

---

§ 123 regelt die **konstitutive Wirkung der Eintragung** im Firmenbuch:

OHG und KG im Zeitalter des HGB, die ein gewerbliches Unternehmen im Sinne des § 2 HGB betrieben haben, entstanden mit Eintragung in das Firmenbuch (konstitutive Wirkung). Gleiches galt für eingetragene Erwerbsgesellschaften, auch sie entstanden erst durch Eintragung. OHG und KG, die ein vollkaufmännisches Grundhandelsgewerbe iSd § 1 Abs 2 idgF ausübten, entstanden dagegen bereits durch Aufnahme dieser Tätigkeit (deklarative Wirkung der Eintragung in das Firmenbuch).

Diese von der Art der Kaufmannseigenschaft abhängigen Differenzierungen entfallen mit Inkrafttreten des UGB, damit war aber die Grundfrage nach dem Entstehungszeitpunkt der Personengesellschaften neu zu stellen. Die Neuregelung entschied sich für das Prinzip der konstitutiven Eintragung.

Für offene Gesellschaften und Kommanditgesellschaften wurde mit diesem Schritt einheitlich das Normativsystem etabliert.

Der Frage, wie die Gesellschaft *vor* Eintragung im Firmenbuch berechtigt und verpflichtet wird, widmet sich § 123 Abs 2. Die Organisation der offenen Gesellschaft als Gesamthandschaft vereinfacht die Lösung des Problems der Vorgesellschaft.

Geschäfte, die von einem Gesellschafter oder einer rechtsgeschäftlich zur Vertretung der Gesellschaft bevollmächtigten Person im Namen der noch nicht in das Firmenbuch eingetragenen Gesellschaft geschlossen werden, werden den Gesellschaftern selbst als Mitunternehmern zugerechnet. In Bezug auf den Gesellschafter wird also angenommen, dass er - wie bei einer bereits eingetragenen Gesellschaft - schon aufgrund seiner Gesellschafterstellung vertretungsbefugt ist. Wurde im Gesellschaftsvertrag seine Vertretung ausgeschlossen, für ihn eine (gemischte) Gesamtvertretung vorgesehen oder sonst seine Vertretungsmacht beschränkt, kommt das Rechtsgeschäft mit ihm und den übrigen Gesellschaftern folglich dennoch rechtswirksam zustande. Anderes gilt nur, wenn dem Dritten Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der fehlenden Vertretungsmacht vorzuwerfen ist. Das vollmachtlose Auftreten jeder weiteren Person ist dagegen nach allgemeinen vertretungsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen.

Sobald die offene Gesellschaft durch Eintragung in das Firmenbuch entstanden ist, tritt sie ohne weiteres rechtsgeschäftliches Zutun automatisch in die vor

ihrem Entstehen in ihrem Namen – in der Regel von den Gesellschaftern, aber auch von Bevollmächtigten - geschlossenen Verträge ein. An der Haftung der Gesellschafter ändert sich nichts.

§ 907 Abs 9 hält fest, dass die in § 123 angeordnete konstitutive Wirkung der Eintragung von Personengesellschaften in das Firmenbuch sowie die Haftungsregel des Abs 2 nur für nach dem 31.12.2006 errichtete Gesellschaften gilt. Die Entstehung von davor errichteten Personengesellschaften ist nach bisher geltendem Recht zu beurteilen, was insbesondere bei offenen Handelsgesellschaften, die in vollkaufmännischem Umfang schon vor (oder ohne) Firmenbucheintragung den Betrieb eines Grundhandelsgewerbes aufgenommen haben und dadurch als Gesellschaft entstanden sind, von Bedeutung ist. Gemäß § 907 Abs 9 Satz 2 gilt dies auch für die §§ 109, 119, 120, 121 Abs 1 und 2, 122 Abs 1, 124 Abs 1, 137 Abs 4, 141 Abs 1 erster Satz, 154 Abs 2, 155 Abs 1 und 4 sowie 167 bis 169, sofern unter den Gesellschaftern nichts anderes vereinbart wurde. Dadurch soll sichergestellt werden, dass jene Gesellschaften, die im Vertrauen auf die geltende Rechtslage keine besonderen Vereinbarungen zu den das Innenverhältnis der Gesellschaft betreffenden Fragen getroffen haben (wie z.B. bezüglich der Einrichtung fester oder variabler Kapitalkonten und ihres Einflusses auf das Beteiligungsverhältnis, der Gewinn- und Verlustverteilung, ua), nicht von der neuen Gesetzeslage überrascht werden.