur das in §§ 146, 147 geordnete Recht zur Stellung von Anträgen auf Entscheidung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Eine einstweilige Verfügung nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung würde voraussetzen, daß ein Gericht der Hauptsache vorhanden ist, das im Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit endgültig entscheiden könnte. Eine solche Entscheidungsbefugnis des Prozeßgerichts ist aber nicht gegeben; OLG Dresden in ZBIFGG 8, 337 = OLGR 16, 196; dasselbe in OLGR 5, 202; OLGR Frankfurt in JW 21, 763¹⁷ mit Anm.; RG in JW 1901, 754¹⁸; KG in JW 31, 2992¹; Hueck § 32 Anm. 31; Schlegelberger FGG § 145 Anm. 2; Schlegelberger-Gessler 22; Stein-JonasZPO Vorbem. vor § 916 Anm. I, 1; a.A. Ritter Anm. 7c; Brand Anm. 3d dd; Schwarz Anm. 5.

Auch im Verfahren nach § 146 Abs. 2 HGB kann eine einstweilige Verfügung nicht ergehen, da diese Art der Verfügung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht vorgesehen ist; vgl. die erstgenannte Entscheidung des OLG Dresden. Es besteht auch kein Bedürfnis, die Vorschriften der ZPO über einstweilige Verfügungen entsprechend anzuwenden, indem man das Gericht (der freiwilligen Gerichtsbarkeit), das nach § 146 Abs. 2 HGB über Ernennung und Abberufung zu entscheiden hat, als Gericht der Hauptsache erklärt (vgl. OLG Köln in JW 1926, 2116) und neben diesem noch ein Gericht der

einstweiligen Verfügung zu einer vorläufigen Entscheidung zuläßt. Das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann auch in dringenden Fällen ebenso schnell und unter Heranziehung des ganzen Streitstoffes entscheiden, wie ein Gericht, das nur über eine einstweilige Verfügung entscheidet.

9. Zulässig ist die Vereinbarung unter den Beteiligten im Sinne des Abs. 2 oder zwischen diesen und den durch den Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschuß berufenen Abwicklern, daß über die Ernennung und Abberufung von Abwicklern an Stelle des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein **Schiedsgericht** zu entscheiden habe. Es liegen keine Gründe dafür vor, daß das Gesetz die Entscheidung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zwingend vorschrieben wollte. **Anm. 62**

Unzulässig ist eine Vereinbarung, durch die das in Abs. 2 ausgesprochene Recht jedes einzelnen Beteiligten, die Ernennung von Abwicklern durch eine unparteiische Stelle zu verlangen, **ausgeschlossen** oder wesentlich beschränkt wird. Abs. 2 will wie § 147 Halbsatz 2 das Recht des einzelnen Beteiligten auf Besorgung der Abwicklung durch unparteiische Abwickler wahren und ist insofern **zwingend**, ebenso Hueck § 32 IV 2 c. Auch eine Vereinbarung, daß das Antragsrecht nur von mehreren gemeinsam ausgeübt werden könne, ist unzulässig. Bei der Abwicklung tritt anders als bei der werbenden Gesellschaft das Recht des Einzelnen auf seinen Anteil am Vermögen der Gesellschaft in den Vordergrund.

10. Eine gesetzliche **Verpflichtung zur Übernahme** der Stellung des Abwicklers wird nach herrschender Ansicht durch die richterliche Ernennung nicht begründet, auch wenn der Ernannte **Gesellschafter** ist. Dem Gesellschafter, der bisher entweder überhaupt nicht oder nur zugleich mit anderen Gesellschaftern zur Abwicklung berufen war, werde durch die Bestellung zum Abwickler eine neue Beitragspflicht aufgebürdet, was nach § 707 nur mit seiner Zustimmung zulässig sei; DürHach. Anm. 20; Ritter Anm. 7 e; Schlegelberger-Gessler 24, Hueck § 32 IV 2 c. Nimmt man aber an, daß einem Gesellschafter auch ohne seine Zustimmung durch Gesellschafterbeschuß nach Abs. 1 die Verpflichtung zur Mitwirkung als Abwickler auferlegt werden kann (vgl. oben Anm. 40, DürHach. Anm. 11), so besteht kein Grund, diese Verpflichtung im Falle der Ernennung durch das Gericht nicht anzuerkennen. Auch in diesem Falle erfolgt die Berufung im gemeinsamen Interesse der Gesellschafter. Das Gericht handelt nur für die Gesellschaft; ebenso wie wenn es einen Dritten zum Abwickler bestellt (in diesem Falle nimmt auch DürHach. Anm. 20 Abs. 2 an, daß die gerichtliche Ernennung an Stelle der Mitwirkung der Gesellschaft beim Abschluß des Vertrages mit dem Dritten tritt). **Anm. 63**

Ein **Nichtgesellschafter** ist zur Annahme der Stellung nur verpflichtet, wenn er sich dazu durch Vertrag verpflichtet hat. Mit der Annahme der Bestellung kommt der Vertrag mit ihm zustande. Das Gericht handelt dabei auf Grund gesetzlicher Ermächtigung für die Gesellschaft; Hueck § 32 IV 2 c. **Anm. 64**

11. Die gerichtliche Verfügung wird nach § 16 FGG **wirksam** mit der Bekanntmachung an diejenigen, für die sie ihrem Inhalte nach bestimmt ist, d. i. der Antragsteller, der Ernannte (und Abberufene) und die Gesellschaft. Durch die Bekanntmachung an ihn erlangt der Ernannte die Stellung des Abwicklers; ist ein Dritter ernannt, erst mit der Annahme der Stellung, falls er nicht bereits durch Vertrag zur Annahme verpflichtet war; vgl. Anm. 64. Die Wirkungen der Ernennung treten schon vor der Rechtskraft der richterlichen Verfügung ein. Durch deren nachträgliche Aufhebung im Rechtsmittelverfahren wird die Rechtswirksamkeit der in der Zwischenzeit von dem Ernannten vorgenommenen Abwicklungshandlungen oder der ihm gegenüber abgegebenen Erklärungen nicht berührt; vgl. § 32 FGG; DürHach. Anm. 17; Schlegelberger-Gessler 25, LZ 13, 597. **Anm. 65**

12. Die Rechtsstellung des vom Gericht ernannten Abwicklers als **Organ der Gesellschaft** ist dieselbe wie die des durch das Gesetz oder den Willen der Gesellschafter berufenen Abwicklers. Er hat dieselben Rechte und Pflichten wie diese; RG in LZ 13, 212. **Anm. 66**

13. Das Gericht kann in die Tätigkeit der von ihm ernannten Abwickler nicht eingreifen. Es kann ihnen ebensowenig wie den durch Gesetz oder den Willen der Gesellschafter Berufenen Weisungen über die Art ihrer Geschäftsführung geben, auch nicht im Verhältnis nach innen. Es kann sie insbesondere nicht an- **Anm. 67**

weisen, eine bestimmte Handlung überhaupt oder in bestimmter Weise vorzunehmen. Es kann auch nicht eine von dem Abwickler verweigerte Zustimmung zu einer gemeinsam vorzunehmenden Handlung ersetzen; DürHach. Anm. 18; LZ 13, 597. Es hat die Tätigkeit der von ihm bestellten Abwickler auch nicht zu überwachen; KG in RJA 6, 131; RG 12, 32; in LZ 13, 212⁴. Das Gericht kann nur auf Antrag die Ernannten nach § 147 aus wichtigem Grunde abberufen oder an ihrer Stelle andere Abwickler ernennen.

Anm. 68 **14. Die Vergütung des Abwicklers.**

Der vom Gericht als Abwickler ernannte **Gesellschafter** hat wie der durch das Gesetz oder den Willen der Gesellschafter Berufene keinen Anspruch auf Vergütung für seine Tätigkeit, wenn ihm nicht eine solche durch Vereinbarung bewilligt ist; BGH 17, 304; OLG Dresden in ZHR 37, 544; vgl. Anm. 40, 41; DürHach. Anm. 20; a. A. Schwarz Anm. 6. Ob der zum Abwickler ernannte **Nichtgesellschafter** Anspruch auf Vergütung hat, bestimmt sich nach dem mit ihm abgeschlossenen Verträge; vgl. Anm. 41. Im Zweifel ist anzunehmen, daß er eine angemessene Vergütung zu beanspruchen hat; vgl. § 612 BGB; Hueck § 32 IV 2 c, 7. Über die Höhe entscheidet im Streitfall das Prozeßgericht. Das Gericht, das den Abwickler ernannt hat, ist zur Festsetzung der Vergütung nicht befugt; KG in RJA 4, 144; KGJ 27 A 222 und DNotVZ 1930, 139 Nr. 6 b. Es kann aber die Ernennung eines Abwicklers, dieser den Abschluß des Vertrages mit ihm (vgl. Anm. 64) davon abhängig machen, daß eine angemessene Vergütung vereinbart wird. Wegen des Anspruchs auf Vorschuß und Auslagenersatz vgl. Anm. 41. Schuldner der Vergütung ist die Gesellschaft, da deren Geschäfte besorgt werden. Die Gesellschafter haften als Gesamtschuldner; § 128. Ist durch das Verschulden eines Gesellschafters oder eines anderen Beteiligten, z. B. der Erben eines verstorbenen Gesellschafters, die Ernennung von Abwicklern nötig geworden, so sind sie der Gesellschaft schadensersatzpflichtig; RG 22, 169.

§ 147

Die Abberufung von Liquidatoren geschieht durch einstimmigen Beschluß der nach § 146 Abs. 2, 3 Beteiligten; sie kann auf Antrag eines Beteiligten aus wichtigen Gründen auch durch das Gericht erfolgen.

Inhaltsübersicht

Inhalt der Vorschrift	Anm. 1	Nichtigkeit	Anm. 11
1. Begriff der Abberufung	Anm. 2, 3	4. Rechtsfolgen der Abberufung	Anm. 12
2. Geltungsbereich	Anm. 4, 5	5. Ausschließung und Beschränkung des Abberufungsrechts	Anm. 13
3. Die Abberufung durch Beschluß der Beteiligten	Anm. 6	6. Die gerichtliche Abberufung aus wichtigem Grund	Anm. 14
Einstimmigkeit — Mehrheitsbeschluß	Anm. 7	Zwingendes Recht	Anm. 15
Begründung	Anm. 8		
Zeitpunkt	Anm. 9	7. Anderweitige Beendigung der Abwickler-Stellung, insbesondere Tod	Anm. 16
Wirksamkeit	Anm. 10		

Anm. 1 § 147 regelt die Abberufung der Abwickler durch die Beteiligten oder durch das Gericht. Er stimmt mit Art. 134 ADHGB überein.

1. Begriff der Abberufung.

Anm. 2 Abberufung ist die Entfernung eines bereits im Amte befindlichen Abwicklers aus seiner Stellung. Sie unterscheidet sich von der bloßen Aufhebung einer noch nicht in Wirksamkeit getretenen Berufung. Die Abberufung kann mit einer Neuberufung nach § 146 Abs. 1 und 2 verbunden sein, wenn die Neuberufenen an Stelle schon im Amte befindlicher Abwickler treten; vgl. § 146 Anm. 30, 46, 50. Wegen des Eingriffs der Abberufung in den Gang der bereits im Laufe befindlichen Abwicklung erschwert das Gesetz die Abberufung im Verhältnis zur bloßen Neuberufung, indem es für die Abberufung

den Willen der Gesellschafter (vgl. § 146 Abs. 1) nicht genügen läßt, sondern die Mitwirkung aller „Beteiligten“ fordert; vgl. § 146 Anm. 48, 49. Abberufung im weiteren Sinne ist nicht nur die vollständige Entfernung des Abwicklers, sondern auch die Beschränkung seiner Macht durch Ernennung von selbständigen Mitabwicklern oder durch Ersetzung der Befugnis zum Alleinhandeln durch das bloße Recht zum gemeinsamen Handeln aller oder mehrerer Abwickler; ROHG 20, 11, 21, 142; Schwarz Anm. 1.

Die Abberufung ist nur möglich, solange die Stellung des Abwicklers noch nicht aus einem anderen Grunde erloschen ist. Sie ist insbesondere nicht mehr möglich, wenn die Abwicklung beendet ist, keine Abwicklungshandlungen, auch nicht die Verteilung des Vermögens unter die Gesellschafter mehr vorzunehmen sind; ROHG 9, 261. Sie ist auch unmöglich, wenn die Stellung des einzelnen Abwicklers erloschen ist, z. B. durch Niederlegung der Stellung; vgl. über sonstige Beendigungsgründe Anm. 16.

2. Alle Abwickler können abberufen werden, mag ihre Berufung auf Gesetz, Gesellschaftsvertrag, Gesellschafterbeschuß oder richterlicher Verfügung beruhen. Die Abberufung aller kann sowohl durch die Beteiligten nach Halbsatz 1 wie durch den Richter erfolgen, gleichgültig, von wem sie berufen sind. Bei den drei erstgenannten Arten der Berufung unterliegt das Abberufungsrecht der Beteiligten keinem Zweifel, da die Abwickler nur fremdes Vermögen zu verwalten haben, die Abwicklung im Interesse der Gesellschafter geschieht und diese durch die Auflösung der Gesellschaft die gemeinsame Verfügung über das Gesellschaftsvermögen nicht verloren haben; vgl. § 145 Anm. 1, 3. Aber auch die Berufung durch den Richter erfolgt nur im Interesse der Gesellschafter, um die Abwicklung zu fördern und die Belange der daran Beteiligten zu wahren, nicht im Interesse der Gesellschaftsgläubiger oder im öffentlichen Interesse. Sie erfolgt nur auf Antrag eines Beteiligten. Wenn im Falle des § 135 (Kündigung eines Privatgläubigers) oder des Privatkonkurses auch dem Gläubiger eines Gesellschafters oder dem Konkursverwalter ein Antragsrecht zusteht (§ 146 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3), so handelt es sich nur um eine Ausnahme; auch hier üben der Gläubiger oder der Konkursverwalter nur auf Grund einer Beschlagnahme ursprünglich dem einzelnen Gesellschafter allein zustehende Rechte aus, wenn auch ihre Berechtigung eine selbständige ist. Der Richter greift nur im Interesse der Beteiligten ein, weil eben diese nicht zu einer Einigung über die Person der Abwickler gelangt sind. Wird diese Einigung nachträglich erzielt und geht sie dahin, daß der durch den Richter Berufene ungeeignet oder entbehrlich ist oder aus anderen Gründen durch eine andere Person ersetzt werden soll, so sind die Voraussetzungen für die Berufung durch den Richter weggefallen. Da auch die vom Gericht bestellten Abwickler einstimmig gefaßten Beschlüsse der Beteiligten in betreff der Geschäftsführung Folge leisten müssen (§ 152), könnten die Beteiligten, wenn sie einig sind, dem gerichtlich bestellten Abwickler auch jede selbständige Geschäftsführung unmöglich machen. Auch das spricht dafür, daß sie das Recht haben müssen, ihn abzuberufen, auch wenn er vom Gericht ernannt ist. Durch das grundsätzliche Erfordernis der Einstimmigkeit des Abberufungsbeschlusses sind auch die Belange derjenigen gewahrt, auf deren Antrag — unter Umständen gegen den Willen anderer Beteiligten — früher die richterliche Berufung des nunmehr Abzuberufenden erfolgt ist. Wenn im Aktienrecht die Abberufung gerichtlich bestellter Abwickler durch die Hauptversammlung, also die Beteiligten, ausgeschlossen ist (§ 265 Abs. 5 AktG), so erklärt sich dies daraus, daß die Abwicklung der Aktiengesellschaft nicht in erster Linie dem Interesse der Aktionäre dient, sondern daß dabei vor allem die Gläubigerinteressen zu wahren sind; ebenso DürHach. Anm. 5; Schlegelberger-Gessler 3; Baumbach-Duden 1.

Auch der Konkursverwalter eines Gesellschafters, der an dessen Stelle Abwickler ist, kann abberufen werden. Er muß nicht notwendig an der Abwicklung als Abwickler teilnehmen. Er ist an der Abwicklung gar nicht als Abwickler beteiligt, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag oder einem vor der Konkurseröffnung gefaßten, nicht etwa wegen Rechtsmißbrauch (§ 242 BGB) ungültigen Gesellschafterbeschuß der Gemeinschuldner überhaupt nicht zu den Abwicklern gehörte. Er übt dann nur die Befugnisse aus, die auch ein anderer Gesellschafter hat, der nicht zu den Abwicklern gehört. Ist er Abwickler, so kann seine Abberufung durch Gesellschafterbeschuß nach der Regel des Halbsatzes 1 nur mit seiner Zustimmung erfolgen (wegen der Möglichkeit von