

# Großkommentare der Praxis





# Handelsgesetzbuch

Großkommentar

Begründet von Hermann Staub

4., neubearbeitete Auflage

herausgegeben von

Claus-Wilhelm Canaris

Wolfgang Schilling †

Peter Ulmer

Zweiter Band

§§ 105–237

Bearbeiter:

§§ 105–122: Peter Ulmer

§§ 123–130b: Mathias Habersack

§§ 131–144: Carsten Schäfer

§§ 145–160: Mathias Habersack

§§ 161–177a: Wolfgang Schilling

§§ 230–237: Jürg Zutt

Sachregister: Volker Kluge



RECHT

De Gruyter Recht · Berlin

Erscheinungsdaten der Lieferungen:

§§ 105–113	(12. Lieferung)	November 1988
§§ 114–122	(19. Lieferung)	Dezember 1999
§§ 123–130b	(17. Lieferung)	August 1997
§§ 131–144	(24. Lieferung)	Dezember 2004
§§ 145–160	(18. Lieferung)	Oktober 1998
§§ 161–177a	(9. Lieferung)	Oktober 1987
§§ 230–237	(13. Lieferung)	März 1990
Sachregister	(24. Lieferung)	Dezember 2004

Zitiervorschlag z.B.: *Ulmer* in Großkomm. HGB, § 118 Rdn. 12

Sachregister: Rechtsanwalt Dr. Dr. *Volker Kluge*, Berlin

ISBN 3-89949-189-0

*Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek*

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© Copyright 2004 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz GmbH, 06773 Gräfenhainichen  
Druck: Druckerei H. Heenemann GmbH, 12103 Berlin  
Binearbeiten: Lüderitz & Bauer GmbH, 10963 Berlin  
Printed in Germany

#### **Bearbeiter der 4. Auflage:**

Dr. *Dieter Brüggemann* (†), Ministerialrat a. D., Celle  
Professor Dr. Dr. h.c. mult. *Claus-Wilhelm Canaris*, München  
Professor Dr. *Gerhard Dannecker*, Bayreuth  
Professor Dr. *Mathias Habersack*, Mainz  
Professor Dr. *Johann Georg Helm* (†), Königstein  
Professor Dr. Dr. h.c. *Peter Hommelhoff*, Heidelberg  
Professor Dr. *Uwe Hüffer*, Bochum  
Professor Dr. *Rainer Hüttemann*, Osnabrück  
Professor Dr. *Detlev Joost*, Hamburg  
Professor Dr. *Peter Kindler*, Bochum  
Professor Dr. *Detlef Kleindiek*, Bielefeld  
Professor Dr. *Ingo Koller*, Regensburg  
Professor Dr. Dres. h.c. *Horst Konzen*, Mainz  
(unter Mitarbeit von Dr. *Christoph Weber*, Mainz)  
Dr. *Ernst Thomas Kraft*, Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater,  
Frankfurt/Main  
Professor Dr. *Carsten Schäfer*, Mannheim  
Professor Dr. *Wolfgang Schilling* (†), Rechtsanwalt, Mannheim  
Professor Dr. Dr. h.c. mult. *Peter Ulmer*, Heidelberg  
Professor Dr. *Daniel Zimmer*, LL.M., Bonn  
Dr. *Jürg Zutt*, Rechtsanwalt, Mannheim



# Inhaltsübersicht

## ZWEITES BUCH

### Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft

Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft	§§ 105–160
Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft	§§ 105–108
Zweiter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander	§§ 109–122
Dritter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten	§§ 123–130b
Vierter Titel. Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern	§§ 131–144
Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft	§§ 145–158
Sechster Titel. Verjährung. Zeitliche Begrenzung der Haftung	§§ 159–160
Zweiter Abschnitt. Kommanditgesellschaft	§§ 161–177a
– <i>Aufgehoben</i> –	(§§ 178–229)
Dritter Abschnitt. Stille Gesellschaft	§§ 230–237



# ZWEITES BUCH

## Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft

### Vorbemerkungen

#### Übersicht

	Rdn.		Rdn.
I. System der Handelsgesellschaften		III. Instrumente der Umgestaltung von Handelsgesellschaften	
1. Überblick		1. Umwandlung . . . . .	20, 21
a) Begriff der Handelsgesellschaften . . . . .	1, 2	2. Verschmelzung . . . . .	22, 23
b) Arten . . . . .	3—5	3. Spaltung . . . . .	24, 25
c) Personen- und Kapitalgesellschaften . . . . .	6, 7	4. Unternehmensverbindungen . . . . .	26
2. Die Handelsgesellschaften des HGB		IV. Geltungsschranken	
a) Offene Handelsgesellschaft . . . . .	8, 9	1. Zeitliche (Intertemporäres Recht) . . . . .	27—29
b) Kommanditgesellschaft . . . . .	10, 11	2. Sachliche (Internationales Gesellschaftsrecht)	
c) GmbH & Co OHG/KG . . . . .	12, 13	a) Überblick . . . . .	30—32
3. Die stille Gesellschaft . . . . .	14	b) Personalstatut . . . . .	33, 34
II. Rechtsgrundlagen		c) Anerkennung ausländischer Gesellschaften . . . . .	35
1. Wahl der Gesellschaftsform . . . . .	15, 16	d) Formprobleme . . . . .	36
2. Gestaltungsfreiheit und Schranken . . . . .	17, 18	V. Europäisches Gesellschaftsrecht	
3. Typenverbindung, atypische Gestaltung . . . . .	19	1. Rechtsangleichung . . . . .	37
		2. Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung . . . . .	38—40

### Schrifttum

Kommentare zum HGB:

Großkommentar zum HGB<sup>3</sup>, 2. Bd. (1967—1973) von *Rob. Fischer, Schilling* und *Ulmer*; Großkommentar zum HGB<sup>4</sup>, 1. Bd. (1983) von *Brüggemann* und *Hüffer*; 2. Bd. §§ 161—177 a (1987) von *Schilling*; RGR-Kommentar zum HGB<sup>2</sup>, 2. Bd. (1950) von *Weipert*; *Düringer/Hachenburg* HGB<sup>3</sup>, 2. Bd. (1932) von *Geiler* und *Flechtbeim*; *Schlegelberger* HGB<sup>4</sup>, 2. Bd. (1963) von *Gefßler*; *Schlegelberger* HGB<sup>5</sup>, Bd. III/2 (1986) von *Martens* und *K. Schmidt*; *Straube* HGB (1987); *Baumbach/Duden/Hopt* HGB<sup>27</sup> (1987).

Zur BGB-Gesellschaft:

*Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> (1985), §§ 705—740; *Staudinger/Kessler* BGB<sup>12</sup> (1980), §§ 705—740; *Ulmer* Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts<sup>2</sup> (1986), Sonderausgabe aus Münchener Kommentar zum BGB<sup>2</sup> Bd. 3.

Zur GmbH:

*Baumbach/Hueck* GmbHG<sup>15</sup> (1988); *Fischer/Lutter/Hommelhoff* GmbHG<sup>12</sup> (1987); *Hachenburg* GmbHG<sup>7</sup> (1975—1984) mit Erg.-Bd. (GmbH-Novelle und Gründungsrecht), 1985; *Rowedder* GmbHG (1985); *Scholz* GmbHG<sup>6</sup> (1978—1983), GmbHG<sup>7</sup> 1. Bd. (1986).

Zur Aktiengesellschaft:

Großkommentar zum AktG<sup>3</sup> (1973—1975); Kölner Kommentar zum AktG (1970—1984), und 2. Auflage (ab 1986); *Gefßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff* AktG (seit 1973).

Gesamtdarstellungen und Lehrbücher:

*Flume* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/1 Die Personengesellschaft (1977), Bd. I/2 Die juristische Person (1983); *Alfred Hueck* Das Recht der OHG<sup>4</sup> (1971); *Götz Hueck* Gesellschaftsrecht<sup>18</sup> (1983); *Kübler* Gesellschaftsrecht (1985); *Karsten Schmidt* Gesellschaftsrecht (1986); *Harry Westermann* in *Westermann/Scherpf/Paulick/Bulla/Hackbeil*, Handbuch der Personengesellschaften I (1978); *Wiedemann* Gesellschaftsrecht, Bd. 1 (1980); *Wieland* Handelsrecht, Bd. 1 (1921); *Würdinger* Gesellschaften I: Recht der Personengesellschaften (1937).

Monographien:

*Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen (1981); *Fabricius* Relativität der Rechtsfähigkeit (1963); *Friebe* Die Unterbeteiligung bei Personengesellschaften (1974); *Gogos* Die Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft (1953); *Grunewald* Der Ausschluß aus Gesellschaft und Verein (1987); *Hadding* Actio pro socio (1966); *Heckelmann* Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen (1973); *Ulrich Huber* Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil von Personengesellschaften des Handelsrechts (1970); *Ulrich Hübner* Interessenkonflikt und Vertretungsmacht (1977); *Götz Hueck* Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht (1958); *Immenga* Die personalistische Kapitalgesellschaft (1970); *John* Die organisierte Rechtsperson (1977); *Kornblum* Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften (1972); *Michalski* Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Perpetuierung von Unternehmen (1980); *Morck* Die vertragliche Gestaltung der Beteiligung an Personen-Handelsgesellschaften (1980); *Nitschke* Die körperlich strukturierte Personengesellschaft (1970); *Reuter* Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen (1973); *Rittner* Die wendende juristische Person (1973); *Roitzsch* Der Minderheitenschutz im Verbandsrecht (1981); *Säcker* Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsmitgliedschaften (1970); *Karsten Schmidt* Zur Stellung der OHG im System der Handelsgesellschaften (1972); *Schünemann* Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft (1975); *Schulze-Osterloh* Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung (1972); *ders.* Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften (1973); *Teichmann* Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen (1970); *Ulbrich* Die Unterbeteiligungsgesellschaft an Personengesellschaftsanteilen (1982); *Ulmer* Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht 1971–1985 (1986); *Hansjörg Weber* Zur Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft (1978); *Harm Peter Westermann* Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften (1970); *Wiedemann* Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften (1965); *Wiesner* Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft (1980); *Martin Winter* Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988); *Zöllner* Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963); *ders.* Die Anpassung von Personengesellschaftsverträgen an veränderte Umstände (1979).

## I. System der Handelsgesellschaften

### 1. Überblick

- 1 a) Begriff der Handelsgesellschaft.** Einen allgemeinen Begriff der Handelsgesellschaften enthält das HGB in § 6. Er bezieht sich auf **Zusammenschlüsse in der Rechtsform einer Personen- oder Kapitalgesellschaft**, die entweder aufgrund ihrer Tätigkeit (Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma, §§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 1) oder kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung (Formkaufmann, vgl. §§ 3, 278 Abs. 3 AktG für die AG und KGaA, § 13 Abs. 3 GmbHG für die GmbH) **den HGB-Vorschriften** über Handelsstand, Handelsbücher und Handelsgeschäfte **unterliegen**<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Die Geltung von Vorschriften *außerhalb* des HGB, die auf die Kaufmannseigenschaft oder auf das Vorliegen eines Handelsgewerbes abstellen, für Handelsgesellschaften kraft *Rechtsform* richtet sich nach deren Auslegung; für § 196 Abs. 1 Nr. 1,

Abs. 2 BGB wird sie heute ganz überwiegend bejaht (grundlegend BGHZ 66, 48, 50 = NJW 1970, 514; vgl. dazu MünchKomm.-von *Feldmann* BGB<sup>2</sup> § 196, 10).

Organisationsrechtliche Vorschriften über Handelsgesellschaften finden sich nicht nur im HGB, sondern auch in einer Reihe von Spezialgesetzen. Die **Überschrift des Zweiten Buchs des HGB** „Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft“ greift angesichts seines inzwischen auf *Personenhandelsgesellschaften* (OHG und KG) beschränkten Inhalts **zu weit**. Das erklärt sich in bezug auf AG und KGaA aus deren bis 1937 im HGB selbst (§§ 178 bis 334 a. F.) enthaltenen, heute im AktG 1965 zu findenden Regelung. Demgegenüber war die GmbH von Anfang an Gegenstand einer Sonderregelung (GmbHG von 1892); von deren Übernahme in das HGB wurde schon bei seinem Erlaß abgesehen. Entsprechendes gilt für die den Handelsgesellschaften angenäherten Zusammenschlußformen der eingetragenen Genossenschaft (eG) und des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (VVaG), für die ebenfalls von Anfang an spezialgesetzliche Regelungen außerhalb des HGB getroffen wurden (Rdn. 4).

**b) Arten.** Als Handelsgesellschaften im Sinne von § 6 kennt das deutsche Recht **fünf Organisationsformen**, und zwar zwei Rechtsformen für *Personenhandelsgesellschaften* (OHG und KG einschließlich der Sonderform der GmbH & Co OHG/KG) und drei Rechtsformen für Kapitalgesellschaften (AG, KGaA, GmbH). Der im Hinblick auf § 6 relevante Unterschied zwischen den beiden Arten von Zusammenschlüssen (zu weiteren Unterschieden vgl. Rdn. 6 f) liegt darin, daß es sich bei den **Kapitalgesellschaften** um Handelsgesellschaften **kraft Rechtsform** handelt. Sie unterliegen dem Handelsrecht nach § 6 Abs. 2 unabhängig von Art und Umfang ihres Geschäftsbetriebs; auch das Betreiben eines nichtgewerblichen „Unternehmensgegenstands“ steht ihrer Behandlung als Handelsgesellschaft nicht entgegen (vgl. § 6, 2, 5 und 22). Demgegenüber entscheidet über die Qualifizierung einer **Personengesellschaft** als Handelsgesellschaft (OHG oder KG) der **Gegenstand des gemeinsamen Zwecks**: es muß sich um den Betrieb eines vollkaufmännischen Grundhandelsgewerbes oder eines im Handelsregister eingetragenen soll- oder kannkaufmännischen Unternehmens unter gemeinsamer Firma handeln (vgl. § 105, 23 ff). Das gilt auch für den Sonderfall der GmbH & Co. OHG/KG<sup>2</sup>. Zur umstrittenen Frage der Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter vgl. § 105, 74 ff.

Den **Handelsgesellschaften angenähert** ist die *eingetragene Genossenschaft*: sie gilt nach § 17 Abs. 2 GenG als Kaufmann und untersteht demgemäß dem 1., 3. und 4. Buch des HGB, soweit das GenG keine Sonderregelungen enthält. Entsprechendes gilt nach § 16 VAG für den *Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit* sowie künftig für die neue Rechtsform der *Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung* (vgl. dazu Rdn. 38 ff). Demgegenüber bestimmte sich bei der in §§ 94 bis 134 preuß. Allg. Berggesetz von 1865 geregelten, durch §§ 163–165 BundesbergG von 1980 (mit einer Übergangsfrist bis zum 1. 1. 1986<sup>3</sup>) aufgehobenen bergrechtlichen *Gewerkschaft* die Kaufmannseigenschaft nicht nach der Rechtsform, sondern nach ihrer Handelsregistereintragung als Sollkaufmann aufgrund der Art und des Umfangs ihrer Tätigkeit<sup>4</sup>.

**Keine Handelsgesellschaft** ist die *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* als obligatorische Rechtsform einer auf einen nicht (voll-)kaufmännischen Zweck gerichteten Personengesellschaft (zur formwechselnden Umwandlung zwischen GbR und OHG/KG als Folge der Zweckänderung bzw. der Handelsregistereintragung in den Fällen der §§ 2, 3 vgl. § 105, 52). Gleiches gilt für die *Stille Gesellschaft* (§ 230); das bringt schon die Überschrift des Zweiten Buches („Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft“) zum

<sup>2</sup> So zutr. BayObLG BB 1985, 78, 79, und K. Schmidt GmbH-Rdsch. 1984, 274 f, gegen Schulze-Osterloh NJW 1983, 1281 ff, 1287 (Kaufmann kraft Rechtsform).

<sup>3</sup> Zur zwischenzeitlichen Verlängerung der Übergangsfrist bis zum 31. 12. 1988 vgl. § 105 Fn. 3.

<sup>4</sup> Vgl. Reinhardt/Schulz GesR<sup>2</sup> Rdn. 876.

Ausdruck. Es handelt sich um die Sonderform einer GbR in der Form der Innengesellschaft, deren Aufnahme in das HGB sich aus dem Gegenstand dieser Gesellschaft, der Beteiligung des Stillen am Handelsgewerbe eines anderen, erklärt (Rdn. 14). Keine Handelsgesellschaft ist nach der Systematik des HGB schließlich auch die *Partenreederei*, d. h. der Zusammenschluß mehrerer Personen zur gemeinsamen Verwendung eines Seeschiffes für den Erwerb durch Seefahrt (§ 489 Abs. 1). Das zeigt die Gegenüberstellung von Reederei und Handelsgesellschaft in § 489 Abs. 2. Eine Eintragung der Reederei ins Handelsregister scheidet daher aus. Ihre Rechtsverhältnisse nach innen und außen bestimmen sich nach den Sondervorschriften der §§ 490 bis 555 HGB; eine Anwendung der auf Kaufleute zugeschnittenen Vorschriften des HGB ihr gegenüber kommt nur im Analogiewege in Betracht<sup>5</sup>.

- 6 c) Personen- und Kapitalgesellschaften.** Mit der für das deutsche Recht der Handelsgesellschaften charakteristischen Unterscheidung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften, d. h. zwischen OHG und KG einerseits, AG, KGaA und GmbH andererseits verbinden sich **grundlegende**, sowohl das Innen- als auch das Außenverhältnis des Zusammenschlusses betreffende **strukturelle Unterschiede**. Die Unterscheidung fällt zusammen mit der schon erwähnten weiteren zwischen Handelsgesellschaften kraft Unternehmenstätigkeit und solchen kraft Rechtsform (Rdn. 3). Im Zuge der seit Jahrzehnten zu beobachtenden, insbes. durch die GmbH & Co KG und die Publikums-KG charakterisierten Grundtypenvermischung (Rdn. 19) haben sich die Unterschiede in der Praxis zwar teilweise nivelliert. Auch besagt die Zuordnung zur einen oder anderen Gruppe nicht notwendig etwas über die innere Struktur des Zusammenschlusses und über das Vorhandensein oder Fehlen persönlicher Beziehungen zwischen den Gesellschaftern; das zeigen insbesondere die Beispiele der *personalistisch* strukturierten typischen GmbH als Kapitalgesellschaft<sup>6</sup> und des hiervon grundlegend abweichenden Zusammenschlusses von Kapitalanlegern in der Rechtsform einer *kapitalistisch* strukturierten Publikums-KG als Personengesellschaft<sup>7</sup>. Diese Besonderheiten ändern jedoch nichts an der grundlegenden, das Organisationsrecht der Handelsgesellschaften prägenden Bedeutung der Differenzierung.
- 7** Die einzelnen **Ausprägungen** der Unterscheidung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften können im Rahmen dieses einführenden Überblicks nur angedeutet werden<sup>8</sup>. So wird die **Rechtsnatur** der Kapitalgesellschaften und ihre Verselbständigung gegenüber den Gesellschaftern durch ihre gesetzliche Anerkennung als *juristische Personen* und durch die Möglichkeit der Vereinigung sämtlicher Anteile bei AG und GmbH in der Hand *eines* Gesellschafters bestimmt, während für die Personengesellschaften die Organisationsform der gesellschaftsrechtlichen *Gesamthand* und die Notwendigkeit des Vorhandenseins von mindestens *zwei* Gesellschaftern gelten<sup>9</sup>. Für die **Entstehung** der Personengesellschaft genügt der Vertragsschluß zwischen den Mitgliedern (§ 105, 49); demgegenüber bedarf es zur Entstehung einer Kapitalgesellschaft als juristische Person der Eintragung ins Handelsregister nach Erfüllung der gesetzlichen Gründungserfor-

<sup>5</sup> H. M., vgl. *Prüssmann/Rabe* Seehandelsrecht<sup>2</sup> § 489, B 1 b, *Rubwedel* Die Partenreederei (1973) S. 159 f; a. A. *K. Schmidt* GesR § 64 I 3 c S. 1418 f.

<sup>6</sup> Vgl. nur *Hachenburg/Schilling* GmbHG<sup>7</sup> Einl. Rdn. 12 ff, 15, *Scholz/Westermann* GmbHG<sup>7</sup> Einl. Rdn. 2 ff, zur Treupflicht in der GmbH insbes. *M. Winter* Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988).

<sup>7</sup> Vgl. dazu näher Anhang zu § 161.

<sup>8</sup> Dazu statt aller *Wiedemann* GesR § 2 I S. 88 ff, *Kübler* GesR<sup>2</sup> § 3 S. 21 ff; allgemeiner (auf den Unterschied zwischen juristischer Person und Gesamthand abstellend) *K. Schmidt* GesR § 8 S. 142 ff.

<sup>9</sup> Zur Rechtsfigur der Gesamthand und zu ihrer Unterscheidung von der juristischen Person trotz der partiellen Gleichstellung in § 124 vgl. § 105, 39 f m. Nachw.

dernisse<sup>10</sup>. Die **Außenhaftung** für Gesellschaftsverbindlichkeiten trifft bei Personengesellschaften auch die Gesellschafter persönlich, im Fall der Kommanditisten unter Beschränkung auf den Betrag der Hafteinlage (§§ 171, 172); bei den Kapitalgesellschaften tritt an die Stelle persönlicher Gesellschafterhaftung die gesetzliche Sicherung der Aufbringung und Erhaltung eines (Mindest-)Haftungsfonds<sup>11</sup>. Das **Innenverhältnis** der OHG und KG ist durch Selbstorganschaft (Geschäftsführung und Vertretung nur durch Gesellschafter), Einstimmigkeitsprinzip und weitgehend dispositives Recht bestimmt; demgegenüber gelten bei den Kapitalgesellschaften Drittorganschaft, Mehrheitsprinzip und — im Falle von AG und KGaA — grundsätzlich zwingendes Recht auch für die Innenbeziehungen. Schließlich ist eine **Anteilsübertragung** nach gesetzlicher Regel nur bei den Kapitalgesellschaften vorgesehen; bei der OHG und KG wird sie von der heute ganz h. M. zwar auch zugelassen, bedarf jedoch der Zustimmung der Mitgesellschafter oder der Zulassung im Gesellschaftsvertrag (§ 105, 302 f, 306 ff).

## 2. Die Handelsgesellschaften des HGB

a) **Offene Handelsgesellschaft.** Die Definition der OHG findet sich in § 105 Abs. 1: **8** erforderlich ist ein Gesellschaftsvertrag zwischen mindestens **zwei unbeschränkt persönlich haftenden Gesellschaftern**, dessen Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes (§§ 1—3) unter gemeinsamer Firma gerichtet ist, wobei der Geschäftsbetrieb minderkaufmännische Dimensionen (§ 4 Abs. 2) übersteigt. Es handelt sich um die **Grundform** eines Zusammenschlusses zu gemeinsamer unternehmerischer Betätigung; sie greift unabhängig von einer entsprechenden Rechtsformwahl der Beteiligten schon dann ein, wenn diese sich nicht in wirksamer Weise auf eine andere Rechtsform ihres Zusammenschlusses geeinigt haben (zum Problem der Rechtsformverfehlung vgl. § 105, 160). Die Rechtsverhältnisse in der OHG bestimmen sich außer nach §§ 106 bis 160 HGB auch nach den über § 105 Abs. 2 subsidiär anwendbaren Vorschriften der §§ 706 bis 740 BGB.

Den **typischen Anwendungsbereich** der OHG bildet der gemeinsame Betrieb mittelständischer Unternehmen durch zwei oder mehr tätige Gesellschafter, sei es aufgrund einer Neugründung oder der gemeinsamen Fortführung des Unternehmens eines Einzelkaufmanns unter Aufnahme von Familienangehörigen oder Einbringung des ererbten Handelsgeschäfts in eine zwischen den Erben gegründete Gesellschaft. Die **wirtschaftliche Bedeutung** der OHG ist seit längerem rückläufig; es ist eine deutliche Verlagerung insbes. zur GmbH und zur GmbH & Co KG zu beobachten (Zahlen vgl. bei § 105, 12). Das beruht auf dem Rückgang der Haftungsbereitschaft der Gesellschafter auch bei kleinen und mittleren Unternehmen als Ausdruck zunehmender Unsicherheit über die wirtschaftliche Entwicklung, aber auch auf dem Wegfall der doppelten Ertragsbesteuerung der GmbH als Folge der Körperschaftsteuerreform 1977. — Zur Sonderform der GmbH & Co OHG vgl. Rdn. 12. **9**

b) **Kommanditgesellschaft.** Die KG unterscheidet sich von der OHG nach der Definition des § 161 Abs. 1 durch das Vorhandensein von **zwei Gesellschafterklassen**: den unbeschränkt haftenden Gesellschaftern (*Komplementären*) und den in Höhe der (Haft-)Einlage beschränkt haftenden, den sog. *Kommanditisten*. Zur Gründung oder zum Fortbestand der KG bedarf es der Beteiligung von mindestens je einem Mitglied **10**

<sup>10</sup> Registrierungssystem (System der Normativbestimmungen), vgl. §§ 41 Abs. 1 S. 1 AktG, 11 Abs. 1 GmbHG, dazu K. Schmidt GesR § 8 II 5 S. 148 ff, Wiedemann GesR I § 4 II 1 c S. 207.

<sup>11</sup> Eine Abweichung gilt nur für den gesetzlichen Mischtyp der KGaA, der die persönliche Haftung des Komplementärs mit der Sicherung des von den Kommanditaktionären aufgebrauchten Haftungsfonds verbindet (vgl. § 278 Abs. 2 und 3 AktG).

jeder Klasse. Dem unterschiedlichen Haftungsstatus entsprechen auch im übrigen unterschiedliche Rechte und Pflichten der beiden Gesellschafterklassen; insbesondere ist die organschaftliche Vertretung der KG zwingend den Komplementären vorbehalten (§ 170, 4). Während sich die Rechtsstellung der Komplementäre (über die Verweisung in § 161 Abs. 2) nach OHG-Recht bestimmt, finden sich die für Kommanditisten geltenden Vorschriften in §§ 164 bis 177; wie bei der OHG sind sie im Innenverhältnis dispositiver Natur (Rdn. 17). Im übrigen gelten auch für die KG über die Verweisung der §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 subsidiär die Vorschriften der §§ 706 bis 740 BGB.

- 11** Zur **Wahl der Rechtsform einer KG** kommt es typischerweise entweder für den *Zusammenschluß tätiger und als Kapitalgeber beteiligter Gesellschafter* zum Betrieb eines mittelständischen Unternehmens oder infolge der Umwandlung der Stellung des Nachfolger-Erben eines verstorbenen OHG-Gesellschafter in diejenige eines Kommanditisten unter Berufung auf § 139 Abs. 1. Daneben findet die KG auch als Rechtsform für *Großunternehmen*<sup>12</sup> oder für Gesellschaften mit einer *Vielzahl von Mitgliedern*<sup>13</sup> Verwendung. Insgesamt hat sich im Lauf der Jahrzehnte, nicht zuletzt im Zuge des Generationenwechsels, eine deutliche Gewichtsverlagerung von der OHG zur (GmbH & Co)KG ergeben (vgl. die Zahlenangaben bei § 105, 12).
- 12** c) **GmbH & Co OHG/KG.** Beginnend mit dem 1. WiKG 1976, in der höchstrichterlichen Rechtsprechung schon früher<sup>14</sup>, kam es zur Einführung eines **Sonderrechts** für solche Personengesellschaften in der Rechtsform der OHG oder KG, an denen keine natürlichen Personen als (unmittelbar oder mittelbar) unbeschränkt haftende Gesellschafter beteiligt sind<sup>15</sup>. Den Grund für diese Abweichungen von dem allgemein für OHG und KG geltenden Recht bildet die funktionelle **Vergleichbarkeit der Haftungsverfassung** derartiger Personengesellschaften ohne voll haftende natürliche Personen **mit derjenigen einer GmbH**; sie ließ es notwendig erscheinen, aus Gründen des Gläubigerschutzes für solche Vertragsgestaltungen dem GmbH-Recht entsprechende, das Fehlen unbeschränkt persönlicher Haftung kompensierende Grundsätze und Vorschriften zu entwickeln. Demgemäß besteht heute auch für die GmbH & Co OHG/KG eine Pflicht zur Offenlegung der Haftungsbeschränkung in der Firma (§ 19 Abs. 5) und auf den Geschäftsbriefen (§§ 125 a, 117 a). Es gelten die Vorschriften des GmbHG über eigenkapitaleretzende Gesellschafterdarlehen (§§ 129 a, 172 a). Zur Konkursanmeldung sind die Geschäftsführer nicht nur bei Zahlungsunfähigkeit, sondern auch bei Überschuldung der Gesellschaft verpflichtet (§§ 130 a, 177 a). Nur hinsichtlich der für Kapitalgesellschaften geltenden, ebenfalls gläubigerschützenden Bilanzierungs-, Prüfungs- und Publizitätsvorschriften (§§ 264 ff HGB) ist der Gesetzgeber diesem zutreffenden Regelungsprinzip nicht treu geblieben, sondern hat die GmbH & Co OHG/KG systemwidrig den allgemeinen, für alle Kaufleute geltenden Bilanzierungsvorschriften unterstellt (vgl. dazu Vor § 238, 15).
- 13** Die **typische GmbH & Co KG** als primäre Adressatin der in Rdn. 12 genannten Sonderregelungen ist dadurch gekennzeichnet, daß an ihr neben der Komplementär-

<sup>12</sup> Nach den Feststellungen der Monopolkommission (Hauptgutachten 1984/85, Tz. 358) waren im Jahr 1984 (1982) von den 100 größten Unternehmen immerhin 6 (7) in der Rechtsform der KG organisiert gegenüber 1 (1) in der Rechtsform der OHG.

<sup>13</sup> Vgl. die Beispiele BGHZ 85, 350, 358 = NJW 1983, 1056 (145 Gesellschafter); BGH NJW 1988, 411 (65 Gesellschafter). Ferner die Fälle der Publikums-KG (Rdn. 13).

<sup>14</sup> Vgl. BGHZ 60, 324, 328 f = NJW 1973, 1036 (analoge Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG); 62, 216, 222 ff = NJW 1974, 1191 (obligat. GmbH & Co-Zusatz in der Firma der KG).

<sup>15</sup> Zum Anwendungsbereich der Sondervorschriften vgl. die Legaldefinition in § 19 Abs. 5 (dazu § 19, 2).

GmbH eine beschränkte Zahl von Kommanditisten beteiligt ist, wobei diese regelmäßig zugleich die Anteile der Komplementär-GmbH halten und hierüber auf die Geschäfte der KG Einfluß nehmen. Meist wird eine Kopplung beider Anteile und ein übereinstimmendes Beteiligungsverhältnis der Gesellschafter in beiden Gesellschaften angestrebt (§ 161, 30). Das führt vorbehaltlich unterschiedlicher Beteiligungshöhe zur rechtlichen Gleichstellung der Gesellschafter der GmbH & Co KG abweichend von dem für die KG typischen Zweiklassenverhältnis (Rdn. 10); es nähert auch deren innere Struktur derjenigen einer GmbH an. — Hiervon klar zu unterscheiden ist die Erscheinungsform der **Publikums-(GmbH & Co)KG** mit einem in Initiatoren (Management) und eine Vielzahl untereinander nicht verbundener Kapitalanleger aufgeteilten Mitgliederkreis. Für sie hat die höchstrichterliche Rechtsprechung aus Gründen des Anlegerschutzes ein umfangreiches, über dasjenige der typischen GmbH & Co KG weit hinausgehendes Sonderrecht geschaffen (vgl. näher Anhang zu § 161).

### 3. Die stille Gesellschaft

Die stille Gesellschaft ist im HGB — inhaltlich seit 1900 im wesentlichen unverändert **14** — in den §§ 230 bis 237 n. F. (§§ 335 bis 342 a. F.) geregelt. Ihr Kennzeichen ist die Beteiligung des „Stillen“ mit einer Vermögenseinlage an dem von einem anderen (dem „Inhaber“ des Handelsgeschäfts) betriebenen Handelsgewerbe (§ 230 Abs. 1). Im Unterschied zum Kommanditisten tritt der Stille nicht nach außen in Erscheinung und erlangt **keine gesamthänderische Mitberechtigung** an dem Unternehmen, sondern nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Inhaber auf anteiligen Gewinn und Auseinandersetzungsguthaben. Ihrer **Rechtsnatur** nach ist die stille Gesellschaft keine Handelsgesellschaft, sondern eine als Sonderfall einer GbR zu qualifizierende Innengesellschaft, für die (mit Vorrang gegenüber §§ 706 bis 740 BGB) die Vorschriften der §§ 231 bis 237 HGB gelten<sup>16</sup>. Ihre Regelung im HGB erklärt sich aus dem Abstellen des § 230 Abs. 1 auf das Handelsgewerbe des Inhabers als Gegenstand der internen Beteiligung des Stillen. Wegen der Einzelheiten vgl. Erläut. zu §§ 230 bis 237.

## II. Rechtsgrundlagen

### 1. Wahl der Gesellschaftsform

Das deutsche Gesellschaftsrecht läßt den an einem Zusammenschluß interessierten **15** Personen weitgehende **Freiheit** hinsichtlich der Art und Ausgestaltung ihres Zusammenschlusses. Das gilt auch für die Wahl der Rechtsform, allerdings unter Beschränkung auf die vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Organisationsformen; die privatautonome Schaffung beliebiger Zusammenschlußformen oder — bezogen auf die Bildung juristischer Personen — das „System freier Körperschaftsbildung“<sup>17</sup> sind dem geltenden Recht unbekannt. Die Einschränkung erlangt Bedeutung namentlich auch für die gemeinsame Verfolgung handelsrechtlicher Zwecke: sie ist vorbehaltlich der Sonderfälle vereinsrechtlicher Organisation<sup>18</sup> nur in einer der Rechtsformen der Handelsgesell-

<sup>16</sup> Allgemein zu den Innengesellschaften des bürgerlichen Rechts und ihrer rechtlichen Behandlung vgl. MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 705, 229 ff.; zur stillen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (im Unterschied zu derjenigen nach § 230 HGB) daselbst Rdn. 240 ff.

<sup>17</sup> Vgl. dazu Wiedemann GesR I § 4 II 1 a S. 206, K. Schmidt GesR § 8 II 5 S. 148 f.

<sup>18</sup> Rechtsfähiger Idealverein mit erlaubtem wirtschaftlichem Nebenzweck (§ 21 BGB), wirtschaftlicher Verein (§ 22 BGB), ferner eingetragene Genossenschaft als Rechtsform eines Zusammenschlusses zur Erbringung wirtschaftlicher Hilfstätigkeiten für ihre Mitglieder (§ 1 GenG); zum ganzen vgl. statt aller K. Schmidt GesR § 23 S. 493 ff m. Nachw.

schaften (Rdn. 3 f) möglich. Es gilt der **numerus clausus der Gesellschaftsformen**. Zur Zulassung organisationsrechtlicher Typenverbindung und -vermischung vgl. jedoch Rdn. 19.

- 16** **Einschränkungen** gegenüber der freien Rechtsformwahl finden sich **aus Gründen der Wirtschaftsaufsicht** in einer Reihe von Sondergesetzen (vgl. auch § 105, 27). So dürfen *Versicherungsgeschäfte* nur in der Rechtsform der AG oder des VVaG betrieben werden (§ 7 Abs. 1 VAG). Für private *Bausparkassen* ist die Rechtsform der AG vorgeschrieben (§ 2 Abs. 1 BauspG), für *Hypothekenbanken* diejenige der AG oder KGaA (§ 2 Abs. 1 HypBkG). *Kapitalanlagegesellschaften* und *Unternehmensbeteiligungsgesellschaften* dürfen nur in der Rechtsform der AG oder GmbH errichtet werden (§§ 1 Abs. 2 KAGG, 2 Abs. 1 UBGG), *Apotheken* als Gesellschaften nur in der Form einer OHG oder GbR (§ 8 ApG).

## 2. Gestaltungsfreiheit und Schranken

- 17** Das Ausmaß vertraglicher Gestaltungsfreiheit hängt für das **Innenverhältnis** der Beteiligten von der jeweils gewählten Rechtsform ab. Die Privatautonomie ist bei OHG, KG und GmbH im wesentlichen unbeschränkt; die vertraglichen Abreden haben Vorrang vor dem dispositiven Recht (vgl. §§ 109, 163 HGB, 45 Abs. 1 GmbHG). Auch das Recht der stillen Gesellschaft kennt nur wenige zwingende Vorschriften. Demgegenüber beansprucht das Aktienrecht grundsätzlich zwingende Geltung; es läßt der Satzungsautonomie der Gesellschafter nur wenig Spielraum (§ 23 Abs. 5 AktG). Im **Außenverhältnis** der OHG und KG, hinsichtlich der Vertretung der Gesellschaft im Rechtsverkehr und der Außenhaftung der Gesellschafter, gilt demgegenüber grundsätzlich zwingendes Recht (vgl. Erläut. zu § 123). Den Haftungsregelungen bei den Personengesellschaften entsprechen bei der AG und GmbH die Vorschriften über Aufbringung und Erhaltung des Grund-(Stamm-)Kapitals einschließlich seiner Sicherung gegen mittelbare Abflüsse. Auch sie sind zwingender Natur.
- 18** Gegenstand eingehender Erörterung in Rechtsprechung und Literatur ist die Frage nach **ungeschriebenen Schranken der Vertragsgestaltungsfreiheit** in bezug auf das Innenverhältnis der OHG und KG<sup>19</sup>. Sie dient nicht nur dem Minderheitenschutz gegenüber unangemessenem Gebrauch von Mehrheitskompetenzen, sondern auch dem Schutz vor Selbstentmündigung oder ihr nahekommenem Verzicht auf zentrale Gesellschafterrechte. Im einzelnen wird dabei zwischen **unbeweglichen und beweglichen Schranken** der Vertragsgestaltungsfreiheit unterschieden (vgl. näher § 109, 20 ff). Während jene den Kreis der *unverzichtbaren*, trotz Zustimmung der betroffenen Gesellschafter nicht zur Disposition der Beteiligten stehenden Rechte und Gestaltungen umschreiben, wozu neben Abspaltungsverbot (§ 717 S. 1 BGB) und Selbstorganschaft auch der Schutz der Verbandssouveränität und der Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte gehören (§ 109, 31 ff), geht es bei den beweglichen Schranken um die *Begrenzung der Mehrheits Herrschaft* im Hinblick vor allem auf Treupflicht und Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 109, 41 ff). Eine darüber hinausgehende **Inhaltskontrolle** von Gesellschaftsverträgen auf ihre inhaltliche Angemessenheit wird von der Rechtsprechung mit Zustimmung der Literatur nur bei der Publikums-Gesellschaft (KG, GbR) praktiziert (§ 109, 44 f).

<sup>19</sup> Zur entsprechenden Problematik im GmbH-Recht vgl. *Zöllner* in Baumbach/Hueck GmbHG<sup>15</sup> § 45,

5 ff; für satzungsändernde Mehrheitsbeschlüsse jetzt eingehend *M. Winter* (Fn. 6) S. 135 ff.

### 3. Typenverbindung, atypische Gestaltung

Eine **Verbindung** verschiedener Gesellschaftstypen findet sich vor allem bei der „typischen“ GmbH & Co KG mit ihrer Verflechtung von Personen- und Kapitalgesellschaft (Rdn. 13). **Atypische** Gestaltungen begegnen in der Kautelarjurisprudenz häufig, insbes. in Gestalt der kapitalistischen Personengesellschaft und der Publikums-KG (Rdn. 13), aber auch bei der Verwendung der Rechtsform von Personengesellschaften als Konzerninstrumente u. a. (vgl. Anh. zu § 105). Entgegen Bestrebungen der Literatur namentlich in den 60er und 70er Jahren<sup>20</sup> hat die Rechtsprechung die Wirksamkeit derartiger Gestaltungen weder im Grundsatz verneint noch ihnen deutliche Schranken gesetzt. Vielmehr hat sie sich in neuerer Zeit zutreffend um die **Herausarbeitung spezifischer**, an die atypische Gestaltung anknüpfender **Rechtsfolgen** bemüht, und der Gesetzgeber ist ihr seit 1976 auf diesem Wege gefolgt (§ 109, 24). Dementsprechend ist davon auszugehen, daß vorbehaltlich der erwähnten, allgemein geltenden Schranken der Vertragsgestaltungsfreiheit (Rdn. 18) die Erstellung von Personengesellschaftsverträgen auch künftig keinen vom Vertragstypus abgeleiteten Wirksamkeitsschranken unterliegt, etwa notwendig erscheinende Korrekturen vielmehr auf der Rechtsfolgenseite eingreifen.

## III. Instrumente der Umgestaltung von Handelsgesellschaften

### 1. Umwandlung

Zur Umwandlung von Handelsgesellschaften unter Wechsel der Rechtsform kann es durch **zwei** nach Voraussetzungen und Rechtsfolgen unterschiedliche **Arten** der Umwandlung kommen (vgl. näher § 105, 51 ff). Im einen Fall geht es um die **formwechselnde Umwandlung** einer als solche *fortbestehenden*, hinsichtlich Struktur, Vermögen und Mitgliederkreis keinen über den Rechtsformwechsel hinausgehenden Änderungen unterliegenden Personen- oder Kapitalgesellschaft. Sie kommt bei Personengesellschaften nicht nur *zwischen OHG und KG* (unter Eintritt oder Ausscheiden eines Kommanditisten) in Betracht, sondern auch (bei Änderung des Gesellschaftszwecks) *zwischen OHG/KG einerseits, GbR andererseits* (vgl. näher § 105, 52). Je nach Fallgestaltung kann sie mit oder ohne vertragsändernden Gesellschafterbeschuß eintreten. Die inneren Rechtsverhältnisse der Gesellschaft bleiben von der formwechselnden Umwandlung im Zweifel unberührt (§ 109, 17 f).

Demgegenüber richtet sich die **übertragende Umwandlung** auf Ersetzung der Rechtsform der Personengesellschaft (OHG oder KG) durch diejenige einer Kapitalgesellschaft (AG, KGaA, GmbH) oder umgekehrt (vgl. § 105, 54). Ihre Voraussetzungen und Rechtsfolgen sind eingehend im **UmwG** geregelt: vgl. §§ 1 bis 39 (Umwandlung einer Kapitalgesellschaft auf eine Personengesellschaft), §§ 40 bis 49 (Umwandlung einer Personenhandelsgesellschaft auf eine AG, KGaA oder GmbH). Im Unterschied zur formwechselnden Umwandlung kommt es hier zur *Gesamtrechtsnachfolge* der neuen gegenüber der durch die Umwandlung erlöschenden alten Gesellschaft. Wegen der Einzelheiten vgl. die Kommentare zum UmwG<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Vgl. die Nachw. bei § 109, 23 (Fn. 31, 32).

<sup>21</sup> Insbesondere *Widmann/Mayer* Umwandlungsrecht, Loseblattausgabe (Stand 1987), *Hachen-*

*burg/Schilling* GmbHG<sup>7</sup>, Anh. zu § 77; dazu auch *Zöllner* in *Kölner Komm. zum AktG*, Vorbem. zu § 362, *K. Schmidt* GesR § 12 S. 267 ff.

## 2. Verschmelzung

- 22** Die Verschmelzung (Fusion) von **Personengesellschaften** ist im Unterschied zu denjenigen zwischen Kapitalgesellschaften<sup>22</sup> gesetzlich nicht geregelt. Der Sache nach geht es um die Vereinigung des Vermögens von zwei (oder mehr) Personengesellschaften in der Rechtsform der OHG, KG oder GbR durch **Gesamtrechtsnachfolge** zu einem einheitlichen Gesamthandsvermögen. Sie läßt sich dadurch erreichen, daß sämtliche Anteile der übertragenden Personengesellschaft (PG 1) von deren Gesellschaftern an die fortbestehende (übernehmende) Gesellschaft (PG 2) abgetreten werden, ggf. gegen Gewährung von Mitgliedschaftsrechten an dieser<sup>23</sup>. Folge der Vereinigung sämtlicher Anteile der PG 1 in der Hand der PG 2 ist das Erlöschen der PG 1, verbunden mit dem Übergang (der Anwachsung) ihres Gesamthandsvermögens unter Gesamtrechtsnachfolge auf die PG 2 (vgl. § 105, 53).
- 23** Entsprechendes gilt für die **Verschmelzung zwischen einer übertragenden Personengesellschaft und einer übernehmenden Kapitalgesellschaft** (AG, KGaA oder GmbH) durch Vereinigung aller Anteile der Personengesellschaft in der Hand der Kapitalgesellschaft. Dagegen scheidet der umgekehrte Fall übertragender Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf eine übernehmende Personengesellschaft mangels gesetzlicher Zulassung aus. Die Existenz der Kapitalgesellschaft wird durch Zusammenfassung aller Anteile bei einem Gesellschafter (der Personengesellschaft) nicht berührt.

## 3. Spaltung

- 24** Gesetzliche Vorschriften für die Spaltung von Gesellschaften kennt das deutsche Recht weder in bezug auf Kapital- noch in bezug auf Personengesellschaften<sup>24</sup>. Soweit es um die Spaltung von **Personengesellschaften** unter Aufteilung ihres Vermögens auf zwei oder mehr Nachfolgesellschaften geht, handelt es sich um einen Sonderfall der Liquidation der Gesellschaft abweichend von den Abwicklungsvorschriften der §§ 145 ff (bzw. für die GbR der §§ 730 ff BGB). Angesichts des grundsätzlich dispositiven Charakters dieser Vorschriften (vgl. § 145 Abs. 1) sind die Gesellschafter nicht gehindert, eine abweichende Art der Liquidation, auch eine solche durch **Realteilung**, zu beschließen<sup>25</sup>. Allerdings erfordert deren Durchführung die Übertragung der einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Sachen und Rechte auf die jeweilige Nachfolgegesellschaft; für eine „anteilige“ Gesamtrechtsnachfolge ist kein Raum. Entsprechendes gilt im Fall der „Abspaltung“, d. h. des *Fortbestands* der Personengesellschaft unter Übertragung nur eines *Teils* ihres Vermögens auf eine von den Gesellschaftern neugegründete oder schon bestehende Nachfolgegesellschaft. — Probleme können sich in Fällen der Spaltung oder Abspaltung vor allem im Hinblick auf den Gläubigerschutz ergeben<sup>26</sup>. Vgl. näher Erläut. zu § 145.

<sup>22</sup> Vgl. §§ 339 bis 358 a AktG, §§ 19 bis 35 KapErhG.

<sup>23</sup> Vgl. allg. § 105, 53; zur Beteiligung einer Personengesellschaft als Gesellschafterin einer anderen OHG/KG vgl. § 105, 94f, zur Mindestzahl von zwei Gesellschaftern § 105, 69.

<sup>24</sup> Entsprechendes gilt für die Spaltung von Kapitalgesellschaften. Die auf die Spaltung einer AG bezogene 6. EG-Richtlinie zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts von 1982 (Abl. EG L 378 v. 31. 12. 1982 S. 47 = *Lutter* Europ. Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> S. 159) schreibt nur die Angleichung beste-

henden, nicht aber die Einführung neuen Spaltungsrechts vor.

<sup>25</sup> Vgl. zur Spaltung von Personengesellschaften näher *Duvinage* Die Spaltung von Personengesellschaften (1984), *Fellmeth* BB 1983, 1387 ff, *Hofbauer* WPg 1985, 97 ff, *Schulze-Osterlob* ZHR 149 (1985), 614 ff, *Teichmann* ZGR 1978, 36 ff.

<sup>26</sup> So zutr. *Schulze-Osterlob* (Fn. 25) S. 619ff; für Anwendung von § 25 HGB aus Gründen des Gläubigerschutzes *K. Schmidt* GesR § 13 III 3 c S. 303.

Um einen Sonderfall der „Abspaltung“ handelt es sich bei der **Betriebsaufspaltung**.<sup>25</sup> Sie ist typischerweise dadurch gekennzeichnet, daß die Gesellschafter der OHG oder KG entweder selbst oder unter Zwischenschaltung der OHG (KG) eine *Betriebsgesellschaft* in der Rechtsform der GmbH oder GmbH & Co KG gründen, dieser das Anlagevermögen verpachten, das Umlaufvermögen übertragen und das laufende Geschäft auf sie überleiten. Die OHG/KG wird nicht liquidiert, sondern besteht als *Besitzgesellschaft* fort, ggf. verbunden mit der formwechselnden Umwandlung von der OHG/KG zur GbR (§ 105, 52), wenn sie sich (wie meist) auf die Rolle des Verpächters beschränkt (vgl. § 105, 26 und Fn. 59).

#### 4. Unternehmensverbindungen

Die Rechtsverhältnisse verbundener Unternehmen sind bisher nur im Aktienrecht<sup>26</sup> geregelt; die Regelung knüpft in erster Linie an die Rechtsform der abhängigen (Tochter-)Gesellschaft als AG an. Zum **Personengesellschafts-Konzernrecht** vgl. Anh. § 105.

### IV. Geltungsschranken

#### 1. Zeitliche (Intertemporäres Recht)

##### Schrifttum

*Großfeld/Irriger* Intertemporales Unternehmensrecht, JZ 1988 531.

Zeitliche Schranken für die Geltung der Vorschriften des Zweiten Buches des HGB<sup>27</sup> ergeben sich aus der das intertemporäre Recht der Schuldverträge regelnden Vorschrift des **Art. 170 EGBGB**. Danach gilt für Altverträge aus der Zeit vor Inkrafttreten des HGB am 1. 1. 1900 grundsätzlich das alte Recht fort, d. h. im Fall der Personengesellschaften das ADHGB und etwaiges sie ergänzendes altes Landesrecht. Der Rechtsgedanke der Vorschrift läßt sich auf sonstige Änderungen des Schuldvertrags-(Gesellschafts-)rechts übertragen, soweit der Gesetzgeber auf eine besondere Überleitungs Vorschrift verzichtet hat<sup>27</sup>.

Das Vorliegen eines **Altvertrags** setzt den Fortbestand des aus der Zeit vor 1900<sup>28</sup> stammenden Gesellschaftsvertrags ohne Neuabschluß, Vertragsverlängerung, rechtsgeschäftliche Aufnahme neuer Gesellschafter oder sonstige nicht rein formale Vertragsänderungen voraus<sup>28</sup>. Der Anteilsübergang aufgrund erbrechtlicher Gesellschafternachsfolge oder die Ausübung eines im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Eintrittsrechts lassen den Charakter als Altvertrag unberührt<sup>29</sup>.

**Schranken der Fortgeltung** bestehen im Hinblick auf die zwingenden Vorschriften<sup>29</sup> der §§ 105 ff, darunter neben den wenigen zwingenden Normen des Innenrechts (vgl. § 109, 25 ff) vor allem im Hinblick auf die das **Außenverhältnis** der OHG/KG regelnden Bestimmungen; sie treten an die Stelle des alten Rechts<sup>30</sup>. Damit reduziert sich die Bedeutung des Art. 170 EGBGB im Gesellschaftsrecht, falls überhaupt noch Altverträge anzutreffen sind, auf die Respektierung der Fortgeltung des alten Rechts innerhalb des der Gestaltungsfreiheit der Beteiligten unterliegenden Regelungsbereichs (§ 109, 4 ff).

<sup>27</sup> St. Rspr., vgl. BGHZ 10, 391, 394 = NJW 1954, 231; 44, 192, 194 = NJW 1966, 155; dazu MünchKomm.-Heinrichs EGBGB Art. 170, 3 m. weit. Nachw.

<sup>28</sup> Vgl. RGZ 84, 136, 138; 109, 56, 57; *Großfeld/Irriger* JZ 1988, 531, 535; zur entspr. Abgrenzung zwischen Alt- und Neuverträgen nach § 28 Abs. 1

AGBG vgl. *Ulmer/Brandner/Hensen* AGBG<sup>5</sup> § 28, 2 m. Nachw.

<sup>29</sup> RGZ 145, 289, 291 (vorbehaltlich konkludenter Unterwerfung der Beteiligten unter das neue Recht).

<sup>30</sup> RGZ 71, 254, 255; 145, 289, 291.

## 2. Sachliche (Internationales Gesellschaftsrecht)

## Schrifttum

Vgl. die eingehenden *Kommentierungen* des Internationalen Gesellschaftsrechts bei MünchKomm.-*Ebenroth* BGB, Bd. 7 (1983), EGBGB Nach Art. 10; *Soergell/Lüderitz* BGB<sup>11</sup>, Bd. 8 (1983), EGBGB Vor Art. 7, 197 ff; *Staudinger/Großfeld* BGB<sup>12</sup> (1981), EGBGB Internationales Gesellschaftsrecht; dazu die *Gesamtdarstellungen* bei *Ebenroth* Die verdeckten Vermögenszuwendungen in transnationalen Unternehmen (1979), § 20; *Großfeld* Internationales Unternehmensrecht (1986), §§ 5, 6; *Koppensteiner* Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht (1971), § 3; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht I (1980), § 14. *Ferner: Behrens* Der Anerkennungsbegriff des Internationalen Gesellschaftsrechts, ZGR 1978 499; *Beitzke* Anerkennung und Sitzverlegung von Gesellschaften und Juristischen Personen im EWG-Bereich, ZHR 127 (1964), 1; *Drobnig* Kritische Bemerkungen zum Vorentwurf eines EWG-Übereinkommens über die Anerkennung von Gesellschaften, ZHR 129 (1966), 93; *ders.* Das EWG-Übereinkommen über die Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen, AG 1973 90 und 125; *ders.* Skizzen zur internationalprivatrechtlichen Anerkennung, Festschr. v. Caemmerer (1978), S. 687; *Ebenroth* Neuere Entwicklungen im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht, JZ 1988 18 und 75; *Großfeld* Zur Entwicklung der Anerkennungstheorien im internationalen Gesellschaftsrecht, Festschr. Westermann (1974), S. 199; *Sandrock* Die Konkretisierung der Überlagerungstheorie in einigen zentralen Einzelfragen. Ein Beitrag zum internationalen Gesellschaftsrecht, Festschr. Beitzke (1979) S. 669.

- 30 a) **Überblick.** Das deutsche internationale Gesellschaftsrecht ist als Teildisziplin des Internationalen Privatrechts Gegenstand einer umfangreichen, in neuerer Zeit durch Einflüsse auch des EG-Rechts (Rdn. 34) geprägten Diskussion. In ihrem Mittelpunkt steht die Frage nach dem *Personalstatut der Gesellschaft*, d. h. nach der Bestimmung der für ihre Rechtsverhältnisse nach innen und außen maßgebenden Rechtsordnung: sie beantwortet sich nicht nach der Staatsangehörigkeit oder dem Wohnsitz der Gesellschafter, sondern nach eigenständigen Anknüpfungspunkten der Gesellschaft (Art. 33 f). Mit der Bestimmung des Personalstatuts verbindet sich die Entscheidung über die *Anerkennung* ausländischer Gesellschaften im Inland; auf zusätzliche Voraussetzungen kommt es insoweit nach zutr. Ansicht nicht an (Rdn. 35). Weitere, in Art. 11 Abs. 1, 2. Hs. EGBGB zugunsten des alternativen Eingreifens der *lex fori* entschiedene Fragen stellen sich im Hinblick auf die Form des Gesellschaftsvertrags (Rdn. 36). — Für ein besonderes, vom internationalen Gesellschaftsrecht inhaltlich abweichendes *interlokales Recht* im Verhältnis zwischen der Bundesrepublik und der DDR ist nach zutr. neuerer Ansicht kein Raum mehr<sup>31</sup>. Das beruht darauf, daß die staatliche Anerkennung der DDR infolge des Grundvertrags außer Zweifel steht und die Rechtsordnungen beider Staaten deutliche Unterschiede aufweisen; der Umstand, daß aus der Sicht der Bundesrepublik noch an der einheitlichen deutschen Staatsbürgerschaft festgehalten wird, steht der entsprechenden Anwendung des deutschen IPR nicht entgegen<sup>32</sup>.
- 31 Die folgende Darstellung beschränkt sich auf eine **Kurzübersicht** über einige zentrale, für das Recht der OHG und KG relevante Probleme des internationalen Gesellschaftsrechts; im übrigen wird auf das Spezialschrifttum verwiesen. Stellungnahmen zu **Einzelproblemen** finden sich in diesem Kommentar namentlich hinsichtlich der Kaufmannseigenschaft ausländischer Gesellschaften (Vor § 1, 28 ff), der Registrierung inländischer Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen (§ 13 b, 13 ff) sowie hinsichtlich der grenzüberschreitenden Verlegung des Gesellschaftssitzes (§ 13 c, 8 ff). Zur Be-

<sup>31</sup> So MünchKomm.-*Sonnenberger* BGB Einl. IPR Rdn. 116 ff, 122 ff, *Palandt/Heldrich* BGB<sup>47</sup> EGBGB Anh. § 3, 1; ähnl. *Staudinger/Großfeld* BGB<sup>12</sup> Internat. GesR Rdn. 113 ff (entsprech. An-

wendung); zurückhaltend noch *Soergell/Kegel* EGBGB<sup>11</sup> Vor Art. 7, 180 ff.

<sup>32</sup> Vgl. MünchKomm.-*Sonnenberger* (Fn. 31) Rdn. 124 f.

teilung einer ausländischen juristischen Person an einer inländischen OHG oder KG vgl. im übrigen § 105, 92, zum Kollisionsrecht für Personengesellschafts-Konzerne vgl. Nachw. in Anh. § 105, Fn. 14.

Vom internationalen Gesellschaftsrecht zu unterscheiden sind die Regeln des **Fremdenrechts**. Dabei geht es um inländische Sachnormen über die Betätigung ausländischer Personen und Gesellschaften im Inland; ihr Eingreifen setzt die rechtliche Qualifizierung der Gesellschaft als ausländische (einem ausländischen Personalstatut unterstehende) und ihre Anerkennung im Inland voraus. Eine der wichtigsten der für die inländische Wirtschaftstätigkeit geltenden fremdenrechtlichen Vorschriften, diejenige über die Genehmigung des inländischen Gewerbebetriebs ausländischer juristischer Personen<sup>33</sup>, ist zwar im Jahr 1984 ersatzlos gestrichen worden. Erwähnenswert sind aber immerhin Art. 88 EGBGB über den Grundstückserwerb durch Ausländer, §§ 28 GebrMG, 16 GeschmMG, 35 WZG über die Stellung ausländischer Schutzrechtsinhaber ohne inländische Niederlassung, §§ 55, 110 ff ZPO über die Prozeßfähigkeit von Ausländern und die Sicherheitsleistung für ihre Prozeßkosten u. a.<sup>34</sup>. Weitere fremdenrechtliche Bestimmungen finden sich in zwischenstaatlichen Abkommen.

**b) Personalstatut.** Das Personalstatut (Gesellschaftsstatut) bezeichnet diejenige **nationale Rechtsordnung**, nach der sich die „persönlichen“ Rechtsverhältnisse einer juristischen Person oder Personengesellschaft bestimmen<sup>35</sup>. Es geht um die Voraussetzungen für ihre Gründung und Entstehung (unter Vorbehalt der Formerfordernisse, vgl. Rdn. 36), um ihre rechtliche Qualifikation als juristische Person oder Personengemeinschaft, um ihre Struktur und Organverfassung, um die Regelung ihres Innenverhältnisses und ihres Außenhandelns, um die Vertretungsbefugnis und die Haftungsverhältnisse, um Auflösung, Liquidation und Beendigung der Gesellschaft (zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung vgl. § 13 c, 8 ff). Maßgebend für die Bestimmung des Personalstatuts ist nach h. M. die Sitztheorie (Rdn. 34) unter Berücksichtigung ausländischer IPR-Grundsätze über Rück- oder Weiterverweisung<sup>36</sup>. Eine Differenzierung zwischen juristischen Personen des Handelsrechts (Kapitalgesellschaften) und Personenhandelsgesellschaften bei der Bestimmung des Personalstatuts und seiner rechtlichen Tragweite wird von der ganz h. M. zutreffend abgelehnt<sup>37</sup>.

Das EGBGB enthält **keine gesetzliche Regelung** über die Bestimmung des Personalstatuts; daran hat auch die IPR-Reform des Jahres 1986 nichts geändert<sup>38</sup>. In der Diskussion stehen sich die auf den effektiven Verwaltungssitz der Gesellschaft abstellende *Sitztheorie*, die an das Recht des Gründungsstaates anknüpfende *Gründungstheorie* sowie eine Reihe vermittelnder Ansätze<sup>39</sup> gegenüber<sup>40</sup>. Im deutschen internationalen

<sup>33</sup> So § 12 GewO, freilich schon bisher unter Ausnahme von Gewerbetreibenden aus anderen EG-Staaten (§ 12 a GewO), vgl. dazu *Staudinger/Großfeld* (Fn. 31) Rdn. 570 ff.

<sup>34</sup> Weit. Beisp. vgl. bei MünchKomm.-*Ebenroth* EGBGB Nach Art. 10, 477 ff (484 f), *Staudinger/Großfeld* (Fn. 31) Rdn. 559 ff (561), *Hachenburg/Behrens GmbHG*<sup>7</sup> Einl. Rdn. 118 ff, *Wiedemann GesRI* § 15 I 1 S. 825 ff, *Ebenroth JZ* 1988, 75, 84 f.

<sup>35</sup> Vgl. statt aller MünchKomm.-*Ebenroth* (Fn. 34) Rdn. 210 ff, *Staudinger/Großfeld* (Fn. 31) Rdn. 180 ff.

<sup>36</sup> Vgl. dazu nur MünchKomm.-*Ebenroth* (Fn. 34) Rdn. 193 ff, *Staudinger/Großfeld* (Fn. 31) Rdn. 61, 103 ff.

<sup>37</sup> BGH NJW 1967, 36, 38; MünchKomm.-*Ebenroth*

(Fn. 34) Rdn. 66 bis 68 m. Nachw. in Fn. 166, *Staudinger/Großfeld* (Fn. 31) Rdn. 531 ff, 534, *Ebenroth JZ* 1988, 23.

<sup>38</sup> Vgl. den Vorbehalt in Art. 37 Nr. 3 n. F. EGBGB, dazu *Ebenroth JZ* 1988, 18.

<sup>39</sup> Darunter insbes. die Differenzierungstheorie von *Grasmann* (System des internat. Gesellschaftsrechts, 1970, Rdn. 625, 977 ff), die eingeschränkte Gründungstheorie von *Behrens* (*Hachenburg/Behrens GmbHG*<sup>7</sup> Einl. Rdn. 83 ff, 87) und die Überlagerungstheorie von *Sandroch* (Festschr. Beitzke, 1979, S. 669, 690 ff u. a.); vgl. zu diesen Ansichten MünchKomm.-*Ebenroth* (Fn. 34) Rdn. 141 ff.

<sup>40</sup> Übersicht vgl. bei MünchKomm.-*Ebenroth* (Fn. 34) Rdn. 114 ff, *Staudinger/Großfeld* (Fn. 31) Rdn. 18 ff.

Gesellschaftsrecht herrscht die **Sitztheorie** vor<sup>41</sup>; sie entspricht namentlich ständ. höchstrichterlicher Rechtsprechung<sup>42</sup>. Ihre Anwendung im Einzelfall kann zwar insofern Schwierigkeiten bereiten, als es um die Ermittlung des effektiven Verwaltungssitzes der Gesellschaft und die Festlegung der hieran zu stellenden Anforderungen geht<sup>43</sup>. Ihr Vorteil liegt jedoch darin, daß sie die Gesellschafter daran hindert, durch Wahl eines vom geplanten Verwaltungssitz abweichenden Gründungsorts das ihnen am stärksten entgegenkommende Personalstatut auszusuchen und sich dadurch den im Sitzstaat geltenden weitergehenden Anforderungen an Gläubiger- und Minderheitschutz u. a. zu entziehen<sup>44</sup>. Aus diesem Grunde ist damit zu rechnen, daß die Sitztheorie für die deutsche Praxis zunächst bestimmend bleibt. Ein **Vorbehalt** zugunsten der Gründungstheorie wird neuerdings für die Behandlung von Gesellschaften gemacht, die in anderen EG-Staaten errichtet worden sind; er stützt sich auf die in **Art. 58 EWGV** gewährleistete Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften mit satzungsmäßigem Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung innerhalb der EG<sup>45</sup>. Verglichen mit den auf Umgehungsaspekte gestützten Bedenken gegen die Gründungstheorie wird diesem Einwand gegen die Sitztheorie um so mehr Gewicht zukommen, je weiter die Rechtsangleichung innerhalb der EG auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts voranschreitet.

- 35 c) Anerkennung ausländischer Gesellschaften.** Deckt sich das nach der Sitztheorie maßgebende Personalstatut einer ausländischen Gesellschaft mit dem Recht, nach dem sie errichtet wurde, so ist damit auch ihre inländische Anerkennung gewährleistet; ihre Behandlung als juristische Person oder teilrechtsfähige Personengesellschaft und das Ausmaß ihrer Rechtsfähigkeit bestimmen sich nach dem anwendbaren Recht des Sitzstaates. Ein besonderes Anerkennungsproblem stellt sich daneben aus der Sicht des deutschen Rechts nicht<sup>46</sup>. Daran hätte auch das EG-Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen vom 29. 2. 1968<sup>47</sup> nichts geändert. Es hätte, wenn es nach Ratifikation durch sämtliche Unterzeichnerstaaten in Kraft getreten wäre<sup>48</sup>, in der Bundesrepublik insoweit<sup>49</sup> keine Rechtsänderung bewirkt<sup>50</sup>.

<sup>41</sup> Neueste Meinungsübersicht bei *Ebenroth* JZ 1988, 20 ff Fn. 55 (Sitztheorie), Fn. 34 (Gründungstheorie).

<sup>42</sup> Vgl. BGHZ 51, 27, 28 = NJW 1969, 188; 53, 181, 183 = NJW 1970, 998; 78, 318, 334 = NJW 1981, 522; 97, 269, 271 = NJW 1986, 2194; BayObLG DB 1985, 2670, 2671 u. a.; weit. Nachw. vgl. bei *Ebenroth* JZ 1988, 22 Fn. 54.

<sup>43</sup> Vgl. hierzu und zu den Anforderungen an den effektiven Verwaltungssitz *Ebenroth* JZ 1988, 22 m. Nachw.

<sup>44</sup> So zutr. MünchKomm.-*Ebenroth* (Fn. 34) Rdn. 121 ff und *Ebenroth* JZ 1988, 21, in Auseinandersetzung mit den (auf den *ordre public* als Korrektiv rekurrierenden) Gegenansichten; ebenso *Ebke* ZGR 1987, 245, 259 ff.

<sup>45</sup> So *Deville* RIW 1986, 295, 298 f, *Niessen* AG 1986, 116, wohl auch *v. Bar* Internat. Privatrecht (1987), Rdn. 170; a. A. eingehend *Ebke* ZGR 1987, 245 (246 ff, 265), so auch *Ebenroth* JZ 1988, 24, *Großfeld* IPrax 1986, 145 und 351, 355; offenlassend BayObLG NJW 1986, 3029, 3030 und RIW 1987, 52, 54.

<sup>46</sup> Vgl. eingehend *Drobnig* ZHR 129 (1966), 98, 106 ff, und *Behrens* ZGR 1978, 499, 505 ff, dazu auch die in Fn. 50 genannten Autoren; Nachw. zu Gegenans. vgl. bei *Ebenroth* JZ 1988, 23 Fn. 68.

<sup>47</sup> BGBl. 1972 II 370 = *Jayme/Hausmann* Internat. Privat- und Verfahrensrecht<sup>4</sup> S. 42 ff.

<sup>48</sup> Die zum Inkrafttreten erforderliche Ratifikation durch die Niederlande steht noch aus; mit ihr soll nicht mehr zu rechnen sein (*Timmermanns* *RabelsZ* 48 (1984), 1, 39).

<sup>49</sup> Anderes hätte gegolten für die in Art. 1 des Übereinkommens (mit der Einschränkungsmöglichkeit nach Art. 4) vorgesehene Maßgeblichkeit der Gründungstheorie für die Anerkennung von Gesellschaften, die nach dem Recht eines Vertragsstaates gegründet worden sind.

<sup>50</sup> So zutr. *Behrens* ZGR 1978, 512 f, *Drobnig* *Festschr. v. Caemmerer* (1978), S. 687, 692, *Ebenroth* JZ 1988, 23, *Wiedemann* *GesR I* § 14 I 2 b S. 780 f, wohl auch *Großfeld* *Internationales Unternehmensrecht* (1986), S. 45 f.

**d) Formprobleme.** Für die Wahrung der Form von Rechtsgeschäften genügt nach **36** Art. 11 Abs. 1, 2. Hs. EGBGB abweichend vom Personalstatut die Beachtung der **Ortsform**, d. h. der nach der *lex loci* maßgebenden Formvorschriften. Die Vorschrift gilt grundsätzlich auch für Gesellschaftsverträge<sup>51</sup>, jedenfalls für solche einer OHG und KG, wenn sie mit Rücksicht auf den Gegenstand der Einlageleistung nach deutschem Recht ausnahmsweise formbedürftig sind (§ 105, 169 ff.). Danach kann ein Gesellschaftsvertrag, der die Pflicht eines Gesellschafters zur Einbringung eines Grundstücks oder eines GmbH-Anteils begründet, auch ohne notarielle Form wirksam geschlossen werden, wenn das am Ort des Vertragsschlusses geltende Recht auf diese Form verzichtet; der Vorbehalt des Art. 11 Abs. 4 EGBGB steht mangels entsprechender Regelung im deutschen Recht nicht entgegen. Anderes gilt für die Auflassung des Grundstücks an die Gesellschaft in Erfüllung der Einlageverpflichtung; sie bedarf nach Art. 11 Abs. 5 EGBGB der Form des § 925 BGB.

## V. Europäisches Gesellschaftsrecht

### 1. Rechtsangleichung

Die bisher erlassenen, insges. acht EG-Richtlinien zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts der Mitgliedstaaten<sup>52</sup> haben ausschließlich die Angleichung von **Kapitalgesellschaftsrecht** (überwiegend Aktienrecht) zum Gegenstand. Eine Angleichungspflicht für das nationale Recht der OHG und KG ist auf diesem Wege nicht begründet worden. Allerdings hat der deutsche Gesetzgeber der Vorschrift des Art. 4 der 1. (Publizitäts-)Richtlinie<sup>53</sup> auch für die typische GmbH & Co OHG/KG (Rdn. 13) Rechnung getragen; nach §§ 125 a, 177 a ist sie zur Angabe der Rechtsform, des Sitzes, des Registergerichts (mit Nummer), der Firmen ihrer Gesellschafter und — soweit diese die Rechtsform einer GmbH oder AG haben — der insoweit nach §§ 35 a GmbHG, 80 AktG vorgeschriebenen Angaben verpflichtet (vgl. Erläut. zu § 125 a). Bei der Umsetzung der 4. (Jahresabschluß-)Richtlinie ist er diesem Regelungsvorbild dann jedoch nicht gefolgt (vgl. Rdn. 12).

### 2. Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung

Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) ist eine im Kern **38** **supranationale** (europäische), zum 1. 1. 1989 in Kraft tretende **Gesellschaftsform**<sup>54</sup>. Sie beruht auf einer vom Rat der EG aufgrund von Art. 235 EWGV erlassenen Verordnung<sup>55</sup> unter Ergänzung durch nationales Recht (Rdn. 39), dient der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit von Unternehmen oder Angehörigen freier Berufe innerhalb der EG und gilt als Handelsgesellschaft i. S. von § 6 HGB<sup>56</sup>. Gründungsvoraussetzungen sind die Beteiligung von mindestens zwei unternehmerisch oder freiberuflich tätigen

<sup>51</sup> Vgl. *Soergel/Kegel* BGB<sup>11</sup> EGBGB Art. 11, 21, *Staudinger/Großfeld* (Fn. 31) Rdn. 297; zum Streit über die Anwendbarkeit der Vorschrift auf formbedürftige Satzungen und Gründungsurkunden von Kapitalgesellschaften vgl. *Hachenburg/Behrens* GmbHG<sup>7</sup> Einl. Rdn. 98 ff., *Scholz/Westermann* GmbHG<sup>7</sup> Einl. Rdn. 93 ff.

<sup>52</sup> Zusammenstellung bei *Lutter* Europ. Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> S. 85 ff.

<sup>53</sup> Richtlinie v. 9. 3. 1968, ABl. EG Nr. L 65 v. 14. 3. 1968, S. 8 ff.

<sup>54</sup> Vgl. dazu *Abmeier* NJW 1986, 2987 ff., *Ganske* DB 1985 Beilage 20, *Gleichmann* ZHR 149 (1985), 633 ff., *Meyer-Landrut* RIW 1986, 107 ff., *K. Schmidt* GesR § 65 S. 1422 ff.

<sup>55</sup> VO v. 25. 7. 1985, ABl. EG Nr. L 199 v. 31. 7. 1985, S. 1 ff.

<sup>56</sup> So § 1 des Gesetzes zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV-AusführungsG) vom 14. 4. 1988, BGBl. I 514.

Gesellschaftern (auch juristischer Personen oder Personenvereinigungen) mit Haupttätigkeit oder Hauptverwaltung in mehr als einem Mitgliedstaat und ein auf Unterstützung der wirtschaftlichen (unternehmerischen oder freiberuflichen) Tätigkeit ihrer Mitglieder gerichteter Zweck. Zur Entstehung bedarf es abweichend vom deutschen Personengesellschaftsrecht außer dem Vertragsschluß auch der Eintragung im Handelsregister<sup>57</sup>. Im übrigen wird die EWIV mit Sitz im Inland **weitgehend der OHG gleichgestellt**; wie bei dieser haften die Mitglieder unbeschränkt und gesamtschuldnerisch für die Schulden der EWIV.

- 39** Die **Rechtsgrundlagen** der EWIV setzen sich aus drei Rechtsquellen zusammen. Die oberste — innerhalb der EG einheitlich geltende — Rechtsquelle bildet die **Rats-VO** über die EWIV; sie befaßt sich in erster Linie mit Errichtung, Existenz und Struktur der neuen Rechtsform. Hinzu kommt ein **nationales Ausführungsgesetz**, das dazu bestimmt ist, eine Reihe von Regelungslücken der VO unter Beachtung der darin enthaltenen Vorgaben auszufüllen<sup>58</sup>. Dementsprechend befaßt sich das deutsche EWIV-Ausführungsgesetz vom 14. 4. 1988<sup>59</sup> vor allem mit der *Anmeldung der EWIV zum Handelsregister* einschließlich ihrer Eintragung und Bekanntmachung, mit den Pflichten der *Geschäftsführer* der EWIV, mit Fragen der Auflösung, des Ausscheidens von Mitgliedern, der Abwicklung sowie mit den Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines Konkursverfahrens über das Vermögen der EWIV. Eine dritte Schicht bildet das subsidiär anwendbare **nationale Gesellschaftsrecht**; insoweit verweist das deutsche AusführungsgG auf das **Recht der OHG**<sup>60</sup>. — Die in der VO vorgesehene Kombination von europäischem und nationalem Recht als Rechtsgrundlage der EWIV führt dazu, daß ihre Ausgestaltung sich je nachdem, in welchem Mitgliedstaat sie ihren Sitz hat, nicht unwesentlich unterscheiden wird<sup>61</sup>. Der angestrebte supranationale (europäische) Charakter wird dadurch nur teilweise erreicht.
- 40** **Unterschiede zur OHG** weist die EWIV trotz ihrer Behandlung als Handelsgesellschaft und der subsidiären Geltung des OHG-Rechts in einer Reihe von Punkten auf. Neben dem Erfordernis von Mitgliedern aus mehr als einem Mitgliedstaat und dem nicht auf den gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes, sondern auf die Förderung der Mitgliedsunternehmen gerichteten Zweck gilt das einerseits für die **Einbeziehung der freien Berufe** als Förderungsgegenstand unter Verzicht auf das Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen der §§ 1—3 HGB, andererseits für die Einsetzung der — im Grundsatz mehrheitlich entscheidenden<sup>62</sup> — **Mitgliederversammlung** als oberstes Organ und die Zulassung von **Drittgeschäftsführern** unter Verzicht auf den Grundsatz der Selbstorganschaft.

<sup>57</sup> Nach Art. 1 Abs. 2 VO hat die Vereinigung von der Eintragung an „die Fähigkeit, im eigenen Namen Träger von Rechten und Pflichten jeder Art zu sein, Verträge zu schließen oder andere Rechtshandlungen vorzunehmen und vor Gericht zu stehen“; § 123 Abs. 2 HGB findet also keine Anwendung.

<sup>58</sup> Auf die damit verbundenen Regelungs- und Auslegungsprobleme weist zutr. *Abmeier* NJW 1986, 2988 ff hin.

<sup>59</sup> Vgl. Fundstelle in Fn. 56.

<sup>60</sup> So § 1 des Gesetzes (aaO Fn. 56).

<sup>61</sup> Vgl. dazu und zu der daraus resultierenden Problematik bei grenzüberschreitender Sitzverlegung der EWIV *Abmeier* NJW 1986, 2989 f; nach Art. 14 VO bedarf es für diese Fälle einstimmiger Beschlußfassung und der Einhaltung detaillierter Verfahrensregeln.

<sup>62</sup> So Art. 16 Abs. 2 VO unter Vorbehalt einer Reihe qualifizierter, nur einstimmig zu fassender Beschlüsse (Änderungen des Unternehmensgegenstands, des Stimmrechts, der Beitrags- und sonstigen Mitgliederpflichten, der Dauer der EWIV u. a.).

# Erster Abschnitt

## Offene Handelsgesellschaft

### Erster Titel Errichtung der Gesellschaft

#### § 105

**Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist.**

**Auf die offene Handelsgesellschaft finden, soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft Anwendung.**

<i>Übersicht</i>	
	Rdn.
<p>A. Einführung</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Die OHG als Handelsgesellschaft</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Die Regelung des § 105 . . . . .</p> <p style="padding-left: 40px;">2. Abgrenzung von anderen Gesellschaften und Körperschaften</p> <p style="padding-left: 60px;">a) Von sonstigen Personengesellschaften . . . . .</p> <p style="padding-left: 60px;">b) Von den Kapitalgesellschaften . . . . .</p> <p style="padding-left: 60px;">c) Vom wirtschaftlichen Verein . . . . .</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Entwicklung des OHG-Rechts</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Vom ADHGB zum HGB . . . . .</p> <p style="padding-left: 40px;">2. Rechtsentwicklung seit 1900</p> <p style="padding-left: 60px;">a) Novellierung . . . . .</p> <p style="padding-left: 60px;">b) Sonstige Entwicklungen . . . . .</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Zahlenmäßige Verbreitung . . . . .</p> <p style="padding-left: 40px;">2. Der Einfluß des OHG-Rechts . . . . .</p> <p>B. Grundlagen</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Begriff und Wesensmerkmale der OHG</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Allgemeines</p> <p style="padding-left: 60px;">a) Begriffsbestimmung . . . . .</p> <p style="padding-left: 60px;">b) Rechtsformzwang . . . . .</p> <p style="padding-left: 40px;">2. Gesellschaft . . . . .</p> <p style="padding-left: 60px;">a) Gesellschaftsvertrag . . . . .</p> <p style="padding-left: 60px;">b) Pflicht zur Beitragsleistung . . . . .</p> <p style="padding-left: 40px;">3. Gemeinsamer Zweck</p> <p style="padding-left: 60px;">a) Grundlagen . . . . .</p> <p style="padding-left: 60px;">b) Betrieb eines Handelsgewerbes . . . . .</p>	<p>1, 2</p> <p>3</p> <p>4</p> <p>5, 6</p> <p>7, 8</p> <p>9</p> <p>10, 11</p> <p>12</p> <p>13</p> <p>14</p> <p>14 a</p> <p>15</p> <p>16</p> <p>17–19</p> <p>20–22</p> <p>23–27</p>
<p style="padding-left: 40px;">c) Vollkaufmännisches Unternehmen . . . . .</p> <p style="padding-left: 40px;">d) OHG kraft Eintragung und Schein-OHG . . . . .</p> <p style="padding-left: 20px;">4. Gemeinschaftliche Firma?</p> <p style="padding-left: 40px;">a) Grundlagen . . . . .</p> <p style="padding-left: 40px;">b) Einzelfragen . . . . .</p> <p style="padding-left: 20px;">5. Keine Beschränkung der Außenhaftung . . . . .</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Rechtsnatur der OHG</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Personengesellschaft (Gesamthand)</p> <p style="padding-left: 60px;">a) Unterschiede gegenüber Kapitalgesellschaften und sonstigen Körperschaften . . . . .</p> <p style="padding-left: 60px;">b) Die Gesamthand als besondere Rechtsfigur . . . . .</p> <p style="padding-left: 40px;">2. Handelsgesellschaft . . . . .</p> <p style="padding-left: 40px;">3. Außengesellschaft . . . . .</p> <p style="padding-left: 40px;">4. Dauergesellschaft . . . . .</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Entstehung</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Grundlagen . . . . .</p> <p style="padding-left: 40px;">2. Entstehung durch Neugründung</p> <p style="padding-left: 60px;">a) Mit Abschluß des Gesellschaftsvertrags . . . . .</p> <p style="padding-left: 60px;">b) Mit Eintragung im Handelsregister . . . . .</p> <p style="padding-left: 40px;">3. Entstehung durch Umwandlung . . . . .</p> <p style="padding-left: 60px;">a) Formwechselnde Umwandlung, Verschmelzung . . . . .</p> <p style="padding-left: 60px;">b) Übertragende Umwandlung . . . . .</p>	<p>28, 29</p> <p>30, 31</p> <p>32–34</p> <p>35, 36</p> <p>37, 38</p> <p>39, 40</p> <p>41, 42</p> <p>43, 44</p> <p>45</p> <p>46</p> <p>47, 48</p> <p>49</p> <p>50</p> <p>51</p> <p>52, 53</p> <p>54</p>

	Rdn.		Rdn.
4. Umwandlung des Handelsgeschäfts einer Erbengemeinschaft in eine OHG?		b) Parallelen und Unterschiede zur Treuhand . . . . .	110
a) Handels- und erbrechtliche Grundlagen . . . . .	55, 56	c) Verdeckte Unterbeteiligung . . . . .	111, 112
b) Umwandlungsvoraussetzungen . . . . .	57	d) Offene Unterbeteiligung . . . . .	113
c) Rechtsverhältnisse in der fortbestehenden Erbengemeinschaft . . . . .	58, 59	3. Nießbrauch	
IV. Die Bedeutung von § 105 Abs. 2		a) Grundlagen . . . . .	114—118
1. Die kraft Verweisung geltenden Vorschriften der §§ 705 bis 740 BGB		b) Anteilsnießbrauch	
a) Überblick . . . . .	60, 61	aa) Zulässigkeit . . . . .	119
b) Gesellschaftsvertrag und Beiträge . . . . .	62	bb) Vermögensrechte . . . . .	120—122
c) Geschäftsführungsregelungen . . . . .	63	cc) Verwaltungsrechte . . . . .	123—127
d) Gesamthandsvermögen . . . . .	64	dd) Außenhaftung . . . . .	128
e) Auflösung und Ausscheiden . . . . .	65	c) Nießbrauch am Gewinn?	
f) Sonstige . . . . .	66	aa) Die Ansprüche nach § 717 S. 2 BGB . . . . .	129
2. Die Tragweite der Weiterverweisung in § 713 BGB . . . . .	67, 68	bb) Ersatzkonstruktionen? . . . . .	130, 131
C. Gesellschafter		cc) Fehlendes Bedürfnis . . . . .	132
I. Allgemeines		4. Pfändung, Verpfändung . . . . .	133—135
1. Mindest- und Höchstzahl . . . . .	69, 70	5. Testamentsvollstreckung, Nachlaßverwaltung . . . . .	136, 137
2. Keine mehrfache Mitgliedschaft . . . . .	71	D. Gesellschaftsvertrag	
3. Mehrere offene Handelsgesellschaften mit denselben Mitgliedern . . . . .	72, 73	I. Grundlagen	
4. Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter?		1. Notwendiges Erfordernis . . . . .	138
a) Zur Fragestellung . . . . .	74	2. Rechtsnatur	
b) Meinungsstand . . . . .	75, 76	a) Schuldvertrag . . . . .	139, 140
c) Stellungnahme . . . . .	77, 78	b) Organisationsvertrag . . . . .	141, 142
d) Folgerungen . . . . .	79—81	c) Dauerschuldverhältnis . . . . .	143
II. Arten von Gesellschaftern		d) Kein Handelsgeschäft . . . . .	144
1. Natürliche Personen		3. Anwendbares Recht	
a) Allgemeines . . . . .	82	a) Allgemeiner Teil des BGB . . . . .	145
b) Nicht voll Geschäftsfähige . . . . .	83—86	b) Schuldrecht	
c) Ehegatten . . . . .	87—90	aa) Grundsatz . . . . .	146, 147
2. Juristische Person		bb) §§ 320 bis 327 BGB . . . . .	148—151
a) Grundsatz . . . . .	91	c) Insbes. Leistungsstörungen	
b) Arten . . . . .	92	aa) Allgemeines . . . . .	152
c) Vorgesellschaft . . . . .	93	bb) Unmöglichkeit, Verzug . . . . .	153
3. Gesamthandsgemeinschaften		cc) Schlechterfüllung . . . . .	154, 155
a) OHG und KG . . . . .	94, 95	II. Vertragsschluß und Änderungen	
b) Gesellschaft bürgerlichen Rechts . . . . .	96	1. Abschluß	
c) Nichtrechtsfähiger Verein . . . . .	97	a) Allgemeines . . . . .	156—158
d) Erbengemeinschaft . . . . .	98, 99	b) Mindestinhalt . . . . .	159, 160
e) Eheleiche Gütergemeinschaft . . . . .	100	c) Abgrenzung zu anderen Formen des Zusammenwirkens . . . . .	161
III. Sonderfälle		d) Unvollständiger Vertragsschluß . . . . .	162, 163
1. Treuhand		e) Bedingter und befristeter Vertrag, Rückdatierung . . . . .	164—166
a) Vorkommen, Arten . . . . .	101, 102	f) Abschluß durch Vertreter . . . . .	167, 168
b) Verdeckte Treuhand . . . . .	103—105	2. Form	
c) Offene Treuhand . . . . .	106, 107	a) Allgemeines . . . . .	169—172
2. Unterbeteiligung		b) Formbedürftigkeit nach § 313 S. 1 BGB	
a) Allgemeines . . . . .	108, 109	aa) Grundlagen . . . . .	173
		bb) Kasuistik . . . . .	174, 174a
		cc) Rechtsfolgen des Formmangels . . . . .	175
		c) Unentgeltliche Zuwendung der Beteiligung . . . . .	176, 177
		d) Gewillkürte Form . . . . .	178—180
		3. Inhalt . . . . .	181

	Rdn.		Rdn.
4. Vertragsmängel, Teilnichtigkeit		bb) Treupflicht gegenüber den Mitgesellchaftern . . . . .	241—243
a) Überblick . . . . .	182—184	c) Vertragsänderung und Treupflicht	
b) Objektive Teilnichtigkeit (§ 139 BGB) . . . . .	185	aa) Grundsatz . . . . .	244, 245
c) Subjektive Teilnichtigkeit . . . . .	186—188	bb) Voraussetzungen . . . . .	246, 247
5. Vertragsänderungen		d) Rechtsfolgen von Treupflichtverstößen	
a) Grundlagen . . . . .	189—191	aa) Unbeachtlichkeit der Rechtsausübung . . . . .	248
b) Form . . . . .	192	bb) Zustimmungspflicht . . . . .	249, 250
c) Mitgliederwechsel . . . . .	193	cc) Schadensersatz; Gestaltungsklagen . . . . .	251
d) Zustimmungspflicht? . . . . .	194, 195	4. Gleichbehandlungsgrundsatz	
e) Mängel . . . . .	196	a) Grundlagen . . . . .	252—256
III. Die Auslegung des Gesellschaftsvertrags		b) Einzelausprägungen	
1. Auslegungskriterien		aa) Ordnungsprinzip und Auslegungsgrundsatz . . . . .	257—259
a) Grundlagen . . . . .	197	bb) Minderheitenschutz . . . . .	260
b) Besonderheiten bei Gesellschaftsverträgen . . . . .	198, 199	c) Rechtsfolgen eines Verstoßes . . . . .	261
c) Auslegung von Vertragsurkunden . . . . .	200	5. Actio pro socio	
d) Publikums-OHG/KG . . . . .	201	a) Grundlagen	
2. Ergänzende Vertragsauslegung . . . . .	202, 203	aa) Gegenstand, Anwendungsbereich . . . . .	262, 263
3. Nachprüfung in der Revisionsinstanz . . . . .	204	bb) Mitgliedschaftsrecht . . . . .	264
IV. Der Vorvertrag . . . . .	205—207	cc) Actio pro socio und materielles Recht . . . . .	265, 266
E. Rechtsverhältnisse in der Gesellschaft		b) Einzelfragen . . . . .	267
I. Überblick		aa) Zulässigkeitsvoraus- setzungen . . . . .	268, 268 a
1. Mitgliedschaft		bb) Prozessuale Wirkungen . . . . .	269
a) Wesen . . . . .	208, 209	III. Die Vermögensordnung in der OHG	
b) Rechtsnatur . . . . .	210	1. Unterscheidung zwischen Gesamthands- und Privat- (Gesellschafter-)Vermögen	
2. Die verschiedenen Rechtsbeziehungen in der Gesellschaft		a) Allgemeines . . . . .	270, 271
a) Gesellschafter- (Grundlagen-)ebene . . . . .	211, 212	b) Folgerungen . . . . .	272—274
b) Gesellschafts-(Sozial-)ebene . . . . .	213, 214	c) Haftung aus § 419 BGB . . . . .	275, 276
c) Schadensersatzansprüche . . . . .	215	2. Begründung von Gesamthandsvermögen	
3. Drittbeziehungen . . . . .	216, 217	a) Grundlagen . . . . .	277, 278
II. Mitgliedschaftsrechte und -pflichten		b) Rechtsgeschäftliche Begrün- dung (§ 718 Abs. 1 BGB)	
1. Arten		aa) Leistung der Beiträge . . . . .	279, 280
a) Einteilungskriterien . . . . .	218, 219	bb) Erwerb durch Handeln namens der Gesellschaft . . . . .	281
b) Sozialansprüche und -verbindlichkeiten . . . . .	220	c) Erwerb durch Surrogation (§ 718 Abs. 2 BGB) . . . . .	282
c) Verwaltungsrechte und -pflichten . . . . .	221—223	3. Beteiligung der Gesellschafter am Gesamthandsvermögen	
d) Vermögensrechte und -pflichten . . . . .	224—226	a) Grundsatz . . . . .	283
2. Beitragspflichten		b) Zwingende Geltung der Verfügungsverbote des § 719 Abs. 1 BGB . . . . .	284—286
a) Überblick . . . . .	227	c) An- und Abwachsung . . . . .	287, 288
b) Arten der Einbringung . . . . .	228—231	d) Pfändung und Verpfändung des Gesellschaftsanteils	
3. Treupflicht		aa) Pfändung . . . . .	289, 290
a) Grundlagen		bb) Verpfändung . . . . .	291, 292
aa) Rechtsgrund . . . . .	232, 233	4. Verfügung über Gesamthandsvermögen . . . . .	293, 294
bb) Entwicklung . . . . .	234		
cc) Inhalt . . . . .	235, 236		
dd) Ausmaß . . . . .	237, 238		
b) Anwendungsbereich			
aa) Treupflicht gegenüber der Gesellschaft . . . . .	239, 240		

	Rdn.		Rdn.
5. Der Besitz in der OHG		b) Arten der Mängel . . . . .	341
a) Diskussionsstand . . . . .	295	c) Keine bloße Teilunwirksamkeit . . . . .	342
b) Stellungnahme . . . . .	296	3. Vollzug	
c) Rechtsfolgen . . . . .	297	a) Kennzeichen . . . . .	343
IV. Gesellschafterwechsel		b) Keine Fehlerbeseitigung durch Vollzug . . . . .	344
1. Grundlagen		4. Vorrang sonstiger schutzwürdiger Interessen	
a) Gestaltungsmöglichkeiten		a) Allgemeines . . . . .	345
aa) Überblick . . . . .	298, 299	b) Schutzwürdige Interessen	
bb) Ausscheiden und Eintritt (Doppelvertrag) . . . . .	300, 301	Beteiligter oder Dritter	
cc) Übertragung der Mitgliedschaft (des Gesellschaftsanteils) . . . . .	302, 303	aa) Fehlerhafte Beteiligung nicht voll Geschäftsfähiger	346—350
b) Praktische Unterschiede . . . . .	304, 305	bb) Sonstige Fälle? . . . . .	351—354
2. Einzelheiten der Anteilübertragung		c) Schutz öffentlicher Interessen . . . . .	355, 356
a) Voraussetzungen		III. Rechtsfolgen	
aa) Einverständnis der Mitgesellschafter . . . . .	306—309	1. Überblick . . . . .	357, 358
bb) Sonstige Erfordernisse . . . . .	310	2. Volle Wirksamkeit nach innen und außen . . . . .	359, 360
b) Form . . . . .	311, 312	3. Geltendmachung des Fehlers . . . . .	361, 362
c) Vollzug und Wirkungen . . . . .	313, 314	4. Abwicklung . . . . .	363
3. Rechtsstellung des Erwerbers		IV. Fehlerhafte Vertragsänderungen	
a) Grundsatz . . . . .	315	1. Allgemeines	
b) Verwaltungsrechte . . . . .	316, 317	a) Fehlergründe . . . . .	364
c) Mitgliedschaftliche Vermögensrechte und -pflichten		b) Rechtliche Beurteilung . . . . .	365, 366
aa) Überblick . . . . .	318	c) Insbesondere: Fehlerhafte Auflösung . . . . .	367
bb) Ansprüche des Veräußerers . . . . .	319, 320	2. Gesellschafterwechsel . . . . .	368
cc) Verbindlichkeiten (Sozialansprüche) . . . . .	321—323	a) Fehlerhafter Beitritt . . . . .	369—372
4. Sonstige Verfügungen über den Anteil		b) Fehlerhaftes Ausscheiden . . . . .	373—375
a) Teilübertragung . . . . .	324, 325	c) Fehlerhafte Anteilsübertragung . . . . .	376—378
b) Nießbrauch, Verpfändung . . . . .	326	d) Fehlerhafte Gesellschafternachfolge . . . . .	379, 380
F. Die fehlerhafte Gesellschaft		V. Der Sonderfall der Scheingesellschaft	
I. Grundlagen		1. Allgemeines . . . . .	381—383
1. Übersicht . . . . .	327—330	2. Keine fehlerhafte Gesellschaft . . . . .	384, 385
2. Entwicklung in der Rechtsprechung . . . . .	331, 332	3. Rechtsscheinhaftung . . . . .	386, 387
3. Dogmatische Begründung		G. Zur Besteuerung der OHG und ihrer Gesellschafter	
a) Überblick . . . . .	333, 333 a	I. Steuerrechtsfähigkeit (Übersicht) . . . . .	388, 389
b) Beschränkung der Nichtigkeitfolgen . . . . .	334	II. Errichtung der OHG	
c) „Gesetzestreue“ Ansichten (Einschränkungen der Lehre) . . . . .	335, 336	1. Umsatzsteuer . . . . .	390, 391
d) Doppelnatur der Gesellschaft als Schuldverhältnis und Organisation . . . . .	337, 338	2. Grunderwerbsteuer, Börseumsatzsteuer . . . . .	392, 393
3. Voraussetzungen		3. Ertragsteuern . . . . .	394
1. Überblick . . . . .	339, 339 a	III. Die laufende Besteuerung	
2. Fehlerhafter Vertrag		1. Einkommensteuer . . . . .	395—399
a) Grundsatz . . . . .	340	2. Vermögensteuer . . . . .	400, 401
		3. Gewerbesteuer . . . . .	402
		4. Grunderwerbsteuer . . . . .	403, 404
		5. Umsatzsteuer . . . . .	405

*Alphabetische Übersicht*

- Abfindung  
Anspruch auf 224  
fehlerhafte Abfindungsvereinbarung 373
- Abfindungsbilanz 214
- Abgrenzung der OHG  
von der GbR 3  
von den Kapitalgesellschaften 4  
von der KG 2 f  
vom wirtschaftlichen Verein 5
- Abhängige Personengesellschaft Anh. § 105
- Abspaltungsverbot 114
- Abwachsung s. An- und Abwachsung
- Actio pro socio  
Anwendungsbereich 263  
Aufwendungsersatz 269  
Begriff 262  
Drittgeschäfte 263  
eigene Rechtsverfolgung der Gesellschaft 265, 267, 268 a, 269  
Einschränkung durch Treupflicht 268 a  
kein Verfügungsrecht des klagenden Gesellschafters 266  
Klageabweisung 269  
Kostenschuldner 269  
Liquidationsstadium 263  
materielles Recht 265 f  
Mitgliedschaftsrecht 264  
Nebenintervention 269  
Prozeßstandschaft 262, 265, 267  
prozessuale Wirkungen 269  
Rechtshängigkeit 269  
Rechtskraftwirkung des Urteils 269  
Schranken 268 a  
Subsidiarität 268 a  
Unterlassungsansprüche gegen Geschäftsführer 263  
Vergleich 266  
vorhergehender Gesellschafterbeschuß 266  
Wesen 264  
Zulässigkeit 268 f
- ADHGB 7
- Aktiengesellschaft  
Abgrenzung von der OHG 4  
Vor-AG 93
- akzessorische Haftung 226
- Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch s. ADHGB
- Allgemeines Schuldrecht, Anwendbarkeit auf Gesellschaftsverträge 146 ff
- Anfechtung des Gesellschaftsvertrags s. fehlerhafte Gesellschaft
- Anteil s. auch Gesellschaftsanteil  
am Gesellschaftsvermögen 284  
an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens 286  
Unterbeteiligung 112
- Anteilsnießbrauch s. Nießbrauch
- Anteilsübertragung  
fehlerhafte 376 ff  
Form 311 f
- Geschäft zwischen Veräußerer und Erwerber 302 f  
Teilübertragung 324 f  
Voraussetzungen 306 ff
- An- und Abwachsung 287 f
- Arbeitsgemeinschaften der Bauwirtschaft, s. Arge
- Arge 26 a, 46
- arglistige Täuschung 341, 351, 369, 372
- Auffangfunktion der OHG-Rechtsform 4, 14 a, 37
- auflösendbedingter Gesellschaftsvertrag 164
- Auflösung der Gesellschaft  
anwendbares Recht 65  
fehlerhafte 367
- Auflösungsbeschuß  
fehlerhafter 367  
Unbeachtlichkeit des Widerspruchs 242  
Zustimmungspflicht 242, 246
- Auflösungsklage 250, 342, 344
- aufschiebendbedingter Gesellschaftsvertrag 164
- Aufspaltung des Betriebs 26
- Aufwendungsersatzanspruch  
Anspruchsgegner 224  
bei actio pro socio s. dort  
und Treupflicht 240
- Auseinandersetzung  
fehlerhafte Gesellschaft 363
- Auseinandersetzungsguthaben, Anspruch auf  
Anspruchsgegner 224  
Nießbrauch 123  
Pfändung 289  
und Treupflicht 240
- Ausgleichsanspruch  
wegen Inanspruchnahme durch Gesellschaftsgläubiger 226, 322  
Vermögensrecht 224
- Auskunftsanspruch s. auch Informationsrecht des Treugebers 104
- Auslegung des Gesellschaftsvertrags  
ergänzende Vertragsauslegung 202 f  
Gleichbehandlungsgrundsatz 257 ff  
Kriterien 197 ff  
Nachprüfung in der Revisionsinstanz 204
- Ausscheiden  
fehlerhaftes 373 ff  
gesetzliche Regelung 65  
kraft Vereinbarung 300 f  
nicht voll Geschäftsfähiger 85  
notarielle Form 173  
vorletzter Gesellschafter 276, 288
- Ausschluß von Gesellschaftern  
fehlerhaft Beteiligter 361, 371  
Treuhänder 106  
Treupflicht 241  
Zustimmungspflicht 246, 249
- Außengesellschaft 1, 36, 45, 176
- Außenhaftung  
beim Anteilsnießbrauch 128  
bei offener Treuhand 102, 106  
des fehlerhaft beigetretene Minderjährigen 349  
unbeschränkte 37 f

- Ausstattung s. unentgeltl. Zuwendung  
Auswechslung aller Mitglieder 303
- Bausparkasse 27
- bedingter und befristeter Vertrag 164 f
- befreiende Schuldübernahme 321
- Begriffsbestimmung 14
- Beitrag s. auch Einbringung  
Arten 18  
Auswahl 227  
Erhöhung 19, 225  
gerichtliche Geltendmachung 213, 262  
als Gesellschaftsvermögen 279 f  
und Gesellschaftsvertrag 62  
und Gleichbehandlungsgrundsatz 260  
im engeren Sinn s. Einlage  
Leistung 279 f  
und Treupflicht 245
- Beitragspflicht s. auch Einbringung  
Allgemeines 227  
Begründung 139  
Formbedürftigkeit 170  
Nicht-, Schlechterfüllung 148 ff, 152 ff  
notwendiger Vertragsinhalt 17  
als Vermögenspflicht 225
- Beitritt  
fehlerhafter 369 ff  
nicht voll Geschäftsfähiger 189
- Benutzung von Gesellschaftseinrichtungen 259
- Besitz der OHG 295 ff
- Besitzgesellschaft 26
- Bestandsschutz 329
- Besteuerung  
Börsenumsatzsteuer 392 f  
Einkommensteuer 395 ff  
Ertragsteuer 394  
Gewerbesteuer 402  
Grunderwerbsteuer 392 f, 403 f  
Nießbrauch und Steuerrecht 118  
Steuerrechtsfähigkeit 388 f  
Umsatzsteuer 390 f, 405  
Vermögensteuer 400 f
- Beteiligung  
der Gesellschafter am Gesamthandsvermögen  
283 ff  
schwebend unwirksame 347, 349  
unentgeltliche Zuwendung der 176
- Betriebsaufspaltung 26
- Betriebsvermögensvergleich 398
- BGB-Vorschriften, subsidiäre Anwendbarkeit der  
§§ 705–740 60 ff
- Bilanzrichtliniengesetz 9
- dispositives Recht 163, 202
- Dissens 162, 341
- Doppelnatur der Gesellschaft 329, 337 f
- Doppelvertrag bei Gesellschafterwechsel 300 f
- Drittbeziehungen 216 f
- Drittgeschäfte 17, 216, 263
- Drittgläubigerforderungen  
und actio pro socio 263  
bei Anteilsübertragung 319
- Geltendmachung 217
- Haftung der Mitgesellschafter 217
- Treupflicht 217
- Ehegatten  
als Gesellschafter 87 ff  
Mitarbeit von 161
- eheliche Gütergemeinschaft  
als Gesellschafter 90, 100
- eigennützige Gesellschafterrechte 240
- Einbringung von Einlagen  
zu Eigentum (quoad dominium) 229  
zur Gebrauchsüberlassung (quoad usum) 231  
des gesamten Vermögens 170  
dem Werte nach (quoad sortem) 230, 392  
des wesentlichen Vermögens 276
- Eingliederungsbeschluß 242
- einheitlicher Gewerbesteuermaßbetrag 402
- Einheitswert 401
- Einlage s. auch Beitrag, Einbringung  
Art der Einlageleistung 147  
Bestimmung nach §§ 315 ff 147  
Dispositionsfreiheit 18  
Fälligkeit 147  
Gleichbehandlungsgrundsatz 258, 260  
Leistungsbestimmungsrecht 147  
Leistungsort 147  
Leistungspflicht bei Gesellschafterwechsel 321  
Leistungsstörungen 150  
Leistungsverweigerungsrecht 150  
Unwirksamkeit der Einlageverpflichtung 352  
Vollzug des Gesellschaftsvertrags 343
- Einmimmigkeitsprinzip 244
- Eintragung in das Handelsregister s. Handelsregister
- Eintrittsklausel 380
- Enthaltung des Anteilsveräußerers 321
- Entnahmerecht 122
- Entnahmeregelung 259
- Entstehung der Gesellschaft  
Grundlagen 47 f  
im Innen- und Außenverhältnis 47  
durch Neugründung 49 f  
als OHG oder (noch) als GbR 47  
durch Umwandlung 51 ff  
– formwechselnde Umwandlung 52  
– des Handelsgeschäfts einer Erbengemeinschaft  
55 ff  
– übertragende 54  
durch Verschmelzung 53
- Entwicklung des OHG-Rechts  
vom ADHGB zum HGB 7 f  
Rechtsentwicklung seit 1900 9 ff
- Erbengemeinschaft  
Fortsetzungsbeschluß 56  
als Gesellschafter 98 f  
handels- und erbrechtliche Grundlagen 55 f  
Rechtsverhältnisse in der fortbestehenden Erben-  
gemeinschaft 58 f  
Schutz minderjähriger Erben 59  
Umwandlung des Handelsgeschäfts in OHG 55 ff
- Erfolgsbeteiligung 22
- ergänzende Vertragsauslegung

- Anwendungsbereich 162 f, 181, 185, 202 f, 250, 342, 360  
 und Auflösungsklage 342  
 dispositives Recht 163, 202  
 Ergänzungspfleger 84  
 Ergebnisverteilung 66  
 Ertragsnießbrauch 130  
 Erweiterung der Kreditgrundlage 18  
 Erwerb eigener Anteile 95  
 Erwerbsgeschäft des Minderjährigen 85  
 essentialia negotii 159, 162
- faktische Gesellschaft 333 a, 340  
 faktische Vertragsverhältnisse 330  
 Familiengesellschaft 199  
 fehlerhafte Gesellschaft 57, 327 ff  
 Abwicklung 363  
 Anfechtung 358  
 Anteilsübertragung, fehlerhafte 376 ff  
 Arglisteinwand 360  
 arlistige Täuschung 341, 351, 369, 372  
 Auflösung, fehlerhafte 367  
 Auflösungsklage 344, 361  
 Ausscheiden, fehlerhaftes 373 ff  
 Ausschlußklage 361  
 Beitritt, fehlerhafter 369  
 Bestätigung des fehlerh. Vertrags 344  
 Dissens 341  
 dogmatische Begründung der Lehre 333 ff  
 Drohung 341, 351, 369, 372  
 Entwicklung in der Rechtsprechung 331 f  
 faktische Gesellschaft s. dort  
 Fehlergründe 341  
 fehlerhafter Vertrag 340 ff  
 Formmangel 175, 341  
 Geltendmachung des Fehlers 361 f  
 gesetzwidriger Gesellschaftszweck 355 f  
 Grundlagen der Lehre 327 ff  
 Gründungsmängel 341  
 Heilung des Mangels 341, 344  
 Irrtum 341  
 und Kapitalgesellschaften 331  
 lückenhafter Gesellschaftsvertrag 342  
 nicht voll geschäftsfähiger Gesellschafter 346 ff, 369  
 Rechtsfolgen 357 ff  
 und Scheingesellschaft 381 ff  
 sittenwidriger Gesellschaftszweck 355 f  
 Teilunwirksamkeit 342  
 und Treupflicht 359  
 Übernahmeklage 361  
 unmöglicher Gesellschaftszweck 341  
 Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen 342, 360  
 verheirateter Gesellschafter 352  
 Vertragsänderung, fehlerhafte 364 ff  
 Vollzug des Gesellschaftsvertrags 343 f  
 Voraussetzungen 339 ff  
 Vorrang sonstiger schutzwürdiger Interessen 345 ff  
 Wirksamkeit nach innen und außen 359
- Firma  
 abgeleitete Firma 33  
 Außengesellschaft ohne Vereinbarung einer Firma 36  
 Firmenbildung 32 ff  
 gemeinschaftliche Firma s. dort  
 Neubildung der Firma 33  
 Personennamen eines Gesellschafters als Firma 35  
 unzulässige Firma 34  
 Förderungspflicht 20  
 Form des Gesellschaftsvertrags  
 Allgemeines 169 ff  
 und Anteilsübertragung 311 f  
 gewillkürte Form 178 ff  
 unentgeltliche Zuwendung der Beteiligung 176 f  
 Vereinbarungen über Grundstücke 173 ff  
 Freie Berufe 26 a  
 Fremddorganschaft 5  
 Fusion s. Verschmelzung
- gemeinsamer Zweck  
 Betrieb eines Handelsgewerbes 21, 23 ff  
 Betriebsaufspaltung 26  
 Erfolgsbeteiligung 22  
 Förderungspflicht 20  
 Gegenstand 21  
 gesetzwidriger 355 f  
 Grenzen der Privatautonomie 22  
 handwerkliches Unternehmen 24  
 Motiv der Gesellschaftsbeteiligung 20  
 Rechtsformzwang unter Ausschluß der OHG 27  
 societas leonina 22  
 sittenwidriger 355 f  
 überindividuelle Verbandszweck 20  
 Unmöglichkeit 341  
 Vermietung/Verpachtung 26  
 Vermögensverwaltung 26
- Gemeinschaft  
 eheliche Gütergemeinschaft s. dort  
 Gesamthandsgemeinschaft s. dort  
 Haftungsgemeinschaft 2  
 Zugewinnsgemeinschaft 88  
 gemeinschaftliche Firma 1, 32 ff  
 s. auch Firma  
 gemeinschaftlicher Betrieb 45  
 Gesamtgut 90, 100  
 Gesamthand  
 Auskunftsanspruch 67  
 als besondere Rechtsfigur 41 ff  
 als kollektive Rechtsperson (Gruppe) 42  
 Gesamthandsberechtigung  
 An- und Abwachsung 287 f  
 Berechtigter 283  
 Gesamthandsgemeinschaft 1 f  
 als Gesellschafter 94 ff  
 Gesamthandsvermögen s. auch Gesamthandsberechtigung  
 anwendbare Rechtsnormen 64, 271  
 Begriff 270  
 Begründung 277 ff  
 – rechtsgeschäftliche 279 ff  
 – durch Surrogation 282  
 Beitragsleistung 279 f

- Besitz in der OHG 295 ff
- Beteiligung der Gesellschafter 283 ff
- Erwerbstatbestände 279 ff
- Haftung aus § 419 275 f
- Inhaber 270
- notwendiger Bestandteil der OHG 272
- Verfügung über Gesamthandsvermögen 293 f
- Verfügungsberechtigte 270, 293
- Verfügungsbeschränkungen einzelner Gesellschafter 273
- zwei Gesellschaften mit identischen Mitgliedern 274
- Gesamtnichtigkeit des Gesellschaftsvertrags 185
- Gesamtrechtsnachfolge 54, 278
- gesamtschuldnerischer Ausgleich 322
- Geschäftsführer
  - Auskunfts- und Rechenschaftspflicht 67
  - Haftung 42, 163
  - Pflichten 223
  - Regelungen für 63
  - Vergütung 224
    - Schuldner 224
    - Anpassung 247
- Geschäftsführung
  - Gleichbehandlungsgrundsatz 258
  - Treupflicht 239, 246
  - Übertragung 246
  - Unterlassungsklage 263
  - Verfügung über Gesellschaftsvermögen 293
  - Weisungsbindung 68
  - Zustimmungspflicht zu Geschäftsführungsmaßnahmen 249
- Geschäftsführungsbefugnis
  - Entziehung und Treupflicht 239
  - bei Gesellschafterwechsel 317
  - Verwaltungsrecht 222
  - Zustimmungspflicht 247, 249
- Geschäftsfähigkeit 83
  - s. auch nicht voll geschäftsfähiger Gesellschafter
- Geschäftsgrundlagenänderung 247
- Gesellschaft
  - Außengesellschaft s. dort
  - Begriffsbestimmung 15
  - bürgerlichen Rechts s. dort
  - Dauergesellschaft 46
  - fehlerhafte s. dort
  - Gelegenheitsgesellschaft 46
  - Handelsgesellschaft 4, 43 f
  - Innengesellschaft s. dort
  - Personengesellschaft 39
  - Publikumsgesellschaft s. dort
  - stille Gesellschaft 3, 339 a
  - Vorgesellschaft s. dort
- Gesellschaft bürgerlichen Rechts
  - Abgrenzung von der OHG 3
  - Anwendung der §§ 705–740 BGB im OHG-Recht 1, 60 ff
  - als Gesellschafter 96
  - „Gruppe“ 1, 2, 41
  - OHG als qualifizierte Form 1
  - Umwandlung in/aus OHG 52
  - Vorvertrag 205
- Gesellschafter
  - Arten 82 ff
  - Besteuerung s. dort
  - Ehegatten 87 ff
  - eheliche Gütergemeinschaft 90, 100
  - Erbengemeinschaft 98 f
  - fehlerhafte Nachfolge 379 f
  - Gesamthandsgemeinschaft 94 ff
  - Gesellschaft bürgerlichen Rechts 96
  - juristische Person 91 ff
  - Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter 74 ff
  - keine mehrfache Mitgliedschaft 71
  - KG 94 f
  - mehrere OHG mit denselben Gesellschaftern 72 f
  - Mindest- und Höchstzahl 69 f
  - Nachläßverwaltung 137
  - natürliche Personen 82 ff
  - nichtrechtsfähiger Verein 97
  - nicht voll Geschäftsfähiger 83 ff
  - Nießbrauch 114 ff
  - OHG 94 f
  - Pfändung, Verpfändung 133 ff
  - Rechte und Pflichten s. Mitgliedschaftsrechte und -pflichten
  - und Rechtsbeziehungen in der Gesellschaft 211 f
  - Sonderfälle 101 ff
  - Testamentsvollstreckung 136
  - Treuhand 101 ff
  - Unterbeteiligung 108 ff
  - Vermögen s. Privatvermögen
  - Vorgesellschaft 93
  - Wechsel s. Gesellschafterwechsel
- Gesellschafterhaftung 2, 37 f
  - akzessorische 226
  - Änderung bei Umwandlung 52
  - Außenhaftung s. dort
  - Beschränkung 2, 38
  - gesamtschuldnerische 226, 321
  - Rechtsscheinhaftung 386 f
  - unbeschränkte Erbenhaftung 55
- Gesellschafterwechsel s. auch Mitgliedschaft
  - Ansprüche des Veräußerers 319 f
  - Ausscheiden und Eintritt 300 f
  - Besteuerung der Veräußerung 404
  - Doppelvertrag 300 f
  - Einzelheiten der Anteilsübertragung 306 ff
  - fehlerhafter 368 ff
  - Gestaltungsmöglichkeiten 298 ff
  - mittelbarer 309 a
  - Nießbrauch, Verpfändung 326
  - Rechtsstellung des Erwerbers 315 ff
  - Sonstige Verfügungen über den Anteil 324 ff
  - Teilübertragung 324 f
  - Übertragung der Mitgliedschaft 302 f
- Gesellschaftsanteil
  - Erwerb eigener Anteile 95
  - Nießbrauch 326
  - Pfändung durch Privatgläubiger 66, 290
  - Verfügung und Treuhand 107
  - Verpfändung 326
- Gesellschaftsvermögen s. Gesamthandsvermögen
- Gesellschaftsvertrag

- Abschluß 44, 54, 57, 138, 156 ff  
 Änderung s. Vertragsänderung  
 Anwendbares Recht 145 ff  
 Auslegung 197 ff  
 und Austauschvertrag 140  
 Beiträge 62, s. auch Beitrag  
 als Dauerschuldverhältnis 143  
 Entstehungsvoraussetzung der OHG 48  
 erhöhte Leistungspflichten 19  
 fehlerhafter 340 ff  
 Form s. dort  
 als Gemeinschaftsverhältnis 140  
 Inhalt 17, 38, 181  
 kein Handelsgeschäft 144  
 konstitutive Merkmale 20  
 Leistungsstörungen 152  
 Mängel, Teilnichtigkeit 182 ff, 196, 341 f  
 Mindestinhalt 159  
 Organisationsvertrag 141 f  
 rechtsgeschäftliche Willensübereinstimmung 16  
 Schuldvertrag 139 f  
 ursprüngliche Nichtigkeit 341  
 Vollzug 343 f  
 Vorvertrag s. dort  
 Gesellschaftszweck s. gemeinsamer Zweck  
 gesetzliches Verbot 355  
 Gestaltungsklage 151, 250, 251  
 s. auch Auflösungsklage  
 Gestaltungsrechte 211  
 Gewerbe  
   Begriff 23  
   Betrieb 396  
   Handelsgewerbe s. dort  
   Vermietung und Verpachtung 26  
   Vermögensverwaltung 26  
   Voraussetzung für OHG 46  
 Gewerbesteuermeßbetrag 402  
 Gewinn  
   Nießbrauch am 122 ff  
 Gewinnanspruch  
   Ausschluß 22  
   Schranken der Geltendmachung 240  
   als Vermögensrecht 224  
   Wesen 224  
 Gewinnbeteiligung  
   Ergebnisverteilung 66  
   des nicht wirksam beigetretenen Gesellschafters  
   348  
   Verzicht auf 22  
 Gewinnerzielung 23  
 Gewinnrealisierung 394  
 Gewinnstammrecht  
   Begriff 131  
   und Nießbrauch 131  
 Gewinnverteilung  
   fehlerhafte Änderung 366  
   Gleichbehandlungsgrundsatz 259  
   jährliche Gewinnverteilung 224  
 Gewinnverteilungsschlüssel  
   gesetzlicher 224  
   Ungleichbehandlung 259  
 Gleichbehandlungsgrundsatz  
   Einzelausprägungen 257 ff  
   Grundlagen 252 ff  
   Inhalt 254  
   Minderheitenschutz 260  
   Ordnungsprinzip und Auslegungsgrundsatz 257 ff  
   Rechtsfolgen eines Verstoßes 261  
   Rechtsgrund 253  
   Sozialansprüche und -verbindlichkeiten 220  
 GmbH  
   Abgrenzung von der OHG 4  
   Novelle 1980 9  
   Vor-GmbH 93, s. auch Vorgesellschaft  
 GmbH & Co 9, 91  
 Grundhandelsgewerbe 28, 49  
 Grundlagen der OHG 14 ff  
 Grundlagengeschäfte 81  
 Grundstück  
   als Beitrag 173  
   Gesellschaftsgründung zum Erwerb und zur Ver-  
   äußerung 174  
   als Gesellschaftsvermögen  
   – Anteilsübertragung 173  
   – formwechselnde Umwandlung 52  
   – Gesellschafterwechsel 173  
 Grundstücksgesellschaft 174  
 Gründungsmängel 339  
 „Gruppe“ 1, 2, 41, 42  
 Gütergemeinschaft s. eheliche Gütergemeinschaft  
 Gütertrennung 89  
  
 Haftung s. Gesellschafterhaftung  
 Haftungsgemeinschaft 2  
 Handelsgeschäft 44, 80  
   einer Erbengemeinschaft s. dort  
   eines Gesellschafters 74  
 Handelsgesellschaft s. Gesellschaft  
 Handelsgewerbe  
   Betrieb 23 ff  
   bei Entstehung der Gesellschaft 47  
   Firma 28  
   Grundhandelsgewerbe s. dort  
   vollkaufmännisches 1, 3, 24, 43  
 Handelsregister  
   Anmeldung zum 167, 191  
   Eintragung in das 24, 30, 50, 54  
   Entstehungsvoraussetzung für jur. Person 4  
 handwerkliches Unternehmen 24  
 HGB  
   Verhältnis zum BGB 60  
 Hypothekenbanken 27  
  
 Identitätswechsel 2  
 Informationsrecht 67  
 Inhaltskontrolle 11, 181  
 Innengesellschaft  
   gemeinsamer Betrieb eines Unternehmens 272  
   stille Gesellschaft 3  
 Innenverhältnis 34, 106  
 Interessen, schutzwürdige, und fehlerhafte  
   Gesellschaft 345 ff  
 Investmentgeschäft 27  
 Irrtum 160, 341, 369

- juristische Person  
 Annäherung der OHG an 40  
 ausländische 92  
 als Gesellschafter 91 ff  
 Kapitalgesellschaft s. dort  
 des öffentlichen Rechts 92
- Kapitalerhöhung 260
- Kapitalgesellschaft  
 Abgrenzung von der OHG 4  
 fehlerhafte Gesellschaft 331  
 Gesellschafter einer OHG 91 ff  
 Umwandlung in OHG 54  
 Unterschiede zur OHG 39 f  
 Vorgesellschaft 93
- Kartell 26 a, 69, 259
- Kaufmann  
 Behandlung der OHG als 44  
 Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter 74 ff
- Kautelarjurisprudenz 10
- Kommanditgesellschaft s. auch Publikumsge-  
 sellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien  
 Abgrenzung 2  
 als Gesellschafter 94 f  
 Umwandlung in OHG 52
- Kommanditgesellschaft auf Aktien 4
- Konfusion 273
- konkludenter Vertragsschluß 157
- Konsortium 26 a, 46
- Kontrollrecht  
 Schranken 240  
 Treupflicht 240  
 als Verwaltungsrecht 222
- Konzern Anh. § 105
- Konzession 355
- Kreditgrundlage 18
- kündigungsbedingtes Ausscheiden eines Gesellschaf-  
 ters 242
- Kündigungsrecht 292
- Leistung der Beiträge 279 f
- Leistungsstörungen 148 ff, 152 ff
- Leistungsverweigerungsrecht 372
- Liquidation 65
- lückenhafter Gesellschaftsvertrag 162 f, 247, 342
- Mängel s. Gesellschaftsvertrag, fehlerh. Gesellschaft
- Mehrheitsbeschluß  
 über Beitragserhöhungen 19  
 Gleichbehandlungsgrundsatz 260
- Mehrheitsprinzip 5 f
- Minderheitenschutz  
 actio pro socio 264  
 Gleichbehandlungsgrundsatz 260
- Minderjährige s. nicht voll geschäftsfähiger  
 Gesellschafter
- Miterbengemeinschaft s. Erbengemeinschaft
- Mitgliedschaft  
 Definition 208  
 Deliktsschutz 210  
 einheitliche 71  
 keine mehrfache 71
- Rechtsnatur 210
- Übertragbarkeit 209, 298
- Verfügung 302
- Wechsel 193, s. auch Gesellschafterwechsel
- Wesen 208 f
- Mitgliedschaftsrechte und -pflichten  
 actio pro socio 262 ff, s. auch dort
- Arten 218 ff
- Beitragspflichten s. dort
- eigennützige und uneigennützige 219, 235, 237,  
 239 f
- Gleichbehandlungsgrundsatz 252 ff, s. auch dort
- Leistungsstörungen 151
- Treupflicht 232 ff, s. auch dort
- Unterlassungsansprüche 263
- Unterlassungspflichten 235
- Vermögensrechte und -pflichten s. dort
- Verwaltungspflichten s. dort
- Verwaltungsrechte s. dort
- Mitspracherechte s. Verwaltungsrechte
- Mitunternehmer 397
- Nachfolge s. Gesellschafterwechsel  
 fehlerhafte im Todesfall 379
- Nachfolgeklausel, fehlerhafte Änderung 365
- Nachlaßkonkurs 137
- Nachlaßverwaltung 137
- Nachschußpflicht 19, 225
- natürliche Person als Gesellschafter s. dort
- Neugründung s. Entstehung
- Neuerbindlichkeiten 55
- Nichtigkeit s. Gesamtnichtigkeit des Gesellschaftsver-  
 trags, Teilnichtigkeit, ursprüngliche Nichtigkeit
- nichtrechtsfähiger Verein s. Verein
- nicht voll geschäftsfähiger Gesellschafter  
 Änderung des Gesellschaftsvertrags 85  
 Ausscheiden 85, 373, 378  
 Beteiligung an OHG 83 ff  
 fehlerhaftes Ausscheiden 373, 378  
 fehlerhafter Beitritt 346 ff, 378  
 Genehmigung des Vormundschaftsgerichts 85 f  
 Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters 84  
 rechtsgeschäftlicher Erwerb 83 ff  
 unentgeltlicher Erwerb 85  
 Widerrufsrecht 347  
 Wohl und Interesse des Kindes 86
- Nießbrauch  
 Anteilsnießbrauch 114 ff  
 – Abgrenzung von Treuhand und Unterbetei-  
 ligung 116  
 – Abspaltungsverbot 114  
 – Anteilsverfügungen 120  
 – Außenhaftung 128  
 – Beschlußfassung in laufenden Angelegenheiten  
 126  
 – dingliche Berechtigung 114  
 – Mitspracherechte bei Grundlagengeschäften 125  
 – Nutzungsrecht 114  
 – an Rechten 119  
 – Übertragbarkeit 326  
 – Vermögensrechte 121  
 – Versorgungsfunktion 117

- Verwaltungsrechte 124
  - vorweggenommene Gesellschafternachfolge 117 am Gewinn
  - eigenständige Bedeutung gegenüber dem Anteilsnißbrauch 132
  - am Gewinnstammrecht 131
- OHG
- kraft Eintragung 30
  - als Gesellschafter 94 f
  - Mitglieder 72 f
  - Neuerichtung 54
  - Schein-OHG 30
- Ordnungsprinzip s. Gleichbehandlungsgrundsatz
- Organe der Gesellschaft 73, 141
- Organisation, Gesellschaft als 337 f
- Organisationsvertrag 141 f
- Parteifähigkeit 1
- Personengesellschaft 39
- Personenverband 41
- persönlicher Zusammenschluß der Mitglieder 140
- Pfändung
- des Auseinandersetzungsguthabens 133
  - des Gesellschaftsanteils 133, 289 f
- Pflicht der Gesellschafter, s. auch Mitgliedschaftsrechte und -pflichten
- zur Beitragsleistung 17, 139
  - zur Geschäftsführung 223
  - zur Zustimmung oder Mitwirkung 223
- Pilotfunktion des OHG-Rechts 13
- Präsentationsrecht 307
- Privatautonomie 22
- private limited company 92
- Privatvermögen 270 ff
- Prozeßstandschaft 262
- Publikumsgesellschaft
- Austrittsrecht der Gesellschafter 362
  - fehlerhafte Anteilsübertragung 377
  - fehlerhafter Beitritt 369
  - körperschaftlich strukturierter Zusammenschluß 6
  - Treuhand 101
  - Treupflicht 238
  - Vertragsauslegung 201
- quoad dominium, sorten, usum s. Einbringung
- Rechnungslegung 214
- Rechte der Gesellschafter s. Mitgliedschaftsrechte und -pflichten
- Rechtsfähigkeit
- der Gesellschafter 83
  - der OHG 40 f
  - Teilrechtsfähigkeit s. dort
- Rechtsform
- Änderung 29, s. auch Umwandlung
  - Einigung über 160
  - Rechtsformzwang 14 a
- Rechtsfortbildung, höchstrichterliche 11
- actio pro socio 262
  - Entwicklung der fehlerhaften Gesellschaft 331 f
- Rechtsnatur der OHG 39 ff
- Rechtsscheinhaftung 386 f
  - Rechtsstellung des Anteilserwerbers 315 ff
  - Rechtstatsachen 12
  - Rechtsverhältnisse in der Gesellschaft 208 ff
  - Regreß s. Ausgleichsanspruch
  - Revisibilität der Auslegung 204
  - richterliche Vertragsergänzung s. ergänzende Vertragsauslegung
  - Rückdatierung der Gesellschaftsgründung 164, 166
  - Rücktritt 147
- Sacheinlage s. Beitrag
- salvatorische Klausel 185
- Schadensersatzansprüche
- und actio pro socio 263, 268
  - als Sozialanspruch 213
  - Treupflichtverstoß 251
  - Verletzung von Gesellschafterpflichten 215
  - Verstoß gegen Gleichbehandlungsgrundsatz 261
- Scheingesellschaft 31, 330, 381 ff
- Scheingründung 340, 381
- Schein-OHG 31
- Schenkung von Gesellschaftsbeteiligungen 176 f
- Schiedsgerichtsabrede 44, 74, 81
- Schlechterfüllung von Vertragspflichten 154 f
- Schrankenfunktion s. Treupflicht
- Schriftformklausel 179, 192
- Schuldübernahme 321
- Schuldverhältnis
- Gesellschaft als 337 f
  - Gesellschaftsvertrag 15, 139 f
- Selbstorganschaft 221
- Sicherungstreuhand 101
- sicherungsweise Abtretung 309
- Sittenwidrigkeit
- und fehlerhafte Gesellschaft 353, 355
  - des Gesellschaftszwecks 355
  - der Gewinn- und Verlustbeteiligung 22, 353
  - als Schranke der Vertragsgestaltung 181, 353
  - der Treuhand am Gesellschaftsanteil 103
- societas leonina 22
- Sondergut s. ehel. Gütergemeinschaft
- Sonderrechte 240, 257
- Sondervererbung 98
- Sondervermögen 270 f
- Sozialansprüche
- actio pro socio 263
  - Anteilserwerb 321 ff
  - und -verbindlichkeiten 313 f, 220
  - Verzicht auf 266
- Sozialebene 213 f
- Sozialverbindlichkeiten s. Sozialansprüche
- Statusnormen 74, 79
- Sternvertrag 156
- Steuer s. Besteuerung
- Steuerhinterziehung 355
- Stille Gesellschaft 3, 339 a
- Stimmbindung
- des Treuhänders 104
  - Unterbeteiligung 112
  - Vertrag 106
- Stimmrecht 240

- Strohmanngründung 383  
 Subsidiäre Anwendung der §§ 705–740 60 ff  
 Surrogation s. Gesamthandsvermögen  
 Synallagma 149
- Täuschung s. arglistige Täuschung  
 Teilnichtigkeit 182 ff, 327  
 Teilrechtsfähigkeit 40  
 Teilübertragung des Gesellschaftsanteils 324 f  
 Testamentsvollstrecker 136 f  
 Treuhand  
 Abgrenzung vom Nießbrauch s. Nießbrauch  
 Anteilsverfügung 107  
 Arten 101  
 Außenhaftung des Treugebers 102, 106  
 — des Treuhänders 102  
 offene 102, 106  
 Rechtsstellung des Treugebers 104  
 Rechtsstellung des Treuhänders 105  
 Sicherungstreuhand 101  
 Übertragung der Treugeberstellung 107  
 verdeckte 102 ff  
 Verwaltungstreuhand 101  
 Zustimmungspflichtigkeit 106
- Treupflicht  
 Ausmaß 237 f  
 bei Drittgeschäften 217  
 eigennützige und uneigennützige Mitgliedschaftsrechte 219, 235, 237, 239  
 Entwicklung der Lehre 234  
 gegenüber der Gesellschaft 239 f  
 gegenüber den Mitgesellschaftern 241 ff  
 Gewohnheitsrecht 233  
 Inhalt 235 f  
 Realstruktur der Gesellschaft 238  
 Rechtsfolgen von Treupflichtverstößen 248 ff  
 Rechtsgrund 232 f  
 Schrankenfunktion 240  
 Sozialansprüche und -verbindlichkeiten 220  
 des Treugebers 106  
 Unverzichtbarkeit 239  
 und Vertragsänderung 244 ff
- Übernahmeklage 361  
 Übernahmerechte 237, 242  
 Umdeutung 175, 285
- Umwandlung  
 Begriff 51  
 Erbengemeinschaft 55 ff  
 formwechselnde 52  
 Gesamtrechtsnachfolge 54  
 keine Identitätsänderung 52  
 übertragende 54  
 uneigennützige Mitgliedschaftsrechte s. Treupflicht  
 unentgeltliche Zuwendung der Beteiligung 176 ff  
 Ungleichbehandlung s. Gleichbehandlungsgrundsatz  
 Unmöglichkeit 148 ff, 153  
 Unmöglichkeit des Gesellschaftszwecks 341  
 Unrentabilität des Unternehmens 242, 246  
 Unterlassungsansprüche, -pflichten s. Mitgliedschaftsrechte  
 ursprüngliche Nichtigkeit des Vertrags 341
- Verein  
 Abgrenzung zur OHG 5, 70  
 nichtrechtsfähiger 5, 97  
 Struktur 5  
 Verfassung 5  
 wirtschaftlicher 5  
 Zweck 5
- Verfügung  
 -beschränkung einzelner Gesellschafter 273  
 über Gesamthandsvermögen 293 f  
 über die Mitgliedschaft 302
- Verfügungsverbot (§ 719 Abs. 1 BGB) 284 ff  
 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 240  
 Verkehrsschutz 329
- Verlängerung des Gesellschaftsvertrags 245  
 Verlustausgleichspflicht 19, s. auch Nachschußpflicht  
 Verlustbeteiligung 22  
 Vermietung und Verpachtung als Gewerbe 26
- Vermögen  
 Einbringung 170  
 Gesamthandsvermögen s. dort  
 -übernahme 275  
 Übertragung des Geschäftsvermögens 57
- Vermögen der Gesamthand s. Gesamthandsvermögen
- Vermögensordnung 270 ff
- Vermögensrechte und -pflichten  
 des Anteilserwerbers 318 ff  
 Anteilnießbrauch 120 ff  
 Geltendmachung 240  
 der Mitglieder 224 ff  
 und Treupflicht 240  
 Übertragbarkeit der Rechte 218
- Vermögensverschlechterung 150  
 Vermögensverwaltung s. Gewerbe
- Verschmelzung 53
- Zuständigkeit 189 f
- Versicherungsgeschäfte 27
- Versorgungsfunktion s. Nießbrauch
- Versteigerung, öffentliche 292
- Vertrag  
 fehlerhafter s. Gesellschaftsvertrag  
 Gesellschaftsvertrag s. dort  
 Vorvertrag s. dort  
 Zustimmung zur Vertragsanpassung 255
- Vertragsänderung  
 Änderung der personellen Zusammensetzung 300,  
 s. auch Gesellschafterwechsel  
 faktische Abweichungen vom Gesellschaftsvertrag 191  
 fehlerhafte 364 ff  
 Form 192  
 Gleichbehandlungsgrundsatz 256, 260  
 als Handelsgeschäft 44  
 konkludente Änderung 191  
 minderjähriger Gesellschafter 85  
 Schranken 244 f  
 Schriftformklausel 192  
 Treupflicht 244 ff  
 Zustimmungspflicht 244 ff
- Vertragsurkunde 200  
 Vertragsverletzung 215  
 Vertrag zugunsten Dritter 147

- Verpfändung
  - des Gesellschaftsanteils 291 f, 326
  - Voraussetzungen 134 f
- Vertreter 83 f, 167 f
- Vertretung
  - Befugnis 239, 247, 317
  - durch gesetzlichen Vertreter 83 f
  - Vermögenserwerb durch Handeln namens der Gesellschaft 281
- Verwaltungspflichten 221 ff
- Verwaltungsrechte
  - Abspaltungsverbot 218, 222
  - Abtretung 222
  - und Anteilserwerber 316 f
  - beim Anteilsnießbrauch 123 ff
  - Arten 218
  - Durchsetzung 214
  - Geltendmachung gegen Mitgesellschafter 214
  - und -pflichten 221 ff
  - und Treupflicht 223
- Verwaltungstreuhand 101
- Verwertung des Pfandrechts 292
- Verzug 153
- Vollzug 343 f
- Vorbereitungsgeschäfte 28
- Vorerben 69
- Vorgesellschaft
  - als Gesellschafter 93
  - unechte 4
- Vormundschaftsgericht 83, 85 f, 189
- Vorvertrag 48, 205 ff
- Weisungsbindung des Geschäftsführers 68
- Wesensmerkmale der OHG 159
- Widerrufsrecht 84, 347, 349
- Widerspruchsrecht 239
- Wirksamkeitskontrolle 181
- Wirkungseinheit 41
- wirtschaftlicher Verein 5
- Zahlenmaß. Verbreitung der OHG 12
- Zugewinnngemeinschaft 88
- Zuordnungssubjekt des Gesamthandsvermögens 283
- Zustimmung der Mitgesellschafter 376
- Zustimmungspflicht
  - aus Treupflicht 249 f
  - bei Vertragsänderung 194 f
- Zweck
  - gemeinsamer 1, 20 ff
  - Gesellschaftszweck 3, 355
  - überindividueller Verbandszweck 20
  - Vereinszweck 5
  - des Vertrags 198
- Zweipersonengesellschaft 301

### Schrifttum

Vgl. Angaben zu Beginn der Vorbem. zu § 105 sowie vor Rdn. 55, 74, 101, 108, 114, 232, 244, 252, 262, 295, 298, 327, 388.

## A. Einführung

### I. Die OHG als Handelsgesellschaft

#### 1. Die Regelung des § 105

Die Vorschrift des § 105 Abs. 1 behandelt die offene Handelsgesellschaft als die beim **1** Fehlen besonderer Vereinbarungen eingreifende, **typische Rechtsform für den gemeinschaftlichen Betrieb eines Handelsgewerbes** durch zwei oder mehr Personen. Nach der gesetzlichen Systematik handelt es sich um eine „qualifizierte“ Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB), gekennzeichnet durch den Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma als Gegenstand des gemeinsamen Zwecks. Dieser Zusammenhang kommt auch in § 105 Abs. 2 zum Ausdruck, der auf die Vorschriften der §§ 705 bis 740 BGB verweist, soweit das OHG-Recht keine besonderen Vorschriften enthält (vgl. dazu näher Rdn. 60 ff). Im einzelnen setzt das Bestehen einer OHG nach § 105 den Abschluß eines **Gesellschaftsvertrags** sowie den darin dokumentierten Willen der Gesellschafter voraus, unter **gemeinschaftlicher Firma** zum Betrieb eines Handelsgewerbes am Rechtsverkehr teilzunehmen. Aus dem Bezug auf das Handelsgewerbe folgt, daß die OHG notwendig auf Dauer gerichtet ist, aus dem Handeln unter gemeinschaftlicher Firma, daß es sich bei ihr um eine Außengesellschaft im Sinne einer Gesamthandsgemeinschaft der Gründer handelt (vgl. näher Rdn. 45 f). Ihre Rechtsnatur als besondere Rechts- und Wirkungseinheit trotz Fehlens der Eigenschaften einer juristischen Person ist positivrechtlich in § 124 bestimmt. Abgesehen von der Regelung der Parteifähigkeit im Zivilprozeß bringt die Vorschrift jedoch nur diejenige Rechtsqualität zum Ausdruck, die sich nach zutreffendem neuerem Verständnis mit

der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand („Gruppe“) ohnehin verbindet und die daher auch die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts prägt (vgl. Rdn. 41).

- 2 Eine weitere (freilich negative) Voraussetzung für das Vorliegen einer OHG besteht darin, daß der Gesellschaftsvertrag bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränken darf (vgl. näher Rdn. 37 f). Die OHG ist daher nicht nur Handlungs-, sondern auch **Haftungsgemeinschaft** der in ihr zusammengeschlossenen Gesellschafter, wobei systematisch zwischen der Haftung der Gesamthand (Gruppe) und derjenigen der Gesellschafter persönlich zu unterscheiden ist (vgl. §§ 124, 128 bis 130, 159, 160). In der *unbeschränkten* Haftung *sämtlicher* Gesellschafter liegt die rechtlich entscheidende **Abgrenzung gegenüber der Kommanditgesellschaft**; diese kennt nach § 161 Abs. 1 abweichend von der OHG zwei Gruppen von Gesellschaftern mit unterschiedlichem Herrschafts- und Haftungsstatus. Von diesem Unterschied abgesehen weisen die Rechtsformen der OHG und der KG als die zwei gesetzlich geregelten Fälle gemeinschaftlichen Betriebs eines Handelsgewerbes aber weitgehende Übereinstimmung auf; beide sind auf Vertrag beruhende, nach außen unter gemeinschaftlicher Firma auftretende Personengesellschaften des Handelsrechts in Form von Gesamthandsgemeinschaften. Daher ist auch die „Umwandlung“ einer OHG in eine KG und umgekehrt problemlos und ohne Identitätswechsel möglich. Sie wird allein dadurch bewirkt, daß zumindest bei einem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag die Haftung auf den Betrag seiner (Haft-)Einlage beschränkt bzw. eine *bestehende* Haftungsbeschränkung durch Ausscheiden des beschränkt Haftenden oder vertragliche Änderung seiner Gesellschafterstellung beseitigt wird (Rdn. 51).

## 2. Abgrenzung von anderen Gesellschaften und Körperschaften

- 3 a) **Von sonstigen Personengesellschaften.** Zur Abgrenzung der OHG von der Kommanditgesellschaft als der anderen Rechtsform einer Personenhandelsgesellschaft vgl. schon Rdn. 2. Zu den „Gesellschaften“ im Sinne des BGB und des HGB gehören weiter die sonstigen auf vertraglicher Grundlage (§ 705 BGB) beruhenden, nicht zur juristischen Person verselbständigten oder in Vereinsform errichteten Personengemeinschaften. Über die Abgrenzung zur **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** (GbR) entscheidet der besondere, in §§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 1 geregelte *Gesellschaftszweck* der OHG und KG, d. h. der Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma. Der gemeinsame Zweck einer GbR kann von den Beteiligten innerhalb der Schranken der §§ 134, 138 BGB zwar grundsätzlich beliebig festgesetzt werden. Eine zwingende Ausnahme hiervon gilt jedoch für die Verfolgung handelsrechtlicher Zwecke; sie macht die Gesellschaft nach Maßgabe der §§ 1 bis 3 HGB auch dann zur Handelsgesellschaft (OHG oder KG), wenn die Parteien eine entsprechende Rechtsformwahl nicht getroffen haben<sup>1</sup>. Ebenfalls zu den „Gesellschaften“, wenn auch nicht zu den Handelsgesellschaften (§ 6 Abs. 1 HGB) gehört die **stille Gesellschaft** der §§ 230 ff HGB. Bei ihr handelt es sich um einen Sonderfall der Innengesellschaft bürgerlichen Rechts<sup>2</sup>. Daß ihre Regelung im HGB erfolgt ist, steht nicht entgegen; sie erklärt

<sup>1</sup> Ganz h. M., vgl. BGHZ 10, 91, 97 = NJW 1953, 1217; 22, 240, 245 = NJW 1957, 218; *Schlegelberger/Geißler* Rdn. 39, MünchKomm.-*Ulmer* BGB<sup>2</sup> § 705, 20, *K. Schmidt* Stellung der OHG S. 158 ff; ebenso für den umgekehrten Fall (GbR entgegen dem auf OHG gerichteten Parteiwillen) BGHZ 32, 307, 310 = NJW 1960, 1664; BGH WM 1962, 10, 11; a. A. zum ganzen *Lieb* Die Ehegattenmitarbeit

im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand (1970) S. 24 ff, *Battes* AcP 174 (1974), 429, 434 f, 438 f, im Erg. auch *Jahnke* ZHR 146 (1982), 595, 609 f.

<sup>2</sup> *Schlegelberger/Karsten Schmidt* § 230, 10, MünchKomm.-*Ulmer* BGB<sup>2</sup> § 705, 236; vgl. näher Erläut. zu § 230.

sich aus der Art des gemeinsamen Zwecks: der (Innen-)Beteiligung des Stillen am Handelsgewerbe des Geschäftsinhabers.

**b) Von den Kapitalgesellschaften.** Als Kapitalgesellschaften kennt das geltende Recht — vom Sonderfall der nur noch für beschränkte Zeit fortbestehenden bergrechtlichen Gewerkschaft abgesehen<sup>3</sup> — die **Aktiengesellschaft**, die **Kommanditgesellschaft auf Aktien** und die **Gesellschaft mit beschränkter Haftung**. Alle diese Rechtsformen sind zwar, ebenso wie die OHG und KG, Handelsgesellschaften i. S. des § 6 Abs. 1 HGB. Hiervon abgesehen weisen sie jedoch nach gesetzlicher Ausgestaltung, Rechtsnatur und Art der Entstehung eindeutige Unterschiede gegenüber OHG und KG auf (vgl. näher Vor § 105, 6 f); das gilt vor allem für ihre Qualität nicht als Gesamthandsgemeinschaft, sondern als **juristische Person** sowie — damit zusammenhängend — für die von der Erfüllung normativer Erfordernisse abhängige Eintragung im Handelsregister als notwendige Entstehungsvoraussetzung. Die Wahl einer dieser Rechtsformen setzt somit voraus, daß die Beteiligten sich bewußt hierfür entscheiden und daß sie im notariellen Gründungsakt sowie im anschließenden Eintragungsverfahren den jeweiligen Erfordernissen des AktG oder GmbHG entsprechen. Abgrenzungsschwierigkeiten können sich nur in solchen Fällen ergeben, in denen die Beteiligten zwar bereits ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben, jedoch ohne die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft trotz notariellen Gründungsakts ernsthaft anzustreben oder die Eintragungsabsicht nach erfolgter Gründung, aber vor Eintragung der Gesellschaft weiterzuvollziehen (sog. *unechte* Vorgesellschaft). In derartigen Fällen greifen wegen der **Auffangfunktion der Rechtsform der OHG**<sup>4</sup> die Vorschriften der §§ 105 ff sofort bzw. nach Wegfall der Eintragungsabsicht ein<sup>5</sup>; die Bezeichnung des Zusammenschlusses durch die Beteiligten als AG, KGaA oder GmbH steht nicht entgegen.

**c) Vom wirtschaftlichen Verein.** Verein und Gesellschaft sind nach den Regelungen<sup>5</sup> der §§ 21 ff, 705 ff BGB im Grundsatz klar getrennt, auch wenn der Gesetzgeber für den nichtrechtsfähigen Verein durch die strukturwidrige Verweisung des § 54 S. 2 BGB auf das Gesellschaftsrecht für zahlreiche Auslegungsprobleme gesorgt hat<sup>6</sup>. Kennzeichen des Vereins sind der von der Person der jeweiligen Mitglieder losgelöste, am Vereinszweck orientierte Zusammenschluß einer grundsätzlich unbegrenzten Zahl von Personen, die Möglichkeit des Eintritts und Ausscheidens von Vereinsmitgliedern ohne Veränderung des Bestands des Vereins sowie die körperschaftliche, durch Fremdorganschaft und Mehrheitsprinzip geprägte Vereinsverfassung (vgl. Rdn. 39). Sie bestimmen die **besondere Struktur des Vereins** und unterscheiden ihn von der Gesellschaft unabhängig davon, ob es sich um einen eingetragenen Idealverein (§ 21 BGB), einen durch Konzession (§ 22 BGB) oder spezialgesetzliche Regelung<sup>7</sup> zugelassenen wirtschaftlichen Verein oder einen nichtrechtsfähigen Verein (§ 54 BGB) handelt<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Sie war nach dem Vorbild des Preuß.-Allgem.-BergG vom 24. 6. 1865 (§§ 94 ff) landesgesetzlich geregelt und wurde durch §§ 163–165 BBergG v. 13. 8. 1980 mit einer Übergangsfrist bis zum 31. 12. 1985 aufgehoben; diese Frist ist für Bergbau betreibende Gewerkschaften inzwischen um weitere drei Jahre bis 31. 12. 1988 verlängert worden (Art. 8 des 1. RBereinG v. 24. 4. 1986, BGBl. I 560).

<sup>4</sup> Vgl. insbes. Hueck OHG § 1 I 4 und II (S. 13 ff), K. Schmidt (Fn. 1) S. 141 ff, 189 ff, 242 ff.

<sup>5</sup> Sog. *unechte* Vorgesellschaft, vgl. BGHZ 22, 240, 244 = NJW 1957, 218; Hachenburg/Ulmer GmbHG<sup>7</sup> ErgBd § 11, 17 f.

<sup>6</sup> Vgl. nur MünchKomm.-Reuter BGB<sup>2</sup> § 54, 2 f, Staudinger/Coing BGB<sup>12</sup> § 54, 2, 28, Flume ZHR 148 (1984), 503 ff.

<sup>7</sup> Vgl. insbes. §§ 15 ff VAG (Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit). Weit. Beisp. spezialgesetzlicher Normativbestimmungen bei K. Schmidt Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht (1984) S. 82 ff, 163 ff.

<sup>8</sup> Zu den Strukturunterschieden zwischen Verein und Gesellschaft (Körperschaft und Personengesellschaft) vgl. die Nachw. in Fn. 76; relativierend Flume ZHR 148 (1984), 503 ff. Zur zwingenden Behandlung des nichtrechtsfähigen wirtschaftlichen Vereins als OHG vgl. BGHZ 22, 240, 244 =

- 6 Trotz dieser für den Typus von Verein und Gesellschaft kennzeichnenden Unterschiede hat die Rechtsprechung es zugelassen, daß sich körperschaftlich strukturierte Zusammenschlüsse, gekennzeichnet durch eine Vielzahl untereinander nicht bekannter Mitglieder und durch Geltung des Mehrheitsprinzips, aus steuerrechtlichen Gründen als Personenhandelsgesellschaften konstituieren<sup>9</sup>. Bekanntgeworden sind derartige Verbindungen — als sog. **Publikums-KG** — vor allem in der Rechtsform der KG (vgl. näher Anhang zu § 161); sie finden sich aber auch als Gesellschaften bürgerlichen Rechts<sup>10</sup>. Über die Gründung einer „Publikums-OHG“ ist demgegenüber in neuerer Zeit nichts bekannt geworden<sup>11</sup>; hieran dürfte schon wegen der unbeschränkten Haftung aller Gesellschafter kaum jemals Interesse bestehen. Für etwa dennoch in der Rechtsform einer OHG auftretende Publikumsgesellschaften kann wegen der vergleichbaren Struktur im wesentlichen auf die Erläuterungen zur Publikums-KG (Anh. zu § 161) verwiesen werden, soweit sich nicht aus dem abweichenden Außenrecht der OHG (§§ 123 ff) zwingend etwas anderes ergibt. Zur Behandlung eines nichtrechtsfähigen wirtschaftlichen Vereins im Außenverhältnis als OHG vgl. Rdn. 14a.

## II. Entwicklung des OHG-Rechts

### 1. Vom ADHGB zum HGB

- 7 Zur Entwicklung des Personengesellschaftsrechts bis zum 19. Jahrhundert vgl. Voraufl. Rdn. 1. Die erste einheitliche deutsche Kodifikation des OHG-Rechts findet sich in Art. 85 ff ADHGB<sup>12</sup>. Entsprechend dem Entwurf eines ADHGB von 1848/49<sup>13</sup> knüpfte sie in erster Linie an die Regelung der *société en nom collectif* im französischen *code de commerce* von 1807 an; ihr war eine entsprechende gesetzliche Regelung in der unter Ludwig XIV. erlassenen *Ordonnance sur le commerce* von 1673 vorausgegangen. **Kennzeichen der Regelung im ADHGB** sind die klare Unterscheidung zwischen Innen- und Außenverhältnis der Gesellschaft und zwischen Geschäftsführung und Vertretung, die Unbeschränkbarkeit der grundsätzlich jedem Gesellschafter allein zustehenden Vertretungsmacht sowie die Behandlung des Gesellschaftsvermögens als vom Privatvermögen der Gesellschafter getrenntes, auf dem Gesamthandsprinzip beruhendes und dem ausschließlichen Zugriff der Gesellschaftsgläubiger unterliegendes Sondervermögen<sup>14</sup>. Auch die Regelung der Kommanditgesellschaft im HGB geht auf das ADHGB zurück und hat dort eine eindeutige, sie insbes. von einer stillen Gesellschaft zwischen tätigem Gesellschafter und Kapitalgeber unterscheidende Regelung gefunden<sup>15</sup>.
- 8 Das **HGB** hat das OHG-Recht in seinen Grundzügen unverändert aus dem ADHGB übernommen. Soweit es dabei zu **redaktionellen Änderungen** kam, beruhen diese auf der zugleich mit dem HGB in Kraft getretenen Kodifikation des bürgerlichen Rechts im BGB; sie machte es erforderlich, den Inhalt der beiden Gesetzbücher unter Beachtung der Ergänzungsfunktion des HGB für den kaufmännischen Verkehr aufeinander abzustimmen. Im Zusammenhang mit der Ausgestaltung auch der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesamthandsgemeinschaft wurden daher eine Reihe gesellschaftsrechtlicher

NJW 1957, 218, MünchKomm.-ReuterBGB<sup>2</sup> § 54, 3 und 5, *Soergel/Hadding* BGB<sup>12</sup> § 54, 3 und 25, *K. Schmidt* (Fn. 1) S. 212 ff.

<sup>9</sup> Kritisch zu dieser Entwicklung insbes. *Knobbe-Keuk* Das Steuerrecht — eine unerwünschte Rechtsquelle des Gesellschaftsrechts? (1986) S. 7 ff, 10 f.

<sup>10</sup> Vgl. etwa BGH NJW 1979, 2304, 2305 — Forum S, dazu *Flume* ZHR 148 (1984), 503 ff.

<sup>11</sup> Vgl. immerhin den Fall RGZ 36, 60 (OHG mit 159 Gesellschaftern).

<sup>12</sup> Allg. zum ADHGB und seiner Entstehung vgl. *Rehme* in *Ehrenberg* Handbuch I S. 237 ff, *Wieland* I S. 24 ff.

<sup>13</sup> *Baums* Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuchs für Deutschland (1848/49), ZHR-Beiheft 54 (1982).

<sup>14</sup> *Wieland* I S. 524.

<sup>15</sup> Vgl. *Wieland* I S. 734 ff.

Regelungen aus dem ADHGB in das BGB übernommen (vgl. §§ 706 bis 708, 717 bis 719, 738 bis 740), verbunden mit einem neuen Verweisungstatbestand in § 105 Abs. 2 HGB. Daneben kam es zu einigen **inhaltlichen Modifikationen** wie dem grundsätzlichen Verzicht auf die Schriftform des Gesellschaftsvertrags oder der Schaffung der Möglichkeit, nicht nur die Geschäftsführungsbefugnis, sondern auch die Vertretungsmacht aus wichtigem Grund zu entziehen<sup>16</sup>. Eine einschneidende Reform des OHG-Rechts war mit der Einführung des HGB jedoch nicht verbunden; seine wesentlichen Grundlagen gehen nach wie vor auf das ADHGB von 1861 zurück.

## 2. Rechtsentwicklung seit 1900

**a) Novellierung.** Die erste Novellierung der §§ 105 bis 160 erfolgte erst im Jahr 1976. **9** Auch seitdem ist es zu Änderungen nur vereinzelt gekommen. Die Neuregelungen betrafen ganz überwiegend den Sonderfall einer **GmbH & Co OHG**, d. h. solche Personengesellschaften in der Rechtsform der OHG, für deren Verbindlichkeiten *keine* natürliche Person als unmittelbarer oder — über eine andere OHG oder KG — mittelbarer Gesellschafter unbeschränkt haftet (vgl. die Definition in § 125 a Abs. 1 HGB). Für sie führte das **WiKG 1976** in §§ 130 a, 130 b die Konkursantragspflicht der Geschäftsführer bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ein. Die **GmbH-Novelle 1980** brachte mit den neuen §§ 125 a, 129 a überdies Vorschriften über bestimmte Pflichtangaben auf Geschäftsbriefen sowie über Gesellschafterdarlehen, jeweils nach dem Regelungsvorbild des GmbH-Rechts. Eine geringfügige Modifikation erfolgte schließlich durch das **Bilanzrichtliniengesetz 1985**, das das Kontrollrecht des § 118 Abs. 1 auf den „Jahresabschluss“ ausdehnte und die Regelung dadurch an die neuen, auch die Personengesellschaften betreffenden Bilanzierungsvorschriften der §§ 242 ff HGB anpaßte. Erwähnung verdient daneben auch das Publizitätsgesetz von 1969; als rechtsformübergreifendes Gesetz ließ es den Inhalt der §§ 105 bis 160 HGB unberührt und beschränkte sich darauf, für Unternehmen ab einer bestimmten Mindestgröße, auch solche in der Rechtsform der OHG (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 PublG), die Prüfung und Offenlegung des Jahresabschlusses anzuordnen.

**b) Sonstige Entwicklungen.** Im Unterschied zum nahezu unverändert fortbestehenden **10** Gesetzesrecht hat die Rechtspraxis des OHG-Rechts seit 1900 wesentliche Änderungen namentlich des Innenrechts erfahren. Sie beruhen einerseits auf dem Einfluß der **Kautelarjurisprudenz**, die unter Ausnutzung des dispositiven Charakters des OHG-Innenrechts (§§ 109 bis 122, 131 ff) zunehmend zu Abweichungen gegenüber der gesetzlichen Ausgestaltung kam<sup>17</sup>. Anders als im KG-Recht ging es dabei weniger um die Entwicklung einer neuen, auf Typenvermischung von OHG und GmbH beruhenden Rechtsform nach Art der GmbH & Co KG, auch wenn die GmbH & Co OHG nicht nur vereinzelt begegnet. Im Vordergrund stand vielmehr die Anpassung des OHG-Rechts an geänderte Bedürfnisse und Vorstellungen der Beteiligten, darunter die stärkere Berücksichtigung unterschiedlicher Kapitalbeteiligung der einzelnen Gesellschafter unter Abweichung von der Berechnung nach Köpfen (§§ 119 Abs. 2, 121 Abs. 3), die unterschiedliche, auf die Besonderheiten der jeweiligen Gesellschaft zugeschnittene Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der einzelnen Gesellschafter und die Entwick-

<sup>16</sup> Vgl. näher Denkschrift zum Entwurf eines HGB, S. 80 ff.

<sup>17</sup> Zum Einfluß der Kautelarjurisprudenz auf die Entwicklung des Gesellschaftsrechts vgl. auch *Rob. Fischer* Das Entscheidungsmaterial der höchstrichterlichen Rechtsprechung in: Schriften zur Rechtsvergleichung, Bd. 80 (1976), *Maria*

*Plum* Der fortschreitende Strukturwandel der Personengesellschaft durch Vertragsgestaltung, in: Festschrift 100 Jahre DJT, Bd. 2 (1960), S. 137 ff, *Morck* Die vertragliche Gestaltung der Beteiligung an Personen-Handelsgesellschaften (1980), *Wiedemann* GesR I S. 78 ff.

lung einer besonderen Kategorie von „Gesellschaftern minderen Rechts“<sup>18</sup>, die Absicherung des Familieneinflusses auf die nach Familienstämmen strukturierten Gesellschaften, die Einführung zusätzlicher Gesellschaftsorgane (Gesellschafterversammlung, Beirat) sowie schließlich die Zulassung der Übertragung und Vererbung von Gesellschaftsanteilen unter Abgrenzung des als Erwerber oder Erbe in Betracht kommenden Personenkreises.

- 11 Neben der Kautelarjurisprudenz und zum Teil in Reaktion hierauf hat die **höchstrichterliche Rechtsfortbildung** in Verbindung mit der Verfeinerung der Gesellschaftsrechtsdogmatik wesentlich zur Rechtsentwicklung im Personengesellschaftsrecht beigetragen und für dessen Anpassung an sich ändernde Bedürfnisse und Gestaltungsaufgaben gesorgt<sup>19</sup>. Unter den zahlreichen, im Lauf der Jahrzehnte zu beobachtenden richterrechtlichen Entwicklungen verdienen Erwähnung vor allem die rechtliche Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft, die stärkere Verselbständigung der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern durch Behandlung der Mitgliedschaft (des Kapitalanteils) als selbständig übertragbares Recht, die Entwicklung der Treupflicht und sonstiger, „beweglicher“ Schranken mehrheitlicher Willensbildung in der Gesellschaft, der Übergang zur Inhaltskontrolle bei Regelungen im Gesellschaftsvertrag, die wie das Recht zum Ausschluß einzelner Gesellschafter ohne wichtigen Grund oder die weitgehende Beschränkung des Abfindungsanspruchs in den Kernbereich der Mitgliedschaft eingreifen, sowie schließlich die Lösung der mit der Kollision von Gesellschafts- und Erbrecht verbundenen Probleme. Folge dieser einschneidenden Wandlungen des Personengesellschaftsrechts ist dessen weitgehende Ablösung vom geschriebenen Recht, soweit es nicht wie §§ 105 bis 108, 123 bis 130 zwingende Geltung beansprucht, sowie die Herausbildung eines für den Außenstehenden nur schwer überschaubaren case law, das an die Gestaltungsaufgabe der Kautelarjurisprudenz und an die Erläuterungsfunktion von Kommentaren und Monografien hohe Anforderungen stellt.

### III. Rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung

#### 1. Zahlenmäßige Verbreitung

- 12 Die OHG war lange Zeit die am weitesten verbreitete Rechtsform der Handelsgesellschaften. Sie übertraf zahlenmäßig nicht nur die AG und die GmbH, sondern auch die KG<sup>20</sup>. Ihr typischer Anwendungsbereich lag einerseits bei der Zusammenarbeit tätiger Gesellschafter in mittelständischen Unternehmen, andererseits bei der gemeinsamen Fortführung des Unternehmens eines Einzelkaufmanns unter Aufnahme von Familienangehörigen oder Einbringung des ererbten Handelsgeschäfts in eine OHG. In neuerer Zeit hat sich, bedingt durch die abnehmende Bereitschaft zur Übernahme der unbeschränkten Haftung, aber auch durch die Körperschaftsteuerreform 1977, eine deutliche **Gewichtsverlagerung von der OHG zur GmbH und zur GmbH & Co KG** ergeben. Nach der *Umsatzsteuerstatistik 1982* entfielen unter den Handelsgesellschaften mit Jahresumsätzen von mehr als 20 000 DM auf die Rechtsform der OHG 128 589, auf die KG (einschl. GmbH & Co KG) 90 300, auf die GmbH 163 440 und auf die AG 1682 Unternehmen<sup>21</sup>. Die Zahl der *eingetragenen* Gesellschaften mbH ist im Vergleich zu den

<sup>18</sup> Vgl. dazu näher *Flume* I/1 S. 137 f, 179, 181.

<sup>19</sup> Dazu *Rob. Fischer* Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung (1971), *Stimpel* in *Pehle/Stimpel* Richterliche Rechtsfortbildung (1968) S. 15 ff, *Ulmer* Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht 1971–1985 (1986), *Hüffer* ZHR 151 (1987), 396 ff.

<sup>20</sup> Nach der Umsatzsteuerstatistik 1962 entfielen auf

die OHG 49 195 (72,1), auf die KG 41 052 (136,1), auf die GmbH 24 161 (118,2) und auf die AG 2 374 (158,1) Unternehmen (Gesamtumsätze in Mrd. DM jeweils in Klammern), vgl. Stat. Jahrbuch 1964.

<sup>21</sup> Statist. Jahrbuch 1985, 452; im Stat. Jahrbuch 1986 liegt für die Umsatzsteuerstatistik von 1984 keine Aufgliederung nach Rechtsformen mehr vor.

von der Statistik erfaßten Unternehmen dieser Rechtsform sogar noch bedeutend größer und beläuft sich (unter Einschluß der Komplementär-GmbH, Mantel-GmbH u. a.) zum 31. 12. 1985 auf 339 541 Gesellschaften<sup>22</sup>. Noch deutlicher als der zahlenmäßige Vergleich der Rechtsformen vermittelt der Umsatzvergleich die geringere wirtschaftliche Bedeutung der OHG: einem Gesamtumsatz der in der Umsatzsteuerstatistik 1982 erfaßten OHG von 241 Mrd. DM stehen danach 841 Mrd. DM Gesamtumsatz der Kommanditgesellschaften, 820 Mrd. DM der Gesellschaften mbH und 732 Mrd. DM der Aktiengesellschaften gegenüber<sup>23</sup>. Unter den 100 größten deutschen Unternehmen schließlich entfielen 1984 (zum Vergleich: 1974) auf die Rechtsform der OHG 1 (2) Unternehmen, verglichen mit 6 (7) KG, 20 (19) GmbH, 66 (65) AG und 4 (2) KGaA<sup>24</sup>.

## 2. Der Einfluß des OHG-Rechts

Der bei der Rechtsform der OHG zu beobachtende Rückgang des wirtschaftlichen Gewichts wirkt sich auf das **OHG-Recht** nicht ohne weiteres aus. Ihm kommt erhebliche, über die Rechtsverhältnisse der OHG weit hinausreichende Bedeutung in erster Linie deshalb zu, weil die OHG die Grundform aller Personenhandelsgesellschaften bildet. Infolge der Verweisung des § 161 Abs. 2 gilt das OHG-Recht in weiten Teilen, insbes. hinsichtlich der Rechtsstellung der persönlich haftenden Gesellschafter, unmittelbar für die Rechtsverhältnisse in der KG. Auch werden die Grundfragen des Personengesellschaftsrechts in erster Linie im Rahmen des OHG-Rechts diskutiert mit der Folge, daß es seit langem eine **Pilotfunktion für die anderen Personengesellschaften** übernommen hat. Entsprechendes gilt in abgeschwächter Form aber auch für seinen **Einfluß auf das Kapitalgesellschaftsrecht**, darunter namentlich das Innenrecht personalistisch strukturierter Kapitalgesellschaften. Derartige Einflüsse sind etwa bei der Diskussion über die Treupflicht der GmbH-Gesellschafter unverkennbar<sup>25</sup>. Nach allem besteht auch unabhängig vom wirtschaftlichen Gewicht der OHG kein Grund, vom OHG-Recht Abschied zu nehmen oder ihm nur noch begrenzte Aufmerksamkeit zu widmen.

## B. Grundlagen

### I. Begriff und Wesensmerkmale

#### 1. Allgemeines

a) **Begriffsbestimmung.** 1§ 105 Abs. 1 gibt eine Begriffsbestimmung der OHG. Danach ist sie eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist. Dieser Begriffsbestimmung fügt Abs. 1 noch ein weiteres negatives Merkmal hinzu: die Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern darf nicht beschränkt sein. Zu den einzelnen Begriffsmerkmalen vgl. Rdn. 15—38.

b) **Rechtsformzwang.** Die Begriffsmerkmale der OHG in § 105 Abs. 1 sind **zwingend**<sup>25a</sup>. Der Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes unter gemeinsamer Firma macht den Zusammenschluß der Beteiligten daher *ohne weiteres* zur OHG, wenn

<sup>22</sup> Statist. Jahrbuch 1986, 113.

<sup>23</sup> AaO (Fn. 21), 452.

<sup>24</sup> Monopolkommission, 1. Hauptgutachten 1973/75, 1976, Tz. 259 ff (261); 6. Hauptgutachten 1984/85, 1986, Tz. 358.

<sup>25</sup> Vgl. nur *M. Winter* Mitgliedschaftliche Treubin-  
dungen im GmbH-Recht (1988) S. 63 ff.

<sup>25a</sup> EinhM, vgl. RGZ 155, 75, 82 ff; BGHZ 10, 91, 97 = NJW 1953, 1217; 22, 240, 245 = NJW 1957, 218; 32, 307, 310 = NJW 1960, 1664; *Rob. Fischer* Voraufl. Rdn. 20, *Hueck* OHG § 1 II S. 14 f, *Battes* AcP 174 (1974), 430 m. Nachw. in Fn. 2 und 3, *Jahnke* ZHR 146 (1982), 595, 620 ff. Zur abw. Ansicht von *Battes* und *Jahnke* für den Fall unzut. Rechtsformwahl vgl. Rdn. 160 und Fn. 340.

sie sich nicht in rechtlich zulässiger Weise für eine andere Handelsgesellschaftsform (KG, GmbH, AG, KGaA) entscheiden. Entsprechendes gilt für eine auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtete, als nichtrechtsfähiger Verein geplante Personenverbindung (vgl. Nachw. in Fn. 8): ihre Mitglieder haften für die Vereinsverbindlichkeiten unbeschränkt persönlich nach § 128. Wegen dieser in § 105 Abs. 1 angelegten Automatik hat die Rechtsform der OHG zugleich **Auffangfunktion**; sie greift auch in denjenigen Fällen ein, in denen ursprünglich die Gründung einer Kapitalgesellschaft geplant war, die Beteiligten dann aber die Absicht der Eintragung als GmbH, AG u. a. nicht weiterverfolgen, ohne gleichzeitig den Geschäftsbetrieb einzustellen (unechte Vorgesellschaft, vgl. Rdn. 4). **Im einzelnen** folgt aus dem Rechtsformzwang, daß es für die Entstehung der Gesellschaft als OHG oder GbR auf die Vereinbarung der Parteien über die Rechtsform nicht ankommt; eine unzutreffende Rechtsformwahl läßt die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrags unberührt (Rdn. 160). Richtet sich der gemeinsame Zweck auf den Betrieb eines Grundhandelsgewerbes, so entsteht die Gesellschaft sofort als OHG (Rdn. 49); im Falle eines sollkaufmännischen Gewerbes entsteht sie als GbR und wandelt sich erst mit Eintragung im Handelsregister in eine OHG um (Rdn. 50). Zur umgekehrten formwechselnden Umwandlung von der OHG zur GbR kommt es dann, wenn die Beteiligten durch Änderung des Zwecks den Betrieb eines Gewerbes auf Dauer aufgeben oder wenn dieser auf ein minderkaufmännisches Handelsgewerbe zurückgeht und die Firma im Handelsregister gelöscht wird (vgl. Rdn. 52). In allen diesen Fällen ist die Änderung der Rechtsform vom Parteiwillen unabhängig; sie läßt die Identität der Gesellschaft als Personenvereinigung mit Gesamthandsvermögen unberührt. Zu den Folgen des Rechtsformwechsels für das Innenverhältnis der Beteiligten vgl. § 109, 17 f.

## 2. Gesellschaft

- 15** Unter Gesellschaft versteht das HGB entsprechend der Regelung im BGB ein **vertragliches Schuldverhältnis** i. S. des § 705 BGB, durch das sich die Gesellschafter verpflichten, den gemeinsamen Zweck durch Beitragsleistung zu fördern. Erforderlich sind also der Abschluß eines Gesellschaftsvertrags (Rdn. 16) und die Beitragsleistung der Beteiligten (Rdn. 17 ff).
- 16** a) **Gesellschaftsvertrag.** Erste Voraussetzung für das Vorliegen einer OHG ist nach § 105 Abs. 1 der Abschluß eines Gesellschaftsvertrags mit dem auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichteten Zweck (vgl. dazu Rdn. 23 ff). Der Vertrag bedarf im Regelfall keiner Form; er kann ausdrücklich oder konkludent geschlossen werden (vgl. näher Rdn. 156 ff). Stets erforderlich ist jedoch eine **rechtsgeschäftliche**, auf den gemeinsamen Betrieb des Handelsgewerbes gerichtete **Willensübereinstimmung** der Beteiligten. Deren Fehlerhaftigkeit (Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit) schließt das Bestehen einer OHG nicht aus, sobald sie nach außen in Erscheinung getreten und dadurch in Vollzug gesetzt ist (vgl. Rdn. 327 ff, 343). **Ohne** einen auf den gemeinsamen Zweck i. S. von § 105 Abs. 1 gerichteten, sei es auch fehlerhaften Vertragsschluß kommt eine OHG nicht zur Entstehung; frühere abweichende Ansichten, die entweder nur auf das gemeinsame Auftreten nach außen und die damit verbundene beschränkte Haftung aller Beteiligten abstellten<sup>26</sup> oder das Vorliegen einer „Außengesellschaft“ ohne interne gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen zwischen den Beteiligten genügen lassen wollten<sup>27</sup>, sind seit langem überholt. In derartigen Fällen

<sup>26</sup> So *Laband* ZHR 30 (1885), 469, 508 f unter Berufung auf den von § 105 Abs. 1 abweichenden Wortlaut des Art. 85 ADHGB; vgl. näher Vorauf. Rdn. 6.

<sup>27</sup> So noch *Wieland* I S. 501 ff; vgl. dazu *Hueck* OHG § 1 I d S. 5 f.

einer Scheingesellschaft kommt es zwar aus Rechtsscheingründen zur unbeschränkten Haftung derjenigen Beteiligten, denen der mit dem Handeln der Scheingesellschaft verbundene Rechtsschein zurechenbar ist<sup>28</sup>. Ein Gesellschaftsverhältnis wird hierdurch jedoch nicht begründet; es gibt weder Gesellschaftsorgane noch ein Gesamthandsvermögen, auf das die Gläubiger der Scheingesellschaft zugreifen könnten. Das gilt selbst dann, wenn die Scheingesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist, falls man nicht in der Anmeldung durch alle Beteiligten (§ 108 Abs. 1) einen konkludenten Vertragsschluß sehen kann<sup>29</sup>. Zur Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch eine Erbengemeinschaft ohne Gesellschaftsvertragsschluß vgl. Rdn. 55 ff, zur Unterscheidung zwischen fehlerhafter Gesellschaft und Scheingesellschaft vgl. Rdn. 384.

**b) Pflicht zur Beitragsleistung.** Die Pflicht aller Gesellschafter, den gemeinsamen Zweck durch Leistung von Beiträgen zu fördern, ist nach § 105 Abs. 2 i. V. m. § 705 BGB **notwendiger Inhalt** des Gesellschaftsvertrags; im Fall des OHG-Beitritts folgt die Beitragsleistung (i. w. S.) freilich schon aus der unbeschränkten Gesellschafterhaftung (§ 128). Art und Umfang der Leistung von Beiträgen i. e. S. (Rdn. 18) richten sich nach den Vorschriften des § 706 BGB<sup>30</sup>, soweit der Gesellschaftsvertrag hierüber nicht — wie regelmäßig — besondere Regelungen enthält. Auch der Grundsatz, daß gleiche Beiträge zu leisten sind (§ 706 Abs. 1 BGB), steht unter dem Vorbehalt abweichender Vereinbarung; die Dispositionsfreiheit der Gesellschafter ist insoweit nicht eingeschränkt<sup>31</sup>. Für die Erbringung der Beiträge gilt in vollem Umfang Gesellschaftsrecht: die Gesellschafter unterliegen der Treupflicht, die Rechtsfolgen von Leistungsstörungen richten sich nicht nach §§ 320 ff BGB, sondern nach allgemeinen Grundsätzen (Rdn. 148 ff), und den Mitgesellschaftern steht das Recht zu, die Beitragsansprüche der OHG im Wege der *actio pro socio* geltend zu machen (Rdn. 262 ff). Durch diese Besonderheiten unterscheiden sich die Beitragspflichten namentlich auch von Verpflichtungen der Gesellschafter aufgrund von sog. *Drittgeschäften*, die sie als Austauschverträge mit der OHG schließen und für deren Erfüllung die gesellschaftsrechtlichen Bindungen der Beteiligten allenfalls beschränkten Einfluß haben (vgl. Rdn. 216 f).

Auch hinsichtlich der **Art der Beiträge** und ihrer Einbringung haben die Gesellschafter abweichend vom Kapitalgesellschaftsrecht<sup>32</sup> volle Dispositionsfreiheit. Der Aufbringung eines bestimmten Haftungsfonds im Interesse der Gläubiger bedarf es bei der OHG schon deshalb nicht, weil die Gesellschafter auch persönlich für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haften. Neben Geld- oder Sachleistungen kommen namentlich auch Dienstleistungen der Gesellschafter in Betracht (vgl. § 706 Abs. 3 BGB); sie bilden wegen der Geschäftsführungspflicht aller Gesellschafter nach § 114 Abs. 1 sogar die Regel. Zu denken ist weiter an sonstige geldwerte Leistungen wie gewerbliche Schutzrechte, Geschäftsverbindungen, Bezugsquellen oder Know-how<sup>32a</sup>. Soweit die Einbringung vermögenswerter Leistungen unter Rechtsübertragung auf die Gesellschaft (*quoad dominium*, vgl. Rdn. 228) erfolgt und zu einer Vermehrung des Gesamthandsvermögens

<sup>28</sup> Zur Lehre vom Scheinkaufmann und zu den Voraussetzungen einer Rechtsscheinhaftung im Handelsrecht vgl. Anh. § 5, 4 ff, 19 ff, zur Scheingesellschaft vgl. Rdn. 381 ff.

<sup>29</sup> Zur Anwendbarkeit des § 15 Abs. 3 in derartigen Fällen, wenn die Beteiligten die Scheingesellschaft zur Eintragung anmelden und sie infolgedessen auch bekanntgemacht wird, vgl. § 15, 60.

<sup>30</sup> Vgl. dazu und zur Unterscheidung zwischen Beiträgen im engeren und solchen im weiteren Sinn näher MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 706, 2 f, 6 ff.

<sup>31</sup> Das gilt auch für die Bewertungsmaßstäbe, vgl. *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 706, 10, MünchKomm. — *Ulmer* BGB<sup>2</sup> § 706, 7. Zur Sittenwidrigkeit einer grob einseitigen Einlagebewertung vgl. BGH WM 1975, 325.

<sup>32</sup> Vgl. nur *Hachenburg/Ulmer* GmbHG<sup>7</sup> ErgBd § 5, 76 zur zwingenden Ausgestaltung der Kapitalaufbringungsvorschriften im GmbH-Recht.

<sup>32a</sup> Zur Einbringung von Know-how vgl. *Barz* in Festschr. W. Schmidt (1959) S. 157 ff.

führt, handelt es sich um **Beiträge im engeren Sinne (Einlagen)**<sup>33</sup>. Die in § 705 vorausgesetzte Förderung des gemeinsamen Zwecks kann aber auch in sonstiger Weise, sogar allein durch den Beitritt zur Gesellschaft und durch die damit verbundene, aus § 128 folgende **Erweiterung der Kreditgrundlagen der OHG** bewirkt werden<sup>34</sup>. Auch derartige Beiträge im weiteren Sinn reichen für die Förderungspflicht nach § 705 BGB aus<sup>35</sup>. Daher erledigt sich jedenfalls für die OHG die früher lebhaft umstrittene Frage nach der Zulässigkeit beitragsfreier Beteiligungen<sup>36</sup>.

- 19** Zur **Erhöhung der vereinbarten Beiträge** oder zum Ausgleich von Verlusten sind die Gesellschafter nach § 707 BGB nicht verpflichtet. Sieht der Gesellschaftsvertrag abweichend hiervon die Möglichkeit eines **Mehrheitsbeschlusses** über Beitragserhöhungen vor, so hängt die Wirksamkeit der der Mehrheit damit erteilten Ermächtigung mit Rücksicht auf den Schutzzweck des § 707 BGB von der Angabe einer **Obergrenze** oder sonstiger überschaubarer Eingrenzungskriterien ab, die es gestatten, in der Mehrheitsklausel das antizipierte Einverständnis der später überstimmten Gesellschafter mit der Beitragserhöhung zu sehen<sup>37</sup>. Nicht um einen Fall der Beitragserhöhung handelt es sich, wenn bereits der **Gesellschaftsvertrag** in objektiv bestimmbarer, nicht von zusätzlichen Gesellschafterbeschlüssen abhängiger Weise erhöhte Leistungspflichten der Gesellschafter vorsieht, seien sie auch bedingter oder befristeter Natur, um dadurch künftigen Entwicklungen Rechnung zu tragen, etwa im Sinne aufschiebend bedingter Nachschuß- oder begrenzter Verlustausgleichspflichten<sup>38</sup>. Eine Vertragsbestimmung, wonach Gewinne und Verluste „auf Privatkonto verbucht“ werden, gestattet freilich nicht den Schluß auf eine Verlustausgleichspflicht abweichend von § 735 BGB vor Auflösung der Gesellschaft (BGH NJW 1983 164).

### 3. Gemeinsamer Zweck

- 20 a) Grundlagen.** Der gemeinsame Zweck und die hierauf gerichteten Förderungspflichten der Beteiligten (Rdn. 17 ff) bilden nach § 705 BGB die **konstitutiven Merkmale** des Gesellschaftsvertrags. Sie kennzeichnen dessen Rechtsnatur als Verhältnis der Interessengemeinschaft und grenzen ihn dadurch von den Austauschverträgen unter Ein-schluß der partiarischen Rechtsverhältnisse ab<sup>39</sup>. Notwendiger Inhalt des Gesellschaftsvertrags ist danach die Einigung der Parteien auf den von ihnen gemeinsam zu verfolgenden Gesellschaftszweck und dessen Förderung. Für das Verständnis des gemeinsamen Zwecks wesentlich ist seine Qualität als **überindividueller Verbandszweck**<sup>40</sup> und —

<sup>33</sup> Die Terminologie ist nicht einheitlich; wie hier MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 706, 2 a, K. Schmidt GesR § 20 II 3 S. 425 f sowie eingehend U. Huber Vermögensanteil (1970) S. 191 ff, 195 m. Nachw. zum Diskussionsstand.

<sup>34</sup> Allg. Ansicht seit RGZ 37, 58, 61.

<sup>35</sup> Ganz h. M., vgl. BGH WM 1987, 689, 690, Hueck OHG I 1 c S. 5, Rob. Fischer Vorauf. Rdn. 17, Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 706, 6, MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 706, 2 und 16; a. A. in neuerer Zeit nur Herrmann ZHR 147 (1983), 313, 317.

<sup>36</sup> Vgl. zum Streitstand Staudinger/Kesler BGB<sup>12</sup> § 706, 3 m. Nachw.

<sup>37</sup> BGHZ 8, 35, 39 = NJW 1953, 102; 66, 82, 85 = NJW 1976, 958; RGZ 91, 166, 168; 151, 321, 327; 163, 385, 391; vgl. auch Barfuß DB 1977, 571, 572, Leenen Festschr. Larenz (1983) S. 371, 386, Wiedemann ZGR 1977, 690, 692, MünchKomm.-Ul-

mer BGB<sup>2</sup> § 707, 5; zur Problematik des Bestimmtheitsgrundsatzes und zu Mehrheitsbeschlüssen, die in den Kernbereich der Mitgliedschaft eingreifen, vgl. § 109, 36 und Erläut. zu § 119.

<sup>38</sup> Vgl. MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 707, 2; großzügiger wohl BGH WM 1961, 32, NJW 1980, 339, 340, und Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 707, 1, wonach es genügen soll, daß die Beitragshöhe sich aus dem sachlich und wirtschaftlich begrenzten Gesellschaftszweck ergibt.

<sup>39</sup> Zur Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrags als Verhältnis der Interessengemeinschaft vgl. Rdn. 140, zur Abgrenzung von Gesellschaft und partiarischem Rechtsverhältnis vgl. MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> Vor § 705, 74 ff, Schlegelberger/Karsten Schmidt § 230, 48 ff.

<sup>40</sup> Vgl. dazu näher Hume I/1 § 3 I S. 37 f, K. Schmidt GesR § 4 I 2 S. 48.

damit zusammenhängend — seine inzwischen ganz überwiegend anerkannte Unterscheidung von den persönlichen Interessen, die die einzelnen Gesellschafter mit dem Beitritt verfolgen, also von ihren zum Vertragsschluß führenden **Motiven**<sup>41</sup>. Nicht zum Verbandszweck, sondern zu den Zwecken oder Motiven der Gesellschafter gehört namentlich auch das Interesse an der Erfolgsbeteiligung; dessen Fehlen bei einigen oder allen Gesellschaftern — etwa wegen der Verfolgung altruistischer Interessen — steht dem Vorhandensein eines gemeinsamen Zwecks und der Anerkennung als Gesellschaft nicht entgegen (Rdn. 22).

Notwendiger **Gegenstand** des gemeinsamen Zwecks ist bei der OHG der Betrieb **21** eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma (vgl. näher Rdn. 23 ff); seine Konkretisierung unter Festlegung der Geschäftsführer auf eine bestimmte *Art* von Geschäften als *Unternehmensgegenstand* (einen für den Vorrang des Gesellschaftsinteresses und für das Wettbewerbsverbot des § 112 Abs. 1 bedeutsamen relevanten Markt, vgl. § 112, 15) erfolgt im Gesellschaftsvertrag<sup>42</sup>. Mit Rücksicht auf diesen in § 105 Abs. 1 vorgeschriebenen Gesellschaftszweck ist die OHG stets Außengesellschaft (Rdn. 45), hat notwendig ein Gesamthandsvermögen (vgl. dazu Rdn. 41) und muß jeweils auf Dauer angelegt sein (Rdn. 46). Abgrenzungsprobleme zu partiarischen Rechtsverhältnissen, wie sie etwa in bezug auf die stille Gesellschaft häufig auftreten (vgl. Erläut. zu § 230), sind für die OHG ohne Bedeutung. Auch zu der aus dem Recht der GbR bekannten Abgrenzungsproblematik zwischen Gesellschaft und Gefälligkeitsverhältnissen ohne rechtsgeschäftliche Verbindlichkeit<sup>43</sup> wird es im OHG-Recht angesichts des klar definierten, an den Erfordernissen der §§ 1 bis 3 HGB zu messenden gemeinsamen Zwecks der OHG in aller Regel nicht kommen. Der gemeinsame Betrieb eines bestimmten Handelsgewerbes gestattet vielmehr den Rückschluß darauf, daß die Beteiligten sich — sei es auch fehlerhaft (Rdn. 339 f) — auf den in § 105 Abs. 1 vorausgesetzten gemeinsamen Zweck geeinigt haben; dieser Schluß kann nur durch den fehlenden Vertragsschluß widerlegt werden, abgesehen vom Fall der Fortführung des ererbten Handelsgewerbes durch die Erbengemeinschaft (Rdn. 58 f) also durch den Nachweis, daß es sich um eine Scheingesellschaft (Rdn. 384) handelt.

Die **Erfolgsbeteiligung** der Gesellschafter verbindet sich zwar regelmäßig mit ihrer **22** Gesellschafterstellung (vgl. § 120); sie ist jedoch **kein notwendiges Merkmal** der OHG. Das folgt aus der in Rdn. 20 erwähnten Differenzierung zwischen gemeinsamem Zweck und persönlichen Interessen (Motiven) der Beteiligten. Eine OHG ist nach zutr. neuerer Ansicht daher auch dann gegeben, wenn ein Teil der Gesellschafter im Gesellschaftsver-

<sup>41</sup> BGH NJW 1951, 308; 1960, 145, 147; *Ballerstedt* JuS 1963, 253, 254 f, *Fikentscher* Festschr. Westermann (1974) S. 87, 94 f, *Westermann* Rdn. I 27, *Wiedemann* GesR I § 1 I 1 b S. 9 f, wohl auch *K. Schmidt* GesR § 4 I 2 S. 47 f. Näher dazu und zu den Folgen für die Bejahung des gemeinsamen Zwecks *U. Lenz* Personenverbände — Verbandspersonen — Kartellverträge (1987) S. 15 f, 29 ff, 148 ff. Vgl. auch unten Fn. 44

<sup>42</sup> Insofern besteht bei der OHG zumindest partielle Identität zwischen (umfassenderem) Gesellschaftszweck und (konkretisiertem) Unternehmensgegenstand; bestehende Unterschiede sind vor allem für die Änderungsvoraussetzungen bedeutsam

(zutr. *Zöllner* Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht (1963) S. 27 f, *K. Schmidt* GesR § 4 II 3 S. 53). Die deutliche Unterscheidung, die das Kapitalgesellschaftsrecht zwischen Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand trifft (vgl. näher *Hachenburg/Ulmer* GmbHG<sup>7</sup> ErgBd § 1, 5 ff), findet im Personengesellschaftsrecht schon wegen des engeren, in § 105 Abs. 1 vorausgesetzten Gesellschaftszwecks, keine Entsprechung (weitergehend wohl *Rob. Fischer* Vorauf. Rdn. 13).

<sup>43</sup> Vgl. dazu MünchKomm.-*Ulmer* BGB<sup>2</sup> § 705 Rdn. 15 ff m. Nachw.

trag von der Beteiligung am Gewinn oder Verlust ausgeschlossen ist<sup>44</sup>. Der Grund für eine derartige Gestaltung kann etwa darin liegen, daß die auf eine Gewinnbeteiligung verzichtenden oder sich mit einem geringen Anteil begnügenden Gesellschafter mit dieser Gestaltung eine Zuwendung an Mitgesellschafter oder dritte Destinatäre erbringen wollen. **Grenzen** für die Privatautonomie ergeben sich insoweit nur aus § 138 BGB, bei grob einseitiger, unter Ausnutzung der Unterlegenheit von Mitgesellschaftern durchgesetzter Regelung über die Ergebnisverteilung i. S. einer *societas leonina*<sup>45</sup>. Dagegen hat ein freiwilliger Verzicht auf die Gewinnbeteiligung das Eingreifen des § 138 BGB nicht schon zur Folge. Allerdings ist der Ausschluß eines Gesellschafters von jeder Gewinnbeteiligung bei der OHG nur selten anzutreffen; für die Annahme einer entsprechenden Ausschlußklausel im Gesellschaftsvertrag bedarf es daher eindeutiger Auslegungskriterien<sup>46</sup>. Entsprechendes gilt für Vereinbarungen, wonach ein Gesellschafter nur mit einem festen Betrag am Gewinn teilnimmt oder wonach er unabhängig vom Erfolg der Gesellschaft jährlich eine feste Summe erhalten soll<sup>47</sup>; auch sie sind zulässig, aber wenig naheliegend. — Auch die Ertragslosigkeit der Gesellschaft hat keine Auswirkungen auf ihren Bestand als OHG, solange nur dadurch das für den Gewerbebegriff erforderliche Erwerbsstreben der Gesamthand nicht in Frage gestellt ist (vgl. dazu näher Rdn. 23).

- 23 b) Betrieb eines Handelsgewerbes.** Erstes Erfordernis für dieses Begriffsmerkmal der OHG ist ein **Gewerbe** als Gegenstand der gemeinsamen Tätigkeit. Darunter versteht die h. M. mit Differenzierungen im einzelnen die selbständige, planmäßige (auf Dauer gerichtete), nicht als freier Beruf zu qualifizierende entgeltliche Tätigkeit eines Anbieters am Markt (vgl. näher § 1, 6 ff). *Umstritten* ist vor allem, ob für den Gewerbebegriff das planmäßige Tätigwerden gegen Entgelt ausreicht oder ob es auf die Absicht der *Gewinnerzielung* ankommt. Zu Recht rückt die neuere Meinung zu §§ 1 ff HGB, aber auch zu § 196 Abs. 1 S. 1 BGB<sup>48</sup> zunehmend davon ab, auf die Absicht zur Gewinnerzielung oder doch zur Erzielung von über die Kostendeckung hinausgehenden Einnahmen abzustellen<sup>49</sup>; sie läßt stattdessen eine **wirtschaftende Tätigkeit am Markt** genügen, sofern sie im Wettbewerb mit Privatunternehmen nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen erbracht wird und nicht ausschließlich der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient<sup>50</sup>. Für den in der Rechtsform einer Personengesellschaft verfolgten, auf entgeltliche Tätigkeit am Markt gerichteten Zweck dürfte es auf diese Abgrenzung kaum je

<sup>44</sup> H. M., vgl. BGH WM 1987, 689, 690; Hueck OHG § 1 I 1 b S. 3 f, Flume I/1 § 3 II S. 42 ff, MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 705, 116 ff, Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 705, 36, U. Lenz (Fn. 41) S. 30 ff, 46 ff; a. A. in neuerer Zeit noch Ballerstedt JuS 1963, 255, Schulze-Osterloh Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften (1973) S. 25, 66 sowie namentlich früher RGZ 95, 147, 149; RG JW 1930, 2655; Düringer/Hachenburg/Flechtheim Rdn. 2, Wieland I S. 462, 548.

<sup>45</sup> So auch Flume I/1 § 3 V S. 48 f, Hueck OHG § 1 I 1 b S. 3 f, Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 705, 36, MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 705, 118; a. A. — keine Gesellschaft — noch Ballerstedt JuS 1963, 253, 255, Staudinger/Kesfler BGB<sup>12</sup> Vor § 705, 179, wohl auch Westermann Rdn. I 29. Für weitgehende Anerkennung der *societas leonina* vorbehaltlich konzernrechtlicher Unterordnungsverhältnisse U. Lenz (Fn. 41) S. 36 ff, 38.

<sup>46</sup> So zutr. Hueck OHG § 1 I 1 b S. 5.

<sup>47</sup> Vgl. RGZ 90, 14, 16; RG JW 1915, 1470.

<sup>48</sup> Vgl. BGHZ 95, 155, 157 ff = NJW 1985, 3063 (Deutsche Bundesbahn als Gewerbebetrieb), MünchKomm.-von Feldmann BGB § 196, 10.

<sup>49</sup> So noch § 1, 9 ff (Bruggemann), Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan § 1, 24, Hueck OHG § 1 I 2 a S. 7, Winkler NJW 1970, 449, 450 sowie früher st. Rspr., vgl. noch BGHZ 36, 273, 276 = NJW 1962, 868; 53, 222, 223 = NJW 1970, 938. Zu den abw. neueren Ansichten vgl. Fn. 50.

<sup>50</sup> Gierke/Sandrock I § 6 II 5 S. 114, Raisch Geschichtliche Voraussetzungen S. 186 ff, Th. Raiser Das Unternehmen als Organisation (1969) S. 112, Sack ZGR 1974, 197; so jetzt auch Baumbach/Duden/Hopt<sup>27</sup> § 1, 1 B und § 105, 3 A, Capelle/Canaris<sup>20</sup> § 2 I 2 b S. 17, wohl auch BGHZ 83, 382, 386 f = NJW 1982, 1815; 95, 155, 157 f = NJW 1985, 3063. Eingehend Hopt ZGR 1987, 145 ff (auch zur Abgrenzung gegenüber den freien Berufen).

ankommen, solange nur die Merkmale des selbständigen, planmäßigen Anbietens am Markt gegeben sind<sup>51</sup>. Das Vorliegen eines Gewerbes ist in diesen Fällen daher regelmäßig zu bejahen, soweit nicht der Vorbehalt für freie Berufe eingreift (vgl. dazu § 1, 18).

Die Qualifizierung des Gewerbes als **Handelsgewerbe** bestimmt sich nach §§ 1 bis 3, 24 5 HGB (zum Erfordernis eines *vollkaufmännischen* Handelsgewerbes vgl. Rdn. 28 f). Soweit der Gesellschaftszweck nicht auf ein Grundhandelsgewerbe (§ 1 Abs. 2 HGB) gerichtet ist, bedarf es der **Eintragung** des Unternehmens im Handelsregister, um die Gesellschaft zur OHG zu machen; bis dahin ist sie GbR (vgl. Rdn. 50). In den Fällen der nicht als Grundhandelsgewerbe zu qualifizierenden handwerklichen oder sonstigen gewerblichen Unternehmen besteht nach Maßgabe von § 2 eine Eintragungspflicht, bei land- oder forstwirtschaftlichen Unternehmen einschließlich der Nebengewerbe ein Eintragungswahlrecht der Land- und Forstwirte nach § 3 Abs. 2 und 3 (vgl. näher Erläut. zu §§ 2, 3). Wird ein *handwerkliches* Unternehmen (vgl. § 1, 72 ff) in einem über den minderkaufmännischen Zuschnitt hinausgehenden, kaufmännische Einrichtung erfordernden Umfang gemeinschaftlich betrieben, so ist die nach § 2 vorgeschriebene Handelsregistereintragung nicht von der vorherigen Eintragung der Gesellschaft in die Handwerksrolle abhängig<sup>52</sup>. Wird ein bereits im Handelsregister eingetragenes, unter §§ 2, 3 fallendes Unternehmen in die Gesellschaft eingebracht oder tritt jemand nach § 28 unter gleichzeitigem Abschluß eines Gesellschaftsvertrags in das Geschäft eines eingetragenen Soll- oder Kannkaufmanns ein, so ist die Gesellschaft von Anfang an OHG, auch wenn die auf die Gesellschaft bezogenen, in § 106 vorgeschriebenen Eintragungen noch nicht erfolgt sind<sup>53</sup>; die Wirkung der Eintragung nach § 2, 3 wird durch den Wechsel des Unternehmensinhabers nicht berührt. Zur OHG kraft Eintragung (§ 5) und zur Schein-OHG vgl. Rdn. 30 f.

**Betrieben** wird das Handelsgewerbe von der Gesellschaft, wenn sie unter ihrer 25 Firma, **im eigenen Namen**, handelt (§ 1, 20 ff). Darauf ob sie die Geschäfte auf eigene Rechnung ausführt oder auf fremde, etwa im Rahmen eines Treuhand- oder eines Betriebsführungsvertrags<sup>53a</sup>, kommt es nicht an<sup>54</sup>. Tritt nach außen nur *einer* der Gesellschafter als Geschäftsinhaber in Erscheinung, so fehlt es auch dann, wenn die Gesellschaft als Innengesellschaft i. w. S. über Gesamthandsvermögen verfügt, am gemeinschaftlichen Betrieb eines Handelsgewerbes (zum gemeinschaftlichen Handeln unter Fortführung der Firma eines der Gesellschafter vgl. demgegenüber Rdn. 35). Ebenso liegt kein gemeinschaftlicher Betrieb vor bei Verpachtung des Unternehmens; Betreiber und Kaufmann i. S. der §§ 1 ff ist der Pächter<sup>55</sup>. Der Betrieb des Handelsgewerbes

<sup>51</sup> Die in der Rspr. behandelten Grenzfälle aus dem Bereich der Daseinsvorsorge (Wasserwerk, Fernschanstalt, Bundesbahn u. a.) sind in aller Regel nicht in der Rechtsform der OHG organisiert.

<sup>52</sup> Zur umstrittenen Behandlung der Eintragung in die Handwerksrolle als Genehmigung i. S. v. § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG vgl. (bejahend) BGH NJW 1988, 1087, 1088 f und *Hachenburg/Ulmer GmbHG* 7 ErgBd § 8, 16a m. Nachw. Für die OHG stellt sich diese Frage schon deshalb nicht, weil ihre Entstehung als Gesellschaft nicht von der Handelsregistereintragung abhängt und es eine dem § 8 I 6 GmbHG entsprechende Vorschrift im OHG-Recht nicht gibt. Der frühere Streit darüber, ob im Falle einer OHG zum Betrieb eines Handwerks sämtliche Gesellschafter die Handwerks-Qualifikation nach § 7 Abs. 1, 2 HandwO

erfüllen müssen (vgl. Vorauf. Rdn. 15), hat sich durch die Klarstellung in § 7 Abs. 4 S. 2 HandwO durch das Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung vom 9. 10. 1965 (BGBl. I S. 1254) erledigt (vgl. dazu *Siegert/Musiak* Das Recht des Handwerks<sup>2</sup> § 7, 4).

<sup>53</sup> BGHZ 59, 179, 183 = NJW 1972, 1660 (anders aber bei Übernahme des Unternehmens einer eingetragenen GmbH); 73, 217, 220 = NJW 1979, 1361.

<sup>53a</sup> Zum Betriebsführungsvertrag vgl. Anh. § 105, 70.

<sup>54</sup> EinhM, vgl. RGZ 99, 158, 159; BGH BB 1976, 1192, 1193; OLG Hamm DNotZ 1964, 421, 423; § 1, 23; *Baumbach/Duden/Hopt*<sup>27</sup> § 1, 3 A.

<sup>55</sup> Vgl. OLG Köln NJW 1963, 541; § 1, 23; *K. Schmidt* Handelsrecht § 5 I b S. 72.

dauert fort bis zu seiner **endgültigen Einstellung**, unabhängig von der Löschung im Handelsregister (§ 1, 29). Eine bloß vorübergehende Betriebsstillegung mit der Absicht anschließender Fortführung läßt die Kaufmannseigenschaft des Betreibers und damit die Rechtsform der Gesellschaft als OHG unberührt<sup>56</sup>; entsprechendes gilt von der Abwicklung, solange die Abwicklungsmaßnahmen andauern (§ 156). Zur Betriebsaufspaltung vgl. Rdn. 26.

**26** **Einzelfälle.** Die reine **Vermögensverwaltung** ist, auch wenn sie planmäßig auf Dauer ausgeübt wird, kein Gewerbe; es fehlt an der Erbringung entgeltlicher Leistungen am Markt. Entsprechendes gilt für die **Vermietung oder Verpachtung**<sup>56a</sup>, es sei denn, der Vermieter oder Verpächter handle entweder in der Absicht, sich daraus eine berufsmäßige Erwerbsquelle zu verschaffen<sup>57</sup>, oder die Verwaltung der Miet- oder Pachtobjekte erfordere eine besonders umfangreiche berufsmäßige Tätigkeit<sup>58</sup>. Schwierigkeiten können sich hieraus für die Bestimmung der Rechtsform der Besitzgesellschaft im Rahmen einer **Betriebsaufspaltung** ergeben<sup>59</sup>. Da die geschäftliche Tätigkeit der Betriebsgesellschaft nur ihr selbst als Pächterin und nicht auch der verpachtenden Besitzgesellschaft zugerechnet werden kann<sup>60</sup>, führt die Betriebsaufspaltung regelmäßig zum Wegfall der gewerblichen Tätigkeit bei der Besitzgesellschaft und damit zu deren Umwandlung von der bisherigen Rechtsform der OHG oder KG in diejenige einer GbR, wenn der Besitzgesellschaft nicht unternehmerische Aktivitäten vorbehalten bleiben, die über die Stellung eines Verpächters deutlich hinausgehen<sup>61</sup>. Auf die Frage, ob der Umfang der Tätigkeit der Besitzgesellschaft ein in kaufmännischer Weise eingerichtetes Unternehmen erfordert<sup>62</sup>, kommt es erst in zweiter Linie, nämlich dann an, wenn ihre gewerbliche Tätigkeit nach den vorstehenden Kriterien zu bejahen ist.

**26a** Typischerweise **keine OHG (KG)**, sondern eine GbR bilden wegen des fehlenden Gewerbebetriebs weiter **Kartelle** und **Konsortien**, die sich auf die Koordination der Tätigkeit ihrer Mitglieder beschränken, ohne selbst als Anbieter am Markt aufzutreten<sup>63</sup>. Entsprechendes gilt für **Arbeitsgemeinschaften** (Arge) der Bauwirtschaft, auch wenn die Mitglieder — wie meist — gemeinsam unter der Arge-Bezeichnung nach außen auftreten und Werkverträge abschließen: da die Arge regelmäßig zur gemeinsa-

<sup>56</sup> BGHZ 32, 307, 312 = NJW 1960, 1664; RGZ 110, 422, 424 f.; LG Köln DB 1980, 923; vgl. auch § 1, 30.

<sup>56a</sup> Vgl. etwa BGH WM 1962, 10, 12; 1975, 99; LG Regensburg WM 1979, 594.

<sup>57</sup> BGHZ 63, 32, 33 = NJW 1974, 1462; 74, 273, 276 f. = NJW 1979, 1650; RGZ 94, 162, 163. Vgl. auch BVerwG MDR 1974, 165 (Vermietung von Räumen durch eine auf Errichtung und Nutzung von Wohn- und Geschäftshäusern gerichtete Gesellschaft als Gewerbe).

<sup>58</sup> BGH NJW 1967, 2353; BGHZ 74, 273, 277 = NJW 1979, 1650; BAG ZIP 1987, 1446, 1447 f.

<sup>59</sup> Vgl. dazu MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 705, 10; allg. zur Betriebsaufspaltung vgl. *Brandmüller* Die Betriebsaufspaltung nach Handels- und Steuerrecht<sup>5</sup> (1985), *Dehmer* Die Betriebsaufspaltung<sup>2</sup> (1987), *Kaligin* Die Betriebsaufspaltung (1984), *Knoppe* Betriebsverpachtung, Betriebsaufspaltung<sup>7</sup> (1985); zur steuerrechtlichen Problematik besonders auch *Knobbe-Keuk* Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht<sup>6</sup> (1987) § 22 VI S. 656 ff., *Sonnenschein* in Festschr. Stimpel (1985) S. 533 ff.

<sup>60</sup> Die hiervon abweichende, auf den „einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen“ in Besitz- und Betriebsgesellschaft abstellende steuerrechtliche Betrachtung ist aus systematischen Gründen zu Recht auf Kritik gestoßen (vgl. *Knobbe-Keuk* und *Sonnenschein* aaO Fn. 59). Für das Gesellschaftsrecht ist ihre Übernahme abzulehnen (so auch *Karsten Schmidt* DB 1988, 897, 898).

<sup>61</sup> So zutr. BGH BB 1971, 973, 974; *Karsten Schmidt* DB 1971, 2345, DB 1988, 897 f. und *ders.* GesR § 13 III 3 d S. 303; a. A. *Battes* AcP 174 (1974), 458 ff., *Baumbach/Duden/Hopt*<sup>27</sup> § 1, 1 B und die Nachw. in Fn. 62.

<sup>62</sup> Hierauf stellt die Praxis in erster Linie ab, vgl. OLG München NJW 1988, 1036, 1037; LG Nürnberg-Fürth BB 1980, 1549; LG Heidelberg BB 1982, 142; *Brandmüller* BB 1976, 641 f. und BB 1979, 466; zu Recht kritisch *K. Schmidt* GesR § 13 III 3 d S. 303 f. und *ders.* DB 1988, 897.

<sup>63</sup> Vgl. hierzu näher MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> Vor § 705, 28 ff, 39 ff m. Nachw.

men Erstellung eines bestimmten Bauwerks gegründet wird, handelt es sich unabhängig von der Bauzeit um eine Gelegenheitsgesellschaft, der nach ganz h. M. das für den Gewerbebegriff erforderliche Merkmal der planmäßigen, auf Dauer gerichteten Tätigkeit fehlt<sup>64</sup>. **Freie Berufe** können wegen des fehlenden Gewerbebetriebs, aber auch aus standesrechtlichen Gründen grundsätzlich nicht als Handelsgesellschaft, sondern nur als GbR betrieben werden. Ausnahmen gelten nach §§ 27 WPO, 49 StBerG für Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften. Ihnen stehen neben den Rechtsformen der AG oder GmbH auch diejenigen der OHG oder KG offen, wenn sie wegen ihrer gleichzeitigen Treuhändertätigkeit als Sollkaufleute nach § 2 in das Handelsregister eingetragen sind.

Einen **Rechtsformzwang unter Ausschuß der OHG** gibt es nur für wenige gewerbliche Tätigkeiten, darunter einerseits für *Versicherungsgeschäfte*, die nach § 7 Abs. 2 VAG nur in der Rechtsform der AG oder des VVaG betrieben werden dürfen, andererseits für bestimmte Arten von Bankgeschäften (*Investmentgeschäft* nur als AG oder GmbH, vgl. § 1 Abs. 2 KAGG; *Hypothekenbanken* nur als AG oder KGaA, vgl. § 2 HypBankG; *Bausparkassen* nur als AG, vgl. § 2 Abs. 1 BauspG). Demgegenüber kann das allgemeine Bankgeschäft vorbehaltlich der hierzu erforderlichen aufsichtsrechtlichen Genehmigung auch in der Rechtsform einer OHG oder KG betrieben werden; gesperrt ist diese Tätigkeit nach § 2 a KWG nur für Einzelkaufleute. Auch der Betrieb einer Apotheke ist in der Rechtsform einer OHG zulässig, sofern nur sämtliche Gesellschafter die Apotheker-Approbation besitzen (§ 8 ApG).

**c) Vollkaufmännisches Unternehmen.** Bei dem von der OHG betriebenen Handelsgewerbe muß es sich um ein nach Art und Umfang vollkaufmännisches Unternehmen handeln (zur Abgrenzung vgl. näher § 4, 6 ff); andernfalls ist die Personengesellschaft als GbR zu qualifizieren (§ 4 Abs. 2). Die Frage ist bedeutsam nur für diejenigen Gesellschaften, deren Zweck auf ein **Grundhandelsgewerbe** nach § 1 Abs. 2 gerichtet ist, da nur bei ihnen der auf ein *Handelsgewerbe* gerichtete Zweck unabhängig von der Eintragung vorliegt. Nicht notwendig ist, daß das Handelsgewerbe bei Vertragsschluß bereits betrieben wird oder daß es schon vollkaufmännische Dimensionen<sup>64a</sup> erreicht hat; für das Vorliegen einer OHG genügt es, daß das geplante Handelsgewerbe von vornherein auf den Umfang eines vollkaufmännischen Unternehmens **angelegt** ist und genügend Anhaltspunkte dafür gegeben sind, daß das Unternehmen eine entsprechende Ausgestaltung und Einrichtung in Kürze erfahren wird<sup>65</sup>. In derartigen Fällen sind auch schon *Vorbereitungsgeschäfte* für das Handelsgewerbe der Gesellschaft Handelsgeschäfte nach § 343 (zur davon abweichenden Behandlung des Gesellschaftsvertrags vgl. Rdn. 44). Richtet sich der gemeinsame Zweck demgegenüber auf ein soll- oder kannkaufmännisches Unternehmen nach §§ 2, 3, so fehlt es bis zur Handelsregistereintragung an seiner Qualifikation als Handelsgewerbe<sup>66</sup>. Die Gesellschaft entsteht zunächst

<sup>64</sup> So *Hochstein/Jagenburg* Der Arbeitsgemeinschaftsvertrag (1974) Einl. Rdn. 53 f, *Lutz Fischer* Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (1977) S. 201, *K. Schmidt* Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (1983) S. 454; aus der Rspr. vgl. etwa BGHZ 61, 338, 340 ff = NJW 1974, 451; 72, 267, 271 = NJW 1979, 308; 86, 300, 307 = NJW 1983, 1114.

<sup>64a</sup> Zu den dafür erforderlichen, von Art und Umfang des Geschäftsbetriebs abhängigen Größenverhältnissen vgl. § 4, 6 ff und OLG Frankfurt WM 1983, 222.

<sup>65</sup> EinhM, vgl. BGHZ 10, 91, 96 = NJW 1953, 1217; 32, 307, 311 = NJW 1960, 1664; RGZ 112, 280, 281 f; BayObLG NJW 1985, 982, 983; *Hueck* OHG § 5 I 2 S. 41, *Baumbach/Duden/Hopt*<sup>27</sup> Anm. 3 B. Vgl. auch § 106, 7 ff.

<sup>66</sup> Vgl. nur BayObLG NJW 1985, 982, 983 (auch zur Eintragungsfähigkeit bei beabsichtigtem, aber noch nicht erreichtem vollkaufmännischem Zuschnitt). Zum Sonderfall der Fortführung eines *eingetragenen* soll- oder kannkaufmännischen Unternehmens vgl. Rdn. 24 (bei Fn. 53).

als GbR (Rdn. 50). Sie wird erst dann zur OHG, wenn sie in das Handelsregister eingetragen wird; das setzt nach §§ 2, 3 vollkaufmännischen Zuschnitt voraus. Zur Frage der Anwendung von OHG-Recht auf das Innenverhältnis schon vor Eintragung vgl. § 109, 15 f.

- 29 Spätere Änderungen** der Unternehmensdimensionen, insbes. das Erreichen vollkaufmännischen Zuschnitts während der Existenz der Gesellschaft abweichend von der ursprünglichen Planung oder das spätere Herabsinken auf den Umfang eines minderkaufmännischen Unternehmens führen zu einem Rechtsformwechsel von der GbR zur OHG oder umgekehrt, sobald die fragliche Schwelle auf Dauer über- oder unterschritten ist (Rdn. 52). Im Falle eines nicht eingetragenen Grundhandelsgewerbes tritt die Rechtsformänderung unmittelbar ein. In den sonstigen Fällen bedarf es der — konstitutiv wirkenden — Löschung des Registereintrages, die auch über das Zwangsverfahren der § 14 HGB, §§ 132 ff FGG herbeigeführt werden kann. Besonderheiten gelten für den Fall **dauernder Einstellung** des Unternehmens einer eingetragenen Gesellschaft. Da mit der Stilllegung auch der Gewerbebetrieb wegfällt (Rdn. 25), greift § 5 in derartigen Fällen nicht ein; die zunächst fortdauernde Registereintragung steht dem Rechtsformwechsel nicht entgegen (Fall der Schein-OHG, vgl. Rdn. 31). Zur OHG kraft Eintragung vgl. Rdn. 30, zur Beurteilung des Innenverhältnisses nach erfolgter Rechtsformänderung vgl. § 109, 17 f.
- 30 d) OHG kraft Eintragung und Schein-OHG.** Den Fall der OHG kraft Eintragung regelt § 5. Danach verbindet sich mit der Eintragung eine Art von unwiderleglicher Vermutung<sup>67</sup> dahingehend, daß das eingetragene gewerbliche Unternehmen vollkaufmännischer Art ist. Die Vermutung greift freilich nur ein, wenn und solange die Gesellschaft unter der eingetragenen Firma ein **Gewerbe** betreibt (§ 5, 15); andernfalls handelt es sich um eine Schein-OHG (Rdn. 31). Die Vermutung wirkt für und gegen die Gesellschaft und ihre Mitglieder; sie hat die Fortdauer der OHG-Qualifikation der Gesellschaft nach innen und außen bis zur Löschung zur Folge. Die aus §§ 4, 14, 31 Abs. 2 HGB folgende Pflicht der Beteiligten, das Erlöschen der Firma anzumelden, wird durch § 5 nicht berührt; die unwiderlegliche Vermutung gilt nach einhM nur im privatrechtlichen Verkehr, nicht für das öffentliche Recht und Strafrecht (§ 5, 24). Daher können sich die Beteiligten dem Registergericht gegenüber auch nicht auf die Eintragung berufen (§ 5, 3 und 7).
- 31** Von einer **Schein-OHG** spricht man entsprechend der Lehre vom Scheinkaufmann (Anh. § 5) in denjenigen Fällen, in denen eine Gesellschaft im Rechtsverkehr als OHG auftritt, *ohne* ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe zu betreiben oder die Voraussetzungen der unwiderleglichen Vermutung nach § 5 zu erfüllen<sup>68</sup>. Es kann sich also entweder um eine im Rechtsverkehr zu Unrecht firmenmäßig auftretende, nicht eingetragene Gesellschaft oder um eine eingetragene Gesellschaft ohne Gewerbebetrieb handeln. Rechtlich liegt in diesen Fällen jeweils ein als GbR zu qualifizierender Zusammenschluß vor. Die Beteiligten können sich jedoch denjenigen gegenüber, die auf das Auftreten als OHG vertrauen, nicht auf das Fehlen der OHG-Qualifikation berufen. Sie müssen das Handeln von Mitgesellschaftern namens der Schein-OHG gegen sich gelten lassen, wenn diesen nicht in einer den guten Glauben Dritter beseitigenden Weise, etwa unter Eintragung im Handelsregister, die Vertretungsmacht entzogen war. Auch haften

<sup>67</sup> Die Rechtsnatur der in § 5 enthaltenen Geltungsanordnung als unwiderlegliche Vermutung, Fiktion oder als normative Kaufmannsbestimmung ist umstritten, vgl. nur § 5, 2 (*Bruggemann*),

§ 8, 82 (*Hüffer*) und *K. Schmidt* HaR<sup>3</sup> § 10 III 1 S. 263 f.

<sup>68</sup> Vgl. zu den Rechtsverhältnissen einer Schein-OHG insbes. *Hueck* OHG § 5 III S. 46 ff.

sie entsprechend § 128 Gutgläubigen gegenüber für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft unbeschränkt. Näheres zur Lehre vom Scheinkaufmann vgl. in Anh. § 5. Von einer *Scheingesellschaft* i. S. von § 117 BGB (Rdn. 381) unterscheidet sich die Schein-OHG dadurch, daß es nicht am Abschluß eines Gesellschaftsvertrags fehlt, sondern nur am Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes (bzw. an der Vermutungswirkung des § 5).

#### 4. Gemeinschaftliche Firma?

a) **Grundlagen.** Weiteres Erfordernis für das Vorliegen einer OHG ist nach dem **Wortlaut** des § 105 Abs. 1, daß der Betrieb des Handelsgewerbes als notwendiger Zweck der OHG (Rdn. 23) unter gemeinschaftlicher Firma erfolgt. Gemeint ist damit das für die Außengesellschaft kennzeichnende, die OHG von der stillen Gesellschaft unterscheidende **gemeinschaftliche Auftreten nach außen**; da die OHG im Unterschied zum Einzelkaufmann nicht über einen bürgerlichen Namen verfügt, kann sie nach außen nur unter einer besonderen Bezeichnung (ihrer Firma) als notwendigem Teil ihrer Identitätsausstattung<sup>69</sup> in Erscheinung treten. Daß die Beteiligten sich im Gesellschaftsvertrag nicht auf eine gemeinschaftliche Firma geeinigt haben, steht der Qualifikation der Gesellschaft als OHG allerdings nicht entgegen (Rdn. 36). Anderes gilt bei einem auf das Innenverhältnis beschränkten Zusammenschluß unter je eigenständigem Auftreten der Beteiligten nach außen (vgl. schon RGZ 33 125, 127 f).

Die Grundsätze über Bildung und Fortführung der Firma einer OHG bestimmen sich nach allgemeinem **Firmenrecht**, insbes. §§ 19, 22, 24 (vgl. Erläut. daselbst). Für die *Neubildung* der Firma gilt § 19; zulässig ist insoweit nur eine Personenfirma, die den Namen mindestens eines Gesellschafters mit Gesellschaftszusatz oder die Namen aller Gesellschafter enthält (§ 19, 8 ff). Als *abgeleitete* Firma kommt nach § 22 auch diejenige eines Einzelkaufmanns ohne Gesellschaftszusatz sowie eine Sachfirma in Betracht (str., vgl. näher § 22, 60 f und 77 f). Da die Firma zugleich der Name der OHG ist, kann diese nur **eine** Firma führen (BGHZ 67 166, 167 ff = NJW 1977 2163; vgl. § 17, 28 f). Erlangt die OHG im Rahmen eines Unternehmenserwerbs eine weitere Firma, so kann sie diese als Firma einer Zweigniederlassung fortführen, sofern darin der Zusammenhang mit der Hauptniederlassung offengelegt wird (vgl. § 17, 32 f).

Die Zulässigkeit der von den Beteiligten gewählten Firma ist ein Problem ausschließlich des Firmenrechts (Rdn. 33); für die Entstehung der OHG ist sie ohne Bedeutung<sup>70</sup>. Auch eine **unzulässige Firma** oder sonstige Geschäftsbezeichnung<sup>71</sup> ist geeignet, den Rechtsverkehr auf die OHG hinzuweisen und das gemeinschaftliche Handeln der Gesellschafter deutlich zu machen. Ist die gewählte Firma irreführend, entspricht sie bei Neubildung nicht den Vorschriften des § 19 oder ist sie zu Verwechslungen mit anderen Firmen geeignet, so sind die Gesellschafter zur Beseitigung des Verstoßes durch Änderung der Firma verpflichtet; der Registerrichter hat die Anmeldung (§ 106 Abs. 2 Nr. 2) zurückzuweisen und kann nach § 37 Abs. 1 gegen den unzulässigen Firmengebrauch einschreiten. Die Wirksamkeit der Gesellschaft und ihre Qualifikation als OHG wird hierdurch jedoch nicht berührt.

b) **Einzelfragen.** Umstritten ist, ob und unter welchen Voraussetzungen für das Vorliegen einer OHG der **Personenname eines Gesellschafters ohne Gesellschaftszusatz**

<sup>69</sup> Vgl. dazu § 17, 4 und insbes. *John* Die organisierte Rechtsperson (1977) S. 92 ff, 242 ff.

<sup>70</sup> *EinhM*, vgl. BGHZ 22, 240, 243 = NJW 1957, 218; BGH LM § 133 HGB Nr. 3 = NJW 1958,

418; RGZ 82, 24, 25; *Hueck* OHG § 1 I 3 b S. 11, *Schlegelberger/Gesler* Rdn. 18.

<sup>71</sup> Vgl. BGH LM § 133 HGB Nr. 3 = NJW 1958, 418 („Café K.“).

ausreicht, d. h., ob dieser als *gemeinschaftliche Firma* angesehen werden kann. Während ältere Ansichten die Frage verneinten, weil der Verkehr hieraus nicht auf eine gemeinschaftliche Firma schließen könne<sup>72</sup>, stellt die heute h. M. darauf ab, ob die Gesellschafter unter dieser Bezeichnung auftreten wollten und tatsächlich auch aufgetreten sind<sup>73</sup>. Daran ist richtig, daß es auf die firmenrechtliche Zulässigkeit der gewählten Firma nicht ankommt (Rdn. 34), ganz abgesehen davon, daß die überw. M. gegen die Fortführung der Firma eines Einzelkaufmanns ohne Gesellschaftszusatz durch die OHG keine Einwendungen erhebt (§ 17, 77 f). Entscheidend für die neuere Ansicht spricht aber der Umstand, daß aufgrund des Rechtsformzwangs des § 105 Abs. 1 (Rdn. 14 a) eine Gesellschaft stets als OHG zu beurteilen ist, wenn der Verbandszweck sich auf den gemeinschaftlichen Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes als Außengesellschaft richtet. Darauf, ob Dritte ohne Kenntnis der Gesellschaftsinterna mit der Firma die Vorstellung einer OHG verbinden, kommt es schon deshalb nicht an, weil im Handelsverkehr unternehmensbezogene Geschäfte, die vom Geschäftsgegner unter der Firma abgeschlossen werden, im Zweifel mit dem jeweiligen Inhaber des Handelsgeschäfts (hier: der OHG) zustandekommen unabhängig davon, ob der Vertragspartner ihn kennt<sup>74</sup>.

- 36** Ein zweites Problem betrifft die Fälle, in denen die Gesellschafter sich zwar auf den gemeinsamen Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes als *Außengesellschaft* geeinigt, im Gesellschaftsvertrag aber — etwa wegen Verkenntung der Rechtslage — **keine Firma** vereinbart haben. Insoweit besteht heute wohl Einigkeit, daß die Beteiligten zur Annahme einer Firma verpflichtet sind und der Registerrichter sie hierzu anhalten kann (vgl. nur *Hueck* OHG § 1 II S. 14 f). Entgegen der Voraufl. (Rdn. 18 a) wird in derartigen Fällen die Gesellschaft jedoch nicht erst dadurch zur OHG, daß sie eine Firma annimmt. Vielmehr macht bereits der gemeinsame Betrieb eines vollkaufmännischen Grundhandelsgewerbes die Gesellschaft zur Außengesellschaft und begründet die Notwendigkeit der Firmierung (§ 29); dadurch unterscheidet sich die Rechtslage von derjenigen beim Betrieb eines soll- oder kannkaufmännischen Unternehmens, bei dem die Notwendigkeit, eine Firma zu wählen, erst im Hinblick auf die Anmeldung zum Handelsregister eintritt. Angesichts des Rechtsformzwangs des § 105 Abs. 1 (Rdn. 14 a) haben die Beteiligten es nicht in der Hand, durch Verzicht auf eine Firma das Entstehen der Gesellschaft als OHG und die Anwendung von Handelsrecht zunächst zu vermeiden, wenn sie sich nicht mit einer Innengesellschaft begnügen, sondern gemeinsam am Rechtsverkehr teilnehmen wollen. Das macht zugleich deutlich, daß die **gemeinschaftliche Firma** entgegen dem Wortlaut des § 105 Abs. 1 **keine Voraussetzung, sondern notwendige Folge des gemeinschaftlichen Betriebs eines Handelsgewerbes** ist und daß die Qualifikation der Gesellschaft als OHG hiervon nicht abhängt; der Wortlaut des § 105 Abs. 1 ist insoweit irreführend (zutr. *K. Schmidt* GesR § 46 I 1 c S. 999).

### 5. Keine Beschränkung der Außenhaftung

- 37** Dieses **negative**, auf die Rechtsfolge des § 128 verweisende Begriffsmerkmal der OHG grenzt sie von der Kommanditgesellschaft ab. Zugleich macht es die aus dem Rechtsformzwang der §§ 105, 161 für den gemeinschaftlichen Betrieb eines Handelsge-

<sup>72</sup> So RGZ 82, 24, 25; *Düringer/Hachenburg/Flechtheim* Rdn. 8, *Wieland* I S. 519; dagegen zutr. schon OLG Jena JW 1929, 2169.

<sup>73</sup> *Rob. Fischer* Voraufl. Rdn. 18, *Hueck* OHG § 1 I 3 b S. 11, *Schlegelberger/Gesfleter* Rdn. 18.

<sup>74</sup> St. Rspr., vgl. BGHZ 62, 216, 220 f = NJW 1974, 1191; 64, 11, 15 = NJW 1975, 1166; BGH NJW 1983, 1844; 1984, 1347, 1348; dazu Münch-Komm.-*Thiele* BGB § 164, 19 und 23.

werbes folgende *Auffangfunktion der Rechtsform der OHG* deutlich: eine OHG liegt immer dann vor, wenn der Zweck der Vereinigung auf den gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, ohne daß die Beteiligten in rechtlich zulässiger Weise eine andere Rechtsform (AG, KGaA, GmbH, KG) gewählt haben (Rdn. 4, 14a). Zu Recht wird dem Merkmal der fehlenden Haftungsbeschränkung daher vor allem **beweisrechtliche Bedeutung** zugemessen<sup>75</sup>: der Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma führt zum Vorliegen einer OHG und damit zur unbeschränkten Außenhaftung aller Gesellschafter (§ 128), wenn die Beteiligten nicht nachweisen können, daß sie für ihre Vereinigung wirksam eine andere Rechtsform gewählt haben.

Über das Fehlen einer Haftungsbeschränkung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern und damit über das Vorliegen einer OHG entscheidet der **Inhalt des Gesellschaftsvertrags**. Ist darin auch nur bei einem Gesellschafter eine Beschränkung der Außenhaftung auf den Betrag der (Haft-)Einlage vorgesehen, so handelt es sich nach § 161 Abs. 1 um eine KG mit entsprechend unterschiedlicher Ausgestaltung der Rechtsstellung von Komplementären und Kommanditisten. **Nicht als Haftungsbeschränkung** sind solche gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen zu werten, nach denen die geschäftsführenden Gesellschafter die Mitgesellschafter nicht oder nur in beschränktem Umfang verpflichten dürfen oder nach denen bestimmte Gesellschafter mit nur interner Wirkung von der Haftung freigestellt werden. Im ersten Fall sind die Geschäftsführer gehalten, beim Abschluß von Rechtsgeschäften namens der OHG mit dem jeweiligen Geschäftsgegner eine Freistellung der betreffenden Mitgesellschafter von der aus § 128 folgenden Außenhaftung zu vereinbaren, ohne daß sich damit eine — nach § 126 Abs. 2 unzulässige — Beschränkung ihrer Vertretungsmacht verbindet (zu Zulässigkeit und Voraussetzungen einer derartigen Haftungsbe freiung vgl. Erläut. zu § 128). Demgegenüber bezieht sich eine gesellschaftsvertraglich vereinbarte interne Haftungs freistellung nur auf das Verhältnis *zwischen* den Gesellschaftern; sie begründet einen Anspruch der begünstigten Gesellschafter gegen die übrigen auf alsbaldigen Ausgleich in denjenigen Fällen, in denen sie von Gesellschaftsgläubigern nach § 128 in Anspruch genommen werden, ihren Regreßanspruch gegen die Gesellschaft wegen Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens aber nicht durchsetzen können (vgl. Erläut. zu § 110). Gemeinsam ist derartigen Abreden, daß sie die Haftung aus § 128 im Grundsatz unberührt lassen und nur deren Folgen für die begünstigten Gesellschafter vermeiden oder abschwächen sollen. Auf die Qualifikation der Gesellschaft als OHG haben sie daher keinen Einfluß.

## II. Rechtsnatur

### 1. Personengesellschaft (Gesamthand)

#### a) Unterschiede gegenüber Kapitalgesellschaften und sonstigen Körperschaften. 39

Nach der insoweit eindeutigen Regelung der §§ 105 ff HGB i. V. m. §§ 705 ff BGB ist die OHG eine **Personengesellschaft**, die ihre Grundlage in einem Gesellschaftsvertrag zwischen ihren Mitgliedern findet, nicht zur juristischen Person verselbständigt ist und deren Vermögen (als Gesamthandsvermögen) den Mitgliedern zur gesamten Hand (§§ 718, 719 BGB) zusteht. Von der Kapitalgesellschaft (AG, GmbH, KGaA) und von sonstigen Körperschaften (Verein, Genossenschaft u. a.) unterscheidet sich die Personengesellschaft (OHG, KG, GbR, stille Gesellschaft) durch eine Reihe typischer, wenn

<sup>75</sup> So zutr. schon *Wieland* I S. 520; ihm folgend *Hueck* OHG § 1 4 S. 13 f, *Schlegelberger/Gefßler* Rdn. 20.

auch überwiegend dispositiver Merkmale<sup>76</sup>. Zu diesen **Unterschieden** gehört die Abhängigkeit der Existenz der Gesellschaft von den Personen ihrer Mitglieder und die grundsätzliche Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft, das Fehlen einer körperschaftlichen, durch Verselbständigung der Satzung gegenüber den sie errichtenden Gründern und durch Fremddorganschaft gekennzeichneten Verfassung, die Willensbildung nicht nach dem Mehrheits-, sondern nach dem Einstimmigkeitsprinzip, die unmittelbare Verbundenheit der Mitglieder untereinander und die entsprechend gesteigerten mitgliedschaftlichen (Treu-)Bindungen sowie die Zuordnung des (nur bei der Innengesellschaft i. e. S. fehlenden) Gesellschaftsvermögens mangels Rechtsfähigkeit der Gesellschaft zur Gesamtheit der Gesellschafter als Gesamthandsvermögen (Rdn. 41). In der **Realität** weisen diese scheinbar strikten Gegensätze zwischen (Personen-)Gesellschaft und Körperschaft zwar eine Vielzahl von Überschneidungen auf; sie treten bei der körperschaftlich strukturierten KG einerseits, bei der personalistischen GmbH andererseits am sichtbarsten in Erscheinung<sup>77</sup>. Derartige atypische Gestaltungen oder — wie im Fall der GmbH & Co KG — Typenvermischungen ändern jedoch nichts an den grundsätzlichen strukturellen Unterschieden zwischen den beiden Verbandsformen.

- 40** In bezug auf die OHG (und ähnlich die KG) wurde in der gesellschaftsrechtlichen Diskussion unter Hinweis auf § 124 jahrzehntelang ihre weitgehende **Annäherung an eine juristische Person** betont, d. h. ihre rechtliche Behandlung nicht als Vielheit (der Gesellschafter), sondern als (quasi-rechtsfähige) Einheit<sup>78</sup>. An diesen Überlegungen ist richtig, daß die Übergänge zwischen Gesamthand und juristischer Person in vielfacher Hinsicht fließend sind. Auch scheint der Wortlaut des § 124 Abs. 1, der auf den „Erwerb von Rechten der OHG unter ihrer Firma“ abstellt, auf ihre Gleichstellung in vermögens- (und prozeß-)rechtlicher Hinsicht mit den juristischen Personen hinzuweisen. Gleichwohl sind derartige Formulierungen **mißverständlich**, weil sie von einem unzutreffenden Verständnis der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand ausgehen (vgl. dazu Rdn. 41). Sie verschleiern nicht nur die fortbestehenden strukturellen Unterschiede zwischen Personhandelsgesellschaften und Kapitalgesellschaften, sondern messen auch der Vorschrift des § 124 eine übermäßige Bedeutung zu. Dadurch gelangen sie zu unzutreffenden Differenzierungen zwischen OHG und KG einerseits, der ihnen strukturell weitgehend entsprechenden GbR in Gestalt einer auf Dauer gerichteten Außengesellschaft andererseits<sup>79</sup>. Die fortbestehenden strukturellen Unterschiede hindern zwar nicht einen Analogieschluß im OHG-Recht zu bestimmten Vorschriften des Körperschaftsrechts<sup>80</sup>. Auch schließen sie die Betonung wertungsmäßiger Übereinstimmung zwischen einer Reihe von Rechtsfiguren und Problemkreisen des Personen- und Kapitalgesell-

<sup>76</sup> Vgl. zum Folgenden etwa Hueck OHG § 3 I S. 26, Kübler GesR<sup>2</sup> § 3 I S. 22 f, K. Schmidt GesR § 3 I 2 S. 34 f, Wiedemann GesR I § 2 I 1 S. 88 ff, aber auch schon Wieland I S. 396 ff m. Nachw. zur älteren Diskussion.

<sup>77</sup> Vgl. außer den Nachw. in Fn. 76 insbes. einerseits Boesebeck Die kapitalistische Kommanditgesellschaft (1938) und Nitschke Die kapitalistisch strukturierte Personengesellschaft (1970), andererseits Immenga Die personalistische Kapitalgesellschaft (1970).

<sup>78</sup> Vgl. etwa Schlegelberger/Geffler Rdn. 28, Lehmann/Dietz GesR<sup>3</sup> S. 131, tendenziell auch Voraufl. Rdn. 8 (Rob. Fischer) und Hueck OHG § 3 IV S. 33. Weitergehend noch Wieland I S. 396 ff, 425 und ein Teil der älteren Literatur (Kobler Arch-

BürgR 40 [1914], 229 u. a.), die aus rechtsvergleichender Sicht, unter Hinweis auf den romanischen Rechtskreis, für Personen- und Kapitalgesellschaften einen Unterschied zwischen juristischer Person (nach außen) und Gesamthand (nach innen) überhaupt leugnen; für weitgehende Annäherung auch noch Fabricius Realität der Rechtsfähigkeit (1963), dagegen zutr. Buchner AcP 169 (1969), 483 ff.

<sup>79</sup> Vgl. dazu unten Rdn. 42 und für die GbR als Außengesellschaft eingehend MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 705, 131 ff.

<sup>80</sup> So insbes. zu §§ 31, 35, vgl. Erläut. zu § 124. Allgemein zur Herausbildung eines rechtsformübergreifenden Verbandsrechts vgl. auch Lutter AcP 180 (1980), 155 f und K. Schmidt GesR §§ 1—21.

schaftsrechts nicht aus. Die weitgehende Gleichsetzung der OHG (und KG) mit einer juristischen Person unter Berufung auf § 124 vermag für das Verständnis des Personengesellschaftsrechts und die Rechtsanwendung jedoch nichts wesentliches beizutragen.

**b) Die Gesamthand als besondere Rechtsfigur.** Besondere Schwierigkeiten bereitete **41** der gesellschaftsrechtlichen Diskussion lange Zeit das Verständnis der Gesamthand als besonderer Rechtsfigur. Die Diskussion war lange — und ist teilweise auch heute noch — geprägt durch den (Schein-)Gegensatz der Gesamthand als Vermögens- oder Personengemeinschaft<sup>81</sup>. Vor allem dank der richtungweisenden Untersuchungen von *Flume* zeichnet sich insoweit in der neueren Diskussion ein grundlegender Wandel ab<sup>82</sup>. Danach ist die gesellschaftsrechtliche Gesamthand nicht nur im Fall der OHG und der KG, sondern auch in demjenigen der GbR mit Gesamthandsvermögen<sup>83</sup> gekennzeichnet durch die Verbindung von zwei oder mehr Personen zu einer **Wirkungseinheit** mit Einheitlichkeit der Willensbildung, aber auch der Handlungs- und Rechtszuständigkeit, wobei die Umsetzung durch die Geschäftsführer als Organe der Gesamthand erfolgt. Teilnehmer am Rechtsverkehr unter der Firma der OHG/KG oder dem ihr funktional entsprechenden Namen der GbR<sup>84</sup> sind nicht die einzelnen Gesellschafter, wenn auch in ihrer Verbindung als Gesamthänder, sondern es ist die durch ihre Organe handelnde Gesamthand oder *Gruppe (Flume)* als solche, d. h. der Zusammenschluß der Gesellschafter zu einer von ihnen klar zu unterscheidenden eigenständigen Wirkungseinheit. Dementsprechend bleiben Bestand und Identität der Gesellschaft auch unberührt durch einen Mitgliederwechsel (Rdn. 302 f). Aus dieser zutr. neueren Sicht der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand bildet das Gesamthandsvermögen nicht etwa die Grundlage für die Einheitlichkeit der Gesellschaft<sup>85</sup> und damit das logische Prius der Gesamthand. Es setzt vielmehr umgekehrt das Vorhandensein eines **Personenverbands** als besondere (kollektive) Rechtsperson voraus und kennzeichnet die Zuordnung des ihm gewidmeten oder durch sein Auftreten im Rechtsverkehr erworbenen Vermögens (§ 718 BGB) zur Gesamtheit der Gesellschafter. Das erklärt zugleich die Figur der „Anwachsung“ (§ 738 Abs. 1 S. 1 BGB), d. h. der Vermehrung der quotalen Beteiligung der verbliebenen Mitglieder am Gesellschaftsvermögen beim Ausscheiden eines Gesellschafters<sup>86</sup>, sowie die Unübertragbarkeit des „Anteils am Gesellschaftsvermögen“ (§ 719 Abs. 1 BGB) ohne gleichzeitige Übertragung der Mitgliedschaft (Rdn. 284, 306 ff): gesamthänderische Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen steht zwingend nur denjenigen Personen zu, die gemeinsam (als „Gruppe“) das Zuordnungssubjekt für das Gesamthandsvermögen bilden.

<sup>81</sup> Für Gesamthand als bloße Vermögensgemeinschaft in neuerer Zeit noch *U. Huber* Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts (1970), insbes. S. 61 ff, *Schulze-Osterloh* Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung (1972) passim, *Wiedemann* GesR I § 5 I 2 S. 248 ff; Gegenansichten vgl. in Fn. 82.

<sup>82</sup> *Flume* ZHR 136 (1972), 177 (184 ff, 191, 193 ff); *ders.* Allg. Teil I/1, insbes. § 4 S. 50 ff; ihm folgend MünchKomm.-*Ulmer* BGB<sup>2</sup> § 705, 127 ff, 130, *Hüffer* GesR<sup>2</sup> S. 38, *Reinhardt* GesR Rdn. 36 ff, 40, 44, *K. Schmidt* AcP 183 (1983), 481, 486 f, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 43, *Teichmann* AcP 179 (1979), 475, 481; weit. Nachw., auch zu neueren Gegenansichten, vgl. bei MünchKomm.-*Ulmer* aaO § 705 Fn. 318.

<sup>83</sup> Im Unterschied zu sonstigen, nach Struktur und gesetzlicher Ausgestaltung weniger verfestigten Gesamthandsgemeinschaften (ehel. Gütergemeinschaft; Erbengemeinschaft). Zu den weitgehenden Unterschieden der verschiedenen Gesamthandsregelungen vgl. auch *Weber-Grellet* AcP 182 (1982), 316, 324 ff.

<sup>84</sup> Zum Gesellschaftsnamen der GbR vgl. MünchKomm.-*Ulmer* BGB<sup>2</sup> § 705, 225 ff, *Zwernemann* BB 1987, 774 f.

<sup>85</sup> So aber *Huber* (Fn. 81) S. 106; dagegen zutr. *Flume* I/1 S. 51.

<sup>86</sup> So zutr. *Flume* I/1 § 17 VIII S. 370, *K. Schmidt* BMJ-Gutachten (Fn. 64) S. 473; vgl. auch MünchKomm.-*Ulmer* BGB<sup>2</sup> § 705, 7 f.

**42** Das **Verständnis der Gesamthand** als von den Mitgliedern zu unterscheidende **kollektive Rechtsperson oder Gruppe** ist nicht nur von theoretischem Interesse, sondern hat erhebliche, wenn auch für die OHG und KG durch § 124 weitgehend klargestellte **praktische Bedeutung**. Es dokumentiert sich in der ausschließlichen Zuständigkeit der Gesellschaftsorgane (vertretungsbefugte Geschäftsführer) für Rechtshandlungen der Gesamthand und Verfügung über das Gesellschaftsvermögen, in der klaren Unterscheidung zwischen den Verbindlichkeiten der Gesamthand und der hinzutretenden, für die OHG nach § 128 akzessorisch ausgestalteten persönlichen Haftung der Gesellschafter (zur umstrittenen Frage nach dem Inhalt dieser Haftung vgl. Erläut. zu § 128) sowie schließlich in der deutlichen Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern im Prozeß<sup>87</sup>. Bei all diesen für die gesellschaftsrechtliche Gesamthand charakteristischen Merkmalen handelt es sich nicht etwa um eine nur für die OHG und KG maßgebliche, aus § 124 folgende positivrechtliche Gestaltung, sondern um ein Strukturprinzip der Personengesellschaft mit eigenständigem, gesamthänderisch gebundenem Gesellschaftsvermögen. Es gestattet die weitgehende Gleichbehandlung von OHG und KG einerseits, GbR mit Gesamthandsvermögen andererseits in vermögensrechtlicher Hinsicht und unterstreicht die Möglichkeit identitätswahrender Umwandlung zwischen diesen Rechtsformen je nachdem, ob sich hinsichtlich des für die Handelsgesellschaften notwendigen gemeinsamen Betriebs eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes eine nachträgliche Änderung ergibt (Rdn. 51).

## 2. Handelsgesellschaft

**43** Die OHG ist wie die KG notwendig Handelsgesellschaft (§ 6 Abs. 1). Das folgt anders als bei AG und GmbH (§§ 3 AktG, 13 Abs. 2 GmbHG) nicht aus ihrer Rechtsform; vielmehr richtet sich umgekehrt die Rechtsform als OHG (KG) oder GbR danach, ob die Beteiligten den **gemeinsamen Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes** bezwecken (Rdn. 23 ff). Zur Handelsgesellschaft wird eine Personengesellschaft somit nur, aber auch stets dann, wenn entweder der gemeinsame Zweck auf ein Grundhandelsgewerbe gerichtet ist, das über minderkaufmännischen Zuschnitt hinausgeht (§ 4 Abs. 2, vgl. Rdn. 28), oder wenn es nach §§ 2, 3 zur Eintragung ihres Unternehmens in das Handelsregister kommt. Die Qualität als Handelsgesellschaft besteht nach § 5 fort bis zur Löschung der Handelsregistereintragung, es sei denn, daß der gemeinsame Betrieb eines Gewerbes schon vorher auf Dauer eingestellt wird (vgl. Rdn. 29).

**44** Als Handelsgesellschaft unterliegt die OHG nach § 6 Abs. 1 voll dem Handelsrecht und wird wie ein **Kaufmann** behandelt. Das gilt unabhängig von der Beantwortung der streitigen Frage, ob auch ihre Gesellschafter Kaufleute sind (vgl. dazu Rdn. 74 ff). Im Unterschied zu natürlichen Personen als Kaufleute gehören sämtliche von der OHG geschlossenen Geschäfte zum Betrieb ihres Handelsgewerbes und sind daher **Handelsgeschäfte** i. S. des § 343, ohne daß es auf die Vermutung des § 344 ankommt; die OHG kennt kein „Privatleben“. Dagegen greift § 343 für die von den Gesellschaftern persönlich geschlossenen, die Gesellschaftsphäre betreffenden Geschäfte wie Bürgschaften für Gesellschaftsverbindlichkeiten u. a. auch dann nicht unmittelbar ein, wenn man die Gesellschafter mit der h. M. zu den Kaufleuten rechnet, da das Handelsgewerbe nicht von ihnen persönlich, sondern von der OHG betrieben wird; insoweit kommt nur die analoge Anwendung des § 343 in Betracht (Rdn. 77, 80). Der **Abschluß oder die Ände-**

<sup>87</sup> Vgl. Näheres in Erläut. zu § 124 sowie für die GbR bei MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 718, 42 ff m.Nachw. z. Disk.-Stand.

**zung des Gesellschaftsvertrags** ist nur für diejenigen Gesellschafter ein Handelsgeschäft, die die Beteiligung im Rahmen eines *eigenen*, neben demjenigen der OHG bestehenden Handelsgewerbes eingehen. In bezug auf die OHG ist er ein Grundlagengeschäft, an dem sie nicht beteiligt ist; schon deshalb wird er nicht von § 343 erfaßt<sup>88</sup>. Entsprechendes gilt für eine zwischen den Beteiligten getroffene **Schiedsgerichtsabrede**; sie bedarf stets der Form des § 1027 Abs. 1 ZPO, wenn nicht sämtliche Gesellschafter die Beteiligung im Rahmen ihres je eigenen vollkaufmännischen Handelsgewerbes halten<sup>89</sup>.

### 3. Außengesellschaft

Der Zweck der OHG muß auf den **gemeinschaftlichen** Betrieb des Handelsgewerbes **45** durch die Gesellschafter („unter gemeinschaftlicher Firma“, vgl. Rdn. 32) gerichtet sein. Die OHG ist daher notwendig eine Außengesellschaft zwischen sämtlichen Gesellschaftern unabhängig davon, ob diese eine neue gemeinschaftliche Firma annehmen oder sich darauf einigen, im Rahmen von § 22 die Firma eines Gesellschafters fortzuführen (Rdn. 35). Sollen abweichend hiervon einzelne Gesellschafter nicht nach außen in Erscheinung treten, so können sie auch nicht Mitglieder der OHG (KG) sein<sup>90</sup>. Neben einer Treuhandkonstruktion (vgl. Rdn. 101 ff) kommt insoweit auch die Vereinbarung einer stillen Gesellschaft zwischen der OHG und dem oder den nur intern beteiligten Personen in Betracht (vgl. Erläut. zu § 230). Denkbar ist auch, daß sämtliche Beteiligten sich unter Verzicht auf gemeinsames Außenhandeln auf eine reine Innengesellschaft beschränken und vereinbaren, daß zwar ihre internen Beziehungen dem OHG-Recht unterliegen, das Handelsgewerbe nach außen aber nur auf den Namen eines von ihnen betrieben wird, der für Rechnung auch der übrigen handelt. Eine solche das Innenverhältnis betreffende Vereinbarung ist vorbehaltlich der Einbeziehung der Gestaltungs-klagen (§§ 117, 133, 140) zulässig<sup>91</sup>; sie läßt die Rechtsnatur der (Innen-)Gesellschaft als GbR aber unberührt.

### 4. Dauergesellschaft

Zum **Gewerbe** als notwendiger Voraussetzung für das Vorliegen einer OHG gehört **46** die **planmäßige**, auf Dauer gerichtete Art der geplanten **Tätigkeit** (Rdn. 23). Die OHG ist daher stets Dauergesellschaft; ihre Verwendung als Rechtsform für Gelegenheitsgesellschaften scheidet aus<sup>92</sup>. Das gilt etwa für Emissionskonsortien (vgl. Vorauf. Rdn. 111), im Regelfall aber auch für Arbeitsgemeinschaften der Bauwirtschaft. Sie haben auch dann die Rechtsform einer GbR, wenn die Beteiligten eine Außengesell-

<sup>88</sup> Str., wie hier *Schlegelberger/Hefermehl* § 343, 18, *Baumbach/Duden/Hopt*<sup>27</sup> Anm. 2 J, *Zöllner* DB 1964, 795 ff, *Landwehr* JZ 1967, 198, 204 f, *Lieb* DB 1967, 759, 762, *G. H. Roth* in Festschr. Nagel (1987) S. 318, 327 f; a. A. Vorauf. 60a (*Rob. Fischer*), *Hueck* OHG § 3 Fn. 9; zwischen Abschluß (kein Handelsgeschäft) und Verlängerung (Handelsgeschäft) differenzierend die früher h. M., vgl. *Düringer/Hachenburg/Flechtheim* Anm. 13, *Weipert* Anm. 82 m. weit. Nachw., wohl auch *Flume* I/1 § 4 II S. 60; offenlassend BGHZ 45, 282, 284 f = NJW 1966, 1960.

<sup>89</sup> So im Anschluß an *Zöllner* DB 1964, 795 ff zutr. die prozeßrechtliche Literatur, vgl. *Stein/Jonas/Schlosser* ZPO<sup>20</sup> § 1027, 10, *Zöllner/Geimer* ZPO<sup>15</sup> § 1027, II 2, *Thomas/Putzo* ZPO<sup>14</sup> § 1027, 3.

Nachw. zur handelsrechtl. Lit. vgl. in Fn. 88. Ebenso in bezug auf Schiedsabreden unter Beteiligung von Kommanditisten BGHZ 45, 282, 285 = NJW 1966, 1960; BGH NJW 1980, 1049.

<sup>90</sup> BGHZ 10, 44, 48 = NJW 1953, 1548; RGZ 33, 125, 127 f; 165, 260, 265; *Hueck* OHG § 3 V S. 35.

<sup>91</sup> Zur Unzulässigkeit privatautonomer Vereinbarung von Gestaltungs-klagen vgl. *Jauernig* Zivilprozeßrecht<sup>22</sup> § 34 III S. 118, *Hueck* in: *Recht im Wandel*, Festschrift Heymanns Verlag (1965) S. 287, 292 ff, *Nitschke* (Fn. 77) S. 207; a. A. *Schlosser* Gestaltungs-klagen und Gestaltungsurteile (1966) S. 293.

<sup>92</sup> Zur abweichenden Rechtslage im ADHGB, das in Art. 266 bis 270 eine Sonderregelung für Gelegenheitsgesellschaften kannte, vgl. Vorauf. Rdn. 111.

schaft bilden und unter gemeinsamem Namen als Anbieter am Markt auftreten (Rdn. 26 a).

### III. Entstehung

#### 1. Grundlagen

- 47** Zum Verständnis der Fragen, die mit der Entstehung der OHG verbunden sind, sind zwei Differenzierungen erforderlich. Die eine betrifft die **Entstehung der Personengesellschaft als OHG oder (noch) als GbR**. Sie beurteilt sich danach, ob der gemeinsame Zweck auf den Betrieb eines *Handelsgewerbes* oder eines soll- oder kannkaufmännischen Unternehmens gerichtet ist (vgl. Rdn. 49 f); als Personengesellschaft entsteht die Vereinigung, anders als im Fall der Kapitalgesellschaften, nicht erst mit der Eintragung, sondern stets schon mit dem wirksamen Abschluß des Gesellschaftsvertrags, soweit er nicht unter einer Bedingung oder Befristung steht (Rdn. 164). Die zweite Differenzierung betrifft die **Entstehung im Innen- und Außenverhältnis**; sie ist deshalb geboten, weil § 123 die Entstehung gegenüber *Dritten* einschließlich der Haftungsfolgen an die Handelsregistereintragung bzw. an den ihr vorausgehenden Geschäftsbeginn knüpft. Bei den folgenden Erörterungen geht es um die Entstehung im Innenverhältnis, d. h. um die Beziehungen zwischen den Gesellschaftern einschließlich der Begründung von Gesamtvermögen. Zur Entstehung im Außenverhältnis vgl. die Erläut. zu § 123, zur rückwirkenden Entstehung vgl. Rdn. 166.
- 48** Für die Entstehung einer Personengesellschaft **unverzichtbar** ist der — ausdrückliche oder konkludente — Abschluß eines **Gesellschaftsvertrags** zwischen den Beteiligten. Das folgt aus ihrer Rechtsnatur als Schuldverhältnis nach § 705 BGB (Rdn. 15). Die Fehlerhaftigkeit des Gesellschaftsvertrags hindert die Entstehung zwar nicht, sobald die Gesellschaft in Vollzug gesetzt ist (Rdn. 343); entsprechendes gilt im Hinblick auf den Zusammenschluß zwischen den übrigen Gesellschaftern beim Fehlen der für die Beteiligung eines Minderjährigen erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (Rdn. 350). Wird der Gesellschaftsvertrag dagegen nur zum Schein geschlossen oder treten die Beteiligten ohne interne vertragliche Bindung nach außen unter gemeinschaftlicher Firma auf, so liegt nur eine Scheingesellschaft vor (Rdn. 381 ff). Auch ein auf Abschluß eines Gesellschaftsvertrags gerichteter *Vorvertrag* (Rdn. 205) oder der Weiterbetrieb eines vom Erblasser als Einzelkaufmann geführten Handelsgewerbes durch die Erbengemeinschaft (Rdn. 55 ff) reichen nicht aus, eine OHG zwischen den Beteiligten oder gegenüber Dritten zu begründen.

#### 2. Entstehung durch Neugründung

- 49** a) **Mit Abschluß des Gesellschaftsvertrags**. Unmittelbar als *OHG* entsteht die Personengesellschaft zwischen den Beteiligten dann, wenn der gemeinsame Zweck von Anfang an auf den gemeinschaftlichen Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes gerichtet ist (Rdn. 23 ff). Den Hauptfall bildet die zum Betrieb eines **Grundhandelsgewerbes** (§ 1 Abs. 2) gegründete Gesellschaft, soweit dieses nicht auf Dauer nur minderkaufmännischen Zuschnitt erreichen soll (Rdn. 28 f). Auf den Beginn der Geschäfte unter gemeinschaftlicher Firma bzw. auf das sonstige Auftreten nach außen kommt es nicht an (RGZ 112 280, 281 f); diese Umstände betreffen nur das Außenverhältnis (§ 123). Als weiterer Fall kommt die **gemeinsame Fortführung eines** sonstigen, im Handelsregister **eingetragenen Unternehmens** in Betracht, sei es durch Aufnahme eines Gesellschaftern in das Geschäft eines Einzelkaufmanns (§ 28) oder durch sonstige Fortführung des eingetragenen Unternehmens (vgl. Rdn. 24 und Fn. 53). In allen diesen

Fällen kommt der nach § 106 gebotenen Handelsregistereintragung für die Rechtsnatur als OHG nur deklaratorische Bedeutung zu; die Rechtsverhältnisse der Beteiligten richten sich vom Abschluß des Gesellschaftsvertrags an in vollem Umfang nach OHG-Recht.

**b) Mit Eintragung im Handelsregister.** Richtet sich der gemeinsame Zweck auf den Betrieb eines bisher nicht eingetragenen **soll- oder kannkaufmännischen Unternehmens**, so entsteht die Personengesellschaft zunächst als GbR<sup>93</sup>. Zur OHG wird sie erst durch — konstitutive — Handelsregistereintragung. Demgegenüber nimmt eine verbreitete Gegenansicht an, im Innenverhältnis bestehe auch in derartigen Fällen von Anfang an eine OHG, wenn nur die Handelsregistereintragung von den Beteiligten gewollt sei<sup>94</sup>. Daran ist richtig, daß man aus dem auf Handelsregistereintragung gerichteten Willen der Beteiligten regelmäßig auf die alsbaldige Geltung von OHG-Recht zwischen ihnen kraft konkludenter Vereinbarung schließen kann, auch soweit sich die Rechtsverhältnisse in der OHG wie hinsichtlich der Alleingeschäftsführung deutlich von denjenigen in der GbR unterscheiden (vgl. § 109, 16). Abweichendes gilt jedoch für solche Vorschriften des OHG-Rechts, die nicht privatautonom außerhalb der OHG (oder KG) vereinbart werden können, darunter neben der fehlenden Prozeßfähigkeit der GbR vor allem für die Gestaltungsfragen der §§ 117, 127, 133, 140, 142<sup>95</sup>. Insoweit bleibt die Differenzierung zwischen GbR und OHG für das **Durchgangsstadium zwischen Vertragschluß und Eintragung** von Bedeutung. Der sofortigen Qualifikation der Gesellschaft als OHG steht in derartigen Fällen entgegen, daß das den Gegenstand des gemeinsamen Zwecks bildende Gewerbe erst durch Eintragung im Handelsregister zum Handelsgewerbe wird.

### 3. Entstehung durch Umwandlung

Bei der Entstehung durch Umwandlung geht es um die **Änderung der Rechtsform eines schon vorhandenen Unternehmens** und seine Fortführung als OHG. Vom Fall der Einbringung des Unternehmens in eine neugegründete OHG abgesehen (Rdn. 49), kann es sich dabei entweder um eine die Identität der Gesellschaft unberührt lassende, sog. formwechselnde Umwandlung (Rdn. 52) oder um eine übertragende Umwandlung unter Errichtung einer Personengesellschaft in der Rechtsform einer OHG und unter Vermögensübergang auf diese im Wege der Gesamtrechtsnachfolge handeln (Rdn. 54). Beide Fälle sind nach Voraussetzungen und Rechtsfolgen scharf zu unterscheiden. — *Nicht* zu den Umwandlungsfällen gehört die Fortführung eines Handelsgewerbes durch eine Erbengemeinschaft, soweit sich damit nicht ein — zumindest konkludenter — Vertragsschluß zwischen den Beteiligten verbindet (Rdn. 55 ff).

**a) Formwechselnde Umwandlung, Verschmelzung.** Eine formwechselnde Umwandlung liegt dann vor, wenn sich bei einer Personengesellschaft der Gesellschaftszweck oder die Haftungsverhältnisse der Gesellschafter ändern und diese Änderung aufgrund der zwingenden Geltung der §§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 1 (Rdn. 14 a) Auswirkungen auf die Rechtsform der Personengesellschaft hat. Zur **Umwandlung einer GbR in eine OHG** kann es dadurch kommen, daß das von ihr betriebene soll- oder kannkaufmännische

<sup>93</sup> So zutr. Vorauf. 62 b (*Rob. Fischer*), *Reinhardt* GesR Rdn. 118, *K. Schmidt* GesR § 46 III 1 a S. 1009, *Würdinger* I S. 107; Gegenansichten vgl. in Fn. 94.

<sup>94</sup> So namentlich *Hueck* OHG § 5 I 2 S. 40 f und *Schlegelberger/Gesler* Rdn. 47 sowie früher schon

*Düringer/Hachenburg/Flechtheim* Rdn. 11 und *Wieland* IS. 526 f.

<sup>95</sup> Zur Unwirksamkeit privatautonomer Vereinbarung von Gestaltungsfragen vgl. *Nachw.* in Fn. 91.

Unternehmen in das Handelsregister eingetragen wird (Rdn. 50) oder daß die Beteiligten aus sonstigen Gründen (spätere Entwicklung des Handelsgewerbes zu einem vollkaufmännischen Unternehmen; Erwerb eines Handelsgeschäfts u. a.) erst nachträglich die Voraussetzungen des § 105 Abs. 1 erfüllen; ebenso kommt auch die umgekehrte Entwicklung von der OHG zur GbR in Betracht, sei es durch Betriebsaufspaltung oder sonstige Aufgabe des Gewerbes oder durch Reduktion auf einen minderkaufmännischen Geschäftsbetrieb (Rdn. 25 f, 29). Die **Umwandlung einer KG in eine OHG** tritt dann ein, wenn die nur beschränkt haftenden Gesellschafter ausscheiden oder wenn ihre Haftung durch nachträgliche Änderung des Gesellschaftsvertrags zur unbeschränkten erweitert wird; häufiger ist insoweit die umgekehrte Entwicklung von der OHG zur KG, sei es durch nachträgliche Beschränkung der Haftung bei einem Teil der Gesellschafter oder durch Hinzutritt beschränkt haftender Gesellschafter. Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß die *Identität der Personengesellschaft* durch den Rechtsformwechsel *nicht berührt* wird und ein Vermögensübergang im Unterschied zur übertragenden Umwandlung nicht stattfindet<sup>96</sup>. Beim Vorhandensein von Grundstücken ist die Grundbucheintragung zu berichtigen<sup>97</sup>; bei schwebenden Prozessen kommt es im Fall der Umwandlung einer GbR in eine OHG/KG oder umgekehrt zu einem gesetzlichen Parteiwechsel<sup>98</sup>. Zu den Rechtsfolgen der formwechselnden Umwandlung für das Innenverhältnis der Gesellschafter vgl. § 109, 17 f.

**53** Ebenso wie die formwechselnde Umwandlung ist auch die **Verschmelzung** (Fusion) von Personengesellschaften gesetzlich nicht geregelt. Sie läßt sich dadurch erreichen, daß eine Personengesellschaft in der Rechtsform der OHG oder KG (PG 1) sich an einer anderen Personengesellschaft (PG 2) beteiligt (zur Zulässigkeit vgl. Rdn. 94) und Alleingesellschafter der PG 2 wird, sei es aufgrund des Ausscheidens aller übrigen Gesellschafter aus der PG 2 oder unter Übertragung ihrer Anteile auf die PG 1<sup>99</sup>. Aufgrund dieser Änderungen im Gesellschafterkreis der PG 2 kommt es zum Erlöschen der PG 2 wegen Verbleibens von nur einem Gesellschafter und zum automatischen Übergang ihres Vermögens kraft Anwachsung auf die PG 1 (vgl. Erläut. zu § 142). Aus dem Gesamthandsvermögen der PG 2 wird m. a. W. kraft Gesamtrechtsnachfolge Gesamthandsvermögen der PG 1. Zum umgekehrten Vorgang einer *Spaltung* von Personengesellschaften vgl. Vor § 105, 24 f und Erläut. zu § 145.

**54** **b) Übertragende Umwandlung.** Die sog. übertragende Umwandlung einer AG, KGaA, GmbH oder bergrechtlichen Gewerkschaft unter **Neuerichtung einer OHG** ist in §§ 16 bis 25 UmwG geregelt. Von der formwechselnden Umwandlung unterscheidet sie sich dadurch, daß die Personengesellschaft kraft Umwandlung neu entsteht und das Vermögen der umgewandelten Kapitalgesellschaft im Wege der *Gesamtrechtsnachfolge* unter Ausschluß der Abwicklung auf sie übergeht. Voraussetzung der Umwandlung ist die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter der Kapitalgesellschaft (§ 17 Abs. 1 UmwG) oder — bei Umwandlung durch Mehrheitsbeschluß (§ 19 UmwG) — diejenige einer Kapitalmehrheit von neun Zehntel zum Umwandlungsbeschluß. Dieser Beschluß enthält drei Elemente: die Auflösung der Kapitalgesellschaft, die Errichtung der OHG und die

<sup>96</sup> Ganz h. M., vgl. BGHZ 32, 307, 312 = NJW 1960, 1664; BGH NJW 1967, 821; WM 1962, 10, 12; WM 1975, 99; MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 705, 11, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 3, *Schlegelberger/Martens* § 161, 59. Zu Unrecht zweifelnd BayObLG WM 1983, 1199.

<sup>97</sup> RGZ 155, 75, 85 f; BayObLG NJW 1952, 28 f und BB 1983, 333; OLG Hamm DB 1984, 341. Dabei

handelt es sich nicht um eine Berichtigung nach §§ 894 BGB, 22 GBO, sondern um eine Richtigestellung tatsächlicher Angaben (BayObLG aaO).

<sup>98</sup> Vgl. näher MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 718, 65.

<sup>99</sup> Vgl. dazu näher *Barz* Verschmelzung von Personengesellschaften, in Festschr. Ballerstedt (1975) S. 143 ff.

Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf sie. Mit der Zustimmung zum Umwandlungsbeschluß verbindet sich der Abschluß des **Gesellschaftsvertrags** über die Errichtung der OHG zwischen den zustimmenden Gesellschaftern, während die nicht zustimmenden Gesellschafter im Zeitpunkt der Umwandlung ausscheiden und nach § 19 Abs. 3 in Verbindung mit §§ 12, 13 UmwG abzufinden sind. Die **OHG entsteht** nicht schon mit Fassung des Umwandlungsbeschlusses, sondern erst mit dessen **Eintragung im Handelsregister** (§ 18 Abs. 2 UmwG); zugleich geht das Vermögen der Kapitalgesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf sie über (§§ 16, 19 Abs. 3 i. V. mit § 5 UmwG). Die Kapitalgesellschaft wird dadurch aufgelöst; ihre Firma erlischt, sofern sie nicht von der OHG fortgeführt wird (§ 6 UmwG). Wegen der Einzelheiten vgl. die Kommentare zum UmwG<sup>100</sup>.

#### 4. Umwandlung des Handelsgeschäfts einer Erbengemeinschaft in eine OHG?

##### Schrifttum

Vgl. Nachw. Vor § 22 (bei Rdn. 69). Ferner *Aicher/Ostheim* OHG und Erbengemeinschaft, ÖJZ 1981 253; *Damrau* Die Fortführung des von einem Minderjährigen ererbten Handelsgeschäfts, NJW 1985 2236; *John* Urteilsanm. JZ 1985 246; *K. Schmidt* Urteilsanm. NJW 1985 138; *ders.* Die Erbengemeinschaft nach einem Einzelkaufmann, NJW 1985 2785; *ders.* Gesetzliche Vertretung und Minderjährigenschutz im Unternehmensprivatrecht, BB 1986 1238, *Strothmann* Einzelkaufmännisches Unternehmen und Erbenmehrheit im Spannungsfeld von Handels-, Gesellschafts-, Familien- und Erbrecht, ZIP 1985 969.

a) **Handels- und erbrechtliche Grundlagen.** Zu den Rechtsverhältnissen beim **erbrechtlichen Übergang des Unternehmens eines Einzelkaufmanns auf mehrere Erben und dessen Fortführung durch die Erbengemeinschaft** vgl. schon Vor § 22, 71 ff. Nach ständ. Rspr. sind die Miterben nicht gehindert, das ererbte Handelsgeschäft ohne (Teil-)Auseinandersetzung **in Erbengemeinschaft fortzuführen**<sup>101</sup>. Hierfür kann trotz fehlender Ausrichtung der für die Erbengemeinschaft geltenden Vorschriften an den Erfordernissen des Handelsverkehrs<sup>102</sup> ein praktisches Bedürfnis bestehen<sup>103</sup>; daß die Erbengemeinschaft kein nachlaßfremdes Unternehmen betreiben kann, sei es aufgrund Neugründung, Hinzuerwerbs u. a.<sup>104</sup>, steht nicht entgegen. Bei Fortführung durch die Erbengemeinschaft sind die Miterben nach § 31 Abs. 1 in das Handelsregister einzutragen (vgl. Vor § 22, 71); auch die Eintragung der Vertretungsverhältnisse ist zulässig. Über die Erbenhaftung nach §§ 2058 bis 2060 BGB hinaus haften die Miterben für die *alten* Geschäftsverbindlichkeiten nach Maßgabe von § 27 unbeschränkt, wenn sie das Geschäft über die Dreimonatsfrist des § 27 Abs. 2 hinaus fortführen. Für Neuverbindlichkeiten folgt die **unbeschränkte Haftung** im Falle gemeinsamen Handelns oder sol-

<sup>100</sup> Insbes. *Widmann/Mayer* Umwandlungsrecht<sup>2</sup> (Loseblattausgabe, Stand 1986), *Schilling* Umwandlungsgesetz (1981), auch in *Hachenburg* GmbHG<sup>7</sup>, Anh. zu § 77; zum Umwandlungssteuerrecht vgl. auch *Brönner* Besteuerung der Gesellschaften<sup>15</sup> (1984) und *Glade/Steinfeld* UmwStG<sup>3</sup> (1980).

<sup>101</sup> RGZ 132, 138, 142; BGH NJW 1951, 311; BGHZ 17, 299, 302 = NJW 1955, 1227; 30, 391, 394 = NJW 1959, 2114; 32, 60, 67 = NJW 1960, 959; 92, 259, 262 = NJW 1985, 136. Weit. Nachw. Vor § 22 Fn. 116. Kritisch zu dieser Rspr. unter Hin-

weis auf den begrenzten Aussagegehalt der Urteile *Rob. Fischer* ZHR 144 (1980), 4 ff.

<sup>102</sup> So zutr. namentlich *Rob. Fischer* (Fn. 101) S. 2 f m. weit. Nachw.; vgl. auch *Strothmann* ZIP 1985, 974 f, *K. Schmidt* NJW 1985, 2788 f.

<sup>103</sup> Vgl. die Hinweise in BGHZ 92, 259, 263 f auf entsprechende Fallkonstellationen; zu bedenken sind auch die mit der Teilaus einandersetzung des Nachlasses verbundenen Folgen für die Erbenhaftung (§§ 2058, 2059 Abs. 1 BGB).

<sup>104</sup> EinhM, vgl. KG JFG 9, 111 = HRR 1932 Nr. 749; Vor § 22, 71.

chen durch Bevollmächtigte aller Erben aus § 427 BGB, ansonsten aus den Grundsätzen über die Haftung für Nachlaßerschulden<sup>105</sup>, wenn man nicht zur generellen unbeschränkten Haftung der Erben analog § 128 HGB wegen des gemeinsamen Betriebs eines Handelsgewerbes kommt<sup>106</sup>. Zur Fortführung durch einen Testamentsvollstrecker vgl. Vor § 22, 74 f.

- 56** Mit Rücksicht auf die in Rdn. 55 erwähnten Haftungsfolgen wird zu Recht auf die Notwendigkeit eines **einstimmigen Fortsetzungsbeschlusses der Erben** nach § 2038 Abs. 1 BGB bei Fortführung des Handelsgeschäfts über die Dreimonatsfrist des § 27 Abs. 2 hinaus hingewiesen<sup>107</sup>. Allerdings hat der Beschluß nur Bedeutung für das **Innenverhältnis** der Erben<sup>108</sup>. Sein Fehlen berechtigt die mit der Fortsetzung nicht einverstanden Erben dazu, die sofortige Einstellung des Geschäftsbetriebs sowie ggf. Schadensersatz von den eigenmächtig die Geschäfte fortführenden Erben zu verlangen. Dagegen wird die Haftung gegenüber Dritten aus § 27 sowie aus sonstigen, für Neuverbindlichkeiten relevanten Rechtsgründen durch das Fehlen des Fortsetzungsbeschlusses nicht berührt; insoweit genügt für Altverbindlichkeiten das Faktum der Fortführung durch die Erbengemeinschaft, für Neuverbindlichkeiten der Fortbestand von Vertretungsverhältnissen aus der Zeit vor dem Erbfall oder das Eingreifen der Grundsätze über die Anscheins- oder Duldungsvollmacht.
- 57 b) Umwandlungsvoraussetzungen.** Die Umwandlung eines (ererbten) Handelsgeschäfts in eine OHG (KG) und deren Gesamtrechtsnachfolge in das zum Nachlaß gehörende Geschäftsvermögen sind dem geltenden Recht unbekannt<sup>109</sup>. Die Entstehung einer OHG setzt vielmehr auch im Falle des gemeinsamen Betriebs eines ererbten Handelsgeschäfts den **Abschluß eines Gesellschaftsvertrags** zwischen den Beteiligten voraus und erfordert zusätzlich die Übertragung des Geschäftsvermögens auf die Gesellschaft. Das Faktum der gemeinsamen Fortführung kann ihn nicht ersetzen<sup>110</sup>. Die abweichend hiervon teilweise vertretene Annahme **automatischer Umwandlung** des auf mehrere Erben übergegangenen und von diesen fortgeführten Handelsgeschäfts in eine OHG<sup>111</sup> ist **erbrechtlich nicht geboten** und **gesellschaftsrechtlich nicht vertretbar**. Das gilt auch dann, wenn die Erben ausdrücklich oder konkludent die gemeinsame Fortsetzung des Handelsgeschäfts beschlossen haben, da ihnen die Fortsetzung in Erbengemeinschaft nicht verwehrt ist und ein Rechtsformzwang in die OHG (oder KG) nicht besteht (ganz h. M., vgl. Rdn. 55). Immerhin mag es in derartigen Fällen nicht selten naheliegen, im Fortsetzungsbeschluß der Erben ein **Indiz** für die Gesellschaftsgründung

<sup>105</sup> Vgl. näher KG JW 1937, 2599; § 27, 18, 34 ff.; K. Schmidt NJW 1985, 2790 f., M. Wolf AcP 181 (1981), 503 ff., MünchKomm.-Dütz BGB § 2032, 44, Soergel/WolfBGB<sup>11</sup> § 2032, 6.

<sup>106</sup> So K. Schmidt NJW 1985, 2791, tendenziell auch M. Wolf AcP 181 (1981), 505 f.; a. A. Sobich Erbengemeinschaft und Handelsgeschäft (Diss. Kiel 1974), S. 45 ff.

<sup>107</sup> So schon Hueck ZHR 108 (1941), 1, 24, ihm folgend Rob. Fischer ZHR 144 (1980), 10 ff., John JZ 1985, 246, Soergel/WolfBGB<sup>11</sup> § 2038, 7.

<sup>108</sup> So zutr. K. Schmidt NJW 1985, 2791.

<sup>109</sup> Vgl. Rob. Fischer ZHR 144 (1980), 12 m. Nachw. in Fn. 50. Für analoge Anwendung der §§ 56 a ff UmwG (Umwandlung des Unternehmens eines Einzelkaufmanns in eine GmbH) auf die Umwandlung einer des Unternehmen eines verstorbenen Einzelkaufmanns weiterführenden Erbenge-

meinschaft in eine OHG aber Damrau NJW 1985, 2236, 2239. Zur Möglichkeit der Umwandlung erbrechtlichen in gesellschaftsrechtliches Gesamtvermögen vgl. Fn. 112 a.

<sup>110</sup> Ganz h. M., vgl. BGH NJW 1951, 311, 312; BGHZ 92, 259, 264 = NJW 1985, 136; K. Schmidt NJW 1985, 2787, M. Wolf AcP 181 (1981), 482, MünchKomm.-Dütz BGB § 2032, 45.

<sup>111</sup> So — bezogen auf den Ablauf der Dreimonatsfrist des § 27 Abs. 2 — insbes. Rob. Fischer ZHR 144 (1980), 12 ff., für das österr. Recht auch Aicher/Ostheim ÖJZ 1981, 253, 256 m. Rspr.-Nachw. Ebenso schon Lion LZ 1925, 842, 847 und JW 1925, 2105, Legers JW 1926, 552, Sobich (Fn. 106) S. 78 ff. Dagegen zutr. M. Wolf AcP 181 (1981), 482 ff.; zweifelnd Buchwald BB 1962, 1407, Johannsen FamRZ 1980, 1074, 1077.

zu sehen<sup>112</sup>. Das gilt namentlich dann, wenn die Erben gleichzeitig Regelungen über die Ausgestaltung der Geschäftsführung treffen oder für einen Teil von ihnen eine Haftungsbeschränkung vorsehen. Auch in der Veränderung der Firma kann ein Hinweis auf den rechtsgeschäftlichen Willen zum Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinsamer Firma (§ 105 Abs. 1) liegen.

Die außer dem Vertragsschluß weiter erforderliche (Teil-)Auseinandersetzung des Nachlasses unter **Übertragung des Geschäftsvermögens** von der Erbengemeinschaft auf die OHG/KG<sup>112a</sup> kann auch konkludent erfolgen, soweit sie keiner formgebundenen Verfügungsgeschäfte (§§ 925, 873 BGB; § 15 Abs. 3 GmbHG u. a.) bedarf. Würden für den Gesellschaftsvertrag Formvorschriften (§§ 313 BGB, 15 Abs. 4 GmbHG u. a.) nicht beachtet oder wurde die wegen §§ 1629, 1795, 181 BGB erforderliche Bestellung eines Pflegers oder die Einholung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts versäumt, so greifen die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft ein (Rdn. 339 ff). Ein Gesellschaftsvertragsschluß unter Teilauseinandersetzung des Nachlasses ist namentlich auch dann anzunehmen, wenn die Miterben übereinkommen, daß das Handelsgeschäft nur durch einen Teil von ihnen fortgeführt wird unter Anrechnung des Wertes auf die Erbquoten; hier kommt es zur Entstehung einer OHG (KG), beschränkt auf die abredgemäß fortführenden Erben (so auch *M. Wolf* AcP 181 (1981), 488).

c) **Rechtsverhältnisse in der fortbestehenden Erbengemeinschaft.** Kommt es in bezug auf das ererbte Handelsgeschäft nicht zur Entstehung einer OHG (KG), so bestimmt sich das Verhältnis zwischen den Beteiligten grundsätzlich nach Erbrecht (§§ 2032 ff BGB). Immerhin ist zumal bei längerer Dauer der gemeinsamen Fortführung nicht ausgeschlossen, ergänzend auf Gesellschaftsrecht zurückzugreifen<sup>113</sup>. Der Umstand, daß die Beteiligten dessen Geltung vereinbaren könnten, steht nicht entgegen<sup>114</sup>. Als methodischer Ansatz bietet sich die Anknüpfung an §§ 2038 Abs. 2, 745 BGB i. V. mit den Grundsätzen über die ergänzende Vertragsauslegung (§ 157 BGB) an. Auf diese Weise lassen sich namentlich Zufallsergebnisse vermeiden, die darauf beruhen, daß die Beteiligten in Unkenntnis der rechtlichen Zusammenhänge die Gründung einer Gesellschaft versäumt haben, ohne daß es der Fiktion eines Vertragsschlusses bedarf. Zur Anpassung des Außenverhältnisses an die für Handelsgesellschaften geltenden Haftungs- und Vertretungsregelungen vgl. Rdn. 55, *K. Schmidt* NJW 1985 2788 ff und *M. Wolf* AcP 181 (1981), 495 ff.

Besondere Probleme bereitet bei gemeinsamer Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft der **Schutz minderjähriger Erben**. Die Genehmigungstatbestände der §§ 1643, 1821, 1822 BGB greifen in diesem Fall nicht ein<sup>115</sup>. Auch das Fehlen wirksamer Vertretung minderjähriger Erben bei Beschlußfassung über die gemeinsame Fortsetzung (Rdn. 56) oder die analoge Anwendung der §§ 1645, 1823

<sup>112</sup> Die Literatur (*John* JZ 1985, 246, *K. Schmidt* NJW 1985, 2787, *M. Wolf* AcP 181(1981), 482 ff u. a.) hebt in Auseinandersetzung mit den in Fn. 111 genannten Gegenansichten vor allem den Unterschied zwischen Fortsetzungsbeschluß und Gesellschaftsvertragsschluß hervor. Zur Frage der Auslegung des Beschlusses äußert sie sich meist nicht. Wie im Text *Hueck* OHG § 6 V S. 70 f.

<sup>112a</sup> Sie läßt sich nur dann vermeiden, wenn sämtliche Miterben ihre Erbanteile nach § 2033 BGB auf die OHG (KG) übertragen mit der Folge, daß bei dieser Anwachsung eintritt und das erbrechtliche Gesamthandsvermögen sich dadurch in gesellschafts-

rechtliches umwandelt (so zutr. *Aicher/Ostheim* ÖJZ 1981, 256).

<sup>113</sup> So zutr. BGHZ 17, 299, 302 = NJW 1955, 1227, *K. Schmidt* NJW 1985, 2788, *Soergel/Wolf* BGB<sup>11</sup> § 2032, 5, *Erman/Schlüter* BGB<sup>7</sup> § 2032, 4. Gegenansichten in Fn. 114.

<sup>114</sup> So aber *M. Wolf* AcP 181 (1981), 491, zurückhaltend auch *Strothmann* ZIP 1985, 975, Münch-Komm.-*Dütz* BGB § 2032, 45, *Staudinger/Werner* BGB<sup>12</sup> § 2032, 18.

<sup>115</sup> H. M., vgl. BGHZ 92, 259, 265 ff, *Damrau* NJW 1985, 2236 f, *John* JZ 1985, 246, *K. Schmidt* NJW 1985, 139.

BGB<sup>116</sup> schützen die minderjährigen Erben nicht vor der nach § 27 bzw. (bei Neuverbindlichkeiten) mit Vertretungsmacht für sie begründeten Außenhaftung, sondern gewähren ihnen nur Schadensersatzansprüche gegen ihre Vertreter. De lege lata zu Recht kam daher BGHZ 92, 259, 263 ff = NJW 1985, 136 zur Bejahung der Außenhaftung Minderjähriger für die von ihrer Mutter als gesetzliche Vertreterin in ihrem Namen begründeten Geschäftsverbindlichkeiten<sup>117</sup>. Das Urteil wurde inzwischen vom BVerfG wegen Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 1 GG aufgehoben, da die Möglichkeit finanziell unbegrenzter Verpflichtung Minderjähriger durch ihre Eltern bei Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts in ungeteilter Erbengemeinschaft unvereinbar sei mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Minderjähriger<sup>118</sup>. Das BVerfG beanstandete nicht die Entscheidungsfindung durch den BGH nach einfachem Recht, sondern die Lückenhaftigkeit des gesetzlich geregelten Minderjährigenschutzes. Es bleibt abzuwarten, wie der Gesetzgeber diese nicht auf die Haftungsrisiken bei Fortführung des ererbten Handelsgeschäfts beschränkte Lücke schließen wird<sup>119</sup>.

#### IV. Die Bedeutung von § 105 Abs. 2

##### 1. Die kraft Verweisung geltenden Vorschriften der §§ 705 bis 740 BGB

- 60 a) Überblick.** Die generelle Vorschrift über das **Verhältnis des BGB zum HGB** enthält Art. 2 Abs. 1 EGHGB. Danach kommen in Handelssachen die BGB-Vorschriften nur insoweit zur Anwendung, als das HGB keine Sonderregelungen enthält. Für das OHG- (und KG-)Recht bringt die Verweisungsnorm des § 105 Abs. 2 diese **Subsidiaritätsregel** nochmals besonders zum Ausdruck<sup>120</sup>. Zugleich stellt sie klar, daß mit der „Gesellschaft“ i. S. des § 105 Abs. 1 das Schuldverhältnis des § 705 BGB gemeint ist.
- 61** Über die Frage, **welche Vorschriften** aus dem Recht der GbR von der Verweisung des § 105 Abs. 2 erfaßt sind und daher auch für OHG und KG gelten, besteht im wesentlichen Einigkeit. Es handelt sich um die §§ 705 bis 708, 712 Abs. 2, 713, 717 bis 720, 722 Abs. 2, 725 Abs. 2, 732, 735 und 738 bis 740 BGB (vgl. näher Rdn. 62 bis 66). Nicht voll geklärt ist angesichts der besonderen Ausgestaltung der Geschäftsführerstellung im OHG- und KG-Recht nur die Tragweite der in § 713 BGB enthaltenen (Weiter-)Verweisung auf die §§ 664 bis 670 BGB (vgl. Rdn. 67 f).
- 62 b) Gesellschaftsvertrag und Beiträge.** Eine erste Gruppe von Vorschriften, die kraft Verweisung auch für die Personenhandelsgesellschaften gelten, bilden die **§§ 705 bis 707 BGB**. Für die Definition der Gesellschaft als besonderes Schuldverhältnis (§ 705 BGB) und die damit verbundene Notwendigkeit eines Gesellschaftsvertrags (Rdn. 16) folgt das schon aus dem Begriff „Gesellschaft“ in § 105 Abs. 1 und aus dem allgemeinen Verhältnis zwischen umfassender Kodifikation (BGB) und Sonderprivatrecht (HGB). Über Art und Erbringung der Beiträge (§ 706 BGB) sowie über die Erhöhung vereinbarter Beiträge (§ 707 BGB) sind Regelungen im OHG-Recht nicht enthalten. Die Verweisung des § 105 Abs. 2 kommt insoweit voll zum Zuge (vgl. auch Rdn. 17 ff, 227 ff). Zur Geltung von § 732 BGB über die Rückgabe der der Gesellschaft zur Benutzung überlassenen Gegenstände bei Liquidation der OHG vgl. Rdn. 65.

<sup>116</sup> Dafür *K. Schmidt* NJW 1985, 139 und 2791 f; a. A. *Damrau* NJW 1985, 2237 f.

<sup>117</sup> So auch *Damrau* NJW 1985, 2236 ff (vorbehaltlich der Analogie zu §§ 56 a ff UmwG), *K. Schmidt* NJW 1985, 139 und 2785 ff, *Strothmann* ZIP 1985, 969 ff; a. A. unter unzut. Abstellen auf den fehlenden Fortsetzungsbeschuß *John* JZ 1985, 246 f.

<sup>118</sup> BVerfGE 72, 155 = NJW 1986, 1859.

<sup>119</sup> Regelungsvorschläge hierzu vgl. bei *K. Schmidt* BB 1986, 1238.

<sup>120</sup> Als neben Art. 2 Abs. 1 EGHGB überflüssig wird § 105 Abs. 2 von *Schlegelberger/Gefeller* Rdn. 63 angesehen.

**c) Geschäftsführungsregelungen.** Die Regelungen über Ausgestaltung, Umfang und Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis in der OHG/KG sind in §§ 114 bis 117 abweichend von den §§ 709 bis 712 Abs. 1 BGB getroffen. Insoweit bleibt für die Verweisung des § 105 Abs. 2 kein Raum. Anderes gilt nur für das in § 712 Abs. 2 BGB vorgesehene Recht des Geschäftsführers, aus wichtigem Grund auch seinerseits die Geschäftsführung niederzulegen; es wird von § 117 nicht verdrängt und steht daher auch dem Geschäftsführer der OHG und KG zu (vgl. Erläut. zu § 117). Nicht im HGB geregelt ist demgegenüber der für Geschäftsführer geltende Sorgfaltsmaßstab; insoweit tritt auch im OHG-Recht § 708 BGB als speziellere Norm an die Stelle des § 276 Abs. 1 BGB (vgl. § 109, 12). Zur Tragweite der (Weiter-)Verweisung in § 713 BGB auf §§ 664 bis 670 BGB für das OHG-Recht vgl. Rdn. 67 f.

**d) Gesamthandsvermögen.** Von wesentlicher Bedeutung in bezug auf § 105 Abs. 2 sind vor allem die Vorschriften der §§ 717 bis 720 BGB über die Bildung von Gesamthandsvermögen, über dessen Bindung zugunsten der Gesellschaft und über die Unzulässigkeit einer Abspaltung von Verwaltungsrechten der Gesellschafter. Das OHG-Recht hat insoweit ganz auf Sonderregelungen verzichtet, sieht man von der (in erster Linie klarstellenden, vgl. Rdn. 42) Norm des § 124 Abs. 1 über den Rechtserwerb der OHG unter ihrer Firma ab. Ebenfalls zu diesem Regelungsbereich gehört das in § 738 Abs. 1 S. 1 BGB verankerte Anwachsungsprinzip beim Ausscheiden eines Gesellschafters als logische Folge der Rechtsfigur der Gesamthand (Rdn. 41). Es gilt für OHG und KG ebenso wie für die GbR. Zur Möglichkeit und zu den Voraussetzungen einer Übertragung von Gesellschaftsanteilen vgl. Rdn. 306 ff.

**e) Auflösung und Ausscheiden.** Die Liquidation der OHG und deren Folgen sind in §§ 145 bis 158 im Grundsatz umfassend geregelt. Für die Verweisung auf das Recht der GbR bleibt daher Raum nur in bezug auf die Rückgabe der zur Benutzung überlassenen Gegenstände (§ 732 BGB) und die Nachschußpflicht der Gesellschafter bei einem nach Liquidation des Gesellschaftsvermögens verbleibenden Verlust (§ 735 BGB). Demgegenüber finden sich zum Ausscheiden einzelner Gesellschafter Sonderregelungen des OHG-Rechts nur hinsichtlich der Voraussetzungen des Ausscheidens (§§ 138, 140 bis 142), dessen Anmeldung beim Handelsregister (§ 143) und hinsichtlich der Sonderverjährung des § 159. Die Durchführung des Ausscheidens und die Berechnung der daraus resultierenden Ansprüche beider Seite bestimmen sich nach §§ 738 bis 740 BGB.

**f) Sonstige.** Neben den in Rdn. 62 bis 65 genannten Regelungsbereichen erfaßt die Verweisung des § 105 Abs. 2 noch zwei Vorschriften aus dem Recht der GbR, denen jeweils nur geringe Bedeutung zukommt. Bei der einen geht es um die Auslegungsnorm des § 722 Abs. 2 BGB; sie besagt daß eine vertragliche Abrede über die Ergebnisverteilung im Zweifel für Gewinn- wie für Verlustbeteiligung der Gesellschafter gilt, auch wenn sie nur auf Gewinn oder Verlust bezogen ist; sie greift nur in den Fällen ein, in denen die Gesellschafter es nicht beim gesetzlichen Verteilungsschlüssel des § 121 belassen haben. Eine weitere kraft Verweisung geltende Norm ist § 725 Abs. 2 BGB, die den selbstverständlichen Grundsatz aufstellt, daß ein nach Anteilsföndung kündigender Privatgläubiger außer dem Gewinnanspruch keine sonstigen Mitgliedschaftsrechte des betroffenen Gesellschafters geltend machen kann (vgl. Erläut. zu § 135).

## 2. Die Tragweite der Weiterverweisung in § 713 BGB

Zur Tragweite der Verweisung in § 713 BGB auf die Vorschriften der §§ 664 bis 670 BGB vgl. näher § 110, 33 ff. Die Geltung der §§ 667, 669 BGB für und gegen die Geschäftsführer einer OHG oder KG bereitet insoweit keine Probleme. Allerdings wird

die Herausgabepflicht des Geschäftsführers nach § 667 BGB nur selten praktisch werden, da er in aller Regel namens der OHG (KG) handelt und dadurch die Rechte unmittelbar für das Gesamthandsvermögen erwirbt<sup>121</sup>; hinsichtlich der Verzinsung gilt § 111 an Stelle des § 668 BGB. Die Vorschußregelung des § 669 BGB ergänzt den Aufwendungsersatzanspruch, der für die Geschäftsführer einer OHG/KG abweichend von § 670 BGB in § 110 verankert ist. Für die Substitutionsregelung in § 664 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB ist regelmäßig schon deshalb kein Raum, weil der Geschäftsführer seine Funktionen nicht auf Dritte übertragen darf. Ein Rückgriff auf die Auskunft- und Rechenschaftspflicht des Geschäftsführers nach § 666 BGB schließlich kommt nur insoweit in Betracht, als es um einen der *Gesamthand* zustehenden, insbes. aufgrund Beschlußfassung der Mitgesellschafter geltend gemachten Auskunftsanspruch geht, während hinsichtlich des Informationsrechts der *einzelnen* Mitgesellschafter die Sonderregelungen der §§ 118, 164 vorgehen (str., vgl. Erläut. zu § 118 und § 166, 3).

- 68** Unklarheit bestand lange Zeit hinsichtlich der Geltung von § 665 BGB und der dieser Vorschrift zugrundeliegenden Weisungsbindung des Beauftragten. Inzwischen hat sich zu Recht die Auffassung durchgesetzt, daß eine solche **Weisungsbindung** mit der eigenständigen Stellung des Geschäftsführers einer OHG/KG und dem ihm in § 114 Abs. 1 eingeräumten Recht auf Geschäftsführung **nicht** vereinbar wäre<sup>122</sup>. Soweit der Gesellschaftsvertrag nicht ausnahmsweise in wirksamer Weise (vgl. Erläut. zu § 114) die Geschäftsführer an Weisungen von Mitgesellschaftern bindet, ist für die Anwendung von § 665 BGB im OHG-Recht daher kein Raum.

## C. Gesellschafter

### I. Allgemeines

#### 1. Mindest- und Höchstzahl

- 69** Als Personengesellschaft setzt eine OHG (KG) die Beteiligung von **mindestens zwei Gesellschaftern** voraus. Das folgt aus dem Erfordernis eines Gesellschaftsvertrags zwischen den Beteiligten, d. h. eines zwischen ihnen bestehenden Schuldverhältnisses (Rdn. 15). Die aus dem Kapitalgesellschaftsrecht bekannte Rechtsfigur der Einmann-GmbH<sup>123</sup> (oder -AG) läßt sich auf das OHG-Recht nicht übertragen. Das gilt entgegen vereinzelt abweichenden Ansichten auch dann, wenn in einer Zwei-Personen-Gesellschaft ein Gesellschafter verstirbt und sein Anteil auf den einzigen Mitgesellschafter als *Vorerben* übergeht<sup>124</sup>; kommt es später zum Anfall der Nacherbschaft unter Nachfolgeberechtigung des Nacherben, so bedarf es der Neubegründung von Gesamthandsvermögen durch Übertragung der beim überlebenden Mitgesellschafter verbliebenen Unternehmensaktiva<sup>125</sup>. Folge des ersatzlosen Ausscheidens des vorletzten Gesellschafter

<sup>121</sup> Vgl. § 718 Abs. 1 BGB, dazu MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 713, 11 und § 718, 14 f.

<sup>122</sup> H. M., vgl. Hueck OHG § 10 V 3 S. 138 f, MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 713, 6, Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 713, 6 und jetzt auch Baumbach/Duden/Hopt<sup>27</sup> § 114, 3A; unklar noch Schlegelberger/Gefßer § 114, 15 und Erman/Schulze-Wenck BGB<sup>7</sup> § 713, 1.

<sup>123</sup> Vgl. § 1 GmbHG, dazu Hachenburg/Ulmer GmbHG<sup>711</sup> (Erg.-Bd.) § 1, 36 ff, Scholz/Emmerich GmbHG<sup>7</sup> § 1, 28 ff m. Nachw.

<sup>124</sup> Vgl. insbes. Flume I/1 § 7 III 4 S. 99 ff gegen Baur/Grunsky ZHR 133 (1970), 209 ff. Für Anerken-

nung einer Einmann-OHG jedenfalls bei Anordnung von Testamentsvollstreckung hinsichtlich der Vorerbschaft auch BGHZ 98, 48 = NJW 1986, 2431 (IVa-Senat) und Marotzke AcP 187 (1987), 241; dagegen eingehend Ulmer JuS 1986, 856, 857 f.

<sup>125</sup> Auch wenn man vom automatischen Wiederaufleben der OHG entsprechend § 2143 BGB bei Eintritt des Nacherbfalls ausgeht, verbindet sich damit doch nicht die Neubegründung von Gesamthandsvermögen ohne Einbringung des Geschäftsvermögens (offenlassend Flume aaO S. 102).

ist die Umwandlung der OHG in ein Einzelkaufmännisches Unternehmen unter Anwachsung des Gesamthandseigentums zu Alleineigentum des letzten Gesellschafters (§ 738 Abs. 1 S. 1 BGB), ggf. verbunden mit der Pflicht zur Abfindung des Ausgeschiedenen oder seiner Erben. Soll diese Rechtsfolge vermieden und die Rechtsform der OHG erhalten werden, muß ein neues Mitglied vor oder gleichzeitig mit dem Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters aufgenommen werden. Zur Mitgliedschaft von Gesamthandsgemeinschaften vgl. Rdn. 94 ff.

Eine **Höchstzahl** ist für Gesellschafter einer OHG (KG) **nicht** vorgesehen. Personengesellschaften mit hundert oder mehr Mitgliedern finden sich — abgesehen vom Sonderfall der „Publikums-KG“ (Anhang § 161) — zwar nur selten<sup>126</sup>; die Vielzahl der Mitglieder steht der Anerkennung der Personenvereinigung als Gesellschaft jedoch nicht grundsätzlich entgegen. Abgrenzungsprobleme zum *Verein* (vgl. dazu Rdn. 5 f) können sich in denjenigen Fällen ergeben, in denen die Vereinigung — als „Gesellschaft“ — von einer großen Zahl von Mitgliedern gegründet wird und eine deutlich körperschaftliche Verfassung aufweist. Anderes gilt bei „großen“ Personengesellschaften, die aus einem ursprünglich überschaubaren, durch Erbfolge oder sonstigen Anteilsübergang zunehmend angewachsenen Mitgliederbestand hervorgegangen sind<sup>127</sup>. Sie haben allein durch die gestiegene Zahl ihrer Mitglieder ihre Rechtsnatur als Gesellschaft nicht verändert. Allerdings ist der geänderten Quantität der Mitglieder auch qualitativ, in Hinsicht auf das Innenverhältnis der OHG (KG), Rechnung zu tragen<sup>128</sup>.

## 2. Keine mehrfache Mitgliedschaft

Die Mitgliedschaft in der OHG (KG) ist der Inbegriff aller dem Gesellschafter aus seiner Beteiligung an der Gesellschaft erwachsenen Rechte und Pflichten (Rdn. 208 f). Sie ist daher eine notwendig **einheitliche**<sup>129</sup>; wohl aber kann sie hinsichtlich Ausgestaltung und Umfang (Kapitalanteil) in den Grenzen des zwingenden Rechts beliebig von derjenigen anderer Gesellschafter der OHG (KG) abweichen. Erwirbt ein Gesellschafter durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder kraft Erbrechts einen weiteren Kapitalanteil hinzu, so verliert dieser seine Selbständigkeit, erweitert die bestehende Mitgliedschaft und teilt deren rechtliches Schicksal. Darin unterscheidet sich die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft grundsätzlich von derjenigen in einer AG oder GmbH, bei der die einzelnen Anteile (Aktien oder Geschäftsanteile) trotz Vereinigung in einer Hand ihre rechtliche Selbständigkeit behalten. Dementsprechend führt der Erwerb eines Kommanditanteils durch einen persönlich haftenden Gesellschafter zu seiner Einbeziehung in die bestehende Mitgliedschaft unter Wegfall der Haftungsbeschränkung<sup>130</sup>. Im Gesellschaftsvertrag kann vorgesehen werden, daß Gesellschafter befugt sein sollen, Teile ihrer Mitgliedschaft (ihres Kapitalanteils) unter gleichzeitiger Verselbständigung auf bestimmte oder beliebige Dritte zu übertragen.

<sup>126</sup> Vgl. immerhin RGZ 36, 60 (OHG mit 159 Gesellschaftern), RG LZ 1914, 1030 (48 Gesellschafter), BGHZ 85, 350, 358 = NJW 1983, 1056 (145 Gesellschafter).

<sup>127</sup> Vgl. den Fall BGHZ 85, 350: Entwicklung von 18 (1936) zu 145 (1981) Gesellschaftern.

<sup>128</sup> Zur Nichtgeltung des Bestimmtheitsgrundsatzes für die „große“ KG vgl. BGHZ 85, 350, 355 ff = NJW 1983, 1056, dazu § 109, 40 und Fn. 73 sowie Erläut. zu § 119.

<sup>129</sup> EinhM, vgl. BGHZ 24, 106, 108 = NJW 1957, 1026; 58, 316, 318 = NJW 1972, 1755; 66, 98, 101 = NJW 1976, 848; NJW 1987, 3184, 3186 sowie die Nachw. in Fn. 130.

<sup>130</sup> Zur Unmöglichkeit gleichzeitiger Beteiligung als Komplementär und Kommanditist vgl. auch OLG Hamm BB 1981, 1849, *Schlegelberger/Martens* § 161, 41.

### 3. Mehrere offene Handelsgesellschaften mit denselben Mitgliedern

- 72** Vom Grundsatz einheitlicher Mitgliedschaft in derselben OHG oder KG scharf zu unterscheiden ist die Möglichkeit, mehrere offene Handelsgesellschaften mit jeweils denselben Mitgliedern zu gründen. Rechtliche Grenzen bestehen insoweit nicht. Die jeweiligen Gesellschaften müssen sich jedoch nach ihrer Identitätsausstattung (Firma, Sitz, Gesellschaftszweck)<sup>131</sup> deutlich voneinander unterscheiden und dürfen auch nicht im Verhältnis von Haupt- und Zweigniederlassung zueinander stehen (dazu vgl. Vor § 13, 5 ff, 24). Als **Indiz für das Vorliegen mehrerer Gesellschaften** bietet sich die Verschiedenheit der Firmenbezeichnungen<sup>132</sup> sowie der Geschäftszweige an. Allerdings können mehrere, an verschiedenen Orten bestehende Gesellschaften grundsätzlich auch die gleiche Firma führen (Umkehrschluß aus § 30 Abs. 1); in derartigen Fällen bedarf es daher des Rückgriffs auf zusätzliche Unterscheidungsmerkmale, darunter insbes. das Vorhandensein eines einheitlichen oder verschiedener Gesellschaftsverträge. Zum Konzernrecht der Personengesellschaften vgl. Anh. § 105.
- 73** Das Bestehen verschiedener, aus denselben Mitgliedern zusammengesetzter Gesellschaften äußert sich in der **Verschiedenheit der Organe** und des jeder Gesellschaft zugeordneten, jeweils eine selbständige Vermögensmasse bildenden **Gesellschaftsvermögens**<sup>133</sup>. Die Verschiedenheit gestattet es, daß zwischen den Gesellschaften wie zwischen Dritten Rechtsgeschäfte abgeschlossen und Prozesse geführt werden<sup>134</sup>. Im Fall der Insolvenz ist für jede Gesellschaft ein besonderes Konkursverfahren zu eröffnen, soweit dessen Voraussetzungen vorliegen<sup>135</sup>. Die Aufrechnung eines Gesellschaftsgläubigers, der eine Forderung gegen eine der Gesellschaften hat, gegen eine Verbindlichkeit gegenüber einer anderen Gesellschaft ist ausgeschlossen.

### 4. Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter?

#### Schrifttum

*Häuser* Sind persönlich haftende Gesellschafter einer OHG oder KG i. S. der §§ 29 Abs. 2, 38 Abs. 1 ZPO prorogationsfähig?, JZ 1980 760; *Landwehr* Die Kaufmannseigenschaft der Handelsgesellschafter, JZ 1967 198; *Lieb* Zur Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter von KG und OHG, DB 1967 759; *Karsten Schmidt* Zur „Kaufmannsfähigkeit“ von Gesamthandsgemeinschaften, JZ 1973 299; *ders.* Formfreie Bürgschaften eines geschäftsführenden Gesellschafters, ZIP 1986 1510; *Zöllner* Die Formbedürftigkeit von Schiedsklauseln in OHG-Verträgen, DB 1964 795.

Dissertationen: *Kurz* Die Kaufmannseigenschaft des Gesellschafters einer OHG (Münster 1965); *Wagner* Die Kaufmannseigenschaft des OHG-Gesellschafters (Köln 1969).

- 74 a) Zur Fragestellung.** Die sowohl im Handels- wie im Gesellschaftsrecht ausführlich diskutierte Frage nach der Kaufmannseigenschaft von Gesellschaftern einer OHG (vgl. Rdn. 75 f und § 1, 32 ff) ist in dieser Form zu undifferenziert gestellt. Auch wird ihre Bedeutung meist überschätzt, wie der Blick auf das für die Anwendung von Handels-

<sup>131</sup> Dazu näher *John* Die organisierte Rechtsperson (1977), insbes. S. 74 ff (79 f), 135 ff (145 f).

<sup>132</sup> RGZ 43, 81, 82; *Hueck* OHG § 1 IV 1 S. 17; zur Unzulässigkeit des Führens von mehr als einer Firma durch die OHG vgl. Rdn. 33.

<sup>133</sup> So zutr. schon RGZ 16, 16, 17; 43, 81, 82; 47, 156, 157.

<sup>134</sup> Vgl. etwa RGZ 47, 156, 157, *Hueck* OHG § 1 IV 2 S. 17 f, *Jaeger* OHG im Zivilprozeß in: Festgabe Sohm (1915) S. 44, *Rob. Fischer* in Festschr. Hedemann (1958) S. 75, 81, a. A. bez. der Prozeßführung noch *Düringer/Hachenburg/Flechtheim* Anm. 10, *Müller-Erzbach* Handelsrecht S. 188.

<sup>135</sup> Vgl. nur RGZ 43, 81, 82; *Jaeger/Weber* KO<sup>8</sup> §§ 209, 210, 9 m. weit. Nachw.

recht zusätzlich erforderliche Vorliegen eines Handelsgeschäfts (§ 343) lehrt; mangels eigenen Handelsgewerbes läßt sich dieses Merkmal bei Gesellschaftern einer OHG oder KG nur im Analogiewege bejahen (Rdn. 80). Für eine sachgerechte Diskussion bedarf es der Unterscheidung zwischen **drei Fragen**. Die erste bezieht sich auf sog. *Statusnormen*, die wie § 109 GVG, §§ 29, 38 ZPO u. a. nicht an das Vorliegen eines Handelsgeschäfts, sondern nur an die Kaufmannseigenschaft anknüpfen, und auf ihre Anwendung gegenüber Gesellschaftern einer OHG oder KG (Rdn. 79). Bei der zweiten Frage geht es um die Voraussetzungen, unter denen „unternehmensbezogene“ Geschäfte eines Gesellschafters *Handelsgeschäften* i. S. des § 343 gleichgestellt werden können (Rdn. 80). Die dritte Frage betrifft — als Sonderproblem — die Qualifikation des *Gesellschaftsvertrags* und der im Zusammenhang damit getroffenen *Schiedsabrede* als privates oder Handelsgeschäft der Gesellschafter (Rdn. 81).

**b) Meinungsstand.** In der **Rechtsprechung** herrschte lange Zeit die Ansicht vor, **75**  
**Gesellschafter einer OHG** seien stets Kaufleute, weil sie, wenn auch in ihrer Verbundenheit als Gesellschafter, ein Handelsgewerbe betrieben<sup>136</sup>. Die Tragweite dieser Aussage wurde freilich nicht selten dahin eingeschränkt, ein Gesellschafter sei nur in dieser Eigenschaft Kaufmann (sog. „Gesellschafter-Kaufmann“)<sup>137</sup>. Auf von ihm geschlossene Rechtsgeschäfte soll Handelsrecht danach nur dann zur Anwendung kommen, wenn er als Vertreter der OHG in deren Namen handelt<sup>138</sup>; indessen folgt für derartige Rechtsgeschäfte die Geltung von Handelsrecht bereits aus der Kaufmannseigenschaft der OHG (Rdn. 43). Den OHG-Gesellschaftern stellt die Rechtsprechung die Komplementäre einer KG gleich, während sie für **Kommanditisten** die Kaufmannseigenschaft verneint<sup>139</sup>. Das wird damit begründet, daß die KG nicht auf den Namen des Kommanditisten geführt wird, daß er beschränkt auf seine Einlage haftet, von der Vertretung ausgeschlossen ist und keinem Wettbewerbsverbot unterliegt (BGHZ 45 282, 285). In der Tat sind diese Unterschiede in der Stellung von Komplementären und Kommanditisten unverkennbar; aus der Sicht des Kaufmannsbegriffs vermag jedoch keiner von ihnen die Differenzierung der Kommanditisten gegenüber unbeschränkt haftenden Gesellschaftern zu tragen<sup>139a</sup>.

In der **Literatur** überwiegt auch heute noch die **Zustimmung** zu der von der Recht- **76**  
sprechung vertretenen Differenzierung zwischen unbeschränkt haftenden Gesellschaftern und Kommanditisten<sup>140</sup>. Von einer Mindermeinung wird darüber hinaus die Kaufmannseigenschaft auch des Kommanditisten bejaht, sei es generell wegen seiner Mitbeteiligung an dem gemeinsam betriebenen Handelsgewerbe<sup>141</sup>, sei es im Falle der Übernahme von Geschäftsführungsfunktionen in Abweichung von § 164<sup>142</sup>. Grundsätzlichen **Widerspruch** hat die Behandlung der unbeschränkt haftenden Gesellschafter als Kauf-

<sup>136</sup> So insbes. BGHZ 34, 293, 296 f = NJW 1961, 1022; ähnl. BGHZ 45, 282, 284 = NJW 1966, 1960; BGH NJW 1960, 1852; BGH BB 1968, 1053; umfass. Nachw. zur früheren Rspr. (RG u. a.) bei *Landwehr* JZ 1967, 198 Fn. 2.

<sup>137</sup> Vgl. BGH NJW 1960, 1852; BB 1968, 1053; NJW 1980, 1049.

<sup>138</sup> So für § 406 BGH NJW 1960, 1852; für § 350 BGH BB 1968, 1053.

<sup>139</sup> BGHZ 45, 282, 285 = NJW 1966, 1960; BGH NJW 1980, 1049; 1980, 1572, 1574; 1982, 569, 570.

<sup>139a</sup> So zutr. insbes. *Landwehr* JZ 1967, 199 ff und *Lieb* DB 1967, 759 f, sowie — vom umgekehrten Standpunkt aus — *Ballerstedt* JuS 1963, 259.

<sup>140</sup> § 1, 32 ff (*Brüggemann*), *Flume* I/1 § 4 II S. 59 f, *Hueck* OHG § 3 Fn. 8, *G. Hueck* GesR<sup>18</sup> § 12 II 3 S. 82, *Wiedemann* GesR I § 2 I 2a S. 97, *Capelle/Canaris* Handelsrecht<sup>20</sup> § 2 II 3 S. 19, *Schlegelberger/Hildebrandt* § 1, 24; so auch Vorauf. Rdn. 19a (*Rob. Fischer*).

<sup>141</sup> So § 1, 35 (*Brüggemann*), *Ballerstedt* JuS 1963, 259, *Westermann* I 860; a. A. die h. M., vgl. § 161, 12 m. Nachw.

<sup>142</sup> So *Schlegelberger/Martens* § 161, 46.

leute demgegenüber in einem Teil des neueren Schrifttums gefunden<sup>143</sup>. Die Vertreter dieser Ansicht verweisen auf den grundlegenden Unterschied zwischen der OHG (KG) als Gesamthand (Gruppe) und den in ihr zusammengeschlossenen Gesellschaftern und rechnen das gemeinsam betriebene Handelsgewerbe nicht diesen (je persönlich), sondern nur der Gesellschaft als solcher zu.

**77 c) Stellungnahme.** Den neueren Ansichten (Fn. 143) ist im Ansatz zuzustimmen. Soweit die Rechtsprechung als Kaufleute (auch) die unbeschränkt haftenden Gesellschafter ansieht, setzt sie sich über die notwendige Trennung zwischen Gesamthand und Gesellschaftern (Rdn. 41 f) hinweg; auch vermag sie keine plausible Begründung für die abweichende Behandlung der Kommanditisten zu liefern. In Frage steht nicht die — nur der OHG (KG) als solcher zukommende — Kaufmannseigenschaft nach §§ 1 bis 5, sondern das Normanwendungs- oder **Analogieproblem** einer Gleichstellung der Gesellschafter mit Kaufleuten. Dabei hat die Lösung zwar grundsätzlich bei den einzelnen, auf Kaufleute bezogenen Normen des Handelsrechts und der sonstigen Sondergesetze anzusetzen<sup>144</sup>. Jedoch zeigt sich vorbehaltlich der Unterscheidung zwischen Statusnormen (Rdn. 79) und Normen für Handelsgeschäfte (Rdn. 80) Übereinstimmung in bezug auf den Analogieschluß im wesentlichen darin, daß die Sonderregelungen für Kaufleute durchweg auf ihrer **besonderen Geschäftserfahrung**, im Hinblick auf die Handelsgeschäfte auch auf ihrer **geringeren Schutzbedürftigkeit** beruhen<sup>145</sup>. Hieran ist auch für die Behandlung der Gesellschafter als Kaufleute und die Anwendung von Handelsrecht anzuknüpfen.

**78** Die in Rdn. 77 aufgezeigten Analogieansätze gestatten es, im Hinblick auf die verschiedenen Analogiebereiche zu im wesentlichen übereinstimmenden Lösungen zu kommen und Gesellschafter einer OHG (KG) dann Kaufleuten gleichzustellen, wenn sie wie diese die Geschäfte der OHG (KG) betreiben, d. h. als **geschäftsleitende Gesellschafter** tätig sind. Als Kaufleute zu behandeln sind danach die organschaftlichen Vertreter der OHG (KG), nicht dagegen die sonstigen, nicht selbst an der Unternehmensführung beteiligten unbeschränkt haftenden Gesellschafter<sup>146</sup>; die unbeschränkte Haftung ist nicht etwa Ausdruck für das persönliche Betreiben des Handelsgewerbes, sondern nach § 128 gesetzliche Folge der Gesellschafterstellung. Auch hinsichtlich der Kommanditisten ist die Gleichstellung mit Kaufleuten trotz § 170 nicht schlechthin ausgeschlossen. Maßgebend ist vielmehr die Art ihrer Tätigkeit im Unternehmen; insbesondere bei Kommanditisten, die zugleich Geschäftsführer der Komplementär-GmbH sind, spricht viel für ihre Behandlung als Kaufleute<sup>147</sup>.

**79 d) Folgerungen.** Soweit Normen — als **Statusnormen** — nur auf die Kaufmannseigenschaft des Normadressaten und nicht auf das Vorliegen eines Handelsgeschäfts abstellen, bestehen keine Bedenken, sie im Analogieweg auf geschäftsleitende Gesellschafter (Rdn. 78) anzuwenden. Das gilt namentlich für § 109 GVG, der den Kreis der Handelsrichter über die Kaufleute hinaus ausdrücklich auch auf Vorstandsmitglieder

<sup>143</sup> Zöllner DB 1964, 795 ff, *Landwehr* JZ 1967, 198 ff, *Lieb* DB 1967, 759 ff, *Wagner* Die Kaufmannseigenschaft des OHG-Gesellschafters (Diss. Köln 1969), S. 18 ff; ihnen folgend *Baumbach/Duden/Hopt* Anm. 1 J, *K. Schmidt* JZ 1973, 299 f und *HaR*<sup>3</sup> § 5 I 1b S. 83 f, *Reinhardt/Schultz* GesR<sup>2</sup> Rdn. 105.

<sup>144</sup> Ebenso — unter Bezug auf § 350 — eingehend *K. Schmidt* ZIP 1986, 1510, 1512 ff.

<sup>145</sup> Vgl. etwa *Müller-Freienfels* in *Festschr. v. Caemmerer* (1978) S. 583, 597 ff, *Schlegelberger/Hefer-*

*mehl* Vor § 348, 1; einschränkt. *Dauner-Lieb* Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher (1983) S. 30 ff, 46 ff.

<sup>146</sup> *Abw. Vorauf.* Rdn. 19a (*Rob. Fischer*), *K. Schmidt* ZIP 1986, 1515, und die auch heute noch überw.M. (Fn. 140), die ein wesentliches Kriterium für die Behandlung von Gesellschaftern als Kaufleute in der unbeschränkten Haftung sieht.

<sup>147</sup> So im Grundsatz auch *Schlegelberger/Martens* § 161, 46 und *K. Schmidt* ZIP 1986, 1515.

einer AG und Geschäftsführer einer GmbH, d. h. in der Geschäftsleitung einer Handelsgesellschaft tätige Personen ausdehnt<sup>148</sup>. Ebenso stellt die Befreiung der Kaufleute vom Prorogationsverbot in §§ 29, 38 ZPO nach zutr. h. M. nicht darauf ab, daß die betreffenden Rechtsgeschäfte einen Bezug zum Handelsgewerbe des Kaufmanns haben, sondern beruht auf dessen fehlender Schutzbedürftigkeit<sup>149</sup>; sie kann daher analog auf Rechtsgeschäfte geschäftsleitender Gesellschafter angewandt werden<sup>150</sup>. Gleiches gilt für die analoge Anwendung der Termingeschäftsfähigkeit von Kaufleuten nach § 53 BörsG<sup>151</sup>. Schließlich differenziert auch § 8 AbzG nicht zwischen Abzahlungsgeschäften der geschäftlichen und privaten Sphäre<sup>152</sup> und ist daher den Statusnormen zuzurechnen. Für den Analogieschluß bedarf es insoweit allerdings der Eintragung der Gesellschafter in ihrer kaufmännischen Funktion im Handelsregister; er ist daher nur gegenüber solchen unbeschränkt haftenden Gesellschaftern veranlaßt, die ohne Ausschluß der Vertretungsbefugnis (§ 125 Abs. 4) im Handelsregister eingetragen sind<sup>153</sup>.

Bei Normen, die zusätzlich auf das Vorliegen eines **Handelsgeschäfts** auf Seiten des Kaufmanns abstellen (§§ 346 ff HGB, § 24 AGBG u. a.), setzt die Anwendung auf Gesellschafter einer OHG (KG) einen **doppelten Analogieschluß** voraus. Da geschäftsleitende Gesellschafter als solche kein (eigenes) Handelsgewerbe betreiben, können die von ihnen *persönlich* geschlossenen Geschäfte die Qualifikation von Handelsgeschäften (§ 343) nicht erfüllen. Eine Gleichstellung ihrer Rechtsgeschäfte mit Handelsgeschäften ist jedoch dann veranlaßt, wenn diese einen **Bezug zur Geschäftstätigkeit der Gesellschaft** aufweisen, d. h. in einem sachlichen Zusammenhang mit ihrer Gesellschafterstellung stehen und der Förderung des gemeinsamen Zwecks dienen<sup>154</sup>. Diese Voraussetzung liegt jedenfalls vor bei einer Bürgschaft oder einer Vertragsstrafe, die der geschäftsleitende Gesellschafter zur Absicherung einer Leistungspflicht der Gesellschaft übernimmt<sup>155</sup>, sowie bei Geschäften von Gesellschaftern, die als mittelbarer Stellvertreter oder sonst im Interessenkreis der Gesellschaft tätig werden<sup>156</sup>. Auch bei sog. Drittgeschäften zwischen Gesellschaft und Gesellschafter (Rdn. 216) liegt die Gleichstellung mit Handelsgeschäften auf Seiten des Gesellschafters nahe<sup>157</sup>. Demgegenüber ist die

<sup>148</sup> Für Analogie bzgl. vertretungsberechtigter Gesellschafter auch *Landwehr* JZ 1967, 204, und *Wagner* (Fn. 143) S. 79; weitergehend (Einbeziehung aller OHG-Gesellschafter) die überw. M. (Nachw. in Fn. 140), aber auch *Baumbach/Duden/Hopt* Anm. 1 J, *Zöllner* DB 1964, 796 und aus der verfahrensrechtl. Lit. *Baumbach/Lauterbach/Albers* ZPO<sup>44</sup>, GVG § 109, 1 aE.

<sup>149</sup> Vgl. etwa *Stein/Jonas/Leipold* ZPO<sup>20</sup> § 38, 3, *Thomas/Putzo* ZPO<sup>14</sup> § 38, 2 a aa, *Zöllner/Vollkommer* ZPO<sup>15</sup> § 38, 2 m. weit. Nachw.; a. A. *Capelle/Canaris* Handelsrecht<sup>20</sup> § 24 I 2 c S. 195, *Diederichsen* BB 1974, 379.

<sup>150</sup> Gegen die analoge Anwendung der §§ 29, 38 ZPO aus Gründen der Rechtsklarheit allerdings *Stein/Jonas/Leipold* ZPO<sup>20</sup> § 38, 5, *Hopt* AcP 183 (1983), 608, 675 f, *Kornblum* ZHR 138 (1974), 478, 490.

<sup>151</sup> Vgl. BGH NJW 1988, 2039, 2040 (zu § 53 Abs. 2 Nr. 1 BörsG); dafür auch *Schwark* BörsG (1976), § 53, 4, *Meyer/Breuer* BörsG<sup>4</sup> (1957), § 53, 2, *Hadting/Häuser* WM 1980, 1278.

<sup>152</sup> H. M., vgl. MünchKomm.-*Westermann* AbzG § 8, 9, *Ostler/Weidner* AbzG<sup>6</sup> (1971), § 8, 9, *Klauss-*

*Ose* AbzG (1979) Rdn. 865, *Heckelmann* Festschr. Bärmann (1975) S. 427, 432; a. A. § 1, 33 (*Brüggemann*), *Capelle/Canaris* Handelsrecht<sup>20</sup> § 24 I 2 a S. 195.

<sup>153</sup> So im Erg., allerdings ohne Diff. nach der Vertretungsbefugnis, auch LG Rottweil WM 1977, 518, 520, *Klauss-Ose* (Fn. 152) Rdn. 865, *Ostler/Weidner* (Fn. 152) § 8, 9 und 14, *Palandt/Putzo* BGB<sup>47</sup> AbzG § 8, 1a; a. A. *Wagner* (Fn. 143) S. 76.

<sup>154</sup> Ähnlich stellt *K. Schmidt* ZIP 1986, 1516, auf einen wirtschaftlichen Sachzusammenhang dergestalt ab, daß das Geschäft Bestandteil der handelsgewerblichen Tätigkeit ist.

<sup>155</sup> So auch § 1, 33 (*Brüggemann*), *Baumbach/Duden/Hopt* § 350, 3, *K. Schmidt* ZIP 1986, 1516; a. A. *Schlegelberger/Hefermehl* § 350, 21, *Lieb* DB 1967, 762, wohl auch die BGH-Rspr. (vgl. Nachw. in Fn. 138).

<sup>156</sup> *Kurz* Die Kaufmannseigenschaft des Gesellschafters der OHG (Diss. Münster 1965), S. 65 f m. Nachw. aus dem ält. Schrifttum; a. A. *Zöllner* DB 1964, 796, *Wagner* (Fn. 143) S. 68.

<sup>157</sup> A. A. *Wagner* (Fn. 143) S. 67, *Kurz* (Fn. 156) S. 70.

Frage einer Gleichstellung für innergesellschaftliche (sozialrechtliche) Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschafter und Gesellschaft meist ohne Interesse (vgl. aber § 113, 27): für sie gelten die handelsrechtlichen Sondervorschriften der §§ 110 bis 122<sup>158</sup>. — Für die Anwendung der Vermutungsregel des § 344 Abs. 1 ist im Analogiebereich kein Raum<sup>158a</sup>.

- 81** Ein **Sonderproblem** bilden schließlich die sog. Grundlagengeschäfte der Gesellschafter wie der Abschluß oder die Änderung des **Gesellschaftsvertrags** und die Eingehung einer **Schiedsabrede**. Sie weisen nicht den nach Rdn. 80 erforderlichen, die Analogie zu § 343 eröffnenden Bezug zur laufenden Geschäftstätigkeit der Gesellschaft auf, sondern sind für die Gesellschaft von konstitutiver Bedeutung. Eine Anwendung von Handelsrecht und insbesondere die Formfreiheit der Schiedsabrede nach § 1027 Abs. 2 ZPO kommt insoweit daher nur in Betracht, wenn die Gesellschafter die Beteiligung an der OHG (KG) im Rahmen eines eigenen, von demjenigen der Gesellschaft zu unterscheidenden Handelsgewerbes eingehen (str., vgl. Rdn. 44 m. Nachw.).

## II. Arten von Gesellschaftern

### 1. Natürliche Personen

- 82 a) Allgemeines.** Für die Beteiligung natürlicher Personen an einer OHG oder KG bestehen nach deutschem Gesellschaftsrecht **keine Schranken**. Als Teil der Privatautonomie steht der Abschluß eines Gesellschaftsvertrags oder der Beitritt zu einer bestehenden Gesellschaft allen Menschen frei, unabhängig von Alter, Geschlecht, Rasse oder Staatsangehörigkeit. Ebenso gibt es keine Höchstgrenzen für die Beteiligung einer Person an verschiedenen Gesellschaften (zur Möglichkeit der Gründung oder des Bestehens von zwei oder mehr Gesellschaften unter Beteiligung derselben Personen vgl. Rdn. 72). Auf die *fremdenrechtliche* Problematik der Unternehmenstätigkeit von Ausländern im Rahmen inländischer Gesellschaften ist hier nicht näher einzugehen<sup>158b</sup>.
- 82 b) Nicht voll Geschäftsfähige.** Die Beteiligung nicht voll geschäftsfähiger Personen an einer OHG oder KG unterliegt gesellschaftsrechtlich keinen Schranken. Entscheidend ist die **Rechtsfähigkeit** der Gesellschafter; sie beginnt unabhängig von der Geschäftsfähigkeit mit der Vollendung der Geburt (§ 1 BGB). Daher können auch geschäftsunfähige (§ 104 BGB) und beschränkt geschäftsfähige Personen (§§ 106, 114 BGB) Gesellschafter werden. Soweit die Beteiligung nicht erbrechtlich — aufgrund Erbfolge in Verbindung mit einer gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel (vgl. BGHZ 55 267, 269 = NJW 1971 1268 und Erläut. zu § 139) — erworben, sondern **kraft Rechtsgeschäfts** eingegangen wird, bedarf es zu ihrer wirksamen Begründung im Regelfall sowohl der Mitwirkung des *gesetzlichen Vertreters* (oder bei seiner Verhinderung eines Pflegers) als auch der Genehmigung durch das *Vormundschaftsgericht* (vgl. näher Rdn. 84, 85). Zwischen beiden Akten ist scharf zu unterscheiden; das Fehlen des einen kann nicht durch den anderen ersetzt werden. Zur Rechtslage im Fall unwirksamer Beteiligung nicht voll Geschäftsfähiger an einer OHG/KG (fehlerhafte Gesellschaft) vgl. Rdn. 346 ff.

<sup>158</sup> Vgl. insbes. §§ 110 Abs. 2, 111 Abs. 2; zu ihrer Bedeutung für den Streit um die Kaufmannseigenschaft der OHG-Gesellschafter vgl. einerseits (bejahend) *Zöllner DB 1964, 797*, andererseits (verneinend) *Hueck OHG § 3 Fn. 8, Flume I/1 § 4 II S. 59*.

<sup>158a</sup> H. M., vgl. *BGH NJW 1960, 1852*, Vorauf. § 344, 2. m. weit. Nachw.

<sup>158b</sup> Vgl. dazu *MünchKomm-Ebenroth BGB. Nach Art. 10 EGBGB Rdn. 477 ff, 484 f, Staudinger/Großfeld BGB<sup>12</sup> Internat. Gesellschaftsrecht Rdn. 559 ff (561), Hachenburg/Behrens GmbHG<sup>7</sup> Einl. Rdn. 118 ff, Wiedemann GesRI § 15 I 1 S. 825 ff, Ebenroth JZ 1988, 84 ff, jew. m. weit. Nachw.*

Der rechtsgeschäftliche Erwerb der Mitgliedschaft in einer OHG/KG, sei es durch **84**  
 Beteiligung an der Gesellschaftsgründung, späteren Beitritt oder Anteilerwerb, bedarf in aller Regel der **Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters**, bei nicht volljährigen Kindern also derjenigen der Eltern (§ 1629 BGB). Dieser handelt bei Geschäftsunfähigen an deren Stelle; soweit beschränkt Geschäftsfähige die auf den Beitritt gerichtete Willenserklärung selbst abgeben, bedürfen sie nach § 107 BGB seiner Einwilligung. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn Minderjährigen nach § 112 BGB die Ermächtigung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erteilt ist: diese erstreckt sich nach § 112 Abs. 1 S. 2 BGB nicht auf solche Geschäfte, zu denen der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf (vgl. dazu und zum Sonderfall unentgeltlichen Anteilerwerbs Rdn. 85). Ist der gesetzliche Vertreter oder sein Ehegatte selbst Gesellschafter, so sind sie an der Vertretung verhindert, soweit nicht einer der Ausnahmefälle des **§ 181 BGB**<sup>159</sup> vorliegt (vgl. §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB). In diesen Fällen bedarf es der Bestellung eines **Ergänzungspflegers** durch das Vormundschaftsgericht nach § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB; das gilt auch für spätere Änderungen des Gesellschaftsvertrags oder das Ausscheiden des nicht voll Geschäftsfähigen, nicht dagegen für die Beschlußfassung der Gesellschafter in laufenden Angelegenheiten der OHG oder KG (vgl. dazu näher Erläut. zu § 119). Betrifft die Verhinderung mehrere nicht voll Geschäftsfähige als (künftige) Gesellschafter, so muß ein Ergänzungspfleger für *jeden* von ihnen bestellt werden<sup>159a</sup>. Das nach § 109 BGB dem anderen Teil eingeräumte Widerrufsrecht bis zur Genehmigung der Gesellschaftsbeteiligung oder der sonstigen Vertragsänderung steht jedem der übrigen Gesellschafter zu<sup>160</sup>. Zu den Folgen des Widerrufs bei in Vollzug gesetzter Gesellschaft vgl. Rdn. 346.

Zusätzlich zur Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters (Pfleger) bedarf es nach **85**  
 §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB der **Genehmigung des Vormundschaftsgerichts**, wenn es um die *rechtsgeschäftliche* Beteiligung eines nicht voll Geschäftsfähigen an einem Gesellschaftsvertrag zum Betrieb einer OHG oder KG geht. Das gilt sowohl für die Mitwirkung bei der Gründung als auch für den späteren Beitritt und den rechtsgeschäftlichen Anteilerwerb (Rdn. 310). Zweifelhaft ist nur der *unentgeltliche* Erwerb eines Gesellschaftsanteils. Er ließe sich bei wörtlicher Auslegung des § 1822 Nr. 3 BGB dem (nach Hs. 1 nicht genehmigungsbedürftigen) unentgeltlichen (Teil-)Erwerb eines Erwerbsgeschäfts gleichstellen; dagegen spricht jedoch die funktionelle Vergleichbarkeit von Beitritt und Anteilerwerb (Rdn. 298 ff), auch abgesehen von der Genehmigungsbedürftigkeit der Haftungsübernahme nach § 1822 Nr. 10 BGB<sup>161</sup>. Bezog sich die Beteiligung ursprünglich auf eine nicht zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gegründete GbR und war sie deshalb genehmigungsfrei, so bedarf der spätere Übergang zu einem erwerbswirtschaftlichen Zweck der Genehmigung<sup>162</sup>. Anderes gilt für sonstige **Änderungen des Gesellschaftsvertrags** einschließlich des Beitritts oder des Ausscheidens von Mitgesellschaftern; sie sind aus Gründen der Rechtssicherheit nach zutr. h. M. auch dann nicht

<sup>159</sup> Vertragsschluß in Erfüllung einer Verbindlichkeit des Vertreters (vgl. BGH NJW 1961, 724) oder mit ausschließlich rechtlichen Vorteilen für den Minderjährigen (BGHZ 59, 236, 240 = NJW 1972, 2262).

<sup>159a</sup> BayObLGZ 1958, 373, 376; OLG Hamm MDR 1972, 783; MünchKomm.-Goerke BGB § 1909, 54, Palandt/Diederichsen BGB<sup>47</sup> § 1909, 2a, Stöber Rpfleger 1968, 2, 13.

<sup>160</sup> Schlegelberger/Gesfller Rdn. 49, Hueck OHG § 7 I 2 S. 77, Soergell/Hadding BGB<sup>11</sup> § 705, 20.

<sup>161</sup> So KG NJW 1962, 54, 55; Soergell/Damrau BGB<sup>12</sup> § 1822, 13 und 21; a. A. zu Recht OLG Hamm OLGZ 1974, 158, 161 f, Wiedemann Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften (1965) S. 245 f, Winkler ZGR 1973, 177, 186.

<sup>162</sup> So auch Soergell/Hadding BGB<sup>11</sup> § 705, 21 und für den Fall der (Rück-)Umwandlung einer aufgelösten Gesellschaft Winkler ZGR 1973, 200.

genehmigungspflichtig, wenn sie die Rechtsstellung des nicht voll geschäftsfähigen Gesellschafters inhaltlich verändern<sup>163</sup>. Nicht genehmigungspflichtig sind auch solche Rechtsgeschäfte der Gesamthand, für die der nicht voll Geschäftsfähige bei Vornahme im eigenen Namen einer Genehmigung nach §§ 1821, 1822 BGB bedürfte<sup>164</sup>. — Wird die Rechtsstellung eines nicht voll geschäftsfähigen Kommanditisten in diejenige eines Komplementärs umgewandelt, so folgt die Genehmigungsbedürftigkeit aus § 1822 Nr. 10 BGB. Die Genehmigungsbedürftigkeit des einvernehmlichen **Ausscheidens** des nicht voll Geschäftsfähigen folgt aus § 1822 Nr. 3, 1. Hs. BGB (auf die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts gerichteter Vertrag)<sup>165</sup>; der Fall kündigungsbedingten Ausscheidens wird hiervon allerdings nicht erfaßt<sup>165a</sup>. Für das Widerrufsrecht der Mitgesellschafter nach § 1830 BGB bis zur Erteilung der Genehmigung gilt entsprechendes wie zu § 109 BGB (Rdn. 84 a. E.). Zur Genehmigungsbedürftigkeit des Erwerbs der Treugeberstellung im Fall der offenen Treuhand vgl. Rdn. 106 Fn. 218.

- 86** Wenig behandelt ist die Frage, welche **Kriterien für die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung** bestimmend sind<sup>166</sup>. Übereinstimmung besteht zwar darüber, daß den Beurteilungsmaßstab das *Wohl und Interesse des Kindes* bildet<sup>167</sup>. Die Anwendung dieses Maßstabs kann jedoch zu Schwierigkeiten führen. Entscheidend kommt es auf das **Gesamtbild** der mit der Mitgliedschaft verbundenen Vor- und Nachteile an. Neben Wertungsgesichtspunkten finanzieller (ggf. auch ideeller) Art sollen bei einer vernünftigen Abwägung der für das Mündelinteresse relevanten Umstände die Vermögensverhältnisse der gesetzlichen Vertreter und der Mitgesellschafter sowie Einschätzungen über deren fachliche und charakterliche Eignung zum Betrieb der Gesellschaft miteinfließen<sup>167a</sup>. Haftungsrisiken oder die interne Verlustbeteiligung bilden für sich genommen keinen Ablehnungsgrund. Sie fallen jedoch um so stärker ins Gewicht, je größer das Geschäftsrisiko der Gesellschaft insgesamt ist, auf je längere Dauer die Beteiligung unkündbar ist und je geringere Mitspracherechte dem nicht voll Geschäftsfähigen bzw. seinem Vertreter zustehen<sup>168</sup>. Andererseits muß das Vormundschaftsgericht auch die Rechtslage in Betracht ziehen, die sich für den nicht voll Geschäftsfähigen bei Nichtgenehmigung ergibt; die Erlangung der Haftungsbeschränkung als Kommanditist kann sich etwa als deutlich vorteilhaft gegenüber den Haftungsrisiken aus der Fortführung eines Handelsgeschäfts in ungeteilter Erbengemeinschaft erweisen<sup>169</sup>. Mit zu berücksichtigen sind auch offensichtliche Wirksamkeitsschranken des Gesellschafts-

<sup>163</sup> St. Rspr., vgl. BGHZ 17, 160, 163 = NJW 1955, 1067; 38, 26, 28 = NJW 1962, 2344; BGH NJW 1961, 724, 725; DB 1968, 932; WM 1972, 1368, 1370; so auch *Staudinger/Engler* BGB<sup>11</sup> §§ 1821, 1822, 78, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 21, *Hueck OHG* § 6 IV S. 63 f, *Baumbach/Duden/Hopt* Anm. 1B, *Wiedemann* (Fn. 161) S. 250 f, *Winkler* ZGR 1973, 193 ff; a. A. *Erman/Hefermehl* BGB<sup>7</sup> § 1822, 5, *Soergel/Damrau* BGB<sup>12</sup> § 1822, 25, *Schlegelberger/Gesfeller* Rdn. 54, *Beitzke* JR 1963, 182, *Knopp* BB 1962, 939, 942, *Stöber* Rpfleger 1968, 2 ff.

<sup>164</sup> EinhM, vgl. *Winkler* ZGR 1973, 211 f m. Nachw.

<sup>165</sup> BGHZ 17, 160, 164 f = NJW 1955, 1067; RGZ 122, 370, 372 f; OLG Karlsruhe NJW 1973, 1977; *Soergel/Damrau* BGB<sup>12</sup> § 1822, 19, *Winkler* ZGR 1973, 202 f.

<sup>165a</sup> So zutr. auch *Winkler* ZGR 1973, 204 f, *Soergel/Damrau* BGB<sup>12</sup> § 1822, 18; a. A. *Wiedemann* (Fn. 161) S. 246 f.

<sup>166</sup> Vgl. immerhin *Soergel/Damrau* BGB<sup>12</sup> § 1828, 8 ff, *Palandt/Diederichsen* BGB<sup>47</sup> § 1828, 2 c, *Haarländer* Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nach § 1822 Nr. 3, 2. Alt. BGB (Diss. Hamburg 1971), *Stöber* Rpfleger 1968, 11 und die Rspr.-Nachw. in Fn. 167.

<sup>167</sup> So neben den Nachw. in Fn. 166 auch BayObLGZ 1976, 281 ff = BB 1977, 669 und DB 1979, 2314 f; OLG Hamm BB 1983, 791.

<sup>167a</sup> BayObLGZ 1976, 281, 283 f, *Haarländer* (Fn. 166) S. 89 f.

<sup>168</sup> So in zutr. Abwägung OLG Hamm BB 1983, 791, 792.

<sup>169</sup> Vgl. den Fall BGHZ 92, 259 ff = NJW 1985, 136, bei dem die Haftung der minderjährigen Erben durch die (an der Ablehnung des Vormundschaftsgerichts gescheiterten) Einbringung des Handelsgeschäfts in eine KG hätte vermieden werden können (dazu oben Rdn. 55 ff).

vertrags, insbes. Verstöße gegen §§ 134, 138 BGB<sup>170</sup>. Dagegen scheidet eine Berücksichtigung von Belangen des öffentlichen Interesses im Rahmen der Genehmigungsscheidung aus<sup>171</sup>.

c) **Ehegatten.** Für die Beteiligung von Ehegatten an einer OHG (KG) bestehen **87**  
**gesellschaftsrechtlich** keine Schranken; eine Ausnahme gilt für die — als solche ausgeschlossene — gesamthänderische Beteiligung von in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten (Rdn. 90, 100). Im Grundsatz unbedenklich ist auch die Gründung einer OHG (KG) zwischen Ehegatten zum gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes<sup>172</sup>; Abgrenzungsprobleme treten hier im Unterschied zu konkludent vereinbarten Ehegatteninnengesellschaften<sup>173</sup> in aller Regel nicht auf. **Familienrechtlich** ist nach dem jeweiligen zwischen den Ehegatten geltenden Güterstand zu unterscheiden<sup>173a</sup>. Aus der Sicht der Mitgesellschafter am unproblematischsten ist es, wenn verheiratete Gesellschafter mit ihrem Ehegatten Gütertrennung vereinbaren, da der Gesellschaft in diesem Fall Risiken weder im Hinblick auf einen Zugewinnausgleich bei Beendigung der Ehe<sup>174</sup> noch auch mit Rücksicht auf die Schranken des § 1365 BGB (Rdn. 88) drohen. Nicht selten finden sich daher Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag, die den Gesellschaftern die Vereinbarung der Gütertrennung zur Pflicht machen und die Nichtbeachtung als Ausschlußgrund qualifizieren. Rechtliche Bedenken gegen die Wirksamkeit solcher Klauseln bestehen nicht.

Die Geltung des gesetzlichen Güterstands der **Zugewinnngemeinschaft** (§§ 1363 ff 88  
 BGB) läßt das Dispositionsrecht jedes Ehegatten über sein Vermögen und seine Fähigkeit, rechtsgeschäftliche Verpflichtungen einzugehen, im Grundsatz unberührt. Jeder Ehegatte kann sich daher ohne Mitwirkung des anderen an einer OHG (KG) beteiligen oder über den Anteil verfügen. Auch der Abschluß eines Gesellschaftsvertrags zwischen den Ehegatten begegnet keinen Bedenken. **Schranken** gelten nach § 1365 BGB und der für seine Auslegung maßgeblichen „subjektiven Einzeltheorie“<sup>175</sup> nur dann, wenn die Gesellschaftsbeteiligung (bzw. der Gegenstand der Einlagepflicht) tatsächlich das *wesentliche Vermögen* des Ehegatten-Gesellschafters bildet und diese Vermögensverhältnisse den übrigen Gesellschaftern *bekannt* sind. Liegt diese doppelte Voraussetzung ausnahmsweise vor, so ist nach § 1365 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB sowohl das Verpflichtungsgeschäft (der Beitrittsvertrag) als auch das Erfüllungsgeschäft (die Einbringung der Einlage in das Gesamthandsvermögen) ohne Einwilligung des anderen Ehegatten schwebend unwirksam<sup>176</sup>; lehnt dieser die Genehmigung ab, tritt endgültige Unwirksamkeit ein (vgl. näher § 1366 BGB; zu den Folgen für die in Vollzug gesetzte Gesellschaft vgl. Rdn. 352). Zur Anwendbarkeit von § 1365 BGB auf die Kündigungserklärung eines Ehegatten-Gesellschafters, dessen wesentliches Vermögen in der Gesellschaftsbeteiligung besteht, vgl. Erläut. zu § 132.

<sup>170</sup> Palandt/Diederichsen BGB<sup>47</sup> § 1828, 2c, Soergel/Damrau BGB<sup>12</sup> § 1828, 10.

<sup>171</sup> Soergel/Damrau BGB<sup>12</sup> § 1828, 9.

<sup>172</sup> Zum Sonderfall einer OHG zwischen Ehegatten, die in Gütergemeinschaft leben, vgl. BGHZ 65, 79, 81 = NJW 1975, 1774 und unten Rdn. 90.

<sup>173</sup> Dazu vgl. näher MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> Vor § 705, 45 ff, Lipp Die eherechtlichen Pflichten und ihre Verletzung (1988) S. 119 ff.

<sup>173a</sup> Vgl. Rdn. 88 bis 90. Zu etwaigen Schranken ausländischen Familienrechts bei Beteiligung von verheirateten Ausländern vgl. Staudinger/Großfeld BGB<sup>12</sup> Internat. Gesellschaftsrecht Rdn. 537 m. Nachw.

<sup>174</sup> Vgl. dazu und zur Möglichkeit des Risikoabschlusses etwa Fasselt Ausschluß von Zugewinnausgleichs- und Pflichtteilsansprüchen bei Beteiligungen an Familienunternehmen, DB 1982, 939.

<sup>175</sup> H. M., vgl. näher MünchKomm.-Gernhuber BGB § 1365, 12 f und 26 ff, Soergel/H. Lange BGB § 1365, 9 ff, jew. m. weit. Nachw.

<sup>176</sup> Kasuistik bei MünchKomm.-Gernhuber BGB § 1365, 68 ff und Soergel/H. Lange BGB § 1365, 51 ff. Abw. Rittner FamRZ 1961, 1 ff und ihm folgend Vorauf. Rdn. 25 d (Rob. Fischer) vom Boden der (heute überholten) auf das „Vermögen im ganzen“ abstellenden Gesamtheorie aus.

- 89** Im Fall der ehevertraglichen Vereinbarung von **Gütertrennung** (§ 1414 BGB) bestehen familienrechtlich keine Besonderheiten für die Gesellschaftsbeteiligung. Die Eheschließung und deren Folgen wirken sich auf die Mitgliedschaft in der OHG oder KG nicht aus. Darauf beruht das Interesse der Mitgesellschafter daran, daß Gesellschafter im Fall ihrer Eheschließung diesen Güterstand vereinbaren (vgl. Rdn. 87 a. E.).
- 90** Schwierigkeiten bereitet die Gesellschaftsbeteiligung von Ehegatten, die im Güterstand der **Gütergemeinschaft** (§§ 1415 ff BGB) leben, soweit sie die Beteiligung nicht mit Mitteln des nicht gesamthänderisch gebundenen, ihrer selbständigen Verwaltung unterliegenden Vorbehaltsguts (§ 1418 BGB) eingehen. Die Schwierigkeiten beruhen auf dem Surrogationsprinzip des § 1416 Abs. 1 S. 2 BGB. Danach würde eine **Beteiligung mit Mitteln des Gesamtguts** grundsätzlich dazu führen, daß auch der Gesellschaftsanteil zum Gesamtgut gehört; das ist aber unvereinbar mit der mangelnden Fähigkeit der Gütergemeinschaft, Gesellschafter einer OHG oder KG zu sein (Rdn. 100). Sofern die Ehegatten nicht in der Form des § 1410 BGB die Beteiligung nach § 1418 Abs. 1 Nr. 1 BGB zum Vorbehaltsgut erklären, ist die Kollision zwischen Familien- und Gesellschaftsrecht daher so zu lösen, daß der Gesellschaftsanteil als **Sondergut** (§ 1417 BGB) behandelt, d. h. vom Gesellschafter selbständig gehalten und für Rechnung des Gesamtguts verwaltet wird<sup>177</sup>. Für diese Lösung spricht auch, daß die Umqualifizierung zu Sondergut nach § 1417 Abs. 2 BGB bereits kraft Gesetzes eintritt, wenn — wie meist — der Gesellschaftsanteil nicht ohne Zustimmung der Mitgesellschafter übertragbar ist. Mit Rücksicht auf die aus § 1417 BGB folgende Aussonderung des Gesellschaftsanteils aus dem Gesamtgut ist sogar der Abschluß eines Gesellschaftsvertrags zwischen in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten als einzigen Gesellschaftern möglich<sup>178</sup>. Bedenken gegen diese Lösung sind zwar unter Hinweis auf § 1410 BGB in der höchstrichterlichen Rechtsprechung geäußert worden<sup>179</sup>. Sie vermögen jedoch schon deshalb nicht zu überzeugen, weil die Umwandlung von Gesamtgut in Sondergut<sup>180</sup> nicht Gegenstand, sondern gesetzliche Folge der Gesellschaftsbeteiligung der Ehegatten ist.

## 2. Juristische Personen

- 91 a) Grundsatz.** Die Fähigkeit juristischer Personen, Gesellschafter einer OHG oder KG zu sein, ist seit vielen Jahrzehnten anerkannt. Die Entwicklung hierzu begann im Jahr 1912 mit der Anerkennung einer GmbH als Komplementärin einer KG (GmbH & Co KG) durch das BayObLG (OLGE 27 331) und der Bestätigung dieser Rechtsprechung im Jahr 1922 durch RGZ 105 101<sup>181</sup>. Aufgrund der Einführung einer Reihe von **Sondervorschriften für die GmbH & Co OHG/KG** seit 1976 hat die Beteiligung juristischer Personen an einer OHG oder KG inzwischen auch ihre gesetzliche Anerkennung gefunden, dies freilich in Verbindung mit verschärften Regelungen betr. Verkehrsschutz

<sup>177</sup> Vgl. insbes. *Reuter/Kunath* JuS 1977, 378 ff. So im Erg. auch BGHZ 57, 123, 128 = NJW 1972, 48; BGH LM § 260 Nr. 1 BGB; RGZ 146, 282, 283; BayObLG DB 1981, 519, 520; *Soergel/Gaul* BGB<sup>11</sup> § 1416, 6, *Erman/Heckelmann* BGB<sup>7</sup> § 1417, 3, *Westermann* Rdn. I 121, *Baumbach/Duden/Hopt* Anm. 1 D; a. A. (Zugehörigkeit zum Gesamtgut) BFH BB 1969, 571, 572, *Gernhuber* FamR<sup>3</sup> § 38 II 6 S. 544 f, *Schlegelberger/Gefßler* Rdn. 55 d, *Tiedtke* FamRZ 1975, 676 ff.

<sup>178</sup> So auch *Lutter* AcP 161 (1962) 163, 170, *Beitzke* FamRZ 1975, 575, *Reuter/Kunath* JuS 1977, 376,

381, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 23, wohl auch *Schlegelberger/Martens* § 161, 39 und im Erg. (jedoch unter Zuordnung der Anteile zum Gesamtgut) *Tiedtke* FamRZ 1975, 675, 676 f; Gegenans. in Fn. 179.

<sup>179</sup> BGHZ 65, 79, 82 ff = NJW 1975, 1774; zust. *Schünemann* FamRZ 1976, 138; Gegenans. vgl. in Fn. 178.

<sup>180</sup> Nicht aber in Vorbehaltsgut, wie der BGH (BGHZ 65, 79, 81) zu Unrecht befürchtete.

<sup>181</sup> Vgl. zur Entwicklung der GmbH & Co KG näher Vorauf. Rdn. 26, dazu auch § 161, 29 ff.

und Haftung für diejenigen Gesellschaften, bei denen keine natürliche Person unbeschränkt für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet (vgl. §§ 19 Abs. 5, 125 a, 129 a, 130 a, 130 b, 172 Abs. 6, 172 a, 177 a).

**b) Arten.** Aus der Sicht des Personengesellschaftsrechts bestehen für die Zulassung **92** juristischer Personen als Gesellschafter **keine Schranken**. Das gilt nicht nur für juristische Personen des *Privatrechts* (AG, KGaA, e. V., rechtsfähige Stiftung u. a.), sondern auch für juristische Personen des *öffentlichen Rechts*<sup>182</sup>. Für die Beteiligung einer **ausländischen** juristischen Person an einer inländischen OHG oder KG kommt es neben der nach deutschem internationalen Gesellschaftsrecht zu beurteilenden Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit im Inland auch darauf an, daß sie nach ihrem ausländischen Personalstatut fähig ist, sich an Gesellschaften nach Art der OHG oder KG zu beteiligen<sup>183</sup>. Aus dieser Sicht hatte das BayObLG jedenfalls im Hinblick auf die Rechtslage innerhalb der EG keine Bedenken, die Beteiligung einer *Private limited company* britischen Rechts als Komplementärin einer deutschen KG trotz der damit verbundenen Möglichkeit der Umgehung innerstaatlichen Rechts zuzulassen<sup>184</sup>.

**c) Vorgesellschaft.** Die Fähigkeit einer **Vor-GmbH**, sich an einer OHG oder KG zu **93** beteiligen, war lange Zeit umstritten<sup>185</sup>. Die Frage stellte sich insbesondere im Hinblick auf die Gründung einer GmbH & Co KG mit einer noch nicht im Handelsregister eingetragenen (Vor-)GmbH als Komplementärin. Durch das Grundsatzurteil BGHZ 80 129 (132 ff, 143) = NJW 1981 1373 wurde die Komplementärfähigkeit der Vor-GmbH inzwischen unter einhelliger Zustimmung der Lit. zum GmbH-Recht<sup>186</sup> anerkannt. Voraussetzung für die Wirksamkeit der Beteiligung ist allerdings, daß die GmbH-Gründer dem Geschäftsführer eine über die notwendigen Gründungsgeschäfte hinausgehende, erweiterte Vertretungsmacht eingeräumt haben<sup>187</sup>. Wird die GmbH im Handelsregister eingetragen, so geht das Vermögen der Vor-GmbH im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf sie über. Damit erwirbt sie auch die Beteiligung an der OHG oder KG. Entsprechende Grundsätze gelten für die **Vor-AG**<sup>188</sup> und andere im Entstehen begriffene juristische Personen vergleichbarer Struktur, falls bei ihnen die Beteiligung an einer OHG oder KG ausnahmsweise praktisch wird.

### 3. Gesamthandsgemeinschaften

**a) OHG und KG.** Die Zulässigkeit der Beteiligung einer Personenhandelsgesellschaft (OHG oder KG) an einer anderen OHG oder KG wurde in der Rechtsprechung der Instanzgerichte auch nach Inkrafttreten des HGB lange Zeit verneint, während das Reichsgericht und zunächst auch der Bundesgerichtshof keine Gelegenheit zu einer **94**

<sup>182</sup> RGZ 163, 142, 149; *Soergel/Hadding* BGB 11 § 705, 27. Hiervon unabhängig ist die Frage etwaiger Beteiligungsschranken nach öff. Organisationsrecht.

<sup>183</sup> Sog. besondere Rechtsfähigkeit, vgl. BayObLG WM 1986, 968, 970, *Ebenroth/Eyles* DB 1988 Bei. 2 S. 18 f, MünchKomm.-*Ebenroth* EGBGB, Nach Art. 10, 235, 237, *Staudinger/Großfeld* (Fn. 173 a) Rdn. 219 ff, 221, jew. m. weit. Nachw. Allg. zur Anerkennung ausländ. jur. Personen im Inland vgl. MünchKomm.-*Ebenroth* aaO Rdn. 102 ff, *Staudinger/Großfeld* aaO Rdn. 123 ff.

<sup>184</sup> BayObLG WM 1986, 968, 970; dazu krit. *Großfeld* IPrax 1986, 351 ff, *Ebke* ZGR 1987, 245 ff, *Ebenroth/Eyles* (Fn. 183) S. 16 ff. Für Zulassung aus-

ländischer jur. Personen als Komplementäre einer inländischen KG auch schon *Bokelmann* BB 1972, 1426.

<sup>185</sup> Vgl. Nachw. bei *Hachenburg/Ulmer* GmbHG 7 II (Erg.-Bd.) § 11 Rdn. 122 Fn. 223, 225.

<sup>186</sup> Vgl. nur *Hachenburg/Ulmer* (Fn. 185) Rdn. 122, *Baumbach/Hueck* GmbHG<sup>15</sup> § 11, 62, *Scholz/K. Schmidt* GmbHG<sup>7</sup> § 11, 162 m. weit. Nachw.

<sup>187</sup> Vgl. näher *Hachenburg/Ulmer* (Fn. 185) Rdn. 50, 52 ff, 122, *Baumbach/Hueck* (Fn. 186) Rdn. 64; a. A. *Scholz/K. Schmidt* (Fn. 186) Rdn. 26, 63 f, 162.

<sup>188</sup> Vgl. dazu *Barz* in *Großkomm. AktG*<sup>3</sup> § 29, 6 ff, *Kraft* in *Kölner Komm. z. AktG*<sup>2</sup> § 41, 18 ff, 35 ff.

Stellungnahme hatten<sup>189</sup>. Der ablehnende Standpunkt war schwer verständlich angesichts der in § 124 zum Ausdruck kommenden Verselbständigung der OHG (KG) gegenüber ihren Mitgliedern, aber auch angesichts der Zulassung der OHG (KG) als Gesellschafter einer GbR<sup>190</sup>; er stieß bei der im Schrifttum h. M. zu Recht auf Widerspruch<sup>191</sup>. Der Streit hat spätestens dadurch seine Erledigung gefunden, daß der **Gesetzgeber** im Zuge der Einführung der Sondervorschriften für die GmbH & Co OHG/KG in das HGB (vgl. Rdn. 91), aber auch in § 4 Abs. 1 MitbestG die Existenz der „doppelstöckigen“ OHG oder KG ausdrücklich **anerkannt** hat<sup>192</sup>. Haftungsrechtliche Bedenken gegen derartige Gestaltungen bestehen nicht<sup>193</sup>. Auch der Umstand, daß der Rechtsverkehr sich im Fall der Mitgliedschaft einer OHG/KG bei einer anderen Gesellschaft Kenntnis über die dahinterstehenden Gesellschafter durch Einblick in das Handelsregister auch jener Gesellschaft verschaffen muß, bildet ebenso wie im Fall juristischer Personen als Gesellschafter einer OHG/KG kein ernstliches Hindernis. Soweit sich mit der Konstruktion der doppelstöckigen OHG oder KG wegen des mehrstufigen Willensbildungsprozesses und der Möglichkeit eines von der (Unter-)Gesellschaft nicht kontrollierten Mitgliederwechsels bei der beteiligten OHG/KG Schwierigkeiten für das *Innenverhältnis* der (Unter-)Gesellschaft verbinden, ist es Sache der Mitgesellschafter dieser Gesellschaft, auf eine geeignete Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags hinzuwirken. Zu mehrstufigen Unternehmensverbindungen im Konzernrecht der Personengesellschaften vgl. Anh. § 105, 52 f.

- 95** Eine Einschränkung erfährt der in Rdn. 94 dargelegte Grundsatz allerdings dadurch, daß die Rechtsnatur der OHG/KG als auf einem Schuldvertrag beruhende Gesamthand (Rdn. 16, 39 f) den **Erwerb eigener Anteile** durch die OHG/KG **ausschließt**: diese kann nicht Vertragspartner des ihre Grundlage bildenden Gesellschaftsvertrags sein. Die „Übertragung“ des Gesellschaftsanteils an die OHG/KG führt zum Wegfall der Mitgliedschaft unter Ausscheiden des Veräußerers und Anwachsung des Gesamthandsvermögens bei den verbleibenden Gesellschaftern. Parallelen zur Figur des Erwerbs eigener Anteile im Kapitalgesellschaftsrecht (§§ 71 AktG, 33 GmbHG) scheitern an der unterschiedlichen Rechtsnatur von juristischer Person und gesellschaftsrechtlicher Gesamthand. Wohl aber ist es konstruktiv möglich, daß Personenhandelsgesellschaften sich aneinander **wechselseitig beteiligen**, d. h. daß die OHG/KG A auch ihrerseits Gesellschafter der an ihr beteiligten OHG/KG B wird (vgl. auch § 172 Abs. 6). Eine Grenze bildet insoweit nur das Erfordernis von mindestens je *zwei* Gesellschaftern für den Bestand der OHG/KG (Rdn. 69); es schließt eine wechselseitige Beteiligung zu je 100 % aus.

<sup>189</sup> Vgl. die Rspr.-Nachw. in Vorauf. Rdn. 27. Abw. dann — wohl erstmals — OLG Stuttgart DR 1944, 575, LG Göttingen NJW 1949, 789 f und LG Lüneburg BB 1971, 1076. In BGH GmbH-Rdsch. 1973, 263 und NJW 1973, 2198 hatte dann auch der BGH mit Fällen einer doppelstöckigen KG zu tun, ohne ihre Zulässigkeit in Frage zu stellen.

<sup>190</sup> Vgl. RGZ 136, 236, 240; 142, 13, 21; a. A. wohl (obiter dictum) BGHZ 46, 291, 296 = NJW 1967, 826. Schrifttumsnachw. vgl. bei MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 705 Fn. 145.

<sup>191</sup> Vgl. schon *Düringer/Hachenburg/Flechtheim* Anm. 22, *Wieland* I S. 837, *Boesebeck* Die kapitalistische KG (1938) S. 78, *Geiler* JW 1924, 1113. So auch heute die einhM, vgl. nur *Hueck* OHG § 2 I 3a S. 22, *Schlegelberger/Gesler* Rdn. 27, *Baumbach/Duden/Hopt* Anm. 1 C.

<sup>192</sup> Vgl. die Formulierungen in §§ 19 Abs. 5 S. 2, 125 a Abs. 1 S. 3 u. a., die solche OHG/KG von der Anwendung der Sondervorschriften für die GmbH & Co. OHG/KG ausnehmen, zu deren persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere OHG/KG mit einer natürlichen Person als persönlich haftender Gesellschafter gehört, sowie die Zurechnungsvorschriften des § 4 Abs. 1 S. 2 und 3 MitbestG.

<sup>193</sup> Anders noch *Pfander* DB 1969, 823, 824 f unter Hinweis auf die Möglichkeit, daß sich an den zwei (oder mehr) verschachtelten OHG/KG ganz oder teilweise dieselben Personen beteiligen und die Gläubiger daher jeweils nur auf dieselben Vermögensmassen zugreifen können.

**b) Gesellschaft bürgerlichen Rechts.** Die Fähigkeit einer GbR, Gesellschafter einer OHG oder KG zu werden, wird von der ganz h. M. zu Recht **abgelehnt**<sup>194</sup>. Den Grund hierfür bildet nicht etwa der Rechtsformzwang der §§ 105, 161 für Vereinigungen zum gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes, da der Zweck einer an der OHG/KG beteiligten GbR gerade nicht auf den gemeinsamen Betrieb gerichtet wäre, sondern nur auf die Beteiligung als Gesellschafter hieran. Auch stünde die (angebliche, vgl. Rdn. 74 ff) Kaufmannseigenschaft unbeschränkt haftender Gesellschafter einer OHG/KG nicht entgegen<sup>195</sup>. Die Zulassung der Mitgliedschaft der GbR an einer OHG/KG scheitert vielmehr an der fehlenden Handelsregisterpublizität der Mitglieder der GbR und den sich damit für die Rechtsverfolgung im Rahmen der §§ 128, 171 verbindenden Schwierigkeiten. Das gilt entgegen vereinzelt abweichenden Stimmen nicht nur für die Beteiligung als unbeschränkt haftende Gesellschafter<sup>196</sup>, sondern auch für diejenige als Kommanditisten<sup>197</sup>. Die Rechtslage ist insoweit nicht vergleichbar mit derjenigen im GmbH-Recht, wo die Fähigkeit der GbR, Geschäftsanteile zu erwerben, überwiegend anerkannt ist<sup>198</sup>.

**c) Nichtrechtsfähiger Verein.** Das für die GbR Ausgeführte (Rdn. 96) gilt nach ganz h. M. entsprechend für den nichtrechtsfähigen Verein: auch er kann mangels Registerpublizität nicht Mitglied einer OHG oder KG werden<sup>199</sup>. Dieser Ansicht ließen sich zwar die im Vergleich zur typischen GbR größere Verselbständigung des nichtrechtsfähigen Vereins gegenüber seinen Mitgliedern, der regelmäßige Ausschluß ihrer persönlichen Haftung und die dem Gläubigerschutz in der OHG/KG entgegenkommende Handelndenhaftung der Vorstandsmitglieder des Vereins nach § 54 S. 2 BGB entgegenhalten. Indessen ist ein dringendes Bedürfnis für die Zulassung als Mitglied einer OHG/KG auch für den nichtrechtsfähigen Verein nicht erkennbar. Soweit Großvereine (Gewerkschaften u. a.) am Erwerb der Mitgliedschaft interessiert sind, können sie für diese Zwecke einen Treuhänder einschalten.

**d) Erbengemeinschaft.** Eine Erbengemeinschaft kann nach ständ. Rspr. und im Schrifttum ganz h. M. **nicht** Gesellschafter einer **werbenden OHG/KG** sein<sup>200</sup>. Als Hinderungsgründe werden die auf Auseinandersetzung gerichtete Struktur der Erbengemeinschaft (§ 2042 Abs. 2 BGB), das Verfügungsrecht der Mitglieder über ihren Erbanteil (§ 2033 Abs. 1 BGB) sowie die bis zur Auseinandersetzung bestehende Haftungsbeschränkung der Miterben auf den Nachlaß (§ 2059 Abs. 1 BGB) genannt: sie seien unvereinbar mit der Struktur der OHG/KG als einer auf persönlichen Zusammenschluß gegründeten Arbeits- und Haftungsgemeinschaft. Auf diesen Gründen beruht die von der Rechtsprechung in Abweichung von § 2032 BGB seit rd. 100 Jahren anerkannte **Sondervererbung** eines vererblich gestellten Gesellschaftsanteils unmittelbar an den oder die nachfolgeberechtigten Erben persönlich (vgl. Erläut. zu § 139). Angesichts dieser

<sup>194</sup> Vgl. nur BGH 46, 291, 296 = NJW 1967, 826; BGH WM 1966, 188; WM 1986, 1280; OLG Saarbrücken OLGZ 1982, 155 ff; Hueck OHG § 2 I 3 b S. 23, Westermann Rdn. I 119, Schlegelberger/Martens § 161, 33 a, Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 705, 24, Hobner NJW 1975, 718. Gegenansichten vgl. in Fn. 196, 197.

<sup>195</sup> So aber Westermann Rdn. I 119.

<sup>196</sup> Dafür Schönemann Grundprobleme der Handelsgesellschaft (1975) S. 204, Klamroth BB 1983, 796, 799 ff, und Brodersen Die Beteiligung der BGB-Gesellschaft an den Personenhandels-gesellschaften (1988) S. 15 ff, 109.

<sup>197</sup> Dafür Hartmann/Hartmann in Festschr. Werner (1984) S. 217, 219 ff, Brodersen (Fn. 196) S. 109 ff.

<sup>198</sup> Vgl. Hachenburg/Ulmer GmbHG<sup>7II</sup> (Erg.-Bd.) § 2, 68 m. Nachw. z. Meinungsstand.

<sup>199</sup> Hueck OHG § 2 I 3 b S. 23, Westermann Rdn. I 120, Schlegelberger/Martens § 161, 35.

<sup>200</sup> So schon RGZ 16, 40, 56, vgl. weiter BGHZ 22, 186, 192 = NJW 1957, 180; 68, 225, 237 = NJW 1977, 1339. Näher hierzu und zu vereinzelt abw. Ansichten auch der neueren Lit. vgl. in Erläut. zu § 139.

wohl etablierten höchstrichterlichen Rechtsfortbildung besteht kein Anlaß, ihre Prämissen in Frage zu stellen. — Zur davon zu unterscheidenden Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft vgl. Rdn. 55 ff.

**99** Enthält der Gesellschaftsvertrag ausnahmsweise keine Fortsetzungs- oder Nachfolgeklausel und wird die **Gesellschaft** daher nach gesetzlicher Regel (§ 131 Nr. 4) durch den Tod eines Gesellschafters **aufgelöst**, so entfallen die gegen die Mitgliedschaft einer Erbengemeinschaft in der werbenden OHG/KG gerichteten Bedenken. Für eine Sondervererbung besteht kein Anlaß, der Anteil an der Liquidationsgesellschaft fällt in den gesamthänderisch gebundenen Nachlaß und steht der Erbengemeinschaft zu. Vgl. dazu Erläut. zu § 131 Nr. 4.

**100 e) Eheleiche Gütergemeinschaft.** Für die eheliche Gütergemeinschaft gelten nach h. M. entsprechende Grundsätze wie für die Erbengemeinschaft (Rdn. 98): auch sie (bzw. die Ehegatten als Gesamthänder) kann als solche nicht Gesellschafter einer OHG/KG sein<sup>201</sup>. Das schließt die Beteiligung von in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten an einer OHG/KG, ja sogar die Gründung einer OHG/KG ausschließlich zwischen ihnen, zwar nicht aus<sup>202</sup>. Jedoch fällt der Gesellschaftsanteil nicht in das Gesamtgut, sondern wird zum Sondergut des (der) beteiligten Ehegatten (§ 1417 BGB), soweit er im Ehevertrag nicht zum Vorbehaltsgut (§ 1418 BGB) erklärt oder mit Mitteln des Vorbehaltsguts erworben worden ist. Vgl. näher Rdn. 90.

### III. Sonderfälle

#### 1. Treuhand

##### Schrifttum

*Bälz* Treuhandkommanditist, Treuhänder der Kommanditisten und Anlegerschutz — Für eine organschaftliche Publikumstreuhand —, ZGR 1980 1; *Beuthien* Treuhand an Gesellschaftsanteilen, ZGR 1974 26; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 1981; *Coing* Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973; *Eden* Treuhanderschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen, 1981; *John* Die treuhänderische Übertragung von Anteilen an einer handelsrechtlichen Personengesellschaft, in: *Hadding/U. H. Schneider* (Hrsg.) Gesellschaftsanteile als Kreditsicherheit, 1979, S. 83; *Kötz* Trust und Treuhand, 1963; *Kraft* Beendigung des Treuhandverhältnisses bei der treuhänderisch organisierten Publikums-KG — Besprechung der Entscheidung BGHZ 73, 294 —, ZGR 1980 399; *Maulbetsch* Beirat und Treuhand in der Publikumspersonengesellschaft, 1984; *ders.* Die Unabhängigkeit des Treuhandkommanditisten von der Geschäftsführung bei der Publikums-Personengesellschaft, DB 1984 2232; *Mathews/Liebich* Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft, 2. Aufl. 1983; *Vossius* Sicherungsgeschäfte bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen, BB 1988 Beil. 5; *Wank* Mißbrauch der Treuhandstellung und der Vertretungsmacht, Anmerkung zu BGH, WM 1977, 525, JuS 1979 402.

Dissertationen: *Kümmerlein* Erscheinungsformen und Probleme der Verwaltungstreuhand bei Personenhandelsgesellschaften (Münster 1971); *Markwardt* Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse bei Personengesellschaften (Marburg 1973); *Waltraud Müller* Die Sicherungsübertragung von Anteilen an Personengesellschaften (Hamburg 1968); *Hans-Jürgen Wolff* Der Treuhänderkommanditist (Köln 1966).

<sup>201</sup> So auch *Hueck* OHG § 2 I 3 d S. 24, *Westermann* Rdn. I 121, *Wiedemann* (Fn. 161) S. 205 ff, *Schlegelberger/Martens* § 161, 39, eingeh. *Reuter/Kunath* JuS 1977, 376, 380. Unklar BayObLG DB 1981, 519, 520 (gegen Gesellschafterbeteiligung, aber für Zuordnung eines übertragbaren Anteils zum Ge-

samtgut) sowie diejenigen Autoren, die sich für Zugehörigkeit des Anteils zum Gesamtgut aussprechen (Nachw. in Fn. 177 aE).

<sup>202</sup> A. A. BGHZ 65, 79, 81 = NJW 1975, 1774; vgl. dagegen Rdn. 90 und Fn. 178, 179.

**a) Vorkommen, Arten.** Treuhandverhältnisse sind — in der Form der fiduziarischen Vollrechtstreuhand<sup>203</sup> — bei Gesellschaftsanteilen einer OHG oder KG nicht selten anzutreffen. Entsprechend umfangreich ist die Literatur zur gesellschaftsrechtlichen Treuhand<sup>204</sup>. Für die Vereinbarung einer Treuhand kann es eine **Vielzahl von Gründen** geben, angefangen von der Nichtoffenlegung der Berechtigung des Treugebers als des wirtschaftlich Beteiligten über die Ausübung der Gesellschafterrechte durch einen Dritten (Testamentsvollstrecker u. a., vgl. Erläut. zu § 139) anstelle des „wahren“ Inhabers bis hin zu Vereinfachungszwecken wie im Fall des einheitlichen Treuhänders für zahlreiche Treugeber bei der Publikums-KG (vgl. Anh. § 161, 3). Insoweit handelt es sich jeweils um Fälle einer fremdnützigen oder *Verwaltungstreuhand*. Von ihr unterscheidet sich die ebenfalls nicht selten vorkommende eigennützige oder *Sicherungstreuhand*, bei der der Treugeber den Gesellschaftsanteil zur Absicherung eines Kredits oder sonstiger Verbindlichkeiten auf ein Kreditinstitut o. ä. als Treuhänder überträgt<sup>205</sup>. Zur Abgrenzung von Treuhand und Unterbeteiligung und zu den Parallelen zwischen beiden Instituten vgl. Rdn. 110.

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ist wesentlich, daß die **Mitgliedschaftsrechte und -pflichten** grundsätzlich den **Treuhänder** als (formalen) Inhaber des Gesellschaftsanteils betreffen. Das gilt jedenfalls für die Fälle der *verdeckten* Treuhand, in denen die Treuhandbeziehung — meist ein Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 662, 675 BGB)<sup>205a</sup> — sich auf das Innenverhältnis zwischen Treuhänder und Treugeber beschränkt, während ein unmittelbares Rechtsverhältnis des Treugebers zur Gesellschaft nicht besteht (vgl. Rdn. 103 ff). Demgegenüber kann bei der *offenen*, im Gesellschaftsvertrag zugelassenen oder mit Zustimmung der Mitgesellschafter eingegangenen Treuhand nach außen neben dem Treuhänder als Gesellschafter auch der Treugeber in Erscheinung treten; er ist ggf. im Handelsregister einzutragen (str., vgl. § 106, 17) und haftet den Gläubigern der OHG (KG) nach §§ 128, 171. Dementsprechend finden sich in diesen Fällen nicht selten Gestaltungen, die dem Treugeber eigene Mitspracherechte in der Gesellschaft einräumen und ihn auf diese Weise in den Gesellschaftsverband einbeziehen (vgl. näher Rdn. 106 f).

**b) Verdeckte Treuhand.** Den Regelfall der fiduziarischen Vollrechtstreuhand bildet die sog. verdeckte Treuhand, die vom Treuhänder nicht offengelegt oder jedenfalls ohne Zustimmung der Mitgesellschafter eingegangen ist. Insoweit bewendet es bei dem in Rdn. 102 betonten Grundsatz, wonach gegenüber Gesellschaft und Mitgesellschaftern aus dem Anteil berechtigt und verpflichtet nur der Treuhänder ist, nicht aber der Treugeber oder Hintermann<sup>206</sup>. Die **Eingehung des Treuhandverhältnisses** begründet

<sup>203</sup> Im Unterschied zur Ermächtigungs- und zur Vollmachtstreuhand, bei denen die dingliche Berechtigung (= Mitgliedschaft) beim Treugeber verbleibt. Vgl. MünchKomm.-Thiele BGB<sup>2</sup> Vor § 164, 29, Coing Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts (1973) S. 88 ff, Beuthien ZGR 1974, 29, Blaurock Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen (1981) S. 123, Schlegelberger/K. Schmidt Vor § 335, 30. Den Fall einer — wegen „Selbstentmündigung“ des Treugebers nach § 138 BGB nichtigen — Ermächtigungstreuhand behandelt BGHZ 44, 158, 161 = NJW 1965, 2147.

<sup>204</sup> Vgl. außer den Lit.-Angaben vor Rdn. 101 insbes. auch Schlegelberger/K. Schmidt Vor § 335, 29 ff und Westermann Rdn. I 113.1 ff.

<sup>205</sup> Näheres zur Sicherungstreuhand an Gesellschaftsanteilen von Personengesellschaften in den

Beiträgen von John, Pick, Rümker, U. Wagner im Sammelband von Hadding/Schneider (Herausg.), Gesellschaftsanteile als Kreditsicherheit (1979); ferner Eden Treuhandschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen (1981) S. 243 ff, W. Müller aaO (Diss. 1968), passim, und Vossius BB 1988 Beil. 5.

<sup>205a</sup> Zum Inhalt des Treuhandvertrags vgl. näher Schlegelberger/K. Schmidt Vor § 335, 44 m. Nachw.

<sup>206</sup> Ganz h. M., vgl. BGHZ 3, 354, 360 = NJW 1952, 178; 32, 17, 29 = NJW 1960, 866; RGZ 138, 106, 108; 159, 272, 281; Beuthien ZGR 1974, 47 ff, H. Westermann Rdn. I 113.1, Schlegelberger/K. Schmidt Vor § 335, 51.

nur obligatorische Bindungen zwischen Treugeber und Treuhänder; sie gewährt dem Treugeber keine unmittelbar gegenüber der Gesellschaft wirkenden Rechte (Rdn. 104). War der Treuhänder schon bisher Gesellschafter und unterwirft er sich nunmehr unter Fortbestand der Mitgliedschaft einer Treuhandbeziehung, so bedarf sie nicht der Zulassung durch die Mitgesellschafter<sup>207</sup>. Die verbreitet anzutreffende Gegenansicht<sup>208</sup> ist wenig praktikabel, da die Durchsetzung des Erfordernisses einer besonderen Zulassung meist schon an der mangelnden Offenlegung der Treuhand scheitern dürfte. Sie setzt sich aber auch dem Einwand aus, nicht hinreichend zwischen den verschiedenen Vertragsbeziehungen zu unterscheiden und die Unwirksamkeit des Treuhandvertrags aus einem Rechtsverhältnis zu Dritten (dem Gesellschaftsvertrag) abzuleiten. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß Gegenstand der Treuhand der Gesellschaftsanteil einschließlich der damit verbundenen Verpflichtungen ist<sup>209</sup>; er führt nicht etwa zur Er Streckung dieser Pflichten auf den Treugeber oder zur Einschränkung der Verpflichtungsfähigkeit des Treuhänders gegenüber Dritten. Wohl aber sind Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen den Treuhänder wegen Treupflichtverletzung denkbar, wenn nach Lage des Falles eine Interessenkollision zwischen Treugeber und Gesellschaft unvermeidlich ist, etwa wegen eines bestehenden Konkurrenzverhältnisses<sup>210</sup>. Sittenwidrigkeit des Treuhandvertrags kommt nach § 138 BGB nur in den seltenen Fällen eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen Treuhänder und Treugeber zum Schaden der Mitgesellschafter oder der Verleitung des Gesellschafter-Treuhänders durch den Treugeber zum Vertragsbruch in Betracht<sup>211</sup>.

- 104** Der strikten Trennung zwischen Gesellschaft und Treuhandvertrag bei der verdeckten Treuhand entspricht das Fehlen unmittelbarer Beziehungen des Treugebers gegenüber der Gesellschaft. Für die **Rechtsstellung des Treugebers** ist kennzeichnend, daß ihm Einwirkungen auf die Gesellschaft nur auf dem Weg über den Treuhänder möglich sind; ihre Durchsetzung wird begrenzt durch die für den Treuhänder geltenden, geschriebenen und ungeschriebenen gesellschaftsrechtlichen Schranken<sup>211a</sup>. Demgemäß ist eine ohne Zulassung durch die Mitgesellschafter eingegangene uneingeschränkte **Stimmbindung** des Treuhänders unwirksam<sup>212</sup>; sie kann nicht nach § 894 ZPO vollstreckt werden. **Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche** stehen dem Treugeber nur gegen den Treuhänder zu, und auch das nur, soweit nicht das vorrangige Geheimhaltungsinteresse der Gesellschafter entgegensteht<sup>213</sup>. Keinen Schranken unterliegt zwar die Geltendmachung der mit dem Anteil verbundenen, nach § 717 S. 2 BGB selbständig übertragbaren

<sup>207</sup> So auch *Beuthien* ZGR 1974, 39, *Markwardt* aaO (Diss. 1973) S. 46 f; Gegenans. vgl. in Fn. 208. — Zur Zustimmungsbedürftigkeit der treuhänderischen Abtretung vgl. BGHZ 24, 106, 114 = NJW 1957, 1026.

<sup>208</sup> So *Blaurock* (Fn. 203) S. 153, *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 47, *Kümmerlein* aaO (Diss. 1971) S. 30 f, und die im GmbH-Recht für den Fall der Genehmigungsbefähigung der Anteilsübertragung h. M. (vgl. *Hachenburg/Schilling/Zutt* GmbHG § 15, 97, *Wiedemann* (Fn. 161) S. 84 m. weit. Nachw.).

<sup>209</sup> Hierauf stellt etwa *Blaurock* (Fn. 203) S. 134 ab.

<sup>210</sup> Für mögliche Treupflichtverletzung schon bei Nichtoffenlegung des Treuhandverhältnisses *Beuthien* ZGR 1974, 41 ff, *Westermann* Rdn. I 113.4; vgl. auch BGH WM 1971, 306 (rechtl. Interesse der Mitgesellschafter an Feststellung der Treuhänder-eigenschaft eines Gesellschafters) und BGH

WM 1982, 234, 235 (Treupflichtverstoß durch Anteilsübertragung an einen Wettbewerber).

<sup>211</sup> BGH WM 1977, 525, 527; allg. vgl. auch *Soergel/Hefermehl* BGB<sup>12</sup> § 138, 35, 142 ff, 155, Münch-Komm.-*Mayer-Maly* BGB<sup>2</sup> § 138, 85 ff m. weit. Nachw.

<sup>211a</sup> H. M., vgl. BGHZ 3, 354, 360 = NJW 1952, 178; *Blaurock* (Fn. 203) S. 134, *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 65.

<sup>212</sup> Vgl. näher Erläut. zu § 119; zur abw. Beurteilung bei der offenen Treuhand vgl. Rdn. 106. Allgemein für Zulässigkeit uneingeschränkter Stimmbindung des Treuhänders aber *Blaurock* (Fn. 203), S. 189 ff, *Eden* (Fn. 205) S. 60 f, *Markwardt* (Fn. 207) S. 63 ff, *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 56.

<sup>213</sup> H. M., vgl. *Blaurock* (Fn. 203) S. 134, *Eden* (Fn. 205) S. 70, *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 66.

**Vermögensrechte** (Gewinn, Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben). Anderes gilt jedoch für den Anspruch auf Übertragung des Treuguts (des Gesellschaftsanteils) auf den Treugeber bei Beendigung des Treuhandverhältnisses; er kann nur mit Zustimmung der Mitgesellschafter erfüllt werden<sup>214</sup>, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag die Anteilsübertragung ausnahmsweise gestattet (Rdn. 306 f).

Die **Rechtsstellung des Treuhänders in der Gesellschaft** wird durch das Bestehen der verdeckten Treuhand grundsätzlich nicht berührt. Er ist nach außen und innen uneingeschränkt Gesellschafter; für die Eintragung eines Treuhandvermerks im Handelsregister ist kein Raum<sup>215</sup>. Bei Eingehung der Treuhand und Befolgung von Wünschen oder Weisungen des Treugebers hat er die Treupflicht in der Gesellschaft zu respektieren und eine Schädigung oder Gefährdung der Gesellschaft zu vermeiden. Verstöße hiergegen können zu seiner Schadensersatzhaftung führen und einen wichtigen Ausschlußgrund ihm gegenüber bilden<sup>216</sup>; eine Rechtfertigung durch die bestehende Treuhandbeziehung scheidet als Einwand aus einem Rechtsverhältnis zu Dritten aus. Seine **Ansprüche gegen den Treugeber** richten sich nach §§ 669, 670 BGB: neben dem Ersatz der Aufwendungen kann er vom Treugeber grundsätzlich auch Freistellung von den ihn nach §§ 128, 171 treffenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft verlangen<sup>217</sup>. In den durch die Treupflicht in der OHG/KG gesetzten Grenzen ist er dem Treugeber zu sorgfältiger Amtsführung verpflichtet und hat ihm das aus dem Treugut (der Mitgliedschaft) Erlangte herauszugeben.

c) **Offene Treuhand**. Im Unterschied zur verdeckten kann die im Gesellschaftsvertrag als solche zugelassene oder mit **Zustimmung der Mitgesellschafter** eingegangene offene (qualifizierte) Treuhand im **Innenverhältnis** der Gesellschaft zur Einbeziehung des Treugebers in den Gesellschaftsverband und zu dessen interner Mitberechtigung führen<sup>218</sup>; im Fall eines nicht voll geschäftsfähigen Treugebers kann sich daraus die Notwendigkeit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB ergeben<sup>218a</sup>. Das Treuhandverhältnis geht dadurch über eine obligatorische Beziehung zum Treuhänder u. U. deutlich hinaus<sup>219</sup>. Das gilt namentlich dann, wenn dem Treugeber gesellschaftsvertraglich **Kontrollrechte oder Anweisungsbefugnisse** gegenüber der OHG/KG eingeräumt sind<sup>220</sup>. Das für Mitverwaltungsrechte geltende Abspaltungsverbot (§ 717 S. 1, vgl. dazu § 109, 26) steht derartigen Vereinbarungen mit Rücksicht auf

<sup>214</sup> Soweit nicht die Zustimmung zur Begründung des Treuhandverhältnisses erteilt war und hierin zugleich die vorweggenommene Zustimmung zur Rückübertragung zu sehen ist (vgl. Rspr.-Nachw. in Fn. 227).

<sup>215</sup> H. M., vgl. *Blaurock* (Fn. 203) S. 159 f, *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 51, *Westermann* Rdn. I 113.1. Zur verwandten Problematik eines Testamentsvollstreckervermerks vgl. Erläut. zu § 139.

<sup>216</sup> Vgl. BGHZ 32, 17, 33 = NJW 1960, 866; *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 49; *Baumbach/Duden/Hopt* Anm. 17; näher dazu vgl. in Erläut. zu § 140.

<sup>217</sup> So zutr. *Markwardt* (Fn. 207) S. 74, *Maulbetsch* Beirat und Treuhand in der Publikumpersonengesellschaft (1984) S. 168 f, *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 53 und 67. Vgl. auch BGHZ 76, 127, 130 f = NJW 1980, 1163 zu den Rechten des Treuhänders in der Publikums-KG.

<sup>218</sup> BGHZ 10, 44, 49 f = NJW 1953, 1548; BGH WM 1987, 811.

<sup>218a</sup> So auch *Beuthien* ZGR 1974, 37 f; zurückhaltend *Westermann* Rdn. I 113.6; zur abw. Ansicht des BGH vgl. *U. Huber* JZ 1968, 792.

<sup>219</sup> Das entspricht der allgemein für die „offene“ Treuhand zu beobachtenden Tendenz, Treuhandbeziehungen abweichend von der formalen Rechtsstellung in gewissem Umfang Drittwirkung zu verleihen (vgl. etwa *Soergel/Schultze-v. Lasaulx* BGB<sup>10</sup> Vor § 164, 76 ff).

<sup>220</sup> BGHZ 10, 44, 50 = NJW 1953, 1548; ebenso *Fleck* in Festschr. Rob. Fischer (1979) S. 107, 127, *Blaurock* (Fn. 203) S. 181 f, *Reuter* ZGR 1978, 633, 642, *Hueck* OHG § 2 I 4 S. 25, *Westermann* Rdn. I 113.8, *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 69. Vgl. dazu und zu abw. Ansichten Münch-Komm.-*Ulmer* BGB<sup>2</sup> § 705, 78 und Fn. 179–181.

die (Teil-)Einbeziehung des Treugebers in den Gesellschaftsverband nicht entgegen<sup>221</sup>. Aus denselben Gründen bestehen, anders als bei der verdeckten Treuhand, auch keine Schranken für **Stimmbindungsverträge** zwischen Treugeber und Treuhänder<sup>222</sup>. Gefahren für die Gesellschaft sind hieraus schon deshalb nicht zu befürchten, weil auch der Treugeber als mittelbar Beteiligter der **Treupflicht** unterliegt<sup>223</sup>. Die Mitgesellschafter haben auch ihrerseits die zwischen ihnen und dem Treugeber begründeten Beziehungen zu respektieren. Der Treuhänder kann ihnen gegenüber nicht mit Wirksamkeit für den Treugeber gegen dessen Willen Vertragsänderungen zustimmen, die eine einseitige Verschlechterung von dessen Rechtsposition zur Folge haben<sup>224</sup>. Zur Möglichkeit des Ausschlusses des Treuhänders aus Gründen in der Person des Treugebers vgl. Erläut. zu § 140, zur Eintragung auch des Treugebers bei offener Treuhand im Handelsregister vgl. § 106, 17 (str.), zur Außenhaftung des Treugebers vgl. Rdn. 102.

- 107** Hinsichtlich der **Anteilsverfügung** ist im Fall der offenen Treuhand zu unterscheiden. **Zustimmungsbedürftig** seitens der Mitgesellschafter ist vorbehaltlich abweichender Regelungen im Gesellschaftsvertrag<sup>225</sup> die Begründung der offenen Treuhand und die Einräumung damit verbundener Mitverwaltungsrechte gegenüber der Gesellschaft, und zwar unabhängig davon, ob sie sich mit der Übertragung des Gesellschaftsanteils auf den Treuhänder verbindet oder auf der Umwandlung seiner bisherigen Vollrechtsstellung durch vertragliche Unterwerfung gegenüber dem Treugeber beruht. Zustimmungsbefürftig ist auch die **Übertragung der Treugeberstellung** ohne Auswechslung des Treuhänders, da sie die Mitwirkungsrechte des Treugebers in der Gesellschaft auf den Erwerber übergehen läßt<sup>226</sup>. War bei Begründung der Treuhandschaft der Gesellschaftsanteil mit Zustimmung der Mitgesellschafter vom Treugeber auf den Treuhänder übertragen worden, so umfaßt die Zustimmung regelmäßig auch die spätere Rückübertragung des Anteils bei Beendigung der Treuhandschaft<sup>227</sup>; sie kann nur aus wichtigem Grund widerrufen werden<sup>228</sup>. Der **Treuhänder** selbst kann — als formeller Anteilsinhaber — mit Zustimmung der Mitgesellschafter zwar noch über den Anteil verfügen; jedoch müssen sich Anteilserwerber, die den Mißbrauch der Verfügungsbefugnis kennen, diese Kenntnis nach den Grundsätzen über den Vollmachtsmißbrauch entgegenhalten lassen<sup>229</sup>.

<sup>221</sup> So zutr. insbes. *Fleck* (Fn. 220) S. 118 ff (für die GmbH); im Grundsatz auch *Blaurock* (Fn. 203) S. 181 f, *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 60, 69 m. weit. Nachw. Vgl. auch BGH WM 1976, 1247, 1249 f zur Stimmrechtsabspaltung bei treuhänderisch gehaltenen GmbH-Anteilen.

<sup>222</sup> So auch *Beuthien* ZGR 1974, 43, 45 und *Flume* I/1 § 14 IV S. 232; zur abw. Beurteilung bei der verdeckten Treuhand (str.) vgl. Rdn. 104 und Fn. 212.

<sup>223</sup> Vgl. näher *Fleck* (Fn. 220) S. 118 ff; so auch *Blaurock* (Fn. 203) S. 202 und *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 69.

<sup>224</sup> Vgl. den Fall BGH NJW 1968, 1471 (einseit. Verminderung der Gesellschaftsbeteiligung), dazu *U. Huber* JZ 1968, 791.

<sup>225</sup> Die Zulassung der Verfügung über Anteile (bzw. Treugeberpositionen) findet sich typischerweise in Gesellschaftsverträgen von Publikums-Komman-

ditgesellschaften, vgl. *Blaurock* (Fn. 203) S. 152 f, *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 76.

<sup>226</sup> *Westermann* Rdn. I 113.8; so für Treugeberrechte an GmbH-Anteilen auch BGH NJW 1965, 1376, 1377; RGZ 159, 272, 280 ff; *Hachenburg/Schilling/Zutt* GmbHG<sup>7</sup> § 15, 101 (h. M.).

<sup>227</sup> BGHZ 77, 392, 395 = NJW 1980, 2708; BGH NJW 1965, 1376; WM 1985, 1143, 1144.

<sup>228</sup> Weitergehend — für Unwiderruflichkeit der Zustimmung im Fall der Sicherungsabtretung — BGHZ 77, 392, 397 f; anders noch BGH NJW 1965, 1376.

<sup>229</sup> Str., wie hier *Coing* (Fn. 203) S. 167, *Kötz* NJW 1968, 1471 f, *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 62, *Westermann* Rdn. I 113.5, *Blaurock* (Fn. 203) S. 130 ff. A. A. BGH NJW 1968, 1471 und WM 1977, 525, 527; so auch *Beuthien* ZGR 1974, 60 f, *U. Huber* JZ 1968, 791 ff, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 29.

## 2. Unterbeteiligung

### Schrifttum

*Bender* Nießbrauch und Unterbeteiligung an Personengesellschaftsanteilen, DB 1979 1445; *Bilsdorfer* Gesellschafts- und steuerrechtliche Probleme bei Unterbeteiligung von Familienangehörigen, NJW 1980 2785; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 1981; *Böttcher/Zartmann/Faut* Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, 3. Aufl. 1978; *Esch* Die Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen, NJW 1964 902; *Friehe* Die Unterbeteiligung bei Personengesellschaften, 1974; *Merkel* Zur Problematik der Unterbeteiligung an einer OHG-Beteiligung, NJW 1966 1552; *Petzold* Die Unterbeteiligung im Gesellschafts- und Steuerrecht, NWB 1974, Fach 18, S. 2195 ff; *Ulbrich* Die Unterbeteiligungsgesellschaft an Personengesellschaftsanteilen, 1982; *Udo Wagner* Die Unterbeteiligung an einem OHG-Anteil, 1975.

Dissertationen: *Gerd Meyer* Die Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen (Münster 1971); *Winterstein* Die Unterbeteiligung an OHG- und KG-Anteilen als stille Gesellschaft (Hamburg 1969).

a) **Allgemeines.** Unter Unterbeteiligung versteht man die vertraglich eingeräumte 108 Mitberechtigung einer oder mehrerer Personen an einem dem „Hauptbeteiligten“ zustehenden Gesellschaftsanteil, insbes. an dessen Erträgen, je nach Vertragsgestaltung auch an dem auf den Anteil entfallenden Verlust und an dessen Wertzuwachs<sup>230</sup>. Die **Gründe für die Eingehung** der Unterbeteiligung sind vielfältiger Natur<sup>231</sup>. Sie reichen von der verdeckten Beteiligung eines Dritten am Erfolg der Gesellschaft über die Befriedigung zusätzlichen Kapitalbedarfs des Hauptgesellschafters oder die teilweise interne Vorwegnahme der Gesellschafternachfolge bis hin zur Vermeidung einer Abfindung „weichender“ Erben durch den nachfolgeberechtigten Erben im Fall qualifizierter, auf einen Teil der Miterben beschränkter Gesellschafter-Nachfolge (vgl. Erläut. zu § 139). Meist geht es darum, die wirtschaftliche Mitberechtigung eines Dritten am Anteil auch ohne die zur (Teil-)Übertragung erforderliche Zustimmung der Mitgesellschafter zu ermöglichen. Insgesamt dürfte der Unterbeteiligung an Personengesellschaftsanteilen nicht unerhebliche praktische Bedeutung zukommen, auch wenn sie bisher nicht in größerem Umfang Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen war<sup>232</sup>.

Auf die Einzelheiten der Unterbeteiligung und insbes. auf das Rechtsverhältnis zwischen Haupt- und Unterbeteiligtem ist hier nicht näher einzugehen. Insoweit sei auf die Kommentierung des Rechts der GbR und der stillen Gesellschaft als der hierfür einschlägigen Materien verwiesen<sup>233</sup>. In bezug auf das Recht der OHG/KG ist wesentlich, daß der **Unterbeteiligte** im Regelfall in keiner direkten Beziehung zur (Haupt-)Gesellschaft steht, insbes. **kein Mitglied der OHG/KG** ist, sondern auf obligatorische Rechte gegenüber dem Hauptgesellschafter beschränkt ist. Zum Sonderfall der offenen Unterbeteiligung vgl. Rdn. 113. 109

b) **Parallelen und Unterschiede zur Treuhand.** Von der Treuhand am Gesellschaftsanteil wird die Unterbeteiligung üblicherweise scharf unterschieden<sup>234</sup>. Überschneidun- 110

<sup>230</sup> Vgl. etwa MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> Vor § 705, 62, *Schlegelberger/K. Schmidt* § 335, 182 f, *Westermann* Rdn. I 940, *Blaurock* (Fn. 203) S. 54.

<sup>231</sup> Vgl. näher *Westermann* Rdn. I 951 ff, *Schlegelberger/K. Schmidt* § 335, 188, *Blaurock* (Fn. 203) S. 55 ff.

<sup>232</sup> Vgl. insbes. BGHZ 50, 316, 323 ff = NJW 1968, 2003; ferner BGH WM 1966, 188; WM 1967, 685.

<sup>233</sup> Vgl. Erläut. zu § 230; ferner MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> Vor § 705, 62 ff, *Schlegelberger/K. Schmidt* § 335, 182 ff, und *Westermann* Rdn. I 939 ff. Aus

dem Spezialschrifttum (Nachw. vor Rdn. 108) vgl. insbes. die Monografien von *Blaurock*, *Friehe*, *Ulbrich* und *U. Wagner*.

<sup>234</sup> Vgl. insbes. *Böttcher/Zartmann/Faut* Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung (1978)<sup>3</sup>, S. 58 f, *Eden* (Fn. 205) S. 27 f, *Wiedemann* (Fn. 161) S. 387; im Grundsatz auch *Blaurock* (Fn. 203), S. 108, 115 und *Ulbrich* Die Unterbeteiligungsgesellschaft an Personengesellschaftsanteilen (1981) S. 84 ff; zu Recht stärker relativierend *Hüffer* JuS 1979, 460 und *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 38.

gen werden nur für solche Fälle anerkannt, in denen der Ertrag der Beteiligung im Innenverhältnis voll dem Unterbeteiligten zusteht und der Hauptbeteiligte sich dessen Weisungen unterwirft<sup>235</sup>. An dieser Trennung ist richtig, daß sich das **Innenverhältnis** zwischen Haupt- und Unterbeteiligten — regelmäßig eine GbR in Form der Innengesellschaft<sup>236</sup> — typischerweise deutlich von dem „vertikalen“ Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis als üblicher Rechtsnatur der Treuhand (Rdn. 102) unterscheidet. Anderes gilt jedoch für die hier im Mittelpunkt stehende, auf das **Verhältnis des Unterbeteiligten oder Treugebers zur OHG/KG** abstellende Betrachtung. Insofern sind die bestehenden Parallelen auch dann unverkennbar, wenn man davon ausgeht, daß wegen des typischen Eigeninteresses des Hauptbeteiligten am Gesellschaftsanteil die Gefahr von Interessenkollisionen im Fall der Unterbeteiligung geringer ist als im Fall der Treuhand. Diesen Parallelen ist dadurch Rechnung zu tragen, daß die rechtliche Beurteilung der beiden Rechtsinstitute in ihrem Verhältnis zur OHG/KG stärker, als das üblicherweise geschieht, aufeinander abgestimmt wird. Das gilt nicht zuletzt für die zentrale, Treuhand und Unterbeteiligung in gleicher Weise betreffende Unterscheidung zwischen *verdeckter* und *offener*, mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter der (Haupt-)Gesellschaft erfolgender Eingehung der Bindung durch den Hauptgesellschafter (Treuhand).

- 111 c) Verdeckte Unterbeteiligung.** Die Eingehung einer „verdeckten“, keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen zu den übrigen Gesellschaftern der OHG/KG begründenden Unterbeteiligung bedarf ebenso wie diejenige eines Treuhandverhältnisses (str., vgl. Rdn. 103) **nicht der Zulassung** durch die Mitgesellschafter des Hauptbeteiligten<sup>237</sup>. Es handelt sich um eine schuldrechtliche Beziehung des Hauptgesellschafter zu einem Dritten, die vorbehaltlich sittenwidriger Abreden<sup>238</sup> in Entstehung und Bestand von dem Rechtsverhältnis der OHG/KG klar getrennt ist. Auch ein etwaiges **Verbot** von Unterbeteiligungen im Gesellschaftsvertrag oder die Verletzung einer vertraglichen Offenlegungspflicht steht der Wirksamkeit der Unterbeteiligung im Grundsatz nicht entgegen<sup>238a</sup>. Jedoch kann sich der Hauptbeteiligte gegenüber den Mitgesellschaftern schadensersatzpflichtig machen oder einen wichtigen Grund zu seinem Ausschluß setzen, wenn er derartigen Vertragspflichten zuwiderhandelt. Der verbreitet vertretene, **angebliche Vorrang der Hauptgesellschaft** gegenüber der Unterbeteiligung<sup>239</sup> trifft im Ergebnis zwar zu, soweit das Schicksal des den Gegenstand der Unterbeteiligung bildenden Gesellschaftsanteils auf die Unterbeteiligung ausstrahlt, da Änderungen der Mitgliedschaftsrechte des Hauptbeteiligten in der OHG/KG mittelbar auch die Unterbeteiligung betreffen und insbes. der Ausschluß des Hauptbeteiligten aus der OHG/KG oder deren Auflösung zur Beendigung auch der Unterbeteiligung nach § 726 BGB führen. Auch sind Pflichten, die der Hauptbeteiligte gegenüber dem Unterbeteiligten übernimmt, wegen Unmöglichkeit undurchsetzbar, wenn sie auf eine nach dem Recht

<sup>235</sup> So *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 38 und § 335, 187, 196 und 201.

<sup>236</sup> Vgl. dazu und zur Anwendbarkeit des Rechts der stillen Gesellschaft (§§ 230 bis 238) auf diese untypische GbR: MünchKomm.-*Ulmer* BGB<sup>2</sup> Vor § 705, 62 und 66 ff sowie *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 203, jew. mit weit. Nachw. (h. M.).

<sup>237</sup> Für die Begründung der Unterbeteiligung ganz h. M., vgl. BGHZ 50, 316, 325 = NJW 1968, 2003, *Blaurock* (Fn. 203) S. 153, *Friebe* Die Unterbeteiligung bei Personengesellschaften (1974), S. 52, *Schlegelberger/K. Schmidt* § 335, 207, *Westermann*

Rdn. I 946 f.; zweifelnd jedoch *Großfeld* JZ 1982, 163. Zur überw. abw. Beurteilung bei der verdeckten Treuhand vgl. Rdn. 103 und Fn. 208.

<sup>238</sup> Vgl. dazu Nachw. in Fn. 211.

<sup>238a</sup> Zutr. *Westermann* Rdn. I 947, *Schlegelberger/K. Schmidt* § 335, 207.

<sup>239</sup> So etwa *Staudinger/Kesfler* BGB<sup>12</sup> § 705, 117, *H. Schneider* in Festschr. Möhring (1965), S. 120, *Ulbrich* (Fn. 234) S. 112 f.; tendenziell auch *Westermann* Rdn. I 942 (einschränk. dann aber aaO 959), *Schlegelberger/K. Schmidt* § 335, 220, und *Friebe* (Fn. 237) S. 44 ff, 46 f.

der Hauptgesellschaft unzulässige Bindung oder auf einen Treupflichtverstoß des Hauptgesellschafters hinauslaufen<sup>240</sup>. Unmittelbare Auswirkungen kommen dem Inhalt des OHG/KG-Vertrags im Verhältnis zum Unterbeteiligungsvertrag jedoch nicht zu; die Regelungen des letzteren sind nicht schon deshalb unwirksam, weil sie mit denjenigen in der Hauptgesellschaft kollidieren. Die Ausstrahlung des OHG/KG-Vertrags auf den Unterbeteiligungsvertrag beschränkt sich insoweit vielmehr darauf, seine *Auslegung* zu beeinflussen, da die Beteiligten bei seinem Abschluß Kollisionen mit dem OHG/KG-Vertrag im Zweifel vermeiden wollten<sup>241</sup>. Aus entsprechenden Gründen kann auch für die *Schließung von Lücken* des Unterbeteiligungsvertrags der Inhalt des OHG/KG-Vertrags mit herangezogen werden<sup>242</sup>. Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen den beiden Rechtsverhältnissen wird hierdurch jedoch nicht berührt.

Im einzelnen setzen sich uneingeschränkte **Stimmbindungen** des Hauptbeteiligten **112** gegenüber dem Unterbeteiligten denselben Bedenken aus wie im Fall der verdeckten Treuhand (Rdn. 104 und Erläut. zu § 119). Ein *Treupflichtverstoß* des Hauptbeteiligten gegenüber dem Unterbeteiligten durch eine für diesen nachteilige Stimmabgabe in der Hauptgesellschaft ist zwar nicht ausgeschlossen, setzt jedoch voraus, daß der Hauptbeteiligte ohne Verletzung seiner Treupflicht in der OHG/KG in abweichendem, dem Unterbeteiligten günstigen Sinn hätte abstimmen können<sup>243</sup>. **Auskunfts- und Kontrollrechte** des Unterbeteiligten bestehen nur gegenüber dem Hauptbeteiligten, nicht auch gegenüber der OHG/KG. Ihr Inhalt beschränkt sich entsprechend § 233<sup>244</sup> darauf, vom Hauptbeteiligten jährlich einen „Jahresabschluß“ über dessen Gesellschaftsanteil zu verlangen, aus dem der Unterbeteiligte die auf den Anteil entfallenden Erträge und deren Zusammensetzung (Gewinnanteil, Kapitalzinsen, Geschäftsführergehalt u. a.) sowie die Entwicklung der Kapitalkonten ersehen kann (BGHZ 50 316, 323 = NJW 1968 2003); die Kontrolle dieser Informationen durch den Unterbeteiligten richtet sich nach §§ 259, 260 BGB. Die Überlassung des Jahresabschlusses der OHG/KG kann der Unterbeteiligte vom Hauptbeteiligten nur verlangen, wenn der Unterbeteiligungsvertrag einen solchen über § 233 hinausgehenden Anspruch gewährt *und* der OHG/KG-Vertrag oder die Mitgesellschafter die Weitergabe gestatten<sup>245</sup>; dabei kann der Inhalt des OHG/KG-Vertrags zur Auslegung des Umfangs des vertraglichen Auskunftsanspruchs des Unterbeteiligten herangezogen werden<sup>246</sup>.

**d) Offene Unterbeteiligung.** Entsprechend der Rechtslage bei der offenen Treuhand **113** (Rdn. 106 f) kann auch die Unterbeteiligung als „offene“ (qualifizierte) in der Weise ausgestaltet werden, daß dem Unterbeteiligten mit **Zustimmung der Mitgesellschafter**

<sup>240</sup> Vgl. BGHZ 50, 316, 324 f = NJW 1968, 2003 (zum Auskunftsanspruch) und die in Fn. 239 genannten, insoweit zutr. Stimmen.

<sup>241</sup> Für eine dem Hauptgesellschaftsvertrag konforme Auslegung des Unterbeteiligungsvertrags zutr. *Friebe* (Fn. 237) S. 49 f; ähnlich *Ulbrich* (Fn. 234) S. 114 f.

<sup>242</sup> Die Berücksichtigung abweichender Interessen des Unterbeteiligten ist dadurch freilich nicht ausgeschlossen; vgl. auch *Westermann* Rdn. I 959, *Friebe* (Fn. 237) S. 50, *Ulbrich* (Fn. 234) S. 115.

<sup>243</sup> BGH WM 1977, 525, 528 f; ähnlich *Ulbrich* (Fn. 234) S. 117; gegen grundsätzlichen Vorrang des Interesses des Hauptgesellschafters aber *Westermann* Rdn. 1959; umgekehrt — für Treupflicht

auch des Unterbeteiligten gegenüber der Hauptgesellschaft — *Schlegelberger/K. Schmidt* § 335, 220.

<sup>244</sup> H. M., vgl. BGHZ 50, 316, 323 = NJW 1968, 2003; *Paulick* ZGR 1974, 271, *Friebe* (Fn. 237) S. 60 f, *Ulbrich* (Fn. 234) S. 125, *Schlegelberger/K. Schmidt* § 338, 20 ff, wohl auch *Westermann* Rdn. I 966; a. A. — für Anwendung von § 716 BGB — *Blawrock* (Fn. 203) S. 183 f und *U. Wagner* Die Unterbeteiligung an einem OHG-Anteil (1975) S. 105 ff.

<sup>245</sup> So zutr. BGHZ 50, 316, 325 = NJW 1968, 2003 und *Esch* NJW 1964, 905; weitergehend (unter Abstellen nur auf den OHG/KG-Vertrag) *Schlegelberger/K. Schmidt* § 338, 21, *Ulbrich* (Fn. 234) S. 139, *Westermann* Rdn. 1967.

<sup>246</sup> So zutr. BGH aaO (Fn. 245).

unmittelbare Mitverwaltungsrechte in der Hauptgesellschaft eingeräumt werden<sup>247</sup>. In Betracht kommen direkte Auskunfts- und Kontrollrechte, aber auch das Stimmrecht in Gesellschaftsangelegenheiten. Es handelt sich um die durch die Privatautonomie (§ 109) gedeckte, auf das Innenverhältnis der Gesellschafter beschränkte **Einbeziehung des Unterbeteiligten in den Gesellschaftsverband**; ihr korrespondiert eine Treupflicht des Unterbeteiligten gegenüber OHG/KG und Mitgesellschaftern. Das Abspaltungsverbot greift in derartigen Fällen nicht ein. Auch Stimmbindungsverträge sind im Rahmen offener Unterbeteiligungsverhältnisse abweichend vom Regelfall unbedenklich zulässig. Wegen der Einzelheiten vgl. Rdn. 106.

### 3. Nießbrauch

#### Schrifttum

*Bender* Nießbrauch und Unterbeteiligung an Personengesellschaftsanteilen, DB 1979 1445; *Blawrock* Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 1981; *Bunke* Der Nießbrauch an der Beteiligung an einer Personengesellschaft, DNotZ 1968 5; *Finger* Der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil einer Personengesellschaft, DB 1977 1033; *Hadding* Pfandrecht und Nießbrauch an der Mitgliedschaft in einer OHG oder KG als Kreditsicherheit, in: *Hadding/U. H. Schneider* (Hrsg.), Gesellschaftsanteile als Kreditsicherheit, 1979, S. 37; *Hoyer* Der Nießbrauch an einem Gesellschaftsanteil, BB 1978 1459; *Kreifels* Nießbrauch am Anteil von Personengesellschaften, in: *Freundesgabe für Hans Hengeler*, 1972, S. 158; *Petzoldt* Zum Nießbrauch an dem „Gewinnstammrecht“, GmbH-Rdsch. 1980 197; *ders.* Nießbrauch an Kommanditanteilen und GmbH-Geschäftsanteilen — Zivil- und Steuerrecht, GmbH-Rdsch. 1987 381 und 433; *Roblff* Die Verwendung des Nießbrauchs am Anteil einer Personenhandelsgesellschaft zur Ersparung von Schenkungs- und Erbschaftsteuer, NJW 1971 1337; *Schüller*, Nießbrauch und Pfandrecht am Anteil einer Personengesellschaft, MittRhNotK 1980 97; *Siebert* Nießbrauch am Gewinnrecht des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, BB 1956 1126; *Sudhoff* Der Nießbrauch am Anteil einer Personengesellschaft, NJW 1971 481; *ders.* Nochmals: Der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil, NJW 1974 2205; *Teichmann* Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen — gesellschaftsrechtlicher Teil —, ZGR 1972 1; *ders.* Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen — Probleme der praktischen Gestaltung —, ZGR 1973 24; *Ulmer* Zur Bedeutung des gesellschaftsrechtlichen Abspaltungsverbots für den Nießbrauch am OHG-(KG-)Anteil, Festschr. Fleck (1988) S. 383; *Vossius* Sicherungsgeschäfte bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen, BB 1988 Beil. 5 S. 13; *Weber/Luther* Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen — Steuerrechtliche Behandlung — 2. Teil: Personengesellschaften, ZGR 1973 45.

Dissertationen: *Klönne* Nießbrauch am Anteil einer offenen Handelsgesellschaft (Bonn 1971); *Langmaack* Nießbrauch an Anteilen von Personengesellschaften (Bonn 1960); *Mentz* Der Nießbrauch an OHG- und KG-Mitgliedschaftsrechten (Frankfurt 1972).

- 114 a) Übersicht.** Die Bestellung des Nießbrauchs an einem Gesellschaftsanteil soll dem Nießbraucher das Recht verschaffen, die **Nutzungen** des Anteils zu ziehen (§§ 1068, 1030 Abs. 1 BGB). Zu den Nutzungen (§ 100 BGB) gehören im Fall eines Gesellschaftsanteils insbes. die Rechtsfrüchte, d. h. die Erträge, die das belastete Recht seiner Bestimmung nach gewährt (§ 99 Abs. 2 BGB); das sind mangels abweichender Abrede im Bestellungsvertrag die nach dem Gesellschaftsvertrag entnahmefähigen Gewinne (Rdn. 120). Die mit dem Nießbrauch verbundene **dingliche Berechtigung** kommt im Fall des Anteilsnießbrauchs darin zum Ausdruck, daß der Nießbraucher die Rechte aus dem Nießbrauch (vgl. näher Rdn. 120 ff) nicht nur gegen den Besteller (Gesellschafter),

<sup>247</sup> So grds. auch *Blawrock* (Fn. 203) S. 184 f; vgl. auch *Westermann* Rdn. I 967 und *Ulbrich* (Fn. 234) S. 128 f zur Möglichkeit direkter Beziehungen zwischen Unterbeteiligtem und Hauptgesellschaft.

sondern auch unmittelbar gegen die OHG/KG und die Mitgesellschafter des Bestellers geltend machen kann und daß die Aufhebung oder Änderung des mit dem Nießbrauch belasteten Gesellschaftsanteils nach § 1071 BGB im Grundsatz seiner Zustimmung bedarf (vgl. Rdn. 124f). Das *Abspaltungsverbot* (§ 109, 26) greift wegen der Mitberechtigung des Nießbrauchers am Anteil und seiner daraus folgenden Einbeziehung in den Gesellschafterverband unter Einschluß der Treupflicht nicht ein<sup>248</sup>.

Rechtliche Zulässigkeit und Ausgestaltung des Nießbrauchs an Personengesellschaftsanteilen waren lange Zeit **umstritten** und bildeten den Gegenstand eines umfangreichen Schrifttums<sup>249</sup>. Neben dem Fehlen richtungsweisender höchstrichterlicher Entscheidungen hatte das seinen Grund vor allem darin, daß die Besonderheiten des Gesellschaftsrechts, darunter die höchspersönliche Natur der Mitgliedschaft und das Abspaltungsverbot, der Anwendung des Nießbrauchsrechts unter Aufteilung der Mitgliedschaftsrechte zwischen Nießbraucher und Besteller entgegenzustehen schienen. Die Diskussion wurde weiter dadurch erschwert, daß die an ihr beteiligten, durch verschiedene Disziplinen geprägten Autoren von teilweise unterschiedlichen Beurteilungsgrundlagen ausgingen und Entwicklungen in der anderen Disziplin nur mit Verzögerung zur Kenntnis nahmen<sup>250</sup>. Inzwischen dürfte im wesentlichen Einigkeit darüber bestehen, daß der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil einer OHG/KG **im Grundsatz zulässig** ist, sofern nur die Mitgesellschafter im Gesellschaftsvertrag oder ad hoc seiner Bestellung zugestimmt haben (vgl. Rdn. 119). Des Ausweichens auf einen Nießbrauch an den übertragbaren Vermögensrechten (§ 717 S. 2 BGB, vgl. dazu Rdn. 129 ff) oder auf die zur Vollrechtsübertragung führende Treuhandlösung<sup>251</sup> bedarf es nicht. Die eigentlichen Schwierigkeiten liegen aus heutiger Sicht nicht im Ob, sondern im Wie des Nießbrauchs, d. h. in der Ausgestaltung der Rechtsstellung des Nießbrauchers und der genauen Aufteilung der Mitgliedschaftsrechte zwischen ihm und dem Besteller.

Die **Abgrenzung** des Nießbrauchs von ähnlichen Rechtsinstituten, insbes. der Treuhand und der Unterbeteiligung, bereitet im Grundsatz keine Schwierigkeiten. Gegenüber der **Treuhand** unterscheidet sich der Nießbrauch dadurch, daß die Nießbrauchsbestellung nach zutr., heute h. M. (Rdn. 119) nicht die treuhänderische Übertragung des Vollrechts auf den Nießbraucher erfordert, sondern sich auf die Einräumung einer dinglichen Mitberechtigung des Nießbrauchers an dem beim Besteller verbleibenden

<sup>248</sup> Vgl. insbes. *Fleck* in Festschr. Rob. Fischer (1979) S. 107 ff, 125 (für die Stimmrechtsabspaltung in der GmbH), *Ulmer* in Festschr. Fleck (1988) S. 383 387 ff, ähnlich schon *Wiedemann* (Fn. 161) S. 411, *Roblff* NJW 1971, 1339, *Teichmann* ZGR 1972, 6; der Sache nach auch *Flume* I/1 § 17 VI S. 363, *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 9, *Westermann* Rdn. I 335. Zur vergleichbaren Lage bei der *offenen* (qualifizierten) Treuhand und Unterbeteiligung vgl. Rdn. 106, 113. A. A. Vorauf. § 109, 20 (*Rob. Fischer*), *Bunke* DNotZ 1968, 7 f, *Petzoldt* GmbH-Rdsch. 1987, 383, *Sudhoff* NJW 1971, 481.

<sup>249</sup> Vgl. außer den Angaben zum Spezialschrifttum (vor Rdn. 114) aus neuerer Zeit insbes. *Flume* I/1 § 17 VI S. 359 ff, *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 3 ff, MünchKomm.-*Petzoldt* BGB<sup>2</sup> § 1968, 10 ff, MünchKomm.-*Ulmer* BGB<sup>2</sup> § 705, 80 ff, *Staudinger/Promberger* BGB<sup>12</sup> Anh. §§ 1068, 1069, 47 ff.

<sup>250</sup> Kennzeichnend etwa (aus sachenrechtlicher Sicht) MünchKomm.-*Petzoldt* BGB<sup>2</sup> § 1068, 14, der den

Anteilsnießbrauch entgegen der im neueren Gesellschaftsrecht eindeutig vorherrschenden Ansicht (vgl. Fn. 256) nach wie vor am gesellschaftsrechtlichen Abspaltungsverbot scheitern läßt; ähnlich (aus gesellschaftsrechtlicher Sicht) im Ergebnis *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 717, 18 f und *Hadding* Gesellschaftsanteile als Kreditsicherheit (1979) S. 75 mit der sachenrechtlichen Begründung, der Anteilsnießbrauch scheitere daran, daß eine Nießbrauchsbestellung nach § 1069 Abs. 2 BGB nur an übertragbaren Rechten erfolgen könne.

<sup>251</sup> So die früher h. M., vgl. Vorauf. § 109, 20 (*Rob. Fischer*), *Hueck* OHG § 27 II 8 S. 400 f, *Sudhoff* NJW 1974, 2205, 2207 ff; so auch neuerdings noch MünchKomm.-*Petzoldt* BGB<sup>2</sup> § 1068, 14, *Soergel/Baur* BGB<sup>11</sup> § 1068, 7, *Staudinger/Keffler* BGB<sup>12</sup> § 717, 27, *Petzoldt* GmbH-Rdsch. 1987, 381, 383 m. weit. Nachw. in Fn. 18. Gegenans. vgl. in Fn. 256.

Anteil beschränkt; die formale Rechtsstellung des Nießbrauchers bleibt somit hinter derjenigen des Treuhänders zurück. Die umgekehrte Feststellung gilt für den Vergleich des Nießbrauchs mit der **Unterbeteiligung**, da diese sich im Regelfall auf die Begründung obligatorischer Rechte des Unterbeteiligten gegenüber dem Hauptbeteiligten beschränkt, nicht aber zu unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen dem Unterbeteiligten und der OHG/KG oder den Mitgesellschaftern des Hauptbeteiligten führt (Rdn. 111). **Übergänge** sind demgegenüber je nach Ausgestaltung denkbar im Hinblick auf die Sonderfälle der *offenen* (qualifizierten) Treuhand oder Unterbeteiligung, die ähnlich wie der Nießbrauch die Einbeziehung eines Dritten (Treugeber; Unterbeteiligter) in den Gesellschaftsverband der OHG/KG zur Folge haben kann (vgl. Rdn. 106, 113). Darin zeigt sich eine zutr. Auflockerung des formalen Abspaltungsverbots unter stärkerer Berücksichtigung materiell-inhaltlicher Gesichtspunkte (vgl. Rdn. 114 a. E.).

**117** In der Gesellschaftspraxis ist der **Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen** allem Anschein nach **verbreitet** anzutreffen<sup>252</sup>. Die lange Zeit herrschende Unsicherheit hinsichtlich seiner rechtlichen Anerkennung stand seiner Durchsetzung offenbar nicht entgegen. Neben steuerrechtlichen Motiven (Rdn. 118) waren und sind dafür vor allem **erb- und gesellschaftsrechtliche Gründe** maßgebend. Von den Sonderfällen eines Sicherungsnießbrauchs abgesehen<sup>253</sup>, wird der Anteilsnießbrauch einerseits als Instrument *vorweggenommener Gesellschafter-Nachfolge* eingesetzt, indem Eltern ihren Kindern den Anteil ganz oder zum Teil schenkweise übertragen, sich selbst aber den Nießbrauch hieran vorbehalten; in diesen Fällen sind mit dem Nießbrauch regelmäßig auch die Mitspracherechte in laufenden Angelegenheiten verbunden (vgl. Rdn. 126). Einen zweiten Anwendungsbereich bildet die Vererbung des Anteils an die Abkömmlinge, verbunden mit der letztwilligen Anordnung eines Nießbrauchsvermächtnisses, meist zugunsten des überlebenden Ehegatten. In derartigen Fällen hat der — von den Erben in Vollzug des Vermächtnisses zu bestellende — Nießbrauch in erster Linie *Versorgungsfunktion*, während die Mitspracherechte typischerweise den Gesellschafter-Nachfolgern zustehen sollen. Gegenüber der alternativ in Betracht kommenden Vor- und Nacherbschaft am Anteil (vgl. Erläut. zu § 139) hat diese Gestaltung den Vorteil, dem mit dem Nießbrauch belasteten Erben die Gesellschafterstellung sofort zu verschaffen und ihm dadurch eine im Vergleich zum Nacherben stärker gesicherte, nicht durch das Wahlrecht des Vor-erben nach § 139 bedrohte Rechtsstellung einzuräumen.

**118** In **steuerrechtlicher** Hinsicht bestanden die Vorteile des Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen bis zur Änderung des ErbStG im Jahr 1974 vor allem darin, mit Rücksicht auf die Nießbrauchsbelastung den Anfall von Schenkungs- oder Erbschaftsteuer bei unentgeltlicher Übertragung oder Vererbung des Anteils zu vermeiden (vgl. Voraufkl. Rdn. 84). Seither ist ein Abzug der Belastung bei der Ermittlung des erbschaftsteuerlichen Anteilswerts ausgeschlossen; nach der seit 1980 geltenden Fassung des § 25 ErbStG hat der mit dem Nießbrauch belastete Anteilserwerber nur die Wahl zwischen der zinslosen Stundung der auf den Kapitalwert der Belastung entfallenden Steuer bis zu deren Erlöschen und der Ablösung zum abgezinsten Barwert<sup>254</sup>. Erbschaftsteuerliche Anreize für den Anteilsnießbrauch sind damit weitgehend entfallen. Anderes gilt für das **Einkommensteuerrecht**, da die mit dem Nießbrauch verbundene Übertragung eines Teils der Einkommensquelle<sup>254a</sup> je nach den sonstigen Einkommensverhältnissen des

<sup>252</sup> Rechtsstats. Angaben vgl. bei *Mentz* Der Nießbrauch an OHG- und KG-Mitgliedschaftsrechten (Diss. Frankfurt 1972), S. 60 ff.

<sup>253</sup> Vgl. dazu näher *Hadding* (Fn. 250) S. 66 ff.

<sup>254</sup> Vgl. dazu und zur Rechtslage nach dem ErbStG 1974 *Knobbe-Keuk* Bilanz- und Unternehmens-

steuerrecht<sup>6</sup> (1987) § 27 V S. 783 ff., *Petzoldt* GmbH-Rdsch. 1987, 434 f.

<sup>254a</sup> Zur einkommenssteuerrechtlichen Aufteilung der Gewinne zwischen Nießbraucher und Besteller vgl. *Petzoldt* GmbH-Rdsch. 1987, 436 f m. Nachw.

Nießbrauchers zu einer geringeren Besteuerung aus Gründen des progressiven Steuersatzes führen kann. Das setzt allerdings die Begründung eines Anteilsnießbrauchs (Rdn. 119) mit entsprechenden laufenden Verwaltungsrechten voraus; der Nießbrauch am Gewinnanspruch oder am „Gewinnstammrecht“ (Rdn. 129 ff) wird einkommensteuerrechtlich nicht anerkannt<sup>255</sup>.

**b) Anteilsnießbrauch. aa) Grundlagen.** Nach zutr., heute h. M. ist die Bestellung eines Nießbrauchs am Anteil an einer OHG/KG zulässig; sie beurteilt sich nach den für den **Nießbrauch an Rechten** (§§ 1068 ff BGB) geltenden Vorschriften<sup>256</sup>. Da die Mitgliedschaft durch Vertrag zwischen Veräußerer und Erwerber mit Zustimmung der Mitgesellschafter übertragen werden kann (Rdn. 306 ff), kann sie nach § 1069 BGB auch Gegenstand eines Nießbrauchs sein. Voraussetzung hierfür ist, daß die Mitgesellschafter ihre **Zustimmung zur Nießbrauchsbestellung** erklären oder daß diese im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist<sup>257</sup>; die allgemeine Zulassung der Anteilsübertragung reicht wegen der — zu Erschwerungen auch für die Mitgesellschafter führenden — regelmäßigen Aufspaltung der Mitverwaltungsrechte zwischen Nießbraucher und Besteller (Rdn. 124 ff) nicht aus. Liegt diese Voraussetzung vor, so bestehen auch gesellschaftsrechtlich keine Hindernisse für die Anerkennung des Anteilsnießbrauchs<sup>258</sup>; insbes. steht ihm das Abspaltungsverbot nicht entgegen<sup>259</sup>. Überholt ist die früher vorherrschende Ansicht, die die Nießbrauchsbestellung am Anteil als unzulässig ansah und stattdessen die treuhänderische Anteilsübertragung auf den Nießbraucher für erforderlich hielt<sup>260</sup>; gegen sie spricht auch, daß sie dem Nießbraucher eine überschießende Rechtsmacht einräumte.

**Verfügungen** über den Anteil, die den **Bestand des Nießbrauchs** betreffen, bedürfen **120** zu ihrer Wirksamkeit nach § 1071 BGB neben der Zustimmung des Bestellers auch diejenige des Nießbrauchers; sie kann — als Einwilligung (§ 183 BGB) — auch schon im voraus erteilt werden<sup>260a</sup>. Der Zustimmungsvorbehalt ist Ausdruck der dinglichen, grundsätzlich unentziehbaren Position des Nießbrauchers. Er erfaßt nur solche Verfügungen, die — wie die Aufhebung oder inhaltliche Änderung des Rechts — sich auf dessen Bestand auswirken, nicht dagegen die Übertragung des belasteten Anteils auf einen Dritten (vgl. näher Rdn. 125).

**bb) Vermögensrechte.** Wesentlicher Inhalt des Anteilsnießbrauchs ist der auf den **121** Anteil entfallende **bestimmungsgemäße Ertrag** (Rdn. 114). Er umfaßt den nach Gesetz

<sup>255</sup> BFHE 119, 63, 66 = NJW 1976, 1656; so auch L. Schmidt EStG 6 § 15, 55, Stuhmann in Blümich/Falk EStG 7 (Stand August 1986), § 15, 262, Bitz in Littmann/Bitz/Meinke EStR 14, § 15, 34, Fichtelmann FR 1977, 244 ff, Hoyer BB 1978, 1459, 1460, Kruse AG 1980, 216 ff, 220, Petzoldt GmbH-Rdsch. 1987, 438 (einHM). Zur Möglichkeit abw. Beurteilung bei Anteilsübertragung unter Vorbehalt des Nießbrauchs am Gewinn vgl. BFHE 137, 481, 485 = DB 1983, 1181, 1182 (offenlassend).

<sup>256</sup> So insbes. Flume I/1 § 17 VI S. 359 ff, Kreifels in Freundesgabe Hengeler (1972) S. 158 ff, Rohlf NJW 1971, 1337, 1339 ff, Schlegelberger/K. Schmidt Vor § 335, 9, 16, wohl auch Palandt/Bassenge BGB<sup>47</sup> § 1068 Anm. 3 b bb, Westermann Rdn. I 335; im Grundsatz ebenso, wenn auch unter Verneinung unmittelbarer Mitspracherechte des Nießbrauchers gegenüber der Gesellschaft, U. Huber Vermögensanteil S. 413 ff, Wiedemann (Fn. 161) S. 411 ff, Blaurock (Fn. 203) S. 143 f,

Teichmann ZGR 1972, 10 f, Staudinger/Promberger BGB<sup>12</sup> Anh. §§ 1068, 1069 Rdn. 64 f. Rspr.-Nachw. vgl. in Fn. 258. Gegenansichten vgl. in Fn. 251.

<sup>257</sup> So zutr. Wiedemann (Fn. 161) S. 400, Flume I/1 § 17 VI S. 366, Petzoldt GmbH-Rdsch. 1987, 382.

<sup>258</sup> Dementsprechend geht die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Nießbrauch an OHG/KG-Anteilen ohne weiteres von dessen Zulässigkeit aus; vgl. BGHZ 58, 316, 319 ff = NJW 1972, 1755; BGH BB 1975, 295 f.

<sup>259</sup> Str., vgl. Nachw. in Fn. 248.

<sup>260</sup> So die in Fn. 251 genannten Autoren.

<sup>260a</sup> Das soll nach Flume I/1 § 17 VI S. 364 sogar schon im Zusammenhang mit der Nießbrauchsbestellung möglich sein und zur Unwiderruflichkeit der Einwilligung führen. Dagegen spricht jedoch die mit dieser Konstruktion verbundene Aushöhlung der in § 1071 BGB geregelten dinglichen Sicherung des Nießbrauchers.

oder Gesellschaftsvertrag *entnahmefähigen* Gewinn, soweit er nicht als Geschäftsführungsvergütung dem Besteller zusteht<sup>261</sup>, nicht dagegen die von der Verteilung unter den Gesellschaftern ausgeschlossenen Gewinnanteile<sup>262</sup>. Diese kommen als Substanzmehrung dem Besteller zugute; er hat umgekehrt auch etwaige Verluste ohne Beteiligung des Nießbrauchers zu tragen<sup>263</sup>. Außerordentliche Erträge können durch Gesellschafterbeschluß von der Verteilung ausgenommen und den Rücklagen überwiesen werden; eine Verkürzung der Rechte des Nießbrauchers ist hierin nicht zu sehen (BGH BB 1975 295, 296). Eine aus Gesellschaftsmitteln bewirkte Erhöhung des Kapitalanteils steht ebenso wie eine solche durch Erbringung von Einlagen dem Besteller zu (BGHZ 58 316, 319 = NJW 1972, 1755). Hinsichtlich der auf das erhöhte Kapital entfallenden Erträge ist danach zu differenzieren, ob es sich um eine nominelle (aus Gesellschaftsmitteln bewirkte) oder eine echte Kapitalerhöhung handelt; im letzteren Fall stehen die Erträge im Zweifel dem Besteller zu, der die Erhöhung aus eigenen Mitteln bewirkt hat<sup>264</sup>. Die Beteiligten können im Rahmen der Nießbrauchsbestellung **abweichende Vereinbarungen** über die Aufteilung der Erträge treffen, insbes. den Nießbrauch auf einen Teil des Anteils (und des hierauf entfallenden Ertrags) beschränken, solange sie dadurch die Wesensmerkmale des Nießbrauchs (§ 1030 BGB) unberührt lassen. Entsprechendes gilt für die mit dem Anteil verbundenen *Lasten*; im Regelfall sind die laufenden Belastungen (Steuern u. a.) auch im Innenverhältnis vom Nießbraucher zu tragen<sup>265</sup>.

- 122** Das in § 122 Abs. 1 vorgesehene, gesellschaftsvertraglich meist modifizierte gewinnunabhängige **Entnahmerecht** unterliegt als solches nicht dem Zugriff des Nießbrauchers, auch wenn man es als besonderes, mit der Mitgliedschaft verbundenes Vermögensrecht ansieht (vgl. Erläut. zu § 122). Das folgt aus der Beschränkung der Rechte des Nießbrauchers auf den *Ertrag* des Anteils, während gewinnunabhängige Entnahmen zu Lasten der Substanz gehen<sup>266</sup>. Hat freilich der Besteller in ertraglosen Jahren Entnahmen getätigt und führen diese in den Folgejahren dazu, daß an sich entnahmefähige Gewinne zur Wiederauffüllung des um die Entnahme verminderten Kapitalkontos verwendet werden, so ist er dem Nießbraucher zum Ersatz verpflichtet.

<sup>261</sup> Vgl. RGZ 170, 358, 369 (für die GmbH), *Wiedemann* (Fn. 161) S. 405, *Teichmann* ZGR 1972, 9, MünchKomm.-*Petzoldt* BGB<sup>2</sup> § 1068, 29.

<sup>262</sup> H. M., vgl. BGHZ 58, 316, 320 = NJW 1972, 1755; BGH BB 1975, 295; BGH NJW 1981, 1560, 1561; MünchKomm.-*Petzoldt* BGB<sup>2</sup> § 1068, 16, *Staudinger/Promberger* BGB<sup>12</sup> Anh. §§ 1068, 1069, 73, *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 13, *Westermann* Rdn. I 335, *Wiedemann* (Fn. 161) S. 404 f, *Blaurock* (Fn. 203) S. 139 f, *Bunke* DNotZ 1968, 15, *Petzoldt* GmbH-Rdsch. 1987, 384, *Stimpel* ZGR 1973, 99; a. A. — voller bilanzmäßiger Gewinn — *Sudhoff* NJW 1971, 483 und NJW 1974, 2209, wohl auch *Finger* DB 1977, 1036 ff.

<sup>263</sup> So — vorbehaltlich der Fälle treuhänderischer Anteilsübertragung — auch *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 18, *Staudinger/Promberger* BGB<sup>12</sup> Anh. §§ 1068, 1069, 81, *Petzoldt* GmbH-Rdsch. 1987, 384, *Teichmann* ZGR 1972, 13 f; a. A. *Sudhoff* NJW 1971, 483.

<sup>264</sup> Ebenso BGH GmbH-Rdsch. 1983, 148; *Blaurock* (Fn. 203) S. 145 f, *Petzoldt* GmbH-Rdsch. 1987, 385, *Teichmann* ZGR 1972, 17 ff m. weit. Nachw.,

wohl auch *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 12; offenlassend BGHZ 58, 316, 319 = NJW 1972, 1755 und *Staudinger/Promberger* BGB<sup>12</sup> Anh. §§ 1068, 1069 Rdn. 74.

<sup>265</sup> Vgl. §§ 1068, 1041 BGB für die — auf den Anteilsnießbrauch freilich nicht ohne weiteres übertragbaren — sog. Erhaltungslasten, dazu auch *Teichmann* ZGR 1972, 14. Zur Problematik der Besteuerung nicht entnahmefähiger, die Substanz mehrender Gewinne bei Nießbraucher oder Besteller vgl. *L. Schmidt* (Fn. 255) § 15, 53, *ders.* Festschr. v. Wallis (1985) S. 359 ff, 367, *Stubermann* (Fn. 255) § 15, 261, *Biergans* DStR 1985, 327 ff, 332, *Fichtelmann* DStR 1974, 341 ff, 342 f; danach hat der Besteller diese Erträge zu versteuern, während dem Nießbraucher lediglich der entnahmefähige Handelsbilanzgewinn zugerechnet wird.

<sup>266</sup> Ähnlich *Blaurock* (Fn. 203) S. 141 f, wohl auch *Staudinger/Promberger* BGB<sup>12</sup> Anh. §§ 1068, 1069, 75 ff, 78, diese freilich mit der Einschränkung, daß auch der Besteller das Entnahmerecht nicht geltendmachen könne.

Scheidet der Besteller aus der Gesellschaft aus oder wird sie liquidiert, so setzt sich der Nießbrauch am **Auseinandersetzungsguthaben** des Bestellers fort<sup>267</sup>; es bildet das Surrogat des belasteten Anteils. Der Nießbraucher kann danach die auf das Guthaben entfallenden Zinsen beanspruchen, während die Substanz dem Besteller verbleibt. Er kann vom Besteller auch Mitwirkung bei der wirtschaftlich gesicherten Wiederanlage des Guthabens verlangen<sup>268</sup>.

cc) **Verwaltungsrechte.** Schwierigkeiten bereitet beim Anteilsnießbrauch die **Aufteilung** der mit dem Anteil verbundenen Verwaltungsrechte **zwischen Nießbraucher und Besteller**. Vom Sonderfall der Aufgabe oder Änderung des Anteils abgesehen, für die § 1071 BGB dem Nießbraucher ausdrücklich ein Mitspracherecht einräumt (vgl. Rdn. 125) sind in den Vorschriften über den Nießbrauch an Rechten Regelungen hierüber nicht enthalten. Insbesondere lassen sich die Verwaltungsrechte nicht ohne weiteres als *Nutzungen* des Anteils (Gebrauchsvorteile, § 100 BGB) beurteilen, die nach §§ 1068, 1030 Abs. 1 BGB dem Nießbraucher zustehen. Eine Parallele mag man einerseits in dem nach § 1036 Abs. 1 BGB auf den Nießbraucher übergehenden Besitzrecht, andererseits in den Mitspracherechten der Miteigentümer sehen, die im Falle eines nießbrauchsbelasteten Miteigentumsanteils nach § 1066 Abs. 1 BGB dem Nießbraucher zustehen. Beide Regelungen lassen erkennen, daß die laufende Verwaltung des Nießbrauchsgegenstands nach gesetzlicher Regel Sache des *Nießbrauchers* ist (Rdn. 126). In jedem Fall steht ihm ein Informations- und Kontrollrecht hinsichtlich der auf den Anteil entfallenden Erträge zu (Rdn. 127). Besondere gesellschaftsrechtliche Schranken im Hinblick auf die Anerkennung von Verwaltungsrechten des Nießbrauchers sind nicht veranlaßt. Das Abspaltungsverbot greift nicht ein (Rdn. 114 a. E.) und die Mitgesellschafter sind schon deshalb nicht schutzbedürftig, weil sie auf die Nießbrauchsbestellung und deren Ausgestaltung Einfluß nehmen können.

Die Mitspracherechte des Nießbrauchers bei **Änderungen des Gesellschaftsvertrags** **125** und **sonstigen Grundlagengeschäften** richten sich nach § 1071 BGB (Rdn. 120); sie verdrängen nicht etwa das Verfügungsrecht des Bestellers, sondern lassen die Wirksamkeit der Änderung in bestimmten Fällen *zusätzlich* von der **Zustimmung** des Nießbrauchers abhängen. Auch *ohne* seine Zustimmung hinzunehmen hat der Nießbraucher solche den Anteil betreffenden Änderungen, die von der Gesellschaftermehrheit beschlossen werden, ohne daß es auf die Stimmen des Bestellers ankommt<sup>269</sup>; die Nießbrauchsbestellung gibt den Beteiligten nicht etwa ein erweitertes Vetorecht. Ebenfalls hinzunehmen hat der Nießbraucher die Ausübung derjenigen außerordentlichen Gestaltungsrechte durch den Besteller oder seinen Rechtsnachfolger, die wie die Rechte aus §§ 133, 139 zum Schutze der Gesellschafter zwingend ausgestaltet sind<sup>270</sup>. Als dritte Kategorie von nicht unter den Zustimmungsvorbehalt fallenden Änderungen werden solche Beschlüsse genannt, die nicht nur den belasteten Anteil, sondern die Gesellschaft als ganzes betreffen<sup>271</sup>. Dem kann nur unter der einschränkenden Voraussetzung ge-

<sup>267</sup> Die rechtliche Konstruktion ist umstritten; für entsprechende Anwendung der §§ 1074, 1075 BGB *Staudinger/Promberger* BGB<sup>12</sup> Anh. §§ 1068, 1069, 80, *Bunke* DNotZ 1968, 13, wohl auch *Petzoldt* GmbH-Rdsch. 1987, 385; a. A. — für Notwendigkeit der Neubegründung eines Nießbrauchs am Liquidationserlös — *Wiedemann* (Fn. 161) S. 403 f, wohl auch *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 14.

<sup>268</sup> Vgl. § 1079 BGB; so auch *Wiedemann* (Fn. 161) S. 403, einschränk. *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 14.

<sup>269</sup> So zutr. *Wiedemann* (Fn. 161) S. 417, *Flume* I/1 § 17 VI S. 364, *Teichmann* ZGR 1972, 15.

<sup>270</sup> *Flume* I/1 § 17 VI S. 364, *Teichmann* ZGR 1972, 15 f; weitergehend *Wiedemann* (Fn. 161) S. 417, der das einseitige Lösungsrecht des Bestellers insges. von den Beschränkungen des § 1071 BGB ausnehmen will.

<sup>271</sup> *Flume* I/1 § 17 VI S. 364; im Erg. ähnlich — auf unmittelbare Schädigungen des Nießbrauchers als Voraussetzung für sein Mitspracherecht nach § 1071 BGB abstellend — *Wiedemann* (Fn. 161) S. 419.

folgt werden, daß der Nießbraucher hiervon nicht unmittelbar in seinen Rechten betroffen wird; einen zur Aufhebung oder wesentlichen Umgestaltung der Mitgliedschaft führenden Beschluß braucht er auch dann nicht hinzunehmen, wenn dieser — wie im Fall der Auflösung der OHG/KG — alle Gesellschafter gleichmäßig betrifft. — Von diesen Sonderfällen abgesehen greift das *Zustimmungserfordernis* des § 1071 BGB bei solchen Rechtsgeschäften ein, die sich nachteilig auf den belasteten Anteil auswirken. Insoweit müssen auch die Mitgesellschafter das Recht des Nießbrauchers auf Mitwirkung respektieren<sup>271a</sup>; sie können die Aufnahme neuer Gesellschafter oder sonstige für den Nießbraucher relevante Vertragsänderungen nicht ohne seine und des Bestellers Zustimmung beschließen.

**126** Hinsichtlich der **Beschlußfassung in laufenden Angelegenheiten** kommt es abweichend von § 1071 BGB nicht zur Verdoppelung der mit dem Anteil verbundenen Mitspracherechte. Vielmehr steht das Stimmrecht insoweit nach den Wertungen der §§ 1036, 1066 BGB (Rdn. 123) im Zweifel nur dem **Nießbraucher** zu. Er hat dabei die ihn als Mitberechtigten in der OHG/KG treffende Treupflicht zu beachten, muß aber auch auf das Interesse des Bestellers Rücksicht nehmen und darf ihn nicht willkürlich schädigen. Ein für den Anteilsnießbrauch unverzichtbares Kriterium ist in der Zuweisung der laufenden Mitspracherechte an den Nießbraucher allerdings nicht zu sehen, da sie die ihm zustehenden Nutzungen nur am Rande berührt<sup>272</sup>. Daher bestehen keine Bedenken gegen eine **vertragliche Ausgestaltung** des Anteilsnießbrauchs, die die Mitspracherechte in laufenden Angelegenheiten dem Besteller vorbehält oder zu ihrer Aufspaltung zwischen Nießbraucher und Besteller je nach dem Gegenstand der Beschlußfassung kommt<sup>273</sup>. Die Ausgestaltung kann entweder — mit bindender Wirkung für die Beteiligten — im Gesellschaftsvertrag getroffen werden. Sie kann aber auch im Rahmen der Nießbrauchsbestellung vereinbart werden<sup>273a</sup>.

**127** Das in Rdn. 126 Ausgeführte gilt im Zweifel auch für die mit dem Anteil verbundenen **Geschäftsführungsrechte**<sup>274</sup>; allerdings wird hier das Interesse der Mitgesellschafter, die Geschäftsführung den Gesellschaftern selbst vorzubehalten, im Regelfall zu abweichenden, den Nießbraucher von der Geschäftsführung ausschließenden Vereinbarungen führen. In bezug auf die **Informations- und Kontrollrechte** ist für die Rechtsaus-

271a A. A. OLG Hamm BB 1971, 13, wonach sich (in der GmbH) das Mitspracherecht des Nießbrauchers aus § 1071 BGB auf das Innenverhältnis zum Besteller beschränkt.

272 Gegen die Anerkennung von Verwaltungsrechten des Nießbrauchers, weil sie nicht zu den „Nutzungen“ gehören, insbes. *Huber Vermögensanteil* S. 416; ähnlich auch *Wiedemann, Blaurock* und *Staudinger/Promberger* aaO (Fn. 256). Dagegen zutr. *Flume I/1* § 17 VI S. 360, 362 f; ähnlich *Kreifels, Rohlf* und *Schlegelberger/K. Schmidt* aaO (Fn. 256). Offenlassend BGH BB 1975, 295, 296.

273 Für eine vertragliche Aufteilung zur Vermeidung der Rechtsunsicherheit auch *Westermann* Rdn. I 335; allg. zur Problematik der Stimmrechtsaufteilung zwischen Nießbraucher und Besteller vgl. auch *Flume I/1* § 17 VI S. 362 f, *Rohlf* NJW 1971, 1340 f, *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 16, *Fleck* (Fn. 248) S. 125 f (für den Nießbrauch am GmbH-Anteil) sowie *Langmaack* Nießbrauch an Anteilen von Personengesellschaften (Diss. Bonn 1960).

273a Die sachenrechtliche Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen steht außer Zweifel, solange dadurch der Nießbrauch nicht in seinem Wesensgehalt als Nutzungsrecht berührt wird. Vgl. § 1030 Abs. 2 BGB, dazu *MünchKomm.-Petzoldt* BGB<sup>12</sup> § 1030, 30 und *Staudinger/Promberger* BGB<sup>12</sup> § 1030, 41; zur Möglichkeit von Modifikationen des Besitzrechts des Nießbrauchers (§ 1036 Abs. 1 BGB) vgl. auch *MünchKomm.-Petzoldt* BGB<sup>2</sup> § 1036, 2 und *Staudinger/Promberger* BGB<sup>12</sup> § 1036, 3.

274 Die Frage wird meist nicht besonders erörtert; für grundsätzliche Ausübung der „Herrschaftsrechte“ durch den Nießbraucher auch *Flume I/1* § 17 VI S. 363, weitergehend (sämtliche Verwaltungsrechte beim Nießbraucher) *Sudhoff* NJW 1971, 482; a. A. etwa *Teichmann* ZGR 1972, 13, *Staudinger/Promberger* BGB<sup>12</sup> Anh. §§ 1068, 1069, 64, wohl auch *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 16, und für den Nießbrauch am GmbH-Anteil RGZ 170, 358, 359.

übung in laufenden Angelegenheiten nach §§ 118 Abs. 1, 166 Abs. 1 regelmäßig von der Zuständigkeit des Nießbrauchers auszugehen. Dem Besteller verbleiben als unverzichtbarer Mindestbestand die Rechte aus §§ 118 Abs. 2, 166 Abs. 3. Sind die mitgliedschaftlichen Kontrollrechte im Gesellschaftsvertrag oder im Rahmen der Nießbrauchsbestellung dem Besteller vorbehalten, so hat der Nießbraucher doch ein seiner dinglichen Berechtigung entsprechendes, eigenes Auskunfts- und Kontrollrecht hinsichtlich der auf ihn entfallenden Erträge<sup>275</sup>.

**dd) Außenhaftung.** Der Besteller haftet wegen seiner trotz Nießbrauchsbestellung fortbestehenden Gesellschafterstellung wie bisher für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nach § 128 oder §§ 171, 172. Das gilt unabhängig vom Übergang der Mitverwaltungsrechte auf den Nießbraucher. Zur Vermeidung unerwünschter Haftungsrisiken mag es sich empfehlen, die Mitgliedschaft vor Nießbrauchsbestellung in eine Kommanditbeteiligung umzuwandeln<sup>275a</sup>; die Umwandlung kann etwa von dem mit einem Nießbrauchsvermächtnis belasteten Gesellschafter-Erben (Rdn. 117) nach § 139 betrieben werden. Zweifelhaft ist die Rechtslage des Nießbrauchers. Seine mit derjenigen des Bestellers konkurrierende Außenhaftung ist insbes. von *Flume*<sup>276</sup> bejaht worden. Dafür spricht seine dingliche Mitberechtigung am Anteil und die regelmäßige Zuständigkeit hinsichtlich der Verwaltungsrechte in laufenden Angelegenheiten. In der Tat führt die konsequente Umsetzung dieser Mitberechtigung dazu, ihr im Rahmen der §§ 128, 171 f auch *Außenwirkung* zu verleihen. Bejaht man diese Außenwirkung, so ist es auch geboten, den Nießbraucher neben dem Besteller als Mitinhaber des Anteils im **Handelsregister** einzutragen<sup>277</sup>. Das dient der Publizität der Rechtsverhältnisse in der OHG/KG im Interesse der Gesellschaftsgläubiger und des Rechtsverkehrs. Es sorgt zugleich dafür, dem Nießbraucher an einem Kommanditanteil das Haftungsprivileg der §§ 171, 172 zu verschaffen. Die Anmeldepflicht folgt aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 106 bis 108, 162; neben den Gesellschaftern trifft sie auch den Nießbraucher (vgl. § 106, 17).

**c) Nießbrauch am Gewinn? aa) Die Ansprüche nach § 717 S. 2 BGB.** Neben dem Anteilsnießbrauch wird vielfach die Bestellung eines auf die nach § 717 S. 2 BGB übertragbaren Vermögensrechte, insbes. auf den Gewinnanspruch beschränkten Nießbrauchs für möglich gehalten<sup>278</sup>. Einige Autoren halten unter Ablehnung des Anteilsnießbrauchs sogar *nur* diesen Nießbrauch für zulässig<sup>279</sup>. Ein solcher Nießbrauch ist unproblematisch, wenn er sich nur auf die nach § 717 S. 2 BGB selbstständig übertragbaren Vermögensrechte als solche, darunter insbes. die **Gewinnansprüche für die einzelnen Geschäftsjahre** bezieht<sup>280</sup>. Er kann nach § 1069 BGB ohne Zustimmung der Mitgesellschafter bestellt werden, wenn nicht im Gesellschaftsvertrag die Abtretung der Vermö-

<sup>275</sup> So auch *Blaurock* (Fn. 203) S. 147 f, *Teichmann* ZGR 1972, 9, *Wiedemann* (Fn. 161) S. 419 f, *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 16.

<sup>275a</sup> Dafür spricht auch die ansonsten drohende Gefahr, die Nießbrauchsbestellung könnte wegen des damit verbundenen Übergangs der laufenden Mitspracherechte auf den Nießbraucher einer „Selbstentmündigung“ des Bestellers gleichgestellt werden (vgl. dazu BGHZ 44, 158, 161 = NJW 1965, 2147).

<sup>276</sup> *Flume* I/1 § 17 VI S. 364 f; a. A. *Blaurock* (Fn. 203) S. 148 f, *Staudinger/Promberger* BGB<sup>12</sup> Anh. §§ 1068, 1069, 82, *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 19. Für Außenhaftung nur des Nießbrauchers als treuhänderischer Vollrechtsinhaber die

Anhänger der Treuhandlösung (Nachw. o. Fn. 251).

<sup>277</sup> So entgegen der bisher h. M. zutr. *Flume* I/1 § 17 VI S. 366; offenlassend *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 11.

<sup>278</sup> Vgl. etwa MünchKomm.-*Petzoldt* BGB<sup>2</sup> § 1068, 21, 24 ff, *Soergel/Baur* BGB<sup>11</sup> § 1068, 7, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 717, 18 f, *Bunke* DNotZ 1968, 5 ff, *Petzoldt* GmbH-Rdsch. 1987, 385 ff.

<sup>279</sup> So insbes. *Hadding* und *Petzoldt* aaO (Fn. 278).

<sup>280</sup> Zur Frage eines Nießbrauchs am Auseinandersetzungsguthaben vgl. Rdn. 122; er greift erst beim Ausscheiden des Bestellers oder bei Liquidation der OHG/KG ein.

gensrechte nach § 399 BGB ausgeschlossen ist. Allerdings beschränkt sich die Berechtigung des Nießbrauchers in diesem Fall auf die *Nutzung* des ausgezahlten Gewinns, d. h. auf seinen Einsatz durch den Nießbraucher zu Finanzierungszwecken bzw. auf die darauf entfallenden Zinsen; die Gewinne selbst bilden die Substanz des Nießbrauchgegenstands und sind daher bei Beendigung des Nießbrauchs nach § 1067 BGB an den Besteller herauszugeben<sup>281</sup>. Auch die *dingliche Absicherung* des Nießbrauchs am Gewinnanspruch ist derjenigen beim Anteilsnießbrauch nicht vergleichbar. Vom Nießbrauchsrecht erfaßt und nach § 1071 BGB geschützt wird nur der jeweils *entstandene* Anspruch auf den entnahmefähigen Gewinn<sup>282</sup>. Künftige Ansprüche unterfallen nur dann der Nießbrauchsbestellung, wenn der Besteller im Zeitpunkt ihrer Entstehung den Anteil weder veräußert noch durch Kündigung oder vereinbartes Ausscheiden liquidiert hat<sup>283</sup>. Anders als beim Anteilsnießbrauch ist in bezug auf derartige künftige Rechte das Verfügungsrecht des Bestellers nicht durch § 1071 BGB zugunsten des Nießbrauchers beschränkt.

**130** **bb) Ersatzkonstruktionen?** Um die dem Nießbrauch am Gewinnanspruch offenkundig anhaftenden Schwächen zu vermeiden und zu einem vermögensrechtlich dem Anteilsnießbrauch entsprechenden, wenn auch nicht auf die Verwaltungsrechte erstreckten Ertragsnießbrauch zu kommen, sind in der Literatur verschiedene Ersatzkonstruktionen entwickelt worden. Von ihnen zielt die eine unter Hinweis auf die dispositive Natur des § 1067 BGB<sup>284</sup> darauf ab, im Fall des Nießbrauchs am Gewinnanspruch dem Nießbraucher nicht nur die Nutzungen des Gewinns, sondern diesen selbst auf Dauer zu belassen und die Wertersatzpflicht des **§ 1067 BGB abzubedingen**<sup>285</sup>. Die Lösung vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil sie der Sache nach nicht zu einem Nutzungsrecht, sondern zu einer (Voraus-)Abtretung der Gewinnansprüche führt. Mit dem in §§ 1068, 1030 BGB definierten Nießbrauch an Rechten hat sie nichts mehr gemein; der Hinweis auf den dispositiven Charakter des § 1067 BGB ist irreführend<sup>286</sup>. Im übrigen ist die Konstruktion auch nicht geeignet, die fehlende dingliche Sicherung des „Nießbrauchers“ hinsichtlich der künftigen Gewinnansprüche (Rdn. 129) zu kompensieren. Sie erweist sich daher insgesamt als untauglich.

**131** Auf *Siebert* (BB 1956 1126) zurück geht die Konstruktion eines Nießbrauchs am **Gewinnstammrecht** als einem zentralen, die Grundlage der einzelnen Gewinnansprüche bildenden vermögensrechtlichen Mitgliedschaftsrecht. Sie ist ganz überwiegend auf Ablehnung gestoßen<sup>287</sup>. Zugunsten dieser Rechtsfigur ließe sich zwar die auf den

<sup>281</sup> So zutr. *Finger* DB 1977, 1033, *Staudinger/Promberger* BGB<sup>12</sup> Anh. §§ 1068, 1069, 69; ähnlich schon *Wiedemann* (Fn. 161) S. 400.

<sup>282</sup> So auch *Sudhoff* NJW 1971, 483, MünchKomm.-*Petzoldt* BGB<sup>2</sup> § 1068, 24.

<sup>283</sup> Zur Unwirksamkeit der Abtretung künftiger Gewinnansprüche im Fall zwischenzeitlicher Anteilsveräußerung durch den Zedenten vgl. Rdn. 320, zum Zeitpunkt der Entstehung des Gewinnanspruchs vgl. Erläut. zu § 122.

<sup>284</sup> H. M., vgl. MünchKomm.-*Petzoldt* BGB<sup>2</sup> § 1067, 7, *Staudinger/Promberger* BGB<sup>12</sup> § 1067, 12 ff.

<sup>285</sup> So MünchKomm.-*Petzoldt* BGB<sup>2</sup> § 1068, 24, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 717, 19, *Hadding* (Fn. 250) S. 73, *Bunke* DNozZ 1968, 9 f, *Petzoldt* GmbH-Rdsch. 1987, 386.

<sup>286</sup> Das zeigen die sonstigen für Abweichungen von § 1067 BGB angeführten Beispiele, bei denen es

nicht etwa um den Ausschluß des Wertersatzanspruchs geht, sondern um dessen inhaltliche Modifizierung (vgl. nur *Staudinger/Promberger* BGB<sup>12</sup> § 1067, 14 ff m. Nachw.). Ähnlich auch *Bökelmann* Nutzungen und Gewinn beim Unternehmensnießbrauch (1971) S. 212.

<sup>287</sup> Dagegen *Flume* I/1 § 17 VI S. 360 f, *Huber* Vermögensanteil S. 414 f, *Wiedemann* (Fn. 161) S. 400 f, *Teichmann* ZGR 1972, 21, MünchKomm.-*Petzoldt* BGB<sup>2</sup> § 1068, 24, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 717, 19, *Staudinger/Promberger* BGB<sup>12</sup> Anh. §§ 1068, 1069, 70, *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 9, *Blaurock* (Fn. 203) S. 139 f, *Roblff* NJW 1971, 1341; dafür *Rob. Fischer* Vorauf. § 139, 88, *Soergel/Schultze-v. Lasaulx* BGB<sup>10</sup> § 719, 12, *Staudinger/Kestler* BGB<sup>12</sup> § 717, 26, *Sudhoff* NJW 1971, 483 f; offenlassend BGH BB 1975, 295.

Nießbrauch an Leibrenten u. a. zugeschnittene Vorschrift des § 1073 BGB anführen<sup>288</sup>; sie zeigt, daß dem Gesetzgeber der Nießbrauch an einem Vermögens(stamm)recht zur dinglichen Erfassung der einzelnen daraus entspringenden Ansprüche als Erträge des Rechts nicht fremd ist<sup>289</sup>. Auch findet sich im Gesellschaftsrecht die — freilich ebenfalls umstrittene — Figur eines *Vermögenswerts der Beteiligung* als Inbegriff der mitglied-schaftlichen Vermögensrechte, die deutliche Parallelen zum Gewinnstammrecht aufweist<sup>289a</sup>. Gegen die Konstruktion eines derartigen Vermögensnießbrauchs an der Mitgliedschaft spricht jedoch, daß ein Bedürfnis hierfür infolge der inzwischen ganz überwiegenden Anerkennung des Anteilsnießbrauchs nicht mehr besteht (vgl. Rdn. 132).

**cc) Fehlendes Bedürfnis.** Letztlich kann die Frage nach Ersatzkonstruktionen für den Anteilsnießbrauch und nach der Anerkennung eines Nießbrauchs an einem Inbegriff mitglied-schaftlicher Vermögensrechte, der über die in § 717 S. 2 BGB genannten Einzelansprüche deutlich hinausgeht, aus heutiger Sicht dahinstehen. Denn **eigenständige Bedeutung gegenüber dem Anteilsnießbrauch** kommt ihnen **nicht** zu<sup>290</sup>. Das gilt einerseits für die Bestellung eines solchen Nießbrauchs, die mangels Eingreifens von § 717 S. 2 BGB der Zustimmung der Mitgesellschafter ebenso wie beim Anteilsnießbrauch (Rdn. 119) bedarf. Was zum anderen den Ausschluß laufender Verwaltungsrechte des Nießbrauchers angeht, ist er auch beim Anteilsnießbrauch zulässig (Rdn. 126 f); er erfordert nicht die Entwicklung einer besonderen, auf die Vermögensrechte beschränkten Rechtsfigur nach Art des Gewinn- oder Ertragsnießbrauchs am Anteil. Schließlich müßten selbst beim isolierten Gewinn- oder Ertragsnießbrauch die in § 1071 BGB vorgesehenen, mit Rücksicht auf die dingliche Absicherung des Nießbrauchs unverzichtbaren Mitspracherechte des Nießbrauchers bei Aufhebung oder Änderung des belasteten Rechts (Rdn. 120, 125) beachtet werden, ohne daß dem Besteller insoweit ein wesentlich größerer Bewegungsspielraum als beim Anteilsnießbrauch verbliebe. Berücksichtigt man zudem die fehlende einkommensteuerliche Anerkennung eines isolierten Gewinn- oder Ertragsnießbrauchs<sup>291</sup>, so empfiehlt es sich, auf diese Rechtsfigur in der künftigen Diskussion ganz zu verzichten<sup>292</sup>.

#### 4. Pfändung, Verpfändung

Die **Pfändung** des OHG/KG-Anteils durch Gläubiger des Gesellschafters ist entsprechend § 859 Abs. 1 ZPO unabhängig davon zulässig, ob im Gesellschaftsvertrag die Übertragung des Anteils zugelassen ist; der Anwendungsbereich des § 859 Abs. 1 ZPO beschränkt sich entgegen seinem Wortlaut nicht auf Anteile an einer GbR (Rdn. 289). Allerdings ist die Anteilspfändung ungewöhnlich, da Privatgläubigern eines Gesellschafters nach § 135 der für die Realisierung des Anteilswerts einfachere und direktere Weg einer Pfändung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben mit anschließender Kündigung der Gesellschaft offensteht, während Gesellschaftsgläubiger unmittelbar in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken können, statt den Umweg über § 128 i. V. mit § 859 Abs. 1 ZPO zu gehen.

<sup>288</sup> Vgl. *Siebert* BB 1956, 1126 f, MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 705, 83; zweifelnd *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 717, 19.

<sup>289</sup> Zur klarstellenden, die Besonderheiten von Leibrente u. a. betonenden Natur des § 1073 vgl. MünchKomm.-Petzoldt BGB<sup>12</sup> § 1073, 1, und *Staudinger/Promberger* BGB<sup>12</sup> § 1073, 1.

<sup>289a</sup> Vgl. dazu näher MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 717, 15 und § 719, 5 m. Nachw.

<sup>290</sup> So auch *Blaurock* (Fn. 203) S. 140, *Schlegelberger/K. Schmidt* Vor § 335, 9 und früher schon *Wiedemann* (Fn. 161) S. 400 f, *Huber* Vermögensanteil S. 414 f, und *Teichmann* ZGR 1972, 21.

<sup>291</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 255.

<sup>292</sup> Die abw. Ansicht in der Vorauf. (§ 139, 88) gebe ich auf.

- 134** Die **Verpfändung** eines OHG/KG-Anteils richtet sich nach § 1274 BGB: Voraussetzung ist die Zulassung der Anteilsübertragung im Gesellschaftsvertrag oder die Zustimmung der Mitgesellschafter zur Verpfändung (Rdn. 291). Davon zu unterscheiden ist die Verpfändung der nach § 717 S. 2 BGB übertragbaren Vermögensrechte: sie ist auch ohne Zustimmung der Mitgesellschafter möglich. Da sie aber erst mit Entstehung der betroffenen Ansprüche wirksam wird<sup>292a</sup>, verschafft sie dem Pfandgläubiger keine entsprechend gesicherte Stellung wie die Verpfändung des Anteils.
- 135** Die **Rechtsstellung des Pfandgläubigers** beschränkt sich im Fall von Pfändung und Verpfändung gleichermaßen auf das Recht zur *Verwertung* des Anteils, ggf. auf dem Wege über die Kündigung nach § 135. Mitgliedschaftliche Verwaltungsrechte stehen ihm im Unterschied zum Nießbraucher nicht zu; eine Ausnahme gilt für die zu seinem Schutze erforderlichen Informations- und Kontrollrechte (vgl. näher Rdn. 290, 292).

### 5. Testamentvollstreckung, Nachlaßverwaltung

- 136** Die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer **Testamentvollstreckung** am **Kommanditanteil** sind lebhaft umstritten. Der Streit betrifft vor allem die Frage, ob für die Testamentvollstreckerbefugnisse am Anteil die letztwillige Anordnung der Testamentvollstreckung und deren Zulassung im Gesellschaftsvertrag ausreicht oder ob es — wegen der Sondervererbung des Anteils an die Nachfolger-Erben persönlich — zusätzlich einer Rechtseinräumung durch sie gegenüber dem Testamentvollstrecker bedarf. Eine abschließende höchstrichterliche Klärung dieser Frage steht bisher aus (vgl. näher Erläut. zu § 139). Soweit es um die Testamentvollstreckung am **Anteil eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters** geht, kommt als zusätzliches Problem hinzu, daß der Testamentvollstrecker nach § 2206 BGB durch sein Handeln nur Verbindlichkeiten für den Nachlaß, nicht aber für die Erben persönlich eingehen kann. Zu Recht lehnt die h. M. daher eine Testamentvollstreckung insoweit ab und verweist die Beteiligten auf — freilich wenig praktikable — Ersatzkonstruktionen, darunter in erster Linie die treuhänderische Anteilsübertragung auf den Testamentvollstrecker (Erläut. zu § 139).
- 137** Hinsichtlich der **Nachlaßverwaltung** hat der BGH entschieden, daß sie nur die nach § 717 S. 2 BGB getrennt übertragbaren und daher der regelmäßigen Vererbung unterliegenden Vermögensrechte umfaßt, darunter vor allem den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, während der im Wege der Sondervererbung auf den oder die Nachfolger-Erben persönlich übergehende Gesellschaftsanteil davon nicht berührt wird (BGHZ 91 132, 135 f = NJW 1984 2104; str., vgl. näher Erläut. zu § 139). Gesellschafter kraft Anteilsvererbung sind danach trotz Anordnung von Nachlaßverwaltung allein die nachfolgeberechtigten Erben, dies freilich ohne die (von der Nachlaßverwaltung erfaßten) Vermögensrechte. Für den Fall des Nachlaßkonkurses bedeutet das, daß der Auflösungsgrund des § 131 Nr. 5 nicht eingreift (BGH aaO). Wohl aber hat der Nachlaß-(konkurs-)Verwalter entsprechend § 135 die Möglichkeit, die Gesellschaft zur Liquidierung des Anteilswerts zu kündigen (vgl. Erläut. zu § 139).

## D. Gesellschaftsvertrag

### I. Grundlagen

#### 1. Vertragsschluß als notwendiges Erfordernis

- 138** Das Vorliegen einer „Gesellschaft“, d. h. eines vertraglichen Schuldverhältnisses i. S. des § 705 BGB (Rdn. 15), ist nach § 105 Abs. 1 notwendige Voraussetzung für die

<sup>292a</sup> Vgl. näher MünchKomm. — Ulmer BGB<sup>2</sup> § 717, 29 und 40.

Entstehung einer OHG (KG)<sup>293</sup>. Der Gesellschaftsvertrag bedarf grundsätzlich keiner Form (Rdn. 169). Er kann ausdrücklich oder konkludent geschlossen werden (Rdn. 156f) und muß die Wesensmerkmale einer OHG (gemeinsamer, auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichteter Zweck; Beitragspflichten; Haftungsbeschränkung bei keinem der Beteiligten; vgl. Rdn. 17 ff) enthalten. **Ohne** rechtsgeschäftliche Grundlage kommt eine OHG **nicht zur Entstehung** (einhM). Das gilt auch bei gemeinsamer Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft (Rdn. 57). Auch die rechtliche Anerkennung einer *fehlerhaften* Gesellschaft setzt neben deren Invollzugsetzung den auf einen Vertragsschluß gerichteten, wenn auch fehlerhaften Willen der Beteiligten voraus (Rdn. 340). Ein Scheinvertrag (§ 117 BGB) oder das bloß äußerliche Zusammenwirken der Beteiligten in Kenntnis der fehlenden Vertragsgrundlage reichen für die Anerkennung einer — sei es auch fehlerhaften — Gesellschaft nicht aus (Rdn. 384).

## 2. Rechtsnatur

a) **Schuldvertrag**. Nach der Einteilung des BGB gehört der Gesellschaftsvertrag zu den „Einzelnen Schuldverhältnissen“ des besonderen Schuldrechts; er bildet dort den 14. Titel. Die Einteilung geht auf die römischrechtliche *societas* als bloßes Schuldverhältnis der Beteiligten zurück; sie ist trotz Einbeziehung von Gesamthandselementen in die Regelung der §§ 705 bis 740 BGB während der Gesetzesberatungen des BGB beibehalten worden<sup>294</sup>. Diese Systematik verdient insoweit Zustimmung, als der Gesellschaftsvertrag unbeschadet der darin enthaltenen Organisationselemente (Rdn. 141) und der mit seinem Abschluß verbundenen Begründung von Gesamthandsvermögen (Rdn. 278) allein durch **rechtsgeschäftliche Einigung der Beteiligten** zustandekommt und für sie zur Begründung obligatorischer **Beitragspflichten** (Rdn. 18) führt. **139**

Über die **Rechtsnatur** des Gesellschaftsvertrags als gegenseitiger Vertrag, Gemeinschaftsvertrag, personenrechtlicher Vertrag, Organisationsvertrag u. a. wurde früher viel gestritten<sup>295</sup>. Aus heutiger Sicht erweist sich die Diskussion als im wesentlichen überholt; für die Ableitung konkreter Rechtsfolgen ist sie wenig geeignet. Fest steht, daß der Gesellschaftsvertrag **nicht** zu den **Austauschverträgen** nach Art des Kauf-, Miet- oder Werkvertrags gehört, auf die die Vorschriften der §§ 320 ff BGB über gegenseitige Verträge angewandt werden könnten (vgl. näher Rdn. 148 ff). Soweit § 705 BGB von „gegenseitigen“ Verpflichtungen spricht, sind damit *wechselseitige*, nicht den Mitgesellschaftern, sondern der Gesamthand gegenüber eingegangene Verpflichtungen der Beteiligten gemeint<sup>296</sup>. Zutreffend wird daher auch der auf Begründung einer **Interessengemeinschaft** gerichtete Charakter der Gesellschaft im Unterschied zu den Typen eines Austausch- und Interessenwahrungsvertrags betont<sup>297</sup>. Für das Innenverhältnis bedeutsam sind das *Gemeinschaftselement* und der für den Gesellschaftsvertrag kennzeichnende **140**

<sup>293</sup> Zum Sonderfall übertragender Umwandlung, bei der der Umwandlungsbeschluß die Funktion des Gesellschaftsvertrags übernimmt, vgl. Rdn. 53.

<sup>294</sup> Zum Einfluß von *societas* und Gesamthand auf die Ausgestaltung der §§ 705 bis 740 BGB und zum Gang des Gesetzgebungsverfahrens vgl. *Flume ZHR* 136 (1972), 177 f, *dens.* I/1 § 1 II S. 2 ff, und *Hadding Festschr. zum 100jährigen Gründungstag des Reichsjustizamts*, 1977, S. 263, 270 ff.

<sup>295</sup> Vgl. die Nachw. zum Meinungsstand bei *Staudinger/Keffler BGB*<sup>12</sup> § 705, 6 ff und *MünchKomm.-Ulmer BGB*<sup>2</sup> § 705, 125.

<sup>296</sup> Heute h. M., vgl. *MünchKomm.-Ulmer BGB*<sup>2</sup> § 705, 137, *Soergell/Hadding BGB*<sup>11</sup> § 705, 44, ähnlich auch *Larenz Schuldrecht II*<sup>12</sup> § 60 I b S. 373 f; für Beurteilung des Gesellschaftsvertrags als „gegenseitiger Vertrag iWSt“ die früher h. M., vgl. *Enneccerus/Lehmann*<sup>15</sup> § 176 III 1 S. 732, *Hueck OHG* § 6 II 3 S. 52 f, ähnlich noch *Vorauf.* Rdn. 47 b (*Rob. Fischer*).

<sup>297</sup> Vgl. insbes. *AK-BGB-Teubner Vor* § 705, 25, *Esser/Schmidt SchuR AT* 6 § 12 III 3 S. 188 f.

*persönliche Zusammenschluß* der Mitglieder. Sie beeinflussen die Auslegung des Vertrags und führen zur Anerkennung bestimmter ungeschriebener, das Gesellschaftsverhältnis prägender Rechtsgrundsätze, darunter vor allem des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Rdn. 252 ff) und der Treupflicht (Rdn. 232 ff). Sie überlagern das allgemeine Schuldrecht und bestimmen das Innenverhältnis der Beteiligten. Zum Gesellschaftsvertrag als Organisationsvertrag vgl. Rdn. 141 f.

- 141 b) Organisationsvertrag.** Im Unterschied zu sonstigen vertraglichen Schuldverhältnissen beschränkt sich der Gesellschaftsvertrag in der Regel nicht darauf, obligatorische Beziehungen zwischen den Beteiligten zu begründen. Vom Sonderfall der BGB-Innen-Gesellschaft ohne Gesamthandsvermögen und der ihr entsprechenden stillen Gesellschaft (§ 230) abgesehen<sup>298</sup>, bildet er vielmehr zugleich die Grundlage für die Gesamthand (Gruppe) als gemeinsame Handlungsorganisation (Wirkungseinheit) der Beteiligten, wie sie in § 124 zum Ausdruck kommt (Rdn. 41 f). Kennzeichen dieser Handlungsorganisation sind die **Organe** der Gesellschaft und das der gemeinsamen Zweckverfolgung dienende, gesamthänderisch gebundene **Gesellschaftsvermögen**<sup>299</sup>.
- 142** Organisationsrechtliche und schuldvertragliche Elemente lassen sich bei der Außengesellschaft nicht trennen:<sup>299a</sup> der **schuldvertraglichen Stellung** als Vertragspartner **entspricht die Mitgliedschaft** in der Organisation als ein mit Zustimmung der Mitgesellschafter übertragbarer Inbegriff der mit der Gesellschafterstellung verbundenen Rechte und Pflichten (Rdn. 208). Eine weitere Konsequenz dieser organisationsrechtlichen Besonderheit des Gesellschaftsvertrags gegenüber sonstigen vertraglichen Schuldverhältnissen zeigt sich in der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, d. h. der rechtlichen Anerkennung der in Vollzug gesetzten Organisation trotz mangelhafter (nichtiger oder angefochtener) Vertragsgrundlage (vgl. näher Rdn. 327 ff).
- 143 c) Dauerschuldverhältnis.** Die Rechte der Beteiligten aus dem Gesellschaftsvertrag und die von ihnen übernommenen Pflichten, insbes. die Förderpflicht, betreffen nicht eine klar umgrenzte, auf die Erbringung einer oder mehrerer bestimmter Leistungen gerichtete Leistungsbeziehung nach Art eines Kauf- oder Werkvertrags, deren Erfüllung das Schuldverhältnis beendet. Die Partner schulden sich vielmehr eine **dauernde Pflichtenanspannung**. Sie wird durch die vertraglich festgelegte oder mittels Kündigung gestaltbare Zeitdauer eingegrenzt und besteht während dieser Zeit unabhängig von den einzelnen Erfüllungshandlungen. Das gilt im Grundsatz auch für die versprochenen Einlagen; sie sind zwar typischerweise nur einmal zu bewirken, müssen der Gesellschaft aber während der ganzen Vertragsdauer belassen werden. Diese Besonderheiten machen die OHG/KG zum Dauerschuldverhältnis, und zwar auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht auf unbestimmte Zeit eingegangen ist, sondern eine feste Zeitdauer vorsieht<sup>300</sup>. Seine Eigenart besteht darin, daß das Instrument der Kündigung (bzw. der Gestaltungsklagen nach §§ 133, 140, 142) eine Reihe von Funktionen übernimmt, für die

<sup>298</sup> Vgl. dazu MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 705, 229 ff, 240 ff.

<sup>299</sup> Der Begriff „Organisationsvertrag“ geht zurück auf *Würdinger* Gesellschaften I (1937) § 8 II 3. Der Sache nach ist er heute für die Personengesellschaften (mit Ausnahme der reinen Innengesellschaft) allgemein akzeptiert; vgl. etwa *Flume* I/1 S. 4, 61, *Reinhardt* GesR (1973) Rdn. 58, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> Vor § 705, 24, *AK-BGB-Teubner* § 705, 1.

<sup>299a</sup> Anders zu Unrecht *Staudinger/Kesfler* BGB<sup>12</sup> § 705, 5, der für die Personengesellschaft zwischen

„Gründungsvertrag“ und „Normierungsvertrag“ unterscheiden will.

<sup>300</sup> Zum Dauerschuldverhältnis als besonderer Vertragskategorie vgl. näher *Beitzke* Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen (1948), *Wiese* in Festschr. Nipperdey I (1965) S. 837 ff, *Larenz* Schuldrecht I<sup>14</sup> § 2 VI, MünchKomm.-*Kramer* BGB Vor § 241, 84 ff, *Ulmer* Der Vertragshändler (1969) S. 252 f.

bei einfachen Schuldverhältnissen der Rücktritt, die Anfechtung<sup>301</sup> und die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage zur Verfügung stehen<sup>302</sup>.

**d) Kein Handelsgeschäft.** Obwohl der Gesellschaftsvertrag der OHG/KG auf den gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes abzielt, ist er nicht etwa stets oder regelmäßig ein Handelsgeschäft (§ 343) der Beteiligten. Wegen seines Grundlagencharakters würde das selbst dann gelten, wenn man die unbeschränkt haftenden Gesellschafter mit der früher h. M. als Kaufleute qualifizieren wollte (vgl. näher Rdn. 44, 74 ff). Eine andere Beurteilung ist nur in solchen Fällen veranlaßt, in denen Gesellschafter außerhalb ihrer Beteiligung an der OHG ein eigenes Handelsgewerbe betreiben und in denen sich für sie der Erwerb der Mitgliedschaft an der OHG aus diesem Grunde nach §§ 343, 344 Abs. 1 als Handelsgeschäft erweist. Bedeutung hat die Frage vor allem im Hinblick auf Schiedsgerichtsvereinbarungen im Rahmen des Gesellschaftsvertrags: sie bedürfen im Regelfall der besonderen Form des § 1027 Abs. 1 ZPO. Zur analogen Anwendung von Handelsrecht auf Rechtsgeschäfte, die Gesellschafter im sachlichen Zusammenhang mit ihrer Beteiligung an der OHG und in deren Interesse Dritten gegenüber eingehen, vgl. Rdn. 80.

### 3. Anwendbares Recht

**a) Allgemeiner Teil des BGB.** Der Vertragsnatur der Personengesellschaft entspricht die grundsätzliche Anwendbarkeit der Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB auf die OHG/KG. Das gilt **uneingeschränkt** für das Recht der Personen und Sachen sowie für die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit, ferner für diejenigen über Fristen, Termine und Verjährung. Gewisse **Modifikationen** in ihrer Anwendung auf Außengesellschaften nach Art der OHG und KG erfahren demgegenüber die Vorschriften über Willenserklärungen und Verträge. Für den Vertragsschluß ergeben sich bei Beteiligung von mehr als zwei Gesellschaftern gewisse Abweichungen von den auf das Zweipersonenverhältnis zugeschnittenen Vorschriften der §§ 145 ff BGB (Rdn. 156). An die Stelle der Anfechtung nach §§ 119, 123 BGB bzw. an diejenige der Berufung auf einen der Nichtigkeitsgründe des BGB tritt grundsätzlich die Erhebung der Auflösungsklage (§ 133), wenn die Gesellschaft in Vollzug gesetzt ist (vgl. näher Rdn. 327 ff, 361). Die gesetzlichen Auslegungsregeln der §§ 139, 154 BGB sind auf Gesellschaftsverträge nicht unverändert anwendbar (Rdn. 162, 185). Vereinbarungen über Bedingung oder Zeitbestimmung (§§ 158, 159 BGB) sind im Gesellschaftsvertrag nur eingeschränkt zulässig (Rdn. 164 ff). Für die ergänzende Vertragsauslegung zur Schließung von Lücken des Gesellschaftsvertrags gilt der Vorrang des hypothetischen Parteiwillens vor dispositivem Recht (Rdn. 203).

**b) Schuldrecht. aa) Grundsatz.** Die Vorschriften des *allgemeinen* Schuldrechts des BGB sind nach dessen Systematik auch auf die Gesellschaft **anwendbar**, soweit sie sich der Sache nach hierzu eignen (zum Sonderfall der §§ 320 ff vgl. Rdn. 148 ff) und **soweit nicht** in §§ 105 ff HGB bzw. §§ 705 bis 740 BGB **Sonderregelungen** enthalten sind. Derartige Sondervorschriften finden sich etwa in den §§ 128 ff, 171 ff HGB im Verhältnis zu §§ 420 ff BGB; entsprechendes gilt für den Haftungsmaßstab des § 708 BGB in Abweichung von § 276 BGB. Weitere Besonderheiten ergeben sich aus Gleichbehandlungsgrundsatz und Treupflicht als ungeschriebenen, auf dem Gemeinschaftscharakter des Gesellschaftsvertrags beruhenden gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen (Rdn. 140).

<sup>301</sup> Zu ihrer Ersetzung durch die Auflösungsklage nach den Grundsätzen für die fehlerhafte Gesellschaft vgl. Rdn. 361. <sup>302</sup> So auch BGHZ 10, 44, 51 = NJW 1953, 1548; Staudinger/Kießler BGB<sup>12</sup> § 723, 59.

Hiervon abgesehen bestehen im Grundsatz keine Bedenken dagegen, für die Rechtsverhältnisse der Beteiligten auf das allgemeine Schuldrecht zurückzugreifen. Zum Sonderproblem der Leistungsstörungen vgl. Rdn. 152 ff.

**147** Im einzelnen greifen die Vorschriften der §§ 241 ff BGB mangels abweichender Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag jedenfalls insoweit ein, als es um die Art (Gegenstand, Zeit, Ort) der Einlageleistung geht; für die kaufrechtliche Modifikation in § 447 BGB ist kein Raum<sup>303</sup>. Die §§ 310 bis 314 BGB über Inhalt, Form und Umfang bestimmter vertraglicher Leistungsversprechen gelten auch für Einlagevereinbarungen in Gesellschaftsverträgen<sup>304</sup>. Vereinbarungen über das Recht zu einseitigen Vertragsänderungen, zur Veränderung des Mitgliederkreises oder über noch zu bestimmende Einlageleistungen können nach Maßgabe der §§ 315, 317 BGB im Gesellschaftsvertrag getroffen werden<sup>305</sup>. Soweit sich damit Eingriffe in den Kernbereich der Mitgliedschaft verbinden, muß die Ermächtigung als Wirksamkeitserfordernis zugleich die Grenzen der Bestimmungsmacht fixieren (vgl. § 109, 36). Gesellschaftsverträge zugunsten Dritter (§ 328 BGB) scheitern im Regelfall daran, daß die Gesellschafterstellung neben Rechten auch Pflichten begründet; Verträge zu Lasten Dritter ohne entsprechende Ermächtigung durch den Dritten sind dem geltenden Recht unbekannt<sup>306</sup>. Der Anwendbarkeit der Regelungen über das Erlöschen der Schuldverhältnisse (§§ 362 bis 397 BGB) schließlich steht der Dauerschuldcharakter des Gesellschaftsvertrags entgegen. Gleiches gilt nach Vollzug der Gesellschaft für das Rücktrittsrecht (§§ 346 ff BGB); an seine Stelle tritt die Auflösungsklage (§ 133).

**148** bb) §§ 320 bis 327 BGB; Meinungsstand. Die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 320 bis 327 BGB auf Gesellschaftsverträge wurde vom Reichsgericht unter Hinweis auf deren Charakter als gegenseitiger Vertrag in ständ. Rspr. bejaht<sup>307</sup>. Der BGH hat die Grundfrage bisher jeweils offengelassen, sich im Einzelfall aber stets gegen die Anwendung dieser auf gegenseitige Verträge zugeschnittenen Vorschriften ausgesprochen<sup>308</sup>. Die Literatur steht der Anwendbarkeit jedenfalls der §§ 320 bis 322 BGB ablehnend gegenüber<sup>309</sup>; nur für Zweipersonengesellschaften wird sie überwiegend bejaht<sup>310</sup>. Hinsichtlich der §§ 323 bis 327 BGB finden sich unterschiedliche Ansichten, die von ihrer eingeschränkten, auf die Besonderheiten der Gesellschaft Rücksicht nehmenden Anwendung<sup>311</sup> über die Analogie<sup>312</sup> bis hin zur grundsätzlichen Ablehnung<sup>313</sup> reichen.

<sup>303</sup> H. M., vgl. *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 706, 22, *Staudinger/Kefler* BGB<sup>12</sup> § 706, 28, *RGRK-von Gamm* BGB<sup>12</sup> § 706, 6; a. A. *Westermann* Rdn. I 266, *Palandt/Thomas* BGB<sup>47</sup> § 706, 2; nach dem Ort der Versendung differenzierend *Hueck* OHG § 14 II S. 207.

<sup>304</sup> Vgl. nur Rdn. 170, 173 zu den Formvorschriften der §§ 311, 313 BGB.

<sup>305</sup> *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 42; vgl. auch BGH NJW 1960, 963, 964 zur Übertragung von Gesellschaftsangelegenheiten an Dritte entsprechend § 317 BGB.

<sup>306</sup> Statt aller *Palandt/Heinrichs* BGB<sup>47</sup> Einf. vor § 328, 5 c. Die Frage hat Bedeutung für rechtsgeschäftliche Nachfolgeklauseln, die — im Unterschied zu erbrechtlichen — nur zugunsten (und zu Lasten) von *Mitgesellschaftern* vereinbart werden können; vgl. BGHZ 68, 225, 231 f = NJW 1977, 1339 und Erläut. zu § 139.

<sup>307</sup> RGZ 76, 276, 279; 78, 303, 305; 100, 1, 3; 147, 340, 342; 163, 385, 388.

<sup>308</sup> BGH LM HGB § 105 Nr. 11 = BB 1954, 92; BGH WM 1959, 53, 54 f; NJW 1983, 1188, 1189.

<sup>309</sup> *Hueck* OHG § 6 II 3 b S. 55 f, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 44, *Palandt/Thomas* BGB<sup>47</sup> § 705, 3c, MünchKomm.-*Emmerich* BGB<sup>2</sup> § 320, 12; differenzierend *Westermann* Rdn. I 85 f.

<sup>310</sup> So die in Fn. 309 genannten Autoren; für Möglichkeit des Arglisteinwands gegenüber Beitragsforderungen (offenlassend) BGHZ 26, 330, 335 = NJW 1958, 668; zum Ganzen vgl. MünchKomm.-*Ulmer* BGB<sup>2</sup> § 705, 142.

<sup>311</sup> So Vorauf. Rdn. 47 c ff (*Rob. Fischer*), *Hueck* OHG § 6 II 3 S. 52 ff; mit Einschränkung. *Flume* I/1 § 2 IV S. 29 ff; beschränkt auf das „Beitrags“- (im Unterschied zum Gesellschafts-verhältnis auch *K. Schmidt* GesR § 20 III S. 428 ff.

<sup>312</sup> So *Soergel/Schultze-v. Lasaulx* BGB<sup>10</sup> § 705, 35 ff.

<sup>313</sup> So *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 44 f, *Staudinger/Kefler* BGB<sup>12</sup> § 705, 11 ff, *Larenz* (Fn. 296) § 60 I b S. 374 m. weit. Nachw.

**Stellungnahme.** Die Vorschriften über gegenseitige Verträge beruhen auf der synalagmatischen Verknüpfung vertraglicher Leistungen, die ihren Sinn und Zweck in der jeweiligen Gegenleistung finden. Hieran fehlt es beim Gesellschaftsvertrag; er ist durch die Verpflichtung aller Vertragspartner auf den gemeinsamen Zweck geprägt. Insbesondere läßt sich nicht sagen, daß die einzelnen Gesellschafter ihre Beitrags- und sonstigen Förderpflichten wegen der entsprechenden Leistungen der *Mitgesellschafter* übernehmen. Unzutreffend ist aber auch die Annahme eines Gegenseitigkeitsverhältnisses zwischen den einzelnen Gesellschaftern und der *Gesamthand*, das etwa auf den Austausch von Beitragsleistungen gegen Gewinn hinausliefere (so aber *Westermann* Rdn. I 85). Daher ist für die unmittelbare oder analoge Anwendung der §§ 320 bis 327 BGB im Grundsatz kein Raum<sup>314</sup>. Ihrer bedarf es auch deshalb nicht, weil die Vorschriften der §§ 275 ff BGB sowie die spezifischen Rechtsinstitute des Gesellschaftsrechts angemessene Regelungen bereithalten (vgl. Rdn. 150, 153 ff). Eine *Ausnahme* kommt nur für Zweipersonen-Innengesellschaften des BGB einschließlich der stillen Gesellschaft in Betracht, bei denen die Übergänge zu den gegenseitigen Verträgen fließend sind<sup>315</sup>. Für die OHG und KG als Außengesellschaften scheidet diese Möglichkeit aus.

Was insbesondere die Vorschriften der §§ 320 bis 322 BGB über den Zusammenhang zwischen Leistungserbringung und Gegenleistung angeht, paßt ihr Normzweck nicht auf die andersartige Struktur der Personengesellschaft. Ein Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich der versprochenen **Einlagen** steht den Gesellschaftern auch dann nicht zu, wenn Mitgesellschafter sich mit ihrer Einlagepflicht in Verzug befinden<sup>316</sup>. Wohl aber können Gesellschafter sich einredeweise auf den *Gleichbehandlungsgrundsatz* berufen, wenn ausstehende Einlagen ohne sachlichen Grund nicht auch von Mitgesellschaftern eingezogen werden<sup>317</sup>. In Ausnahmefällen kommt auch der Mißbrauchseinwand in Betracht<sup>318</sup>. Dem Eintritt einer wesentlichen Vermögensverschlechterung bei Mitgesellschaftern nach Vertragsschluß (§ 321 BGB) kann durch Erhebung der Auflösungs-, Ausschluß- oder Übernahmeklage (§§ 133, 140, 142) Rechnung getragen werden<sup>319</sup>. Auch für **laufende Verpflichtungen** der Gesellschafter einer OHG/KG scheidet die Berufung auf die §§ 320 bis 322 BGB aus. Weder die Pflicht zur Geschäftsführung noch diejenige zur Mitwirkung an im Interesse der Gesellschaft notwendigen Beschlüssen darf davon abhängig gemacht werden, daß auch die Mitgesellschafter ihren mitgliederschaflichen Pflichten nachkommen<sup>320</sup>.

<sup>314</sup> Das gilt auch gegenüber der These von *K. Schmidt* GesR § 20 III S. 428 f, es sei zwischen Beitrags- und Gesellschaftsverhältnis zu unterscheiden und auf jenes könnten (mit Modifikationen) die §§ 320 ff BGB angewendet werden. Die Unterscheidung mag zutreffen in bezug auf Austauschverträge, die Gesellschafter in Erfüllung vertraglicher Nebenpflichten (§ 3 Abs. 2 GmbHG) mit der Gesellschaft schließen. Im Hinblick auf die Einlageleistung zur Erfüllung der gesellschaftsvertraglichen Beitragspflicht in der OHG/KG führt sie jedoch zu einer künstlichen Aufspaltung eines nach seinem Rechtsgrund untrennbaren, einheitlichen Rechtsverhältnisses.

<sup>315</sup> Zur Abgrenzungsproblematik vgl. Münch-Komm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> vor § 705, 71 ff.

<sup>316</sup> So für die mehrgliedrige Gesellschaft ganz h. M., vgl. Nachw. in Fn. 309.

<sup>317</sup> So zutr. auch *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 45, *Staudinger/Kesler* BGB<sup>12</sup> § 705, 12, *Westermann* Rdn. I 89.

<sup>318</sup> Vgl. BGHZ 26, 330, 335 = NJW 1958, 668 (offenlassend); *Hueck* OHG § 6 II 3b S. 55 m. weit. Nachw.

<sup>319</sup> So auch *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 45; anders die auf § 321 BGB abstellende bisher h. M., vgl. Vorauf. Rdn. 47 d (*Rob. Fischer*), *Hueck* OHG § 6 II 3 c S. 56 f, *RGRK-von Gamm* BGB<sup>12</sup> § 705, 9, *Soergel/Schultze-v. Lasaulx* BGB<sup>10</sup> § 705, 39; auf die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft abstellend *Westermann* Rdn. I 89.

<sup>320</sup> BGH LM HGB § 105 Nr. 11 = BB 1954, 52; BGH WM 1987, 841 (zur Zustimmungspflicht kraft Treupflicht in der GmbH); Lit.-Nachw. vgl. in Fn. 309.

- 151** Die Vorschriften der §§ 323 bis 327 BGB regeln die Folgen von Leistungsstörungen für die Gegenleistung; sie enthalten insoweit teils Ergänzungen, teils Modifikationen der allgemeinen Vorschriften der §§ 275 ff BGB. Bei Unmöglichkeit, Verzug oder Schlechterfüllung von *Mitgliedschaftspflichten* ist für ihre Anwendung kein Raum (vgl. näher Rdn. 152 ff). Vielmehr bestimmen sich die Rechtsfolgen solcher Leistungsstörungen für den Gesellschaftsvertrag und die Rechte der Mitgesellschafter nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen. Neben den Instrumenten der **Auslegung** und der **Anpassung des Gesellschaftsvertrags** an veränderte Umstände ist in schwerwiegenden Fällen auch an die **Gestaltungsklagen** der §§ 133, 140, 142 zu denken.
- 152** c) **Insbes. Leistungsstörungen. aa) Allgemeines.** Zum Nichteingreifen der §§ 323 bis 327 BGB vgl. schon Rdn. 148 ff. Entsprechendes gilt für die besonderen **Mängelvorschriften** des Kauf-, Miet- oder Dienstvertragsrechts im Hinblick auf mangelhafte Leistungen bei der Erbringung von Sacheinlagen zu Eigentum oder zum Gebrauch der Gesellschaft<sup>321</sup> oder bei den als Beitrag geschuldeten Dienstleistungen von Gesellschaftern<sup>322</sup>. Insoweit finden sich in der Literatur zwar verbreitet abweichende, für das Eingreifen dieser Mängelvorschriften plädierende Ansichten<sup>323</sup>. Allerdings sollen die Rechtsfolgen in mehrfacher Hinsicht Modifikationen unterliegen. Insbesondere soll anstelle des Rücktrittsrechts das für Dauerschuldverhältnisse besser geeignete Kündigungs-, Auflösungs- oder Ausschließungsrecht eingreifen<sup>324</sup>. Und die Rechtsfolgen der Wandelung oder Minderung bzw. der entsprechenden mietrechtlichen Mängelvorschriften (§§ 537, 541 BGB) sollen nicht im Wegfall oder in der Minderung der (welcher?) vertraglichen Gegenleistung bestehen, sondern in entsprechenden zusätzlichen Leistungspflichten desjenigen Gesellschafters, der die mangelhafte Sache eingebracht hat<sup>325</sup>. Dem ist zwar im Ergebnis überwiegend zuzustimmen. Zur Begründung bedarf es jedoch nicht des Rückgriffs auf die genannten Mängelvorschriften unter Abwandlung ihrer Rechtsfolgen; in Frage steht vielmehr die konsequente Anwendung des Gesellschaftsrechts auf dem Hintergrund des allgemeinen Schuldrechts (Rdn. 153 ff).
- 153** **bb) Unmöglichkeit, Verzug.** Die Nichtigkeitsfolge des § 306 BGB für Fälle **anfänglicher Unmöglichkeit** gilt grundsätzlich auch für den Beitritt zur OHG/KG; die Auswirkungen auf den Gesellschaftsvertrag bestimmen sich nach den Grundsätzen über die Teilunwirksamkeit (Rdn. 185). Wird die Gesellschaft trotz nichtigen Vertrags in Vollzug gesetzt, so greifen die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft ein (Rdn. 327 ff). Für anfängliches Unvermögen sowie für die verschiedenen Fälle **nachträglicher Unmöglichkeit** gelten mangels gegenseitiger Leistungspflichten in der Gesellschaft nur die Vorschriften der §§ 275 bis 283, nicht aber diejenigen der §§ 323 bis 325 BGB. Der Gesellschafter haftet auf Schadensersatz, wenn er die Unmöglichkeit zu vertreten hat, wobei der Verschuldensmaßstab sich nach § 708 BGB bestimmt. Ist die

<sup>321</sup> Vgl. §§ 445, 493 i.V.m. §§ 434 ff, 459 ff BGB; § 537 ff BGB.

<sup>322</sup> §§ 616 f, 626 ff BGB.

<sup>323</sup> So zum Kaufrecht *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 706, 19 ff, *Staudinger/Kefler* BGB<sup>12</sup> § 706, 19 ff, RGRK-von *Gamm* BGB<sup>12</sup> § 706, 6, *Hueck* OHG § 14 II 1 S. 206 f, wohl auch *K. Schmidt* GesR § 20 III S. 431 f; zum Mietrecht *Soergel/Hadding* aaO 27, *Staudinger/Kefler* aaO 33, von *Gamm* aaO 7, einschränk. *Hueck* OHG § 14 II 2 S. 208; zum Dienstvertragsrecht, wenn auch mit z. T. deutlichen Einschränk., *Soergel/Hadding* aaO 31, *Staudinger/Kefler* aaO 39, von *Gamm* aaO 8.

<sup>324</sup> Vgl. zur Rechtsmängelhaftung (§§ 434 ff, 440, 325 BGB) *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 706, 20, *Staudinger/Kefler* BGB<sup>12</sup> § 706, 20, *Hueck* OHG § 14 II 1 S. 206.

<sup>325</sup> Vgl. *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 706, 21, 27, *Staudinger/Kefler* BGB<sup>12</sup> § 706, 22 f, 33, RGRK-von *Gamm* BGB<sup>12</sup> § 706, 6 f; für den Fall einer im Auslegungswege festzustellenden „Deckungszusage“ des Gesellschafters bei fehlgeschlagener Sacheinlage auch *K. Schmidt* GesR § 20 III S. 432 f.

Unmöglichkeit von ihm nicht zu vertreten, so besteht mangels abweichender, im Auslegungswege zu ermittelnder Vertragsabrede keine Pflicht des Gesellschafters zur Ersatzleistung<sup>326</sup>. Wohl aber stellt sich die Frage einer Vertragsanpassung insbesondere hinsichtlich der Kapital- und Gewinnbeteiligung des Beitragsschuldners; maßgebend hierfür sind die Grundsätze über die Änderung der Geschäftsgrundlage<sup>327</sup> und über die treupflichtbedingte Vertragsänderung (vgl. dazu Rdn. 244 ff). Daneben kommt die Auflösungs-, Ausschluß- oder Übernahmeklage nach §§ 133, 140, 142 in Betracht, wenn den Mitgesellschaftern die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Schuldner wegen des Ausfalls von dessen Beitragsleistung nicht zumutbar ist<sup>328</sup>. Der **Verzug** des Beitragsschuldners und seine Folgen regeln sich nach §§ 284 bis 290 BGB. Auch hier kommt bei Unzumutbarkeit der Fortsetzung ausnahmsweise eine einseitige Lösungsmöglichkeit nach §§ 133, 140, 142 in Betracht. Zur Sondervorschrift des § 111 Abs. 1 über die Pflicht zur Verzinsung nicht rechtzeitig erbrachter Geldeinlagen auch *ohne* Verzug des Schuldners vgl. die Erläut. daselbst.

**cc) Schlechterfüllung.** Weist die **in das Eigentum der Gesamthand einzubringende Sache** Mängel auf, so fragt sich zunächst, ob ihre Leistung an die Gesellschaft überhaupt Erfüllungswirkung hat; andernfalls gelten die Grundsätze für Unmöglichkeit und Verzug (Rdn. 153). Namentlich bei der Nichtexistenz einer einzubringenden Forderung oder eines sonstigen Rechts geht es nicht um Schlecht-, sondern um Nichterfüllung<sup>329</sup>; gleiches ist bei solchen Sachmängeln anzunehmen, die die Einlage für den im Gesellschaftsvertrag bestimmten Zweck untauglich machen. Aber auch für die Fälle bloßer Schlechterfüllung ist *nicht* bei den — auf Austauschverträge bezogenen — *kaufrechtlichen* Vorschriften, sondern bei den §§ 275 ff BGB anzusetzen. Eine Schadensersatzhaftung des Sacheinlegers kommt danach nur in Betracht, wenn er den Mangel zu vertreten hat. Andernfalls bleibt nur der Weg der Vertragsanpassung nach § 242 BGB oder der Auflösung bzw. des Ausschlusses wegen Unzumutbarkeit unveränderter Fortsetzung der Gesellschaft. Demgegenüber kann die Lösung der h. M., die den Beitragsschuldner unter Berufung auf §§ 459, 462 BGB auch bei nicht zu vertretenden Mängeln stets auf Zahlung des Minderwerts oder — im Fall der Rückgabe der Sache („Wandelung“) — des vollen Geldwerts in Anspruch nehmen will (vgl. Nachw. in Fn. 325), nicht selten zu für den Schuldner unzumutbaren Lösungen führen<sup>330</sup>. Sie lassen sich nicht auf die im Sachmängelrecht vorgesehenen Rechtsfolgen (Verminderung oder Wegfall des An-

<sup>326</sup> A. A. unter Berufung auf die gesellschaftsrechtliche Treupflicht, wenn auch ohne nähere Begründung zu ihren Voraussetzungen bei nicht zu vertretender Unmöglichkeit, BGH VersR 1963, 433, 434 und 585, 586, DB 1972, 2201, 2202 (betr. Aufwendungen eines tätigen Gesellschafters zur Finanzierung einer Ersatzkraft für die Gesellschaft bei Ausfall seiner Arbeitskraft infolge Schädigung durch einen ersatzpflichtigen Dritten). Vgl. dazu auch Erläut. zu § 114.

<sup>327</sup> So auch BGH DB 1972, 2201, 2202, vorbehaltlich einer im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu erzielenden Lösung (hier: Geldersatz für den unfallbedingten Arbeitsausfall?). Zur Anpassung der Geschäftsführervergütung bei nicht nur vorübergehender Verhinderung des Geschäftsführers vgl. Erläut. zu § 114.

<sup>328</sup> So für den Fall zu vertretender Unmöglichkeit der Einlageleistung im Erg. auch die h. M. unter Hin-

weis auf die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, vgl. BGH WM 1967, 419, 420; RGZ 78, 303, 305 f.; 89, 333, 335; 112, 280, 283; Vorauf. Rdn. 47 g (*Rob. Fischer*), Hueck OHG § 6 II 3a S. 54, RGRK-von Gamm BGB<sup>12</sup> § 705, 9, *Westermann* Rdn. I 92. Wie hier jetzt aber *Soergel/Had- ding* BGB<sup>11</sup> § 705, 45.

<sup>329</sup> Zur Problematik dieser dem Sachmängelgewährleistungsrecht zugrundeliegenden Unterscheidung und zur Rechtsnatur der Ansprüche aus §§ 459, 462 BGB vgl. etwa *Erman/Weitnauer* BGB<sup>7</sup> Vor § 459 Rdn. 35, 59 und *U. Huber* in Festschr. von Caemmerer (1978) S. 837, 848 f., jeweils unter Hinweis auf die abw. Regelungen im EKG.

<sup>330</sup> Anderes gilt, wenn dem Gesellschaftsvertrag für derartige Fälle die Vereinbarung einer ersatzweise zu leistenden Bareinlage zu entnehmen ist (insoweit zutr. *K. Schmidt* GesR § 20 III S. 432 f).

spruchs auf die Gegenleistung) stützen. Auch deshalb ist dieser nur scheinbar auf kaufrechtliche Grundsätze gestützten Ansicht nicht zu folgen<sup>331</sup>.

- 155** Die in Rdn. 154 dargelegten Grundsätze finden auch Anwendung bei Mängeln einer Sache oder eines Rechts, die der Gesellschaft **zum Gebrauch überlassen** werden sollen (vgl. dazu Rdn. 231). Sind die Mängel vom Beitragsschuldner zu vertreten, so bedarf es eines Rückgriffs auf § 538 BGB schon deshalb nicht, weil die Schadensersatzfolge sich bereits aus §§ 276, 280, 708 BGB ergibt. Ist der Mangel dagegen nicht zu vertreten, so kann der von der h. M. befürworteten Umgestaltung der Rechtsfolgen der §§ 537, 541 BGB so wenig zugestimmt werden wie im Fall der §§ 459, 462 BGB (Rdn. 154)<sup>332</sup>. Auch hier bleiben vielmehr nur Vertragsanpassung oder Gebrauchmachen von den Lösungsmöglichkeiten der §§ 133, 140, 142. Entsprechendes gilt schließlich für Störungen bei der Erbringung von **Dienstleistungen**. Sie führen bei zu vertretender Schlechterfüllung zu Schadensersatzansprüchen nach §§ 276, 708 BGB<sup>333</sup>. Zu den Folgen einer Verhinderung des Geschäftsführers für das Gesellschaftsverhältnis vgl. Erläut. zu § 114.

## II. Vertragsschluß und Änderungen

### 1. Abschluß

- 156** a) **Allgemeines.** Der Abschluß des Gesellschaftsvertrags unterliegt grundsätzlich den Vorschriften der §§ 145 ff BGB über den Vertragsschluß. Die Besonderheiten der Gesellschaft machen allerdings gewisse **Abweichungen** erforderlich (zur Nichtanwendung der Auslegungsregeln des § 154 Abs. 1 und 2 vgl. Rdn. 162f). Auch abgesehen vom Sonderfall der „Sternverträge“<sup>334</sup> beruhen sie darauf, daß Gesellschaftsverträge häufig von mehr als zwei Personen geschlossen werden. In derartigen Fällen läßt sich der Abschluß nicht mehr auf einen Antrag und dessen Annahme durch den anderen Teil zurückführen. Der Vertrag kommt grundsätzlich erst dann zustande, wenn die entsprechenden Beitrittserklärungen **sämtlicher** als Gesellschafter vorgesehener Personen vorliegen (zum Fall subjektiver Teilnichtigkeit oder sonstiger Beitrittsmängel vgl. Rdn. 186 ff, 196). Die einzelnen Beitrittserklärungen können auch nacheinander abgegeben werden<sup>335</sup>. Sie müssen grundsätzlich allen anderen Vertragspartnern zugehen (§ 130 Abs. 1 BGB), soweit diese nicht einen Zugangsbevollmächtigten bestellt oder auf den Zugang verzichtet haben (§ 151 S. 1, 2. Fall BGB). Zum konkludenten Vertragsschluß (§ 151 S. 1, 1. Fall BGB) vgl. Rdn. 157, zum Mindestinhalt Rdn. 159.
- 157** Der Vertrag einer OHG oder KG bedarf vorbehaltlich besonderer, mit Rücksicht auf die Art der Einlageleistungen eingreifender Formvorschriften (vgl. dazu Rdn. 170) keiner Form. Er kann daher grundsätzlich auch **konkludent** abgeschlossen werden, sofern nur Einigung über seinen Mindestinhalt (Rdn. 159) zwischen den Beteiligten erzielt ist. Der konkludente Abschluß eines Vertrags zum gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes liegt zwar weniger nahe als im Fall typischer Gelegenheitsgesellschaften des BGB<sup>336</sup>; von Rechts wegen begegnet er jedoch keinen Bedenken. Für die

<sup>331</sup> Zur ähnlichen Problematik bei Leistungsstörungen betr. Sacheinlagen im GmbH-Recht vgl. *Hachenburg/Ulmer GmbHG*, 7. II Aufl. (Erg.-Bd.) § 5 Rdn. 81 ff.

<sup>332</sup> Für § 537 BGB von der h. M. abw. auch *Hueck OHG* § 14 II 2 S. 208.

<sup>333</sup> Vgl. BGH NJW 1983, 1188, 1189 (mangelhafter Vertrieb eines Verlagswerks durch den hierzu verpflichteten Gesellschafter).

<sup>334</sup> Bei ihnen treten an die Stelle eines unmittelbaren Vertragsschlusses zwischen den Beteiligten inhalt-

lich übereinstimmende, aufeinander bezogene zweiseitige Verträge mit einer zentralen Stelle (Agentur u. a.) zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks; vgl. BGH WM 1987, 581, MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 705, 19 sowie eingehend *Martinek Franchising* (1987) S. 544 ff.

<sup>335</sup> RGZ 163, 385, 392; *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 4.

<sup>336</sup> Vgl. dazu MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 705, 22 ff.

Bejahung einer stillschweigenden gesellschaftsrechtlichen Bindung spricht insbesondere der Umstand, daß die Beteiligten bewußt und gewollt mit der gewerblichen Tätigkeit unter gemeinsamer Firma beginnen oder diese beim Handelsregister anmelden, obwohl noch nicht über alle als regelungsbedürftig angesehenen Punkte Einigung erzielt ist oder die beabsichtigte schriftliche Fassung des Vertrages noch aussteht<sup>337</sup>; die abweichenden Auslegungsregeln des § 154 BGB stehen mangels Anwendbarkeit auf Gesellschaftsverträge nicht entgegen (Rdn. 162 f). In derartigen Fällen fehlt es allerdings im Zweifel an einer Einigung auf eine feste oder Mindestlaufzeit<sup>338</sup>; ein Abschluß auf unbestimmte Zeit mit der Möglichkeit ordentlicher Kündigung nach § 132 dürfte den Vorstellungen der Beteiligten meist besser entsprechen. Zur Abgrenzung des konkludenten Vertragschlusses vom gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes kraft anderweitiger Verbindung der Beteiligten vgl. Rdn. 161.

Zur **Entstehung** der Gesellschaft mit dem Zustandekommen des Gesellschaftsvertrags vgl. schon Rdn. 49 f. Von ihr zu unterscheiden ist die rechtliche Qualifikation der neu gegründeten Gesellschaft als OHG/KG oder — noch — als GbR. Aufgrund des Rechtsformzwangs der §§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 1 hängt die Entscheidung davon ab, ob das gemeinsam betriebene Gewerbe zu den Grundhandelsgewerben des § 1 Abs. 2 gehört oder erst durch Eintragung im Handelsregister zum Handelsgewerbe wird (Rdn. 28). Darauf, ob die Parteien aus dem Rechtsformzwang die zutreffenden Konsequenzen ziehen oder ob sie von einer abweichenden Rechtsnatur ihres Zusammenschlusses ausgehen, kommt es für die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrags nicht an (Rdn. 160).

**b) Mindestinhalt.** Zu den essentialia negotii, die im Gesellschaftsvertrag bestimmt oder doch bestimmbar geregelt sein müssen, gehören die **Wesensmerkmale** der OHG/KG, darunter der gemeinsame Zweck (Rdn. 20 ff) und die Beitragsleistungen (Rdn. 17 ff), nicht aber die gemeinschaftliche Firma (vgl. Rdn. 32 ff, 36). Sie müssen entweder im Gesellschaftsvertrag festgesetzt oder in wirksamer Weise der Bestimmung durch einen Teil der Gesellschafter bzw. einen Dritten nach §§ 315, 317 BGB vorbehalten sein. **Nicht** zum Mindestinhalt gehören Bestimmungen über Dauer der Gesellschaft, Geschäftsführung und Vertretung, Beschlußfassung und Stimmrecht, Gewinnverteilung, über Auflösungsgründe und Gesellschafternachfolge im Todesfall, auch wenn sie typischerweise in Gesellschaftsverträgen anzutreffen sind<sup>339</sup>. Soweit es hierzu an hinreichenden Anhaltspunkten für einen durch ergänzende Vertragsauslegung zu berücksichtigenden mutmaßlichen Parteiwillen fehlt, bestimmen sich die Rechtsverhältnisse der Beteiligten nach dispositivem Recht (zum grundsätzlichen Vorrang ergänzender Vertragsauslegung vor der Anwendung dispositiven Gesellschaftsrechts vgl. Rdn. 203).

**Nicht** zum Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrags gehört nach zutr. h. M. auch die **Einigung über die Rechtsform** der Gesellschaft als OHG, KG oder GbR<sup>340</sup>. Das folgt

<sup>337</sup> Vgl. die Rspr.-Nachw. in Fn. 346 zum unvollständigen Vertragsschluß.

<sup>338</sup> So zutr. RGZ 103, 73, 75; ähnl. auch BGHZ 11, 190, 192 = NJW 1954, 231.

<sup>339</sup> Vgl. etwa die Musterverträge für OHG und KG von *Hengeler* im Beck'schen Formularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht (4. Aufl. 1986), S. 833 ff und 874 ff, und von *Oldenburg* und *Riegger* im Münchener Vertrags-handbuch (2. Aufl. 1985), S. 71 ff und 171 ff.

<sup>340</sup> Ganz h. M., vgl. BGHZ 10, 91, 97 = NJW 1953, 1217; 22, 240, 244 = NJW 1957, 218; 32, 307, 310

= NJW 1960, 1664; BGH WM 1962, 10, 11; *Schlegelberger/Geffler* Rdn. 39 aE, *Westermann* Rdn. I 81, *K. Schmidt* Zur Stellung der OHG im System der Handelsgesellschaften (1972) S. 158 ff (164, 169). A. A. *Lieb* Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand (1970) S. 24 ff, 27 (für Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages wegen „juristischer Unmöglichkeit“), *Battes* AcP 174 (1974), 429, 434 f, 438 f (für Eingreifen von § 134 BGB, ggf. mit Aufrechterhaltung der Gesellschaft entgegen § 139 BGB); im

aus dem im Personengesellschaftsrecht geltenden Rechtsformzwang nach Maßgabe der §§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 1 (Rdn. 3). Die Beteiligten haben es in diesen Grenzen zwar in der Hand, durch Auswahl des Gesellschaftszwecks und vertragliche Beschränkung der Außenhaftung eines Teils der Gesellschafter Einfluß auf die Rechtsform ihres Zusammenschlusses zu nehmen. Eine von §§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 1 abweichende Qualifikation ist ihnen jedoch verwehrt, sofern sie sich nicht für die Wahl einer Kapitalgesellschaftsform entscheiden. Haben die Beteiligten sich im Gesellschaftsvertrag auf eine unzutreffende Rechtsform geeinigt, so steht das seiner Wirksamkeit nicht entgegen und führt nicht etwa zur Teilnichtigkeit<sup>341</sup>. Von den Fällen einer bloßen falsa demonstratio abgesehen, kann dieser Umstand jedoch — als beachtlicher Rechtsfolgenirrtum — je nach Lage des Falles zur Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB berechtigen<sup>341a</sup>; nach Vollzug der Gesellschaft kann der Irrtum im Regelfall nur durch Auflösungsklage geltend gemacht werden (Rdn. 361 f).

- 161 c) Abgrenzung zu anderen Formen des Zusammenwirkens.** Die Abgrenzung der OHG/KG von Gefälligkeitsverhältnissen bereitet im Unterschied zur GbR<sup>342</sup> meist keine Schwierigkeiten: das gewollte Zusammenwirken zum gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes gestattet in aller Regel den Schluß auf einen entsprechenden Bindungswillen der Beteiligten. Wohl aber kann die **Mitarbeit von Ehegatten oder Angehörigen** in einem Familienunternehmen Abgrenzungsprobleme aufwerfen. Der Umstand, daß die Firma des bisherigen Einzelkaufmanns oder der schon bestehenden Gesellschaft unverändert fortgeführt wird, ist wegen § 24 Abs. 1 nicht ausschlaggebend; entsprechendes gilt für die fehlende Handelsregistereintragung dieser Personen. Entscheidend kommt es darauf an, ob die mitarbeitenden Familienangehörigen nach dem Willen der Beteiligten eigenverantwortliche Tätigkeiten übernehmen und am Erfolg des gemeinsamen Unternehmens teilnehmen sollen<sup>343</sup>. Insbes. bei Ehegatten reicht die Mitarbeit als solche, auch wenn sie ohne Unterordnung erfolgt, in der Regel nicht aus, um daraus auf den konkludenten Abschluß eines Gesellschaftsvertrags zwischen ihnen zu schließen. Vielmehr muß die bestehende familienrechtliche Verbindung durch das Zusammenwirken der Beteiligten bewußt und gewollt überschritten werden<sup>344</sup>. Anhaltspunkte dafür können der Einsatz erheblicher Vermögenswerte des anderen Teils zur Begründung oder zum Ausbau des von beiden getragenen Unternehmens bilden<sup>345</sup>. — Zur Abgrenzung der OHG/KG vom Weiterbetreiben eines ererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft vgl. Rdn. 55 ff.

Erg. ähnlich (für Teilnichtigkeit betr. die Rechtsformwahl) *Jahnke* ZHR 146 (1982), 595, 609 f trotz seiner der h. M. zustimmenden Ausgangstheese (S. 602 ff). Von „Umdeutung“ sprechen auch BGHZ 19, 269, 272 ff = NJW 1956, 297, und RGRK-von *Gamm* BGB12 § 705, 2, freilich ohne auf Voraussetzungen und Grenzen von § 140 BGB einzugehen (vgl. *K. Schmidt* aaO S. 160 Fn. 5 m. weit. Nachw.).

<sup>341</sup> A. A. *Battes* und *Lieb* aaO (Fn. 340); im Ansatz auch *Jahnke* (Fn. 340) S. 609 ff, der Teilnichtigkeit bezüglich der Rechtsformwahl annimmt und das Schicksal des Restvertrages davon abhängig macht, ob die Parteien den Vertragsschluß auch bei nichtiger Rechtsformbezeichnung gewollt haben.

<sup>341a</sup> So auch *Soergel/Hadding* BGB11 § 705, 6; a. A. *K. Schmidt* (Fn. 340) S. 168 f. Allg. zu den Fällen eines beachtlichen Rechtsfolgenirrtums als Unter-

fall des Inhalts-(Geschäfts-)Irrtums vgl. RGZ 88, 278, 284; 89, 29, 33; 134, 195, 197 f; MünchKomm.-*Kramer* BGB2 § 119, 69, *Palandt/Heinrichs* BGB47 § 119, 5 d, *Mayer-Maly* AcP 170 (1970), 133 (168, 170).

<sup>342</sup> Vgl. dazu MünchKomm.-*Ulmer* BGB2 § 705, 15 ff.

<sup>343</sup> Vgl. etwa BFH BB 1980, 1835; zur Ehegattengesellschaft vgl. Fn. 344.

<sup>344</sup> Vgl. näher MünchKomm.-*Ulmer* BGB2 § 705, 45 ff mit Nachw. zu der insbes. in den 50er und 60er Jahren weitergehenden, bei Bejahung einer Ehegattengesellschaft sehr großzügigen höchstrichterlichen Rechtsprechung; dazu (mit sehr restriktiver Tendenz) neuestens *Lipp* (Fn. 173) S. 119 ff.

<sup>345</sup> BGHZ 31, 197, 201 = NJW 1960, 428; 47, 157, 163 = NJW 1967, 1275; BGH FamRZ 1962, 110; OLG Karlsruhe FamRZ 1973, 649, 650.

**d) Unvollständiger Vertragsschluß.** Um eine in tatsächlicher Hinsicht dem konkludenten Vertragsschluß ähnliche, rechtlich jedoch Besonderheiten aufweisende Frage geht es in den Fällen, in denen die Parteien sich darin einig sind, eine OHG/KG gründen zu wollen, ohne jedoch über sämtliche als regelungsbedürftig angesehene Punkte eine Verständigung erzielt oder die beabsichtigte Beurkundung des Vertrags vorgenommen zu haben. Nach den Auslegungsregeln des § 154 Abs. 1 und 2 BGB wäre in diesen Fällen der Vertrag im Zweifel nicht geschlossen. Demgegenüber hat die Rechtsprechung<sup>346</sup> mit Zustimmung der Literatur<sup>347</sup> wiederholt ausgesprochen, daß das Invollzugsetzen der Gesellschaft vor abschließender Klärung des Vertragsinhalts oder dessen schriftlicher Fixierung zu einer **Umkehrung der Auslegungsregeln des § 154 BGB** führe und daß es den Schluß auf den Willen der Parteien gestatte, zumindest einen vorläufigen (d. h. also uneingeschränkt kündbaren) Vertrag abzuschließen. Dem ist angesichts des im Vollzug dokumentierten Bindungswillen der Beteiligten grundsätzlich zuzustimmen; entsprechendes gilt, wenn die Beteiligten die Gesellschaft zum Handelsregister anmelden, bevor die offenen Punkte geklärt sind. Die bestehenden Lücken sind beim Scheitern nachträglicher Einigung entsprechend § 157 BGB im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu füllen<sup>348</sup>, soweit nicht die Parteien die Bestimmung einem Gesellschafter oder einem Dritten übertragen haben<sup>349</sup>. Darauf, daß der Gesellschaftsvertrag in allen wesentlichen Teilen bereits einen bestimmten Inhalt aufweist, kommt es nicht an<sup>350</sup>. Wohl aber muß eine Einigung über den Mindestinhalt (Rdn. 159) vorliegen, da ohne sie eine rechtsgeschäftliche Bindung als Gesellschafter ausgeschlossen ist.

Vom Fall eines auf offenem Einigungsmangel (§ 154 Abs. 1) beruhenden lückenhaften Vertrags zu unterscheiden ist eine gesellschaftsvertragliche Einigung, die sich bewußt und gewollt auf wenige Abreden beschränkt und die Ausfüllung des Vertrags im übrigen dem **dispositiven Recht** überläßt. Hier handelt es sich nicht um einen lückenhaften, sondern einen den gesetzlichen Regeln unterstellten Vertrag<sup>351</sup>. Für eine richterliche Vertragsergänzung abweichend vom dispositiven Recht ist daher im Zweifel kein Raum.

**e) Bedingter und befristeter Vertrag, Rückdatierung.** Der Gesellschaftsvertrag kann unter aufschiebender Bedingung oder Zeitbestimmung geschlossen werden<sup>352</sup>. In beiden Fällen wird — was zulässig ist — die Wirksamkeit des Vertrages zeitlich hinausgeschoben. Als **aufschiebende Bedingung** kommt etwa die Erteilung einer für das beabsichtigte Handelsgewerbe notwendigen Konzession oder die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Beteiligung nicht voll Geschäftsfähiger in Betracht, aber auch die zufriedenstellende Klärung bestimmter mit der Gesellschaftsbeteiligung verbundener Rechts- oder Steuerfragen<sup>353</sup>. Eine **Befristung** bietet sich bei der Gesellschaftsgründung

<sup>346</sup> BGHZ 11, 190, 192 = NJW 1954, 231; BGH LM HGB § 105 Nr. 13a = NJW 1960, 430; WM 1958, 1105; RGZ 103, 73, 75.

<sup>347</sup> *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 5, Vorauf. Rdn. 48 (*Rob. Fischer*), *K. Schmidt* (Fn. 340) S. 170.

<sup>348</sup> Vgl. näher Rdn. 203, auch zum Vorrang ergänzender Auslegung vor der Anwendung dispositiven Gesellschaftsrechts.

<sup>349</sup> §§ 315, 317 BGB; so auch BGH LM HGB § 105 Nr. 13a = NJW 1960, 430, Vorauf. Rdn. 48 (*Rob. Fischer*) gegen RG JW 1935, 1783, 1784 (Bestimmung durch Schiedsgericht), *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 5.

<sup>350</sup> So aber noch RGZ 95, 147, 149; *Soergel/Schultze-v. Lasaulx* BGB<sup>10</sup> § 705, 2.

<sup>351</sup> Das dispositive Recht gilt hier kraft Gesetzes, nicht etwa kraft vertraglicher Verweisung; a. A. BGHZ 38, 306, 316 = NJW 1963, 46; wohl auch Vorauf. Rdn. 48 (*Rob. Fischer*).

<sup>352</sup> RG JW 1936, 2065; *Rob. Fischer* Vorauf. Rdn. 50; so — unter grundsätzlicher Beschränkung der Bedingungswirkung auf das Innenverhältnis der Beteiligten — auch *Kollen/Buchholz* DB 1982, 2172 ff.

<sup>353</sup> Vgl. die Fälle aufschiebend bedingten Beitritts zu einer Publikums-KG: BGH WM 1979, 613 und NJW 1985, 1080; OLG Koblenz WM 1979, 1435, 1437, und OLG München WM 1984, 1335.

dann an, wenn mit der Geschäftstätigkeit erst von einem bestimmten Zeitpunkt an begonnen werden und bis dahin für die als Geschäftsführer vorgesehenen Gesellschafter noch keine Vertretungsmacht begründet werden soll; das schließt die Anerkennung einer Treupflicht der Beteiligten und sonstiger schon im Vorbereitungsstadium einsetzender Mitgliedschaftspflichten nicht notwendig aus<sup>354</sup>. Im Falle des Beitritts eines Kommanditisten zu einer bestehenden OHG/KG wird dessen Wirksamwerden erst zum Zeitpunkt der Eintragung des Beitritts im Handelsregister nicht selten deshalb vereinbart, um die nach § 176 Abs. 2 bis zur Eintragung eintretende unbeschränkte Haftung zu vermeiden<sup>355</sup>.

- 165** Keinen Bedenken begegnet auch die **auflösende Bedingung** (§ 158 Abs. 2 BGB), d. h. die Vereinbarung automatischer Auflösung der Gesellschaft bei Eintritt eines zukünftigen *ungewissen* Ereignisses<sup>356</sup>. Sie dient dazu, die Gesellschaftsdauer vom (Nicht-)Eintritt solcher Umstände abhängig zu machen, die für den Gesellschaftszweck besonders wichtig sind; dadurch entspricht sie in ihrer Funktion dem für die GbR in § 726 BGB vorgesehenen Auflösungsgrund der Zweckerreichung oder -unmöglichkeit. Ausgeschlossen ist allerdings die Vereinbarung *rückwirkender* Auflösung der Gesellschaft nach § 159 BGB; sie verträgt sich nicht mit dem Grundsatz, daß die Auflösungswirkungen bei einer (Außen-)Gesellschaft stets *ex nunc* eintreten. Vgl. näher Erläut. zu § 131.
- 166** Hinsichtlich der **Rückdatierung** des Gesellschaftsvertrags oder des Beitritts eines neuen Gesellschafters ist zu unterscheiden. *Außenwirkung* kommt ihr nicht zu, da die rückwirkende Entstehung der OHG/KG als Gesamthand (Organisation) ausgeschlossen ist; vorbehaltlich § 123 ist frühester Entstehungszeitpunkt der Abschluß des Gesellschaftsvertrags (vgl. Erläut. zu § 123). Anderes gilt für das *Innenverhältnis*. Insoweit können die Beteiligten wirksam vereinbaren, ihrem Zusammenschluß Rückwirkung beizulegen, insbes. die Geschäfte eines eingebrachten Unternehmens oder die Kosten und Erträge sonstiger eingebrachter Gegenstände schon von einem früheren Stichtag an als auf gemeinsame Rechnung laufend zu behandeln<sup>357</sup>. Soweit damit Täuschungszwecke verfolgt werden, insbes. eine Steuerhinterziehung ermöglicht werden soll, greift § 138 BGB ein; die Rückdatierung ist nichtig<sup>358</sup>. Ertragsteuerlich sind rückwirkende Vereinbarungen über die Gesellschaftsgründung, über Veränderungen im Gesellschafterbstand oder über die Gewinnverteilung wegen der damit verbundenen Gewinnverlagerung grundsätzlich unbeachtlich<sup>359</sup>.
- 167** f) **Abschluß durch Vertreter**. Die **Prokura** ermächtigt zum Abschluß des Gesellschaftsvertrags einer OHG/KG namens des Kaufmanns oder zum späteren Beitritt, da die Beteiligung an anderen Handelsunternehmen einschließlich der Übernahme der persönlichen Haftung zu den Rechtshandlungen gehört, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt (§ 49 Abs. 1). Nicht gedeckt sind lediglich Einlageverpflichtun-

<sup>354</sup> So zutr. Hueck OHG § 5 I 3 S. 41 f.

<sup>355</sup> BGHZ 82, 209, 212 = NJW 1982, 883; BGH NJW 1983, 2258, 2259; § 176, 16.

<sup>356</sup> Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> Vor § 723, 7, Staudinger/Kesler BGB<sup>12</sup> § 723, 18; a. A. anscheinend Voraufl. Rdn. 50 (Rob. Fischer) wegen unzut. Annahme rückwirkender Auflösung nach § 158 Abs. 2 BGB.

<sup>357</sup> EinhM, vgl. RGZ 119, 64, 67; BGH WM 1976, 972, 974; NJW 1978, 264, 266 f.; WM 1979, 889, 891; Hueck OHG § 5 I 3 S. 42, Schlegelberger/Gesell. Rdn. 47, Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 705, 4, U. H. Schneider AcP 175 (1975) 279, 298 f.

<sup>358</sup> OLG Koblenz WM 1979, 1435.

<sup>359</sup> Vgl. zur Nichtanerkennung rückwirkenden Beginns der Geschäftstätigkeit der OHG/KG BFHE 131, 224, 227 = BB 1980, 1505; 137, 265, 267 = BB 1983, 486; zur Rückdatierung des Beitritts BFHE 108, 495 = BB 1973, 595; dazu auch L. Schmidt EStG<sup>6</sup> § 15, 44a und 72a. Ausnahmen läßt der BFH nur in eng begrenzten Fällen zu, wenn die Rückwirkung nur von kurzer Dauer ist, nur technische Bedeutung hat und sich steuerliche Vorteile damit nicht verbinden (BFHE 142, 130, 133 = BB 1985, 44; 146, 236, 239 = BB 1986, 1144).

gen, die auf die Einbringung eines Grundstücks (§ 49 Abs. 2) oder aber des ganzen Unternehmens des Kaufmanns bzw. dessen Stilllegung abzielen (vgl. Erläut. zu § 49). Ob auch die **Handlungsvollmacht** zur Eingehung eines Gesellschaftsvertrags ausreicht, hängt vom Zuschnitt des Handelsgewerbes des Kaufmanns und von der Art der Handlungsvollmacht ab (vgl. Erläut. zu § 54). In der Regel wird die Frage zu verneinen sein. Bei der *Anmeldung zum Handelsregister* können Prokurist und Handlungsbevollmächtigter den Kaufmann als Gesellschafter nur aufgrund besonderer Vollmacht vertreten (§ 108, 12).

Die Vertretungsmacht der **Organmitglieder von Handelsgesellschaften** umfaßt als unbeschränkte und unbeschränkbare auch das Eingehen von Beteiligungen an einer OHG oder KG (zur Gesellschafterstellung von Handelsgesellschaften vgl. Rdn. 91 f, 94 f). Ein Vorbehalt gilt für Einlageverpflichtungen, die auf die Einbringung des Unternehmens der Gesellschaft gerichtet sind; sie bedürfen entsprechend dem Rechtsgedanken der §§ 360, 361 AktG der Zustimmung der Gesellschafter. — Zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrags für einen nicht voll Geschäftsfähigen durch seinen **gesetzlichen Vertreter** und zur Notwendigkeit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung vgl. Rdn. 84 f.

## 2. Form

a) **Allgemeines.** Ebenso wie der Gesellschaftsvertrag einer GbR bedarf auch derjenige einer OHG oder KG nach gesetzlicher Regel **keiner Form**; die Anmeldung zum Handelsregister (§ 106) umfaßt nicht etwa die Einreichung des Gesellschaftsvertrages. Handelt es sich um einen nach §§ 2 bis 8 GWB vom Kartellverbot freigestellten *Kartellvertrag*, so ist das Schriftformerfordernis des § 34 GWB zu beachten. Zu den Fällen gewillkürter Form und zu den Rechtsfolgen ihrer Nichteinhaltung vgl. Rdn. 178 ff.

**Ausnahmen** von der Formfreiheit können sich einerseits aufgrund des formbedürftigen Inhalts bestimmter Beitragspflichten ergeben, andererseits bei der Zusage unentgeltlicher Zuwendung von Gesellschaftsanteilen (vgl. zu dieser jedoch Rdn. 176 f). Unter den **formbedürftigen Beitragspflichten** kommt der auf Übertragung oder Erwerb eines Grundstücks (§ 313 BGB) gerichteten Mitgliedschaftspflicht die größte Bedeutung zu (vgl. näher Rdn. 173 ff). Daneben sind für bestimmte gesellschaftsvertragliche Beitragspflichten auch §§ 311, 766 BGB sowie § 15 GmbHG zu beachten. Nach § 311 BGB bedarf der Gesellschaftsvertrag der notariellen Form, wenn sich ein Gesellschafter darin verpflichtet, sein ganzes Vermögen oder einen Bruchteil desselben einzubringen oder in sonstiger Weise darüber zugunsten der Gesellschaft zu verfügen. Die Verpflichtung muß sich auf das *Vermögen als solches* beziehen; zu denken ist vor allem an die Einbringung des Unternehmens einer Handelsgesellschaft als Einlage bei der Beteiligung an einer OHG/KG. Die Einbringung eines bestimmten Gegenstands, der praktisch das einzige Vermögen des Gesellschafters darstellt, wird von § 311 nicht erfaßt<sup>360</sup>. Nach § 766 BGB bedarf die Bürgschaftserklärung der Schriftform; das gilt auch für eine als Einlageleistung gegenüber der Gesellschaft übernommene Bürgschaft, sofern der Bürge nicht geschäftsleitender Gesellschafter ist (Rdn. 78, 80)<sup>360a</sup>. § 15 Abs. 4 GmbHG regelt die Verpflichtung zur Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen. Sie bedarf ebenso wie die Abtretung selbst notarieller Beurkundung. Der Formmangel der Verpflichtung wird durch die formgültig vollzogene Abtretung geheilt (§ 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG). Zur

<sup>360</sup> BGHZ 25, 1, 4 = NJW 1957, 1514; *Staudinger/Keßler* BGB<sup>12</sup> § 705, 34, MünchKomm.-*Emmerich* BGB<sup>2</sup> § 311, 7.

<sup>360a</sup> A. A. *Rob. Fischer* Vorauf. Rdn. 56 unter Hinweis auf § 350; vgl. dazu Rdn. 75 ff, 80.

Beurteilung sonstiger, nicht auf Abtretung gerichteter Einlagevereinbarungen (Gebrauchsüberlassung, Einbringung dem Werte nach u. a.) vgl. die Kasuistik zu § 313 BGB (unten Rdn. 174); zur Frage der Formbedürftigkeit eines Gesellschaftsvertrags zwischen Ehegatten, die in Gütergemeinschaft leben, vgl. Rdn. 90.

- 171** Greift aufgrund der von Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrag übernommenen Verpflichtungen eine der in Rdn. 170 genannten Formvorschriften ein, so erstreckt sich der **Umfang des Formerfordernisses** grundsätzlich auf den gesamten Vertrag, d. h. auf alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Vertragspartner das Rechtsgeschäft zusammensetzt<sup>361</sup>. Das ist zu § 313 S. 1 BGB von der ganz hM anerkannt<sup>362</sup>; es führt zur Formbedürftigkeit des Gesellschaftsvertrags *insgesamt* einschließlich etwaiger, damit in unmittelbarem Zusammenhang stehender Zusatzabreden wie Liefer- oder Abnahmeverpflichtungen u. a.<sup>363</sup>. Entsprechendes gilt nach überwM für die aus § 15 Abs. 4 GmbHG folgende Formbedürftigkeit der Verpflichtung zur Abtretung von GmbH-Anteilen<sup>364</sup>; im Falle der Veräußerung der Anteile an einer GmbH & Co KG ist daher auch die Verpflichtung zur Abtretung der KG-Anteile formbedürftig<sup>365</sup>. Diese Grundsätze gelten entsprechend für die **Heilung** des Formmangels nach §§ 313 S. 2 BGB, 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG; auch sie erstreckt sich auf den ganzen Vertrag.
- 172** Kommt es nicht zur Heilung und scheidet auch eine Umdeutung der formnichtigen in eine formfreie und daher wirksam vereinbarte Beitragsverpflichtung aus, so sollen sich die **Rechtsfolgen der Formnichtigkeit** nach hM<sup>366</sup> auf die formbedürftige (Beitrags-)Verpflichtung als solche beschränken, während die Wirksamkeit des Restvertrages sich nach den Grundsätzen über die Teilunwirksamkeit (Rdn. 185) bestimmen soll. Das erscheint schwer vereinbar mit der den ganzen Gesellschaftsvertrag erfassenden Geltung des Formerfordernisses<sup>366a</sup>. Die Nichtbeachtung der Form führt in diesen Fällen daher im Regelfall zum Eingreifen der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft (vgl. auch Rdn. 339 ff, 342 Fn. 706).
- 173** **b) Formbedürftigkeit nach § 313 S. 1 BGB. aa) Grundlagen.** Die Formvorschrift des § 313 S. 1 BGB erfaßt Verpflichtungen zur Übertragung und — seit 1973 — zum Erwerb von Grundstücken, die im Rahmen eines Gesellschaftsvertrags übernommen werden; sie machen den *ganzen* Gesellschaftsvertrag formbedürftig (Rdn. 171 Fn. 56). Voraussetzung ist, daß die Veräußerungs- oder Erwerbspflicht den **Inhalt** des Vertrages bildet, im Fall von Gesellschaftsverträgen also zu den Beitragspflichten der einzelnen Gesellschafter gehört. Hierunter fällt auch die Pflicht zum Erwerb eines Grundstücks beim Ausscheiden aus der Gesellschaft oder bei deren Auflösung<sup>367</sup>.
- 173a** Ebenfalls formbedürftig sind Gesellschaftsverträge, aus denen sich mittels auferlegter wirtschaftlicher Bindungen ein *faktischer* Zwang für Gesellschafter zur Veräuße-

<sup>361</sup> Vgl. allg. MünchKomm.-Förschler BGB<sup>2</sup> § 125, 18 f m. Nachw.

<sup>362</sup> MünchKomm.-Kanzleiter BGB<sup>2</sup> § 313, 44, *Soergel/M. Wolf* BGB<sup>11</sup> § 313, 59 ff.

<sup>363</sup> So für den Gesellschaftsvertrag BGHZ 22, 312, 317 = NJW 1957, 459; BGH NJW 1978, 2505, 2506; Hueck OHG § 6 III 2 S. 61, *Petzoldt* BB 1975, 905 ff; zur Einbeziehung auch von Zusatzabreden in den Formzwang vgl. BGH NJW 1979, 915, *Wiesner* NJW 1984, 96.

<sup>364</sup> H. M., vgl. *Hachenburg/Schilling/Zutt* GmbHG<sup>7</sup> § 15, 48 f, *Baumbach/Hueck* GmbHG<sup>15</sup> § 15, 29, *Scholz/Winter* GmbHG<sup>7</sup> § 15, 69; einschr. aber

BGH NJW 1969, 2049 (wesentliche Abreden), NJW 1983, 1843 (untrennbarer Teil); a. A. *Schlüter* in Festschr. Bartholomeyczik (1973) S. 359 ff.

<sup>365</sup> So zutr. *Wiesner* NJW 1984, 97.

<sup>366</sup> BGHZ 45, 376, 377 = NJW 1966, 1747; BGH NJW 1981, 222; NJW 1983, 565; Vorauf. Rdn. 58a (*Rob. Fischer*), *Palandt/Heinrichs* BGB<sup>47</sup> § 313, 12, *Soergel/Hefermehl* BGB<sup>12</sup> § 125, 12, *Soergel/M. Wolf* BGB<sup>11</sup> § 313, 59.

<sup>366a</sup> Auf diese Inkonsequenz weist zutr. *Wiesner* NJW 1984, 98 hin.

<sup>367</sup> BGH NJW 1978, 2505, 2506; MünchKomm.-Kanzleiter BGB<sup>2</sup> § 313, 14.

nung oder zum Erwerb eines Grundstücks ergibt<sup>367a</sup>; das ist etwa der Fall bei Vereinbarung von Vertragsstrafen oder bei wertmäßig ungleich höheren alternativen Beitragspflichten, die wirtschaftlich eindeutig auf eine Grundstückseinbringung abzielen<sup>367b</sup>. — Tritt die Mitberechtigung an einem Grundstück nur als Folge des Gesellschaftsvertrags ein, so greift das Formerfordernis des § 313 S. 1 BGB nicht ein<sup>368</sup>. Nicht formbedürftig ist daher der Beitritt zu oder das Ausscheiden aus einer OHG/KG mit Grundbesitz oder die Verpflichtung des Gesellschafters hierzu; die damit verbundenen Änderungen der gesamthänderischen Mitberechtigung an den Gesellschaftsgrundstücken treten nur als Folge der Veränderung des Gesellschafterkreises ein. Auch die Pflicht zur Anteilsübertragung an einer Grundstücksgesellschaft ist, ebenso wie die Übertragung selbst, grundsätzlich formlos wirksam<sup>369</sup>. Keiner Form bedarf weiter die formwechselnde Umwandlung einer GbR in eine OHG oder KG oder umgekehrt; sie läßt die dingliche Zuordnung der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstücke unberührt (Rdn. 52). Wohl aber ist wegen der hier notwendigen rechtsgeschäftlichen Übertragungsakte die Form des § 313 BGB zu beachten, wenn Grundstücke von einer Personengesellschaft auf eine aus den gleichen Gesellschaftern bestehende andere Gesellschaft übertragen werden oder eine sonstige Personengemeinschaft mit Grundvermögen als OHG oder KG fortgesetzt werden soll (Rdn. 280).

**bb) Kasuistik.** Wegen der Kasuistik zu den von § 313 S. 1 BGB erfaßten Mitgliedschaftspflichten kann auf die Erläut. zu § 313 BGB verwiesen werden<sup>370</sup>. Umstritten ist vor allem die Formbedürftigkeit des Gesellschaftsvertrags einer **Grundstücksgesellschaft**, deren gemeinsamer Zweck sich auf den Erwerb (und die Veräußerung) von Grundstücken richtet<sup>371</sup>. Insoweit wird entsprechend der Funktion der Formvorschrift, die Vertragspartner vor übereilten Bindungen auf dem Grundstücksmarkt zu schützen, für das Eingreifen von § 313 BGB teilweise darauf abgestellt, ob der Vertragsschluß wegen der bestehenden Einzelvertretungsmacht von Mitgesellschaftern einer unwiderprüflichen Vollmacht<sup>371a</sup> gleichkommt; dann soll er wie diese der Form des § 313 S. 1 BGB unterfallen<sup>371b</sup>. Dagegen spricht, daß zwischen dem Erwerb (der Veräußerung) durch die Gesellschaft und demjenigen durch die Gesellschafter persönlich zu unterscheiden ist. Das Eingreifen von § 313 BGB könnte daher nur auf die Schutzbedürftigkeit der OHG/KG gestützt werden<sup>371c</sup>; ihr trägt jedoch das Formerfordernis für die

<sup>367a</sup> H. M., vgl. MünchKomm.-Kanzleiter BGB<sup>2</sup> § 313, 35, Staudinger/Wu/ka BGB<sup>12</sup> § 313, 35, Erman/Battes BGB<sup>7</sup> § 313, 11.

<sup>367b</sup> Für analoge Anwendung des § 313 BGB auf derartige Fallgestaltungen als Fälle sog. „mittelbarer Grundstücksgeschäfte“ *Heckschen* Die Formbedürftigkeit mittelbarer Grundstücksgeschäfte (1987) S. 127 f.

<sup>368</sup> St.Rspr., vgl. BGHZ 82, 292, 294 = NJW 1982, 881; 85, 245, 248 f = NJW 1983, 566; BGH NJW 1981, 1267, 1268. Zur Frage der Formbedürftigkeit eines auf Grundstückserwerb gerichteten Auftrages vgl. Rdn. 174a und Fn. 374c—f.

<sup>369</sup> EinhM, vgl. nur MünchKomm.-Kanzleiter BGB<sup>2</sup> § 313, 14 m.Nachw. Zur Umgehungsproblematik im Falle der Pflicht zur Veräußerung oder zum Erwerb sämtlicher Anteile einer Gesellschaft, wenn deren Vermögen ausschließlich in Grundstücken

besteht, vgl. BGHZ 86, 367, 370 f = NJW 1983, 1110, und MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 719, 27 f m. Nachw. zum Disk.-Stand.

<sup>370</sup> Vgl. insbes. MünchKomm.-Kanzleiter BGB<sup>2</sup> § 313, 17 und 39, Soergel/M. Wolf BGB<sup>11</sup> § 313, 49; dazu auch Petzoldt BB 1975, 905 ff.

<sup>371</sup> Sie wurde für die Zeit vor 1973 generell verneint; vgl. RGZ 68, 260, 262; Soergel/Schultze-v. Lasaulx BGB<sup>10</sup> § 705, 5, Westermann Rdn. 179.

<sup>371a</sup> Zu deren Formbedürftigkeit nach § 313 S. 1 BGB vgl. MünchKomm.-Kanzleiter BGB<sup>2</sup> § 313, 42a, Soergel/M. Wolf BGB<sup>11</sup> § 313, 32.

<sup>371b</sup> So Petzoldt BB 1975, 907, wohl auch MünchKomm.-Kanzleiter BGB<sup>2</sup> § 313, 24; Gegenans. vgl. in Fn. 372.

<sup>371c</sup> Meine gegenteilige Auffassung (MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 705, 35) gebe ich auf.

einzelnen von der OHG/KG künftig zu schließenden Grundstücksgeschäfte hinreichend Rechnung<sup>372</sup>.

**174 a** Keiner Form bedarf die Abrede über die **Gebrauchsüberlassung** von Grundstücken oder über ihre Einbringung dem Werte nach (quoad sortem, vgl. Rdn. 230), wenn das Grundstück dem Gesellschafter beim Ausscheiden oder bei Liquidation der Gesellschaft verbleibt<sup>373</sup>; auch § 566 BGB greift in derartigen Fällen nicht ein<sup>374</sup>. Ebenfalls nicht formbedürftig ist die Verpflichtung eines Gesellschafters zur **Abtretung eines Auflassungsanspruchs**<sup>374a</sup>; eine die Analogie zu § 313 S. 1 BGB rechtfertigende Vergleichbarkeit ist weder unter dem Gesichtspunkt einer Erwerbsverpflichtung des Zessionars noch unter demjenigen einer Veräußerungspflicht des Zedenten zu bejahen<sup>374b</sup>. Keiner Form bedarf schließlich die Verpflichtung eines *Gesellschafters*, ähnlich einem Beauftragten ein Grundstück **auf Rechnung der Gesellschaft** zu erwerben und an sie weiter zu veräußern. Das läßt sich zwar nicht allein damit begründen, daß sich in diesem Fall die Übertragungsverpflichtung bereits aus §§ 713, 667 BGB ergebe und deshalb nur Folge, nicht Gegenstand des Gesellschaftsvertrages sei<sup>374c</sup>. Denn angesichts ausdrücklicher Vereinbarung derartiger Vertragspflichten kann eine dispositive Gesetzesnorm mangels ausfüllungsbedürftiger Lücke nicht den Regelungsvorrang beanspruchen<sup>374d</sup>. Die Unanwendbarkeit des § 313 BGB auf solche Gesellschafterpflichten ergibt sich jedoch aus teleologischen Überlegungen: Der Gesellschafter soll hinsichtlich des Grundstückseigentums von vornherein nur Durchgangsstelle sein und bedarf daher nicht des in § 313 BGB geregelten Übereilungsschutzes<sup>374e</sup>. Anderes gilt im Hinblick auf die Erwerbsverpflichtung der *Gesellschaft*; wird diese im Gesellschaftsvertrag begründet, so unterliegt er der Form des § 313 S. 1 BGB<sup>374f</sup>.

**175 cc) Rechtsfolgen des Formmangels.** Die Nichteinhaltung der Formvorschrift des § 313 S. 1 BGB führt vorbehaltlich der Heilung durch Vollzug der Veräußerung oder des Erwerbs des Grundstücks (§ 313 S. 2 BGB) zur Nichtigkeit der betroffenen Vereinbarung (§ 125 S. 1 BGB). Die Fehlerhaftigkeit des Gesellschaftsvertrages als solchem tritt

<sup>372</sup> Gegen Formbedürftigkeit des Gesellschaftsvertrags daher zu Recht BGH NJW 1978, 2505, 2506 (für Bau- oder Siedlungsgenossenschaften auch BGHZ 15, 177, 181 = NJW 1955, 178, und 31, 37, 38 = NJW 1959, 2211); *Soergell/Hadding* BGB 11 § 705, 10, *Soergell/M. Wolf* BGB 11 § 313, 49. Nach dem Inhalt des Gesellschaftszwecks unterscheidend (Formbedürftigkeit nicht bei Erwerbs-, sondern nur bei Veräußerungszweck) *Heckschen* (Fn. 367b) S. 135 ff.

<sup>373</sup> BGH WM 1965, 744, 745; 1967, 951, 952; RGZ 109, 380, 381 f.; 166, 160, 163; *Hueck* OHG § 6 III 2 S. 61, *Soergell/Hadding* BGB 11 § 705, 9; zum Sonderfall eines der Gesellschaft im Liquidationsstadium zustehenden, die Formbedürftigkeit begründenden Verwertungsrechts vgl. BGH WM 1967, 609, 610; RGZ 162, 78, 81 f.

<sup>374</sup> H. M., vgl. *Rob. Fischer* Vorauf. Rdn. 56, *Hueck* OHG § 6 III 2 S. 61, *Soergell/Hadding* BGB 11 § 706, 24; zur Unanwendbarkeit von Mietrecht auf mitgliederschaftliche Gebrauchsüberlassungspflichten vgl. auch schon Rdn. 155.

<sup>374a</sup> Davon ist die formbedürftige Verpflichtung zur Übertragung eines Anwartschaftsrechts am Grundstück zu unterscheiden, vgl. BGHZ 83, 395, 399 = NJW 1982, 1639, *Heckschen* (Fn. 367b) S. 129 f.

<sup>374b</sup> BGHZ 89, 41, 45 = NJW 1984, 973; *Soergell/Wolf* BGB 11 § 313, 49; a.A. MünchKomm.-Kanzleiter BGB 2 § 313, 16 a.E., *Heckschen* (Fn. 367b) S. 130 f unter Hinweis auf die faktische Bindung des Zedenten zum Erwerb.

<sup>374c</sup> So aber die h.M., vgl. RGZ 54, 75, 79; BGH NJW 1981, 1267 (offenlassend dann BGHZ 85, 245, 249 = NJW 1983, 566); MünchKomm.-Kanzleiter BGB 2 § 313, 22, *Staudinger/Wufka* BGB 12 § 313, 85; ebenso noch MünchKomm.-Ulmer BGB 2 § 705, 34.

<sup>374d</sup> *Erman/Battes* BGB 7 § 313, 24, *Hagen* DNotZ 1984, 267, 276, *Ludwig* DNotZ 1982, 623, *Schwanecke* NJW 1984, 1585, 1586 f., *Heckschen* (Fn. 367b) S. 62, 128; kritisch auch *Steindorff* ZHR 129 (1967), 21, 25.

<sup>374e</sup> So zutr. BGHZ 85, 245, 249 = NJW 1983, 566, MünchKomm.-Kanzleiter BGB 2 § 313, 22; a.A. *Heckschen* (Fn. 367b) S. 73 f, 128, *Schwanecke* NJW 1984, 1585, 1586.

<sup>374f</sup> BGHZ 85, 245, 251 = NJW 1983, 566; MünchKomm.-Kanzleiter BGB 2 § 313, 22, *Petzoldt* BB 1975, 905, 906.

nur dann ein, wenn nicht im Einzelfall eine **Umdeutung** nach § 140 BGB möglich ist. Diese liegt bei formnichtigen Einlageversprechen über Grundstücke namentlich dann nahe, wenn einerseits die Erreichung des gemeinsamen Zwecks nicht speziell die Eigentumsverschaffung am Grundstück voraussetzt, andererseits die Einbringung zum Gebrauch oder dem Werte nach, ggf. auch unter Zuzahlung eines Geldbetrags, für alle Parteien zumutbar erscheint<sup>375</sup>. Scheidet eine Umdeutung nach Lage des Falles aus, so erfaßt die Nichtigkeit nicht nur die Einlagepflicht, sondern den ganzen Vertrag (Rdn. 172); die von der h. M. statt dessen bejahte Anwendung der Grundsätze über die Teilunwirksamkeit (vgl. Rdn. 185) läßt die Geltung des Formerfordernisses für den ganzen Vertrag außer Betracht. Durch Vollzug der Gesellschaft erlangt der Gesellschaftsvertrag Wirksamkeit; die Nichtigkeit kann nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft nur durch Auflösungsklage geltend gemacht werden (Rdn. 361). Demgegenüber läßt die Handelsregistereintragung der Gesellschaft die Nichtigkeit unberührt.

**c) Unentgeltliche Zuwendung der Beteiligung.** Soll bei der Gründung einer OHG/ KG oder später ein Gesellschafter unentgeltlich beteiligt oder sein Anteil zu Lasten von Mitgesellschaftern aufgestockt werden, so liegt ein nach § 518 Abs. 1 BGB formbedürftiges Schenkungsversprechen vor, wenn die Aufnahme in die Gesellschaft oder die Aufstockung der Beteiligung zu einer Vermögensmehrung bei dem Begünstigten führt und beide Seiten über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind. Von den nicht durch §§ 516, 518 BGB erfaßten Fällen einer als Ausstattung (§ 1624 BGB) zugewendeten Beteiligung abgesehen, ist das bei Unentgeltlichkeit der Einräumung oder Aufstockung einer Beteiligung an einer *Außengesellschaft* nach Art der OHG/KG<sup>376</sup> dann anzunehmen, wenn einerseits der Wert der Beteiligung die Belastungen des unentgeltlich aufgenommenen Gesellschafters aus persönlicher Haftung und etwaiger Tätigkeitspflicht übersteigt, andererseits mit der unentgeltlichen Aufnahme auch subjektiv eine Zuwendung (gemischte Schenkung) gewollt war und es den Mitgesellschaftern nicht nur darum ging, der OHG/KG den Rat und die Dienste des neuen Gesellschafters zu sichern<sup>377</sup>.

Liegt nach den in Rdn. 178 genannten Kriterien ein Schenkungsversprechen vor und ist die — auf die Vereinbarung der unentgeltlichen Zuwendung beschränkte — notarielle Form nicht eingehalten, so wird der Formmangel doch nach § 518 Abs. 2 BGB durch Bewirken der versprochenen Leistung geheilt. Die **Heilung** tritt bei OHG und KG nach ganz h. M. schon mit der gesellschaftsvertraglichen Beteiligung des Begünstigten ein, da er damit sowohl eine Mitberechtigung am Gesamthandsvermögen erlangt als auch nach §§ 130, 173 der Außenhaftung für die bisherigen Gesellschaftsverbindlichkeiten unterliegt<sup>378</sup>. Die für die unentgeltliche Beteiligung an einer Innengesellschaft umstrittene Frage, ob die Umbuchung der dem Begünstigten zugewendeten Beteiligung als Vollzug der Schenkung anzusehen ist<sup>379</sup>, hat für die OHG und KG keine Bedeutung.

<sup>375</sup> BGH WM 1967, 951, 952; *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 706, 23.

<sup>376</sup> Zur abw. Beurteilung im Fall unentgeltlicher Beteiligung an einer Innengesellschaft vgl. MünchKomm.-*Ulmer* BGB<sup>2</sup> § 705, 37.

<sup>377</sup> Zu den denkbaren Fallgestaltungen und Motiven vgl. namentlich *Hueck* DB 1966, 1043, 1044, und *U. Huber* Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 1970, S. 203 f. Der BGH (BB 1965, 472; wohl auch NJW 1959, 1433) schließt selbst im

Fall unentgeltlicher Aufnahme den Schenkungscharakter jedenfalls dann regelmäßig aus, wenn es um eine mit Tätigkeitspflichten und Haftungsrisiken verbundene OHG-Beteiligung geht. Vgl. auch MünchKomm.-*Kollbosser* BGB § 516, 52.

<sup>378</sup> So auch *Rob. Fischer* Voraufl. Rdn. 56, *Hueck* OHG § 6 III 2 S. 61, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 12.

<sup>379</sup> Vgl. dazu näher MünchKomm.-*Ulmer* BGB<sup>2</sup> § 705, 38 ff m.Nachw. zum Streitstand.

Daraus folgt zugleich, daß das Formerfordernis des § 518 Abs. 1 BGB im Hinblick auf einen OHG- oder KG-Vertrag allenfalls insoweit relevant wird, als es um die Beteiligung des Begünstigten an der *Gesellschaftsgründung* geht, d. h. also zu einem Zeitpunkt, in dem es weder zur Bildung von Gesamthandsvermögen<sup>380</sup> noch zur Begründung von Gesellschaftsverbindlichkeiten gekommen ist<sup>381</sup>. Ist danach Formnichtigkeit der Beteiligung des Begünstigten ausnahmsweise zu bejahen, so bestimmen sich die Rechtsfolgen für den Gesellschaftsvertrag nicht nach § 139 BGB, sondern nach den besonderen Grundsätzen über die subjektive Teilnichtigkeit (Rdn. 186 ff).

- 178** d) **Gewillkürte Form.** Nach § 125 S. 2 BGB hat die Nichteinhaltung der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form im Zweifel die Nichtigkeit der Vereinbarung zur Folge. Die Bestimmung ist vor allem für Vertragsänderungen bedeutsam (Rdn. 192); für den Fall des in schriftlicher Form beabsichtigten Vertragschlusses tritt an ihre Stelle die funktionell übereinstimmende Auslegungsregel des § 154 Abs. 2 BGB (zu ihrer Abwandlung bei Abschluß eines Gesellschaftsvertrags vgl. Rdn. 162)<sup>382</sup>. Die Art und Ausgestaltung der Schriftform richten sich mangels abweichender Vereinbarung nach §§ 126, 127 BGB. Bei Publikums-Gesellschaften genügt abweichend hiervon im Regelfall die Protokollierung des Beschlusses der Gesellschafterversammlung<sup>383</sup>.
- 179** **Schriftformklauseln,** die für die Änderung oder Ergänzung des Vertrags schriftliche Form vorschreiben, sind in Gesellschaftsverträgen verbreitet. Entgegen BGHZ 49 364, 366 f = NJW 1968 1378 haben sie im Regelfall nicht nur Klarstellungsfunktion<sup>384</sup>, sondern sollen entsprechend § 125 S. 2 BGB die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von der Einhaltung der Form abhängig machen<sup>385</sup>. Das schließt nicht aus, ihren Anwendungsbereich im Wege der **Auslegung** näher zu bestimmen, namentlich den Beschluß der Gesellschafter zur einmaligen oder begrenzten Durchbrechung einer grundsätzlich unverändert weitergeltenden Vereinbarung als nicht vom Schriftformerfordernis erfaßt anzusehen<sup>386</sup>.
- 180** Auch soweit die Schriftformklausel im Grundsatz eingreift, sind die Parteien als „Herren der Gesellschaft“ nicht gehindert, sie durch formlose Abrede außer Kraft zu setzen<sup>387</sup>. Erforderlich ist freilich, daß sie sich der Abweichung bewußt sind und diese

<sup>380</sup> Vorbehaltlich der im Gesellschaftsvertrag begründeten Einlageforderungen, die alsbald mit dem Vertragsschluß zur Entstehung kommen und der OHG/KG als Gesamthandsvermögen zustehen (vgl. Rdn. 278).

<sup>381</sup> Für regelmäßige Heilung des formnichtigen Schenkungsversprechens mit Abschluß des Gesellschaftsvertrags daher auch *Rob. Fischer* und *Hueck* aaO (Fn. 378).

<sup>382</sup> Soweit sich die Schriftformklausel auf die Vollständigkeit des schriftlich Vereinbarten bezieht, erlangt sie freilich auch bereits bei Vertragsschluß Bedeutung (RGZ 97, 175, 176; allgemein zur Vermutung der Vollständigkeit vgl. Rdn. 200).

<sup>383</sup> BGHZ 66, 82, 86 f = NJW 1976, 958; zu allgemein MünchKomm.-Förschler BGB<sup>2</sup> § 127, 6.

<sup>384</sup> D. h. den Zweck, den Gesellschaftern, die sich auf die schriftliche Änderung berufen, den Beweis zu erleichtern (sog. deklaratorische Schriftformklausel, vgl. MünchKomm.-Förschler BGB<sup>2</sup> § 127, 76). Nach *Hueck* DB 1968, 1207, 1208 folgt hieraus das

Recht jedes Gesellschafters, die schriftliche Festlegung der wirksam formlos beschlossenen Änderung zu verlangen.

<sup>385</sup> So entgegen BGHZ 49, 364 = NJW 1968, 1378 die h. M. auch in der neueren Lit., vgl. *Hueck* OHG § 6 III 4 S. 62 und DB 1968, 1207 ff, *Tiefenbacher* BB 1968, 607, *Erman/Westermann* BGB<sup>7</sup> § 125, 11, *Soergel/Hefermehl* BGB<sup>12</sup> § 125, 15, *Soergel/Schultze-v. Lasaulx* BGB<sup>10</sup> § 705, 15; wie der BGH jetzt aber *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 14.

<sup>386</sup> Zutr. *Hueck* DB 1968, 1207, 1209 f m. weit. Beispielen.

<sup>387</sup> Anders BGHZ 66, 378, 381 f = NJW 1976, 1395 für einen Mietvertrag, in dem ausdrücklich auch der Verzicht auf das Formerfordernis an die Schriftform gebunden war; ebenso für eine Schriftformklausel im Gesellschaftsvertrag OLG Düsseldorf NJW 1977, 2216; a. A. für eine formularmäßige Schriftformklausel BGH WM 1981, 122.

auch auf die Schriftform erstrecken wollen<sup>388</sup>. Die **formlose Aufhebung der Schriftform** ist entsprechend der Auslegungsregel des § 125 S. 2 BGB von demjenigen zu beweisen, der sich hierauf beruft<sup>389</sup>. Anderes gilt dann, wenn die Parteien seit langem einvernehmlich eine vom schriftlichen Gesellschaftsvertrag abweichende Praxis verfolgen, etwa bei der Geschäftsführung oder der Gewinnverteilung: in solchen Fällen besteht eine zwar widerlegbare, aber die Darlegungs- und Beweislast umkehrende tatsächliche Vermutung dafür, daß es zu einer entsprechenden Vertragsänderung gekommen ist<sup>390</sup>. — Zur Rechtslage beim Vollzug einer fehlerhaften Vertragsänderung, insbesondere dem fehlerhaften Ausscheiden eines Gesellschafters vgl. Rdn. 365 f, 373 ff.

### 3. Inhalt

Zum Mindestinhalt des OHG-Vertrags vgl. Rdn. 159, zum Einfluß der Kautelarjurisprudenz auf das Innenrecht der Gesellschaft unter weitgehender Abwandlung insbesondere der dispositiven Vorschriften der §§ 110 bis 122 vgl. Rdn. 10 mit Nachw. in Fn. 17. Diesen Tendenzen der Vertragsgestaltung ist — durch Vorrang ergänzender Vertragsauslegung vor dispositiven Recht — auch bei der Lückenfüllung von Gesellschaftsverträgen Rechnung zu tragen (Rdn. 203). **Schranken der Vertragsgestaltung** ergeben sich außerhalb der zwingenden Vorschriften der §§ 123 bis 130b und der allgemeinen Wirksamkeitsgrenzen der §§ 134, 138 BGB aus bestimmten geschriebenen und ungeschriebenen Schranken der Vertragsgestaltungsfreiheit (vgl. näher § 109, 25 ff.). Die hierauf gestützte **gerichtliche Wirksamkeitskontrolle** ist nicht zu verwechseln mit einer außerhalb der sog. Publikums-Gesellschaften zu Recht abgelehnten allgemeinen Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen (vgl. § 109, 44). Sie beschränkt sich auf übermäßige Abfindungsbeschränkungen sowie auf Klauseln über den Ausschluß von Gesellschaftern ohne wichtigen Grund (vgl. Erläut. zu §§ 138, 140).

### 4. Vertragsmängel, Teilnichtigkeit

a) **Überblick.** Vorschriften nach Art der §§ 275 AktG, 75 GmbHG über die stark eingeschränkte Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen nach Entstehung einer AG oder GmbH sind dem Personengesellschaftsrecht unbekannt. Statt dessen hat die Rechtsprechung mit Zustimmung der Literatur die **Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft** entwickelt. Ihr Eingreifen setzt voraus, daß die auf einem nichtigen oder anfechtbaren Gesellschaftsvertrag beruhende OHG oder KG in Vollzug gesetzt ist und daß ihrer rechtlichen Anerkennung vorrangig schutzwürdige Interessen nicht entgegenstehen. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so ist abweichend vom allgemeinen Zivilrecht eine Berufung der Beteiligten oder Dritter auf den Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund zur rückwirkenden Beseitigung der Gesellschaft ausgeschlossen; das gilt nicht nur für das Auftreten nach außen, sondern auch im Innenverhältnis. Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründe können vielmehr nur mittels Gestaltungsklage nach §§ 133, 140, 142 geltend gemacht werden. Einzelheiten vgl. in Rdn. 339 ff, 357 ff.

Zum Eingreifen der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft kommt es allerdings nur, wenn der **Gesellschaftsvertrag insgesamt mangelhaft** ist. Vorbehaltlich der

<sup>388</sup> Vgl. näher MünchKomm.-Förschler BGB<sup>2</sup> § 125, 77. Für Abstellen nur auf den materiellen Änderungswillen BGHZ 71, 162, 164 = NJW 1978, 1585; BGH WM 1982, 902.

<sup>389</sup> Soergel/Hefermehl BGB<sup>12</sup> § 125, 15.

<sup>390</sup> BGH LM HGB § 105 Nr. 22 = NJW 1966, 826, 827 (Gewinnverteilung nach einem vom schriftlichen Vertrag abweichenden Schlüssel seit 20 Jahren); WM 1978, 300, 301 (fünfjährige einvernehmliche Abweichung von der Verzinsungsregelung des Gesellschaftsvertrags).

Fälle subjektiver Teilnichtigkeit (Rdn. 186 ff) ist das regelmäßig bei *Abschlußmängeln* anzunehmen, so wenn es mangels Willensübereinstimmung an einem wirksamen Vertragsschluß fehlt, wenn Gesellschafter nicht wirksam vertreten sind, wenn die notwendige Form nicht eingehalten und der Formmangel nicht geheilt wurde (Rdn. 169 ff), oder wenn die Willenserklärungen eines Teils der Gesellschafter an Willensmängeln i. S. der §§ 119, 123 BGB leiden. Ebenfalls hierher gehört der Fall des Scheingeschäfts (§ 117 BGB) sowie des Fehlens der Geschäftsgrundlage bezüglich des ganzen Vertrages<sup>391</sup>. Zur Nichtanwendung der Auslegungsregeln des § 154 BGB im Fall eines unvollständigen oder nicht in der beabsichtigten Form geschlossenen Vertrags vgl. Rdn. 162, zur fehlerhaften Beteiligung nicht voll Geschäftsfähiger vgl. Rdn. 346 ff.

**184** Von den in Rdn. 183 erwähnten Fällen eines den gesamten Vertrag betreffenden Mangels zu unterscheiden ist die (objektive) **Teilnichtigkeit** des Gesellschaftsvertrags (Rdn. 185). Sie liegt regelmäßig vor, wenn der Gesellschaftsvertrag in Teilen gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder die guten Sitten (§ 138 BGB) verstößt oder wenn bestimmte Vereinbarungen mit zwingenden Vorschriften oder Grundsätzen des Gesellschaftsrechts unvereinbar sind (vgl. dazu § 109, 20 ff). Das gilt auch für einen gesetz- oder sittenwidrigen Gesellschaftszweck; er erfaßt als solcher entgegen verbreiteter Ansicht<sup>392</sup> nicht den ganzen Vertrag, selbst wenn eine Aufrechterhaltung der restlichen Teile hier in aller Regel ausscheidet (Rdn. 185). Liegt Teilnichtigkeit vor, so führt sie nicht stets oder regelmäßig (§ 139 BGB) zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages mit der Folge, daß die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft zur Anwendung kommen. Vielmehr ist **vorab** zu prüfen, ob nicht die vom Mangel unberührten Vertragsteile nach dem Willen der Beteiligten **wirksam** bleiben und die Lücken ggf. im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu füllen sind (vgl. dazu Rdn. 203). Dabei ist für die Auslegungsregel des § 139 BGB kein Raum (Rdn. 185).

**185** **b) Objektive Teilnichtigkeit (§ 139 BGB).** Nach der Auslegungsregel des § 139 BGB führt die Nichtigkeit einzelner Vertragsteile zur Nichtigkeit des ganzen Vertrages, da die Parteien die vereinbarten Regelungen im Zweifel als Einheit wollten. Anderes gilt für Verträge über Personengesellschaften; ihnen gegenüber wird eine undifferenzierte Anwendung des § 139 BGB von der h. M. zu Recht abgelehnt<sup>393</sup>. Den Grund hierfür bildet das grundsätzlich allen Gesellschaftern *gemeinsame Interesse am Bestand der Gesellschaft*. Es findet nicht selten seinen Ausdruck in einer sog. **salvatorischen Klausel**, wonach die Nichtigkeit einzelner Vertragsbestimmungen die Gültigkeit des Vertrags im übrigen nicht berührt. Selbst wenn der Vertrag nicht ausdrücklich eine solche Regelung enthält, hat das auf die für die Auslegung zu berücksichtigende Interessenlage doch meist keinen Einfluß<sup>394</sup>. Für eine Gesamtnichtigkeit des Vertrags ist daher grundsätzlich nur Raum, wenn entweder die nichtige Vereinbarung von zentraler Bedeutung für das Zusammenwirken der Gesellschafter ist<sup>395</sup>, insbes. der Gesellschaftszweck gegen §§ 134, 138 BGB

<sup>391</sup> BGHZ 10, 44, 51 = NJW 1953, 1548; BGH NJW 1974, 1656, 1657; RGZ 165, 193, 199 f; vgl. dazu auch Rdn. 247 und Fn. 508.

<sup>392</sup> Vgl. etwa *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 33, 39, *Staudinger/Kesler* BGB<sup>12</sup> Vor § 705, 32.

<sup>393</sup> So erstmals *Erman*, Personengesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage (1947) S. 29; ihm folgend *Rob. Fischer* Voraufl. Rdn. 48a, *Hueck* OHG § 7 Fn. 10, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 40, *Staudinger/Kesler* BGB<sup>12</sup> § 705, 104, *Petzoldt* BB 1975, 905, 908, *Wiedemann* GesR I § 3 I 2 c S. 153 f; aus der Rspr. vgl. etwa BGHZ 49,

364, 365 = NJW 1968, 1378; BGH DB 1955, 750; WM 1976, 1027, 1029.

<sup>394</sup> So zutr. *Erman* (Fn. 393) S. 29; vgl. auch BGHZ 47, 293, 301 = NJW 1967, 1961; BGH WM 1962, 462, 463; *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 40, *Rob. Fischer* Voraufl. Rdn. 48a, *Wiedemann* aaO (Fn. 393), *Wiesner* Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft (1980) S. 106 f.

<sup>395</sup> In diesem Fall kann sich die Gesamtnichtigkeit auch gegenüber einer salvatorischen Klausel durchsetzen (BGH DB 1976, 2106).

verstößt, oder wenn die Nichtigkeit bereits kurz nach der Gründung festgestellt wird und der Gedanke des Bestandsschutzes mangels Vollzugs der Gesellschaft noch nicht zum Tragen kommt. Im übrigen läßt die Nichtigkeit einzelner Bestimmungen die Wirksamkeit des Restvertrages regelmäßig unberührt; die Auslegungsregel des § 139 BGB ist **unanwendbar**. Die bestehenden Vertragslücken sind grundsätzlich durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen (Rdn. 202). Zur Frage der Beachtlichkeit nichtiger Vertragsteile im Rahmen der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft vgl. Rdn. 359 f.

c) **Subjektive Teilnichtigkeit**. Von ihr spricht man bei der **fehlerhaften Beteiligung** **186** eines Partners an der Gründung einer **mehrgliedrigen Gesellschaft**. Sie kann auf unterschiedlichen Ursachen beruhen, angefangen von Vertretungsmängeln über das Fehlen vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung bei Beteiligung nicht voll Geschäftsfähiger (§ 1822 Nr. 3 BGB) bis hin zur nichtigen oder wirksam angefochtenen Beitrittserklärung. In derartigen Fällen fehlt es im Unterschied zur objektiven, den **Vertragsinhalt** betreffenden Teilnichtigkeit im Zweifel an einem **Abschlußerfordernis**, da nicht alle für den Vertragsschluß erforderlichen Willenserklärungen (Rdn. 156) wirksam geworden sind. Für die Anwendung von § 139 BGB ist daher streng genommen schon aus diesem Grunde kein Raum<sup>396</sup>. Ergibt freilich die Auslegung, daß die Parteien den Vertrag auch ohne den fehlerhaft Beigetretenen abgeschlossen hätten, d. h. daß sie die Wirksamkeit ihrer Erklärungen nicht von der Vollständigkeit aller vorgesehenen Beitritte abhängen lassen wollten, so ist die Gesellschaft trotz subjektiver Teilnichtigkeit wirksam entstanden. Ein Indiz hierfür bildet die Aufnahme einer **Fortsetzungsklausel** (§ 138) in den Gesellschaftsvertrag, selbst wenn vom Willen zur Fortsetzung der Gesellschaft beim Ausscheiden eines Mitglieds nicht ohne weiteres auf den Willen zum gemeinsamen Beginn trotz Ausfalls eines Gründers geschlossen werden kann<sup>397</sup>.

Auch wenn es nach den Kriterien in Rdn. 186 an Anhaltspunkten für das Wirksamwerden des Vertrags trotz subjektiver Teilnichtigkeit fehlt, kann das Verhalten der Beteiligten nach Kenntnis von der fehlgeschlagenen Beitrittserklärung die Annahme gestatten, daß die verbliebenen Gründer damit **konkludent** einen **neuen Vertrag** auf der Grundlage des fehlgeschlagenen geschlossen haben<sup>398</sup>. Zu denken ist etwa an den gleichwohl begonnenen Vollzug der Gesellschaft oder die Anmeldung zum Handelsregister. **187**

Ist der Vertrag nach den in Rdn. 186, 187 genannten Grundsätzen wirksam geworden, so ist für ein Eingreifen der Lehre von der **fehlerhaften Gesellschaft kein Raum**; eine Auflösungsklage kann auf die fehlgeschlagene Beteiligung nicht gestützt werden. Zum fehlerhaften Beitritt zu einer bestehenden OHG/KG vgl. Rdn. 196; zu den Problemen fehlender vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung bei Beteiligung nicht voll Geschäftsfähiger vgl. Rdn. 347 ff. **188**

## 5. Vertragsänderungen

a) **Grundlagen**. Änderungen des Gesellschaftsvertrages richten sich, auch wenn sie wie **189** meist im Wege eines Gesellschafterbeschlusses<sup>399</sup> erfolgen, nach den gleichen Grundsät-

<sup>396</sup> So auch Hueck OHG § 7 I 2, *Soergel/Hefermehl* BGB<sup>12</sup> § 139, 29; a. A. aber *Erman* (Fn. 393) S. 34, *Staudinger/Kessler* BGB<sup>12</sup> § 705, 104, *Rob. Fischer* Vorauffl. Rdn. 48a.

<sup>397</sup> So zutr. Hueck OHG § 7 I 2 S. 77 f, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 41; allg. vgl. auch *Erman* (Fn. 393) S. 34, *Westermann* Rdn. I 154, jeweils

unter zutr. Vorbehalt derjenigen Fälle, in denen es für die Errichtung der Gesellschaft speziell auf die Mitwirkung des fehlerhaft Beigetretenen ankam.

<sup>398</sup> So auch Hueck OHG § 7 Fn. 14, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 41.

<sup>399</sup> Zur Qualität des Gesellschafterbeschlusses als mehrseitiges Rechtsgeschäft vgl. Erläut. zu § 119.

zen wie der Vertragsschluß selbst (vgl. Rdn. 156 ff), soweit nicht der Gesellschaftsvertrag Abweichungen vorsieht. Daher bedarf eine Vertragsänderung grundsätzlich der **Zustimmung sämtlicher Gesellschafter**; die Gesellschaft selbst oder ihre Organe wirken als solche an der Änderung nicht mit. Auch hinsichtlich der **Vertretung** nicht voll Geschäftsfähiger durch ihre gesetzlichen Vertreter bzw. im Verhinderungsfall (§ 181 BGB) durch einen Ergänzungspfleger gilt Entsprechendes wie für den Vertragsschluß (Rdn. 84); der Mitwirkung eines Ergänzungspflegers bedarf es trotz Gesellschafterstellung des Vertreters dann nicht, wenn die Vertragsänderung durch die Treupflicht geboten ist (Rdn. 194). Die **vormundschaftsgerichtliche Genehmigung** braucht für Vertragsänderungen nicht eingeholt zu werden, auch wenn die Änderungen die Rechtsstellung des Minderjährigen unmittelbar berühren (str., vgl. Rdn. 85 und Fn. 183); anderes gilt für den Beitritt oder das Ausscheiden eines nicht voll geschäftsfähigen Gesellschafters.

**190** Vertragsänderungen durch **Mehrheitsbeschluß** müssen im Gesellschaftsvertrag besonders zugelassen sein. Eine Aufzählung der einzelnen von der Mehrheitsklausel erfaßten Vertragsänderungen nach Art des „Bestimmtheitsgrundsatzes“ sollte zwar nach zutr. neuerer Ansicht entgegen der bisherigen Rechtsprechung nicht (mehr) gefordert werden. Eine allgemein gehaltene, Vertragsänderungen generell zulassende Mehrheitsklausel berechtigt jedoch nicht zu Eingriffen in den „Kernbereich“ der jeweiligen Mitgliedschaftsrechte (vgl. dazu Näheres in Erläut. zu § 119). Möglich ist auch die **Ermächtigung** an bestimmte Gesellschafter oder Dritte zur einseitigen Vertragsänderung; es gelten §§ 315, 317 BGB (Rdn. 147). Zu inhaltlichen Wirksamkeitsschranken vgl. § 109, 36 ff, 42.

**191** Eine **konkludente Änderung** des Gesellschaftsvertrags ist im Grundsatz ebenso möglich wie der konkludente Vertragsschluß selbst (Rdn. 157). An die stillschweigende Änderung ausdrücklich geregelter Punkte durch tatsächliche Übung sind allerdings hohe Anforderungen zu stellen<sup>400</sup>. Eine einmalige oder nur vorübergehende Abweichung genügt in aller Regel nicht, wenn sich der übereinstimmende Änderungswille der Beteiligten nicht aus zusätzlichen Umständen ableiten läßt. Dagegen begründet eine **langjährige, vom Vertrag abweichende Praxis** die tatsächliche Vermutung für eine entsprechende Änderung<sup>401</sup>. In derartigen Fällen trifft die Beweislast dafür, daß die Gesellschafter mit ihrer abweichenden Übung nur vorübergehend und jederzeit widerruflich von der Einhaltung der Bestimmung abgesehen haben, den sich auf die ursprüngliche Regelung berufenden Gesellschafter<sup>402</sup>. **Melden die Gesellschafter** die Änderung gemeinsam **zum Handelsregister** an, so ist darin regelmäßig zugleich die Zustimmung der Anmeldenden im Innenverhältnis zu sehen<sup>403</sup>.

**192** b) **Form**. Die Vertragsänderung ist ebenso wie der Abschluß des Gesellschaftsvertrags grundsätzlich formfrei (Rdn. 169). Allerdings enthalten die meisten schriftlich abgefaßten Gesellschaftsverträge eine sog. **Schriftformklausel** für den Fall der Vertragsänderung. Bei ihrer Auslegung ist zu prüfen, ob sie — als **deklaratorische** Schriftformklausel — nur Beweiszwecken dienen oder ob sie **konstitutive** Wirkung haben, d. h. die Wirksamkeit der Änderung nach §§ 125 S. 2, 127 BGB von der Einhaltung der Schrift-

<sup>400</sup> BGH NJW 1966, 826; *Rob. Fischer* Vorauf. Rdn. 60, *Westermann* Rdn. I 98. Vgl. auch die Nachw. in Fn. 401.

<sup>401</sup> H. M., vgl. BGHZ 70, 331, 332 = NJW 1978, 1001; BGH WM 1978, 300, 301; *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 16, *Wiedemann* GesR I § 3 II 2 b S. 171 f, und die Nachw. in Fn. 400.

<sup>402</sup> BGH NJW 1966, 826; *Rob. Fischer* Vorauf. Rdn. 60.

<sup>403</sup> St. Rspr., vgl. BGH WM 1972, 1368, 1369; WM 1974, 177, 179; GmbH-Rdsch. 1977, 103, 104; vgl. näher § 108, 1 aE und Fn. 3.

form abhängig machen soll (vgl. näher Rdn. 179). In derartigen Fällen konstitutiver (gewillkürter) Schriftform sind die Parteien zwar nicht gehindert, hiervon abweichend Änderungen auch formlos zu beschließen; jedoch muß sich der Beschluß über die inhaltliche Änderung hinaus auch auf das Formerfordernis beziehen (Rdn. 180). **Gesetzliche Formerfordernisse** (Rdn. 170, 172 f) sind für die Vertragsänderung nur zu beachten, wenn ihre Voraussetzungen im Änderungszeitpunkt fortbestehen<sup>404</sup>. Sind die formbedürftigen Einlageverpflichtungen erfüllt, so steht nichts entgegen, den notariell geschlossenen Vertrag privatschriftlich oder — beim Fehlen einer konstitutiven Schriftformklausel — sogar mündlich bzw. konkludent zu ändern.

**c) Mitgliederwechsel.** Einen Fall der *Vertragsänderung* bildet mit Rücksicht auf die Vertragsgrundlage der OHG/KG auch der Mitgliederwechsel, auch wenn er nicht durch Ausscheiden bisheriger und/oder Eintritt neuer Mitglieder, sondern durch Übertragung der Mitgliedschaft bewirkt wird (vgl. näher Rdn. 302 f, 306 ff). Er bedarf daher grundsätzlich der **Zustimmung** sämtlicher Gesellschafter oder — bei wirksamer Mehrheitsklausel — derjenigen der erforderlichen Mehrheit. Allerdings kann die Anteilsübertragung schon im Gesellschaftsvertrag selbst zugelassen werden (Rdn. 307); darin ist das Einverständnis mit der im Mitgliederwechsel liegenden Vertragsänderung zu sehen. Ist der ausscheidende oder beitretende Gesellschafter nicht voll geschäftsfähig, so bedarf es neben der Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters auch der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (Rdn. 85, 310).

**d) Zustimmungspflicht?** Die Zustimmung zu der von Mitgesellschaftern gewünschten Vertragsänderung steht grundsätzlich **im Belieben** der Gesellschafter. Über die Erteilung entscheiden sie entsprechend ihrem eigenen Interesse. Aus der Beteiligung an einer Gesellschaft folgt nicht etwa die Pflicht, eigene Interessen zurückzustellen, soweit es nicht um Fragen der Geschäftsführung, sondern um die Änderung der Vertragsgrundlage geht (Rdn. 243 f). **Anderes** gilt nach zutr. h. M. dann, wenn die Änderung zur Erhaltung der gemeinsam geschaffenen Werte dringend *erforderlich und* den nicht freiwillig zustimmenden Gesellschaftern auch *zumutbar* ist (Rdn. 245 f). In diesen Grenzen ist eine Zustimmungspflicht von der Rechtsprechung zutreffend anerkannt worden<sup>405</sup>. Es handelte sich freilich jeweils um **Ausnahmefälle**, die sich nicht zu großzügiger Verallgemeinerung eignen. Insbesondere ginge es zu weit, wollte man aus der Zustimmungspflicht zu erforderlichen und zumutbaren Vertragsänderungen auf die funktionale Gleichwertigkeit von Einstimmigkeits- und Mehrheitsprinzip in diesen Fällen schließen.

Soweit eine Zustimmungspflicht nach diesen Grundsätzen zu bejahen ist, muß sie von den änderungswilligen Gesellschaftern durch **Leistungsklage** durchgesetzt werden. Die Rechtskraft des Urteils ersetzt die Stimmabgabe (§ 894 ZPO); erst zu diesem Zeitpunkt wird die Vertragsänderung wirksam. Die Berufung auf eine bestehende Zustimmungspflicht reicht hierfür jedenfalls bei Vertragsänderungen mit Außenwirkung nicht aus (vgl. Rdn. 250).

**e) Mängel.** Die Fehlerhaftigkeit von Vertragsänderungen kann auf einer Vielzahl unterschiedlicher **Gründe** beruhen, darunter der Fehlerhaftigkeit des Beschlußverfahrens, dem Nichterreichen der erforderlichen Mehrheiten, der fehlerhaften Mitwirkung einzelner Beteiligter oder dem fehlerhaften Inhalt der Änderung<sup>406</sup>. Sie führt nicht etwa

<sup>404</sup> H. M., vgl. BayObLG BB 1987, 711; näher dazu und zur Frage des Formzwangs bei „unwesentlichen“ Änderungen vor Erfüllung der formbedürftigen Verpflichtung vgl. MünchKomm.-Kanzleiter BGB<sup>2</sup> § 313, 47a, 48.

<sup>405</sup> Vgl. Nachw. in Fn. 504, 506.

<sup>406</sup> Näheres zu Beschlußmängeln und ihren Folgen für die Wirksamkeit des Beschlusses vgl. in den Erläut. zu § 119.

stets oder regelmäßig dazu, daß der bisherige Gesellschaftsvertrag unverändert fortgilt. Soweit nicht die Voraussetzungen der Teilunwirksamkeit unter Aufrechterhaltung der restlichen Teile (Rdn. 185 ff) vorliegen, sind die Grundsätze über die **fehlerhafte Gesellschaft** entsprechend anwendbar, wenn die Beteiligten die Änderung für wirksam gehalten und nach ihr gehandelt haben; darin liegt der „Vollzug“ der Änderung (vgl. näher Rdn. 343, 370, 374). Das gilt nicht nur beim fehlerhaften Beitritt oder Ausscheiden eines Gesellschafters oder bei fehlerhafter Auflösung der Gesellschaft, sondern auch bei sonstigen, die *Organisation* der Gesellschaft (Struktur, Vermögen, Organe) und nicht lediglich die schuldrechtlichen Innenbeziehungen der Beteiligten betreffenden Änderungen (str., vgl. Rdn. 365 f). Um den Fehler zu beheben, muß der daran interessierte Gesellschafter an Stelle der Auflösungs- oder Ausschlußklage im Wege der *Leistungsklage* von den widersprechenden Mitgesellschaftern das Rückgängigmachen der fehlerhaften Änderung und ihrer Folgen verlangen.

### III. Die Auslegung des Gesellschaftsvertrags

#### 1. Auslegungskriterien

- 197 a) Grundlagen.** Als vertragliches Schuldverhältnis unterliegt der Gesellschaftsvertrag grundsätzlich den für Verträge maßgeblichen Auslegungsvorschriften der §§ 133, 157 BGB. Danach ist für die Auslegung neben den Willenserklärungen der Beteiligten auch ihr sonstiges Verhalten bei Vertragsschluß einschließlich der weiteren für den Vertragsschluß relevanten Umstände heranzuziehen. Die Auslegung hat grundsätzlich vom **Wortlaut** des Vertrages auszugehen. Ist er eindeutig, so bedarf es keiner weiteren Auslegung, soweit nicht die Vertragsschließenden damit eine vom Wortlaut abweichende **übereinstimmende Vorstellung** verbunden haben; in diesem Fall gilt trotz des abweichenden Wortlauts das wirklich Gewollte<sup>407</sup>. Die objektive, nach Art der Gesetzesauslegung auf den objektivierten Sinngehalt der Regelungen beschränkte Auslegung, wie sie für die körperschaftlichen Bestandteile der Satzungen juristischer Personen maßgebend ist<sup>408</sup>, ist auf Personengesellschaftsverträge nicht anwendbar; eine Ausnahme gilt für die Publikums-KG (Rdn. 201). Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast hat für die Auslegung als Teil der Rechtsanwendung keine Bedeutung. Anderes gilt in bezug auf die Feststellung der für die Auslegung maßgeblichen Umstände; insoweit sind die Regeln über die Darlegungs- und Beweislast maßgeblich<sup>409</sup>.
- 198 b) Besonderheiten bei Gesellschaftsverträgen.** Trotz grundsätzlicher Übereinstimmung mit den allgemeinen rechtsgeschäftlichen Auslegungsgrundsätzen sind für Gesellschaftsverträge einige Besonderheiten zu beachten. Sie beruhen einerseits auf der meist langen *Vertragsdauer* und dem *Eigenleben*, das die Gesellschaft im Laufe ihres Bestehens entfaltet, andererseits auf der gegenüber sonstigen Rechtsgeschäften stärkeren, auch für die Auslegung zu beachtenden Bedeutung des *Vertragszwecks* und der *Treupflicht*<sup>409a</sup>. So verliert der im Vertragswortlaut nur unvollständig zum Ausdruck gekommene übereinstimmende Wille der Gründer als Auslegungsmaxime im Laufe der Vertragsdauer zunehmend an Gewicht. Das gilt zumal dann, wenn an die Stelle der Gründer andere Gesellschafter getreten sind oder die **einverständliche tatsächliche Handhabung** des

<sup>407</sup> BGHZ 20, 109, 110 = NJW 1956, 665; BGH WM 1959, 969; Palandt/Heinrichs BGB 47 § 133, 4 b und 5 a, Soergel/Hefermehl BGB 12 § 133, 22 ff (h. M.).

<sup>408</sup> Vgl. dazu Hachenburg/Ulmer GmbHG 7II (Erg.-Bd.) § 2, 122 ff.

<sup>409</sup> BGHZ 20, 109, 110 f = NJW 1956, 665.

<sup>409a</sup> Zur vorrangigen Bedeutung der *Grundtendenz* des Vertrags namentlich bei Familiengesellschaften vgl. BGH NJW 1987, 890, 891.

Vertrags auf ein gegenüber dem Vertragsschluß abweichendes Verständnis der Parteien schließen läßt<sup>410</sup>.

*Im einzelnen* sind danach von Bedeutung für die Auslegung zum einen das Vorhandensein einer umfangreichen Organisation und erheblicher gemeinsam geschaffener Werte; sie geben der Gesellschaft eine im Zweifel von allen Beteiligten gewollte größere **Bestandskraft** und unterscheiden den Gesellschaftsvertrag dadurch deutlich von gewöhnlichen Rechtsgeschäften. Dieser Umstand verdient namentlich in Krisensituationen Beachtung; er kann etwa dazu führen, abweichend vom dispositiven Recht auch ohne ausdrückliche Fortsetzungsklausel einen Fortsetzungswillen der Beteiligten beim Ausscheiden eines Partners zu bejahen<sup>411</sup>. Zum anderen legt die **Treupflicht** eine Auslegung nahe, die bei mehrdeutigem Wortlaut den sachlich berechtigten Belangen der verschiedenen Gesellschafter am besten Rechnung trägt<sup>412</sup>. Schließlich ist namentlich bei Familiengesellschaften auch die **Grundstruktur des Vertrages**, etwa die gleichberechtigte Beteiligung der einzelnen Stämme oder die Aufteilung der Geschäftsführungsbefugnisse auf verschiedene Gesellschaftergruppen zu beachten<sup>413</sup>. Nach der Rechtsprechung ist die Berücksichtigung dieser Umstände aufgrund der „allgemeinen Lebenserfahrung“ geboten (BGHZ 23 17, 29 = NJW 1957 591). Damit sind rechtliche Gesichtspunkte allgemeiner Art gemeint, die nach der Lebenserfahrung für bestimmte, häufig wiederkehrende gesellschaftsvertragliche Bestimmungen von Bedeutung sind<sup>414</sup>. Zur revisionsrechtlichen Bedeutung dieses Auslegungskriteriums vgl. Rdn. 204.

**c) Auslegung von Vertragsurkunden.** Die vorstehenden Regeln gelten im Grundsatz auch für die Auslegung von schriftlichen Gesellschaftsverträgen, insbes. solchen, die einem gesetzlichen oder gewillkürten Formzwang (Rdn. 170 ff) unterliegen. Allerdings sind zwei **Besonderheiten** zu berücksichtigen. Die eine folgt aus dem allgemein für **Urkunden** geltenden Grundsatz, daß sie die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich haben<sup>415</sup>. Nicht beurkundete angebliche Nebenabreden, die nicht schon wegen des Formzwangs unbeachtlich sind, müssen danach von demjenigen bewiesen werden, der sich entgegen dem Inhalt der Urkunde hierauf beruft<sup>416</sup>. Die zweite Besonderheit gilt nur für **formbedürftige Verträge**. Sie beschränkt die Auslegung auf solche Umstände, die in der Urkunde einen wenn auch unvollkommenen Ausdruck gefunden haben<sup>417</sup>; nur unter dieser Voraussetzung können auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände wie Besprechungen vor oder bei Vertragsschluß, Vertragsentwürfe oder Erläuterungen des beurkundenden Notars herangezogen werden<sup>418</sup>.

<sup>410</sup> Vgl. *Wiedemann* Die Auslegung von Satzungen und Gesellschaftsverträgen, DNotZ 1977 (Sonderheft), S. 108 f. Zur vergleichbaren Problematik im Falle konkludenter Änderungen des Vertrags vgl. Rdn. 191. Allgemein zur Notwendigkeit modifizierter Anwendung der Auslegungsregeln der §§ 125, 139, 154 BGB vgl. Rdn. 179, 185, 162.

<sup>411</sup> Vgl. etwa BGHZ 68, 225, 229 = NJW 1977, 1339, 1341 zur Auslegung von Vereinbarungen über das Anteilsschicksal beim Tod eines Gesellschafters i. S. der für den Fortbestand der Gesellschaft günstigeren Nachfolgeklausel. Ferner BGH BB 1973, 166 (Fortsetzungsklausel) und *Rob. Fischer* LM HGB § 138 Nr. 3.

<sup>412</sup> Weitgehend BGH BB 1977, 1271, wo durch „Auslegung“ eine Pflicht der Mitgesellschafter bejaht wurde, einer angemessenen Erhöhung der Geschäftsführerbezüge zuzustimmen.

<sup>413</sup> So zutr. *Wiedemann* (Fn. 410) S. 104. Vgl. auch BGH NJW 1987, 890, 891.

<sup>414</sup> So *Rob. Fischer* in Anm. zu diesem Urteil (LM HGB § 138 Nr. 3). Hierzu und zur Kritik an der herrschenden Auslegung von Gesellschaftsverträgen vgl. auch *Teichmann* Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen (1970), S. 129 ff, 132.

<sup>415</sup> EinhM, vgl. nur MünchKomm.-Förschler BGB<sup>2</sup> § 125, 25 ff m. Nachw.

<sup>416</sup> MünchKomm.-Förschler BGB<sup>2</sup> § 125, 25.

<sup>417</sup> Sog. Andeutungstheorie, vgl. RGZ 154, 41, 44 f; BGHZ 63, 359, 362 = NJW 1975, 536; 80, 246, 250 = NJW 1981, 1736; 86, 41, 47 = NJW 1983, 672; 87, 150, 154 = NJW 1983, 1610; zur Kritik des Schrifttums an der nicht hinreichend zwischen Auslegung und Formgültigkeit der Abrede unterscheidenden Rspr. vgl. MünchKomm.-Förschler BGB<sup>2</sup> § 125, 24, *Soergell/Hefermehl* BGB<sup>12</sup> § 133, 27.

<sup>418</sup> RGZ 154, 41, 45; BGHZ 87, 150, 154 = NJW 1983, 1610; *Rob. Fischer* Voraufl. Rdn. 59.

- 201** d) **Publikums-OHG/KG.** Für Gesellschaftsverträge einer Publikums-KG oder einer ihr entsprechenden, aus einer Vielzahl untereinander nicht verbundener Gesellschafter bestehenden Massengesellschaft (OHG, GbR) mit einem von den Initiatoren aufgestellten Vertrag kommt es abweichend von Rdn. 197 auf vom Wortlaut abweichende Vorstellungen der Gründer oder Initiatoren nicht an. Aus Gründen des Verkehrsschutzes ist allein maßgeblich der schriftliche Inhalt des Vertrages und dessen **objektive** Auslegung<sup>419</sup>; es gelten vergleichbare Auslegungsgrundsätze wie für die Satzungen von Kapitalgesellschaften (vgl. Rdn. 197 und Fn. 408). Zum Schutz der Anleger ist — als Vorstufe der Inhaltskontrolle — überdies der Grundsatz **restriktiver** Auslegung im Fall ungewöhnlicher, die Anleger besonders belastender Vertragspflichten anerkannt<sup>420</sup>.

## 2. Ergänzende Vertragsauslegung

- 202** Von der Auslegung der getroffenen Vereinbarungen zu unterscheiden ist die sog. „ergänzende Vertragsauslegung“, d. h. die richterliche Ergänzung von Vertragslücken im Rahmen von § 157 BGB auf der Grundlage des konkreten Vertrags und des mit ihm von den Parteien verfolgten Zwecks. Bei dem hierfür maßgebenden **hypothetischen Parteiwillen** geht es um einen *normativen*, nicht an den (meist fehlenden) tatsächlichen Vorstellungen der Beteiligten ausgerichteten Maßstab: entscheidend ist, was die Parteien bei redlicher Denkweise übereinstimmend als gerechten Interessenausgleich gewollt und akzeptiert hätten<sup>421</sup>. Im Verhältnis zu dem für die Lückenfüllung in Betracht kommenden dispositiven Recht tritt die ergänzende Vertragsauslegung nach den allgemeinen Auslegungsregeln grundsätzlich zurück (zur abw. Beurteilung für Gesellschaftsverträge vgl. Rdn. 203); anderes gilt insbes. in den Fällen, in denen der konkrete Vertrag weitgehende Besonderheiten gegenüber dem gesetzlich geregelten Normaltyp aufweist oder in denen die Parteien die Geltung dispositiven Rechts erkennbar nicht wollten<sup>422</sup>.
- 203** Für **Gesellschaftsverträge** kommt der ergänzenden Vertragsauslegung beim Vorhandensein von Vertragslücken aus zwei Gründen vorrangige Bedeutung zu<sup>423</sup>. Anders als im Fall sonstiger Verträge kann es bei ihnen zu **Lücken** auch aufgrund der Nichtgeltung der Auslegungsgrundsätze der §§ 139, 154 BGB, d. h. dadurch kommen, daß der Gesellschaftsvertrag auch bei Teilnichtigkeit (Rdn. 185) oder unvollständigem Vertragsschluß (Rdn. 162) Wirksamkeit erlangen kann. Da dem Rückgriff auf dispositives Recht die meist weitgehenden Abwandlungen des Vertragsinhalts von den Regelungen der §§ 105 ff (Rdn. 10) entgegenstehen, hat die neuere Rechtsprechung für Gesellschaftsverträge zutreffend den **Vorrang ergänzender Vertragsauslegung** betont<sup>424</sup>. Voraussetzung ist freilich, daß der konkrete Vertrag nach seinem Zweck und Sinnzusammenhang unter Berücksichtigung des üblicherweise (nach der Verkehrssitte) Gewollten dem Gericht

<sup>419</sup> St.Rspr., vgl. BGH NJW 1979, 419, 420; NJW 1979, 2102; Anh. § 161, 20, *Schlegelberger/Martens* § 161, 148.

<sup>420</sup> BGH aaO (Fn. 419); vgl. dazu auch Anh. § 161, 20 und *Ulmer* in *Ulmer/Brandner/Hensen* AGBG<sup>5</sup> § 23, 18.

<sup>421</sup> BGHZ 16, 71, 76 = NJW 1955, 337; so auch *Flume* II<sup>3</sup> § 16, 4 a, S. 322, *Larenz AT*<sup>6</sup> § 29 I S. 533, *MünchKomm.-Mayer-Maly* BGB<sup>2</sup> § 157, 40 (dort — Rdn. 41 — auch zur Bedeutung des tatsächlichen Willens für die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens).

<sup>422</sup> So *Larenz AT*<sup>6</sup> § 29 II S. 538 f und eingehend *ders.* NJW 1963, 737 ff; ähnlich *MünchKomm.-Mayer-Maly* BGB<sup>2</sup> § 157, 38; für die Fälle eines vom gesetzlichen Normaltyp deutlich abweichenden Vertrags auch *Erman/Hefermehl*/BGB<sup>7</sup> § 157, 22, *Soergel/Wolf*/BGB<sup>12</sup> § 157, 113.

<sup>423</sup> Ganz h. M., vgl. *Rob. Fischer* Vorauf. Rdn. 59, *Wiedemann* GesR I § 3 II 2 b S. 170 f, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 38, *MünchKomm.-Mayer-Maly* BGB<sup>2</sup> § 157, 26. Rspr.-Nachw. in Fn. 424.

<sup>424</sup> BGH NJW 1979, 1705; NJW 1982, 2816; NJW 1985, 192, 193; BB 1986, 421.

eine am hypothetischen Parteiwillen orientierte Entscheidung ermöglicht<sup>425</sup>. Für freie, nicht mehr von § 157 BGB gedeckte richterliche Vertragsgestaltung ist auch im Gesellschaftsrecht kein Raum. Zur ergänzenden Vertragsauslegung bei unwirksamen Abfindungsklauseln vgl. Erläut. zu § 138.

### 3. Nachprüfung in der Revisionsinstanz

Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen ist ebenso wie diejenige sonstiger Rechtsgeschäfte in der Revisionsinstanz grundsätzlich nur darauf nachprüfbar, ob allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denk- und Erfahrungssätze verletzt oder wesentliche Tatsachen unberücksichtigt geblieben sind<sup>426</sup>. Die für Satzungen juristischer Personen anerkannte unbeschränkte Nachprüfung im Interesse objektiver, einheitlicher Auslegung<sup>427</sup> findet für Personengesellschaftsverträge grundsätzlich keine Entsprechung. Auch für diese ist jedoch die Tendenz des BGH unverkennbar, in weitergehendem Maße eine **eigene Auslegungskompetenz** in Anspruch zu nehmen als bei gewöhnlichen zweiseitigen Rechtsgeschäften. Den Einstieg hierzu eröffnet die Formel von der bei der Auslegung zu berücksichtigenden *Lebenserfahrung* (Rdn. 199). Sie gestattet es dem Revisionsgericht, für häufig wiederkehrende, typische gesellschaftsvertragliche Bestimmungen (Schriftform-, Fortsetzungs-, Nachfolge-, Abfindungsklauseln u. a.) übergreifende rechtliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die für sie nach den Erfahrungen mit der gesellschaftsrechtlichen Vertragspraxis von Bedeutung und typischerweise durch die betreffende Klausel gewollt sind<sup>428</sup>. Dadurch kann das Revisionsgericht die Rechtssicherheit und Rechtseinheit bei der Auslegung solcher in der gesellschaftsrechtlichen Vertragspraxis allgemein üblich gewordenen Bestimmungen gewährleisten.

## IV. Der Vorvertrag

Vom Gesellschaftsvertrag, auch dem unvollständig abgeschlossenen (Rdn. 162), ist der **Vorvertrag** zu unterscheiden. Er enthält nicht selbst die für §§ 105, 161 kennzeichnende Festlegung der Beteiligten auf den Betrieb eines Handelsgewerbes als gemeinsamen Zweck und dessen wechselseitige Förderung, sondern beschränkt sich auf die Verpflichtung der Parteien, unter den im Vorvertrag näher genannten Voraussetzungen am Abschluß eines solchen Vertrages mitzuwirken. Seiner Rechtsnatur nach ist der auf Gründung einer OHG oder KG gerichtete Vorvertrag meist eine **BGB-Gesellschaft**. Er zeigt deutliche Parallelen zum Vorgründungsvertrag im Kapitalgesellschaftsrecht<sup>429</sup>; von ihm unterscheidet er sich gewöhnlich nur durch die verschiedene Rechtsform der jeweils zu gründenden Handelsgesellschaft.

Zur notwendigen **inhaltlichen Bestimmtheit** des Vorvertrags<sup>430</sup> bedarf es der Vereinbarung der wesentlichen Vertragsgrundlagen für den künftigen Gesellschaftsvertrag,

<sup>425</sup> Vgl. BGHZ 9, 273, 278, *Larenz* AT 6 § 29 I S. 533, MünchKomm.-*Mayer-Maly* BGB 2 § 157, 39, *Ulmer* NJW 1981, 2025, 2030.

<sup>426</sup> BGH WM 1961, 303, 304; *Rob. Fischer* Voraufl. Rdn. 59; allg. zu den Grenzen der revisionsgerichtlichen Kontrolle der Vertragsauslegung vgl. *Zöllner/E. Schneider* ZPO 15 § 550, 10, § 561, 11.

<sup>427</sup> St.Rspr., vgl. BGHZ 9, 279, 281 = NJW 1953, 1021; 36, 296, 314 = NJW 1962, 864; RGZ 86, 283, 284; 170, 358, 366; weit. Nachw. bei *Hachenburg/Ulmer* GmbHG 711 (Erg.-Bd.) § 2, 128.

<sup>428</sup> Vgl. eingehend *Rob. Fischer* in Anm. zu BGH LM HGB § 138 Nr. 3; einschränk. *Wiedemann* (Fn. 410) S. 109 ff.

<sup>429</sup> Vgl. dazu näher *Hachenburg/Ulmer* GmbHG 711 (Erg.-Bd.) § 11, 20 ff in Abgrenzung zur Satzung der Vor-GmbH.

<sup>430</sup> Allg. hierzu vgl. MünchKomm.-*Kramer* BGB 2 Vor § 145, 37.

darunter namentlich des gemeinsamen Zwecks und der Beitragspflichten<sup>431</sup>; anstelle der Bestimmtheit genügt auch die Bestimmbarkeit nach Maßgabe der §§ 315, 317 BGB. Eine vergleichbare Vollständigkeit wie der spätere Gesellschaftsvertrag braucht der Vorvertrag nicht aufzuweisen. Es genügt, wenn er nach den Umständen des Falles hinreichende Anhaltspunkte bietet, um die fehlenden Bestimmungen entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen zu ergänzen<sup>432</sup>. Soweit der Gesellschaftsvertrag wegen der Art der Einlageverpflichtungen oder wegen des Gesellschaftszwecks **formbedürftig** ist (Rdn. 170 ff), gilt das grundsätzlich auch für den Vorvertrag<sup>433</sup>.

- 207** Die gerichtliche **Durchsetzung** des vorvertraglichen Anspruchs auf Gründung der Gesellschaft erfolgt ggf. nach § 894 ZPO<sup>433a</sup>. Dabei unterliegen im Vorvertrag nicht geregelte Punkte, ähnlich wie beim unvollständigen Vertragsschluß, der richterlichen Vertragsergänzung<sup>434</sup>. Der Vorvertrag kann aus wichtigem Grund **gekündigt** werden (BGH DB 1958 955). Dem Erfüllungsanspruch kann auch die Unzumutbarkeit des Eingehens einer OHG oder KG wegen eines zwischenzeitlich eingetretenen Zerwürfnisses der Beteiligten entgegengesetzt werden (BGH WM 1983 170). Mit dem Abschluß des Hauptvertrags (Zweckerreichung, § 726 BGB) endet der Vorvertrag.

## E. Rechtsverhältnisse in der Gesellschaft

### I. Überblick

#### 1. Mitgliedschaft

- 208** a) **Wesen.** Die Rechtsverhältnisse innerhalb der OHG, d. h. die Beziehungen der Gesellschafter untereinander und zur Gesellschaft, werden abgesehen von den wenigen zwingenden Vorschriften und ungeschriebenen Grundsätzen des Gesellschaftsrechts in erster Linie durch den *Gesellschaftsvertrag* einschl. seiner ergänzenden Auslegung nach § 157 BGB bestimmt. Dispositives Recht greift nur insoweit ein, als die Vereinbarungen der Parteien keine ausdrücklichen oder konkludenten Abweichungen enthalten. Insgesamt handelt es sich um ein umfangreiches Geflecht wechselseitiger Rechte und Pflichten, wie es dem komplexen Charakter der Gesellschaft als Schuldverhältnis und Organisation (Rdn. 139 ff) entspricht. Unter ihnen lassen sich einerseits Vermögens- und Verwaltungsrechte (und -pflichten) der Gesellschafter unterscheiden, andererseits Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zur Gesamthand und solche zwischen den Gesellschaftern (vgl. näher Rdn. 211 ff, 221 ff). Unter „Mitgliedschaft“ versteht man die Gesamtheit, den **Inbegriff der aus der Gesellschafterstellung folgenden Rechte und Pflichten**<sup>435</sup>.
- 209** Gesetzlich ist die Mitgliedschaft (der Gesellschaftsanteil) als Ausdruck der Gesellschafterstellung in den §§ 705 ff BGB, 105 ff HGB nicht besonders geregelt. Darin unterscheidet sich das Personengesellschaftsrecht vom Aktien- und GmbH-Recht, die

<sup>431</sup> BGH LM BGB § 705 Nr. 3 = BB 1953, 97; RGZ 106, 174, 177; OLG Frankfurt MDR 1973, 759; vgl. auch RGZ 66, 116, 121 (zur GmbH); 85, 289, 291 f und 156, 129, 138 (zur AG); *Rob. Fischer* Vorauf. Rdn. 61, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 15, *Staudinger/Keßler* BGB<sup>12</sup> Vor § 705, 118.

<sup>432</sup> BGH aaO (Fn. 431); RG JW 1938, 2749; *Rob. Fischer* Vorauf. Rdn. 61.

<sup>433</sup> Jedenfalls wenn die Formvorschriften, wie im Fall der §§ 311, 313, 518 BGB, die Beteiligten vor übereilten Beschlüssen schützen sollen. Zum Eingreifen der Formvorschriften auch für den Vorvertrag in

diesen Fällen vgl. *Henrich* Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag (1965) S. 147 f, und MünchKomm.-*Kramer* BGB<sup>2</sup> Vor § 145, 38, jew. m. Rspr.-Nachw.

<sup>433a</sup> Vgl. MünchKomm.-*Kramer* BGB<sup>2</sup> Vor § 145, 40.

<sup>434</sup> Für Ergänzung nach § 287 ZPO aber BGH LM BGB § 705 Nr. 3 = BB 1953, 97; RG JW 1938, 2740, 2743; *Rob. Fischer* Vorauf. Rdn. 61.

<sup>435</sup> Vgl. näher *Flume* I/1 § 9 S. 125 ff, *Huber* Vermögensanteil (1970) S. 16 ff, 164, 372 ff, *Lutter* AcP 180 (1980), 84, 97 ff, *Wiedemann* (Fn. 161) S. 39 f.

die Aktie bzw. den Geschäftsanteil als Verkörperung der Mitgliedschaft ausdrücklich regeln und zugleich ihre — grundsätzlich freie — Übertragbarkeit gestatten. Mit zunehmender Anerkennung der Eigenständigkeit der Personengesellschaft (Gruppe) gegenüber ihren Mitgliedern (Rdn. 41) hat sich auch für OHG, KG und GbR in Rechtsprechung und Literatur die Ansicht durchgesetzt, der Beteiligung der Gesellschafter in Form der „Mitgliedschaft“ rechtliche Anerkennung zu gewähren. Ihren sichtbaren Ausdruck hat diese Entwicklung darin gefunden, daß über die in § 717 S. 2 BGB zugelassene Abtretbarkeit der einzelnen Vermögensrechte hinaus auch die **Übertragbarkeit der Mitgliedschaft** als solcher bejaht wurde, sofern der Gesellschaftsvertrag die Übertragung zuläßt oder die Gesellschafter ihr zustimmen<sup>436</sup>. Damit wurde trotz der strukturellen Unterschiede zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften ein wesentlicher Schritt zur Entwicklung eines rechtsformübergreifenden Rechts der Mitgliedschaft getan<sup>437</sup>.

**b) Rechtsnatur.** Nach klassischem, durch die Rechtsnatur der Gesellschaft als **Schuldverhältnis** geprägtem Verständnis ist die Mitgliedschaft ein **Rechtsverhältnis** im Sinne einer auf privatautonomer Entscheidung beruhenden privatrechtlichen Sonderverbindung zwischen zwei oder mehr Rechtssubjekten<sup>438</sup>. Zu Recht wird sie darüber hinaus aber auch als **Rechtsobjekt** (Gegenstand eines Veräußerungsvertrags u. a.) sowie als **subjektives Recht** angesehen<sup>439</sup>. Den Inhalt des subjektiven Rechts bilden die verschiedenen aus der Gesellschafterstellung entspringenden Mitsprache- und Vermögensrechte. Das Bestehen korrespondierender mitgliedschaftlicher Verbindlichkeiten steht der Qualifizierung als subjektives Recht nicht entgegen, wie die Beispiele der Aktie und des GmbH-Geschäftsanteils als allgemein anerkannte subjektive Rechte zeigen<sup>440</sup>. Abgesehen von der Zulassung der Anteilsübertragung und dem Umfang der davon erfaßten Rechte und Pflichten (Rdn. 306 ff) kommt der Frage nach der Rechtsnatur der Mitgliedschaft freilich weniger praktische als systematische Bedeutung zu. Immerhin liegt es nahe, aus der Behandlung der Mitgliedschaft als subjektives Recht auf ihren deliktischen Schutz nach **§ 823 Abs. 1 BGB** gegenüber Dritten zu schließen, wie er für GmbH-Anteile (RGZ 100 274, 278) und Aktien (RGZ 158 248, 255) bei Schädigung der Substanz (nicht nur des Werts) des Anteils anerkannt ist<sup>441</sup>.

## 2. Die verschiedenen Rechtsbeziehungen in der Gesellschaft

**a) Gesellschafter-(Grundlagen-)ebene.** Die Grundlage der Personengesellschaft bildet der Gesellschaftsvertrag. Er betrifft unmittelbar die Gesellschafterebene, d. h. die Beziehungen zwischen den Gründern und später beitretenden Gesellschaftern in bezug auf die Gesellschaft. Für alle die Rechtsverhältnisse (das Statut) der Gesellschaft gestaltenden oder ändernden, die *Grundlagenebene* betreffenden Rechtsgeschäfte sind die

<sup>436</sup> So erstmals der Große Senat des Reichsgerichts in bezug auf einen Kommanditanteil, vgl. RG DNotZ 1944, 195 = WM 1964, 1130 in Abweichung von RGZ 128, 172, 177. Weit. Nachw. vgl. in Rdn. 302.

<sup>437</sup> Vgl. aus neuerer Zeit vor allem die Nachw. in Fn. 435; dazu auch K. Schmidt GesR § 19 S. 403 ff (405, 408).

<sup>438</sup> So — unter Ausschluß weitergehender Ansichten (Fn. 439) — auch heute noch namentlich Hadding in Festschr. Reinhardt (1972) S. 249 ff, 255, und Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 705, 46; ähnlich Teichmann AcP 179 (1979), 475, 481 ff.

<sup>439</sup> Vgl. zu dieser komplexen Natur der Mitgliedschaft insbes. Lutter AcP 180 (1980), 97–102; so auch Flume I/1 § 9 S. 127, K. Schmidt GesR § 19 I 3 S. 404 f, § 19 IV S. 417 f, Wiedemann (Fn. 161) S. 39 f.

<sup>440</sup> So zutr. Lutter AcP 180 (1980), 101 f.

<sup>441</sup> Vgl. Wiedemann (Fn. 161) S. 39, wohl auch Zöllnerin Baumbach/Hueck GmbHG<sup>15</sup> § 43, 2; weitergehend — für deliktischen Schutz auch im Innenverhältnis — MünchKomm.-Mertens BGB<sup>2</sup> § 823, 131, und Lutter AcP 180 (1980), 130 f.

**Gesellschafter** selbst zuständig; anders als bei den der *Geschäftsführungsebene* (Erläut. zu § 114) zuzurechnenden Rechtsgeschäften ist die OHG/KG insoweit nur Regelungsobjekt. Das gilt nicht nur für einvernehmliche **Änderungen des Gesellschaftsvertrags** und sonstige, der Konkretisierung der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten dienende Grundlagengeschäfte wie die Feststellung des Jahresabschlusses (Erläut. zu § 120), sondern auch für die Kündigung oder andere **Gestaltungsrechte**: sie müssen den Mitgesellschaftern gegenüber ausgeübt werden und erlangen mangels abweichender vertraglicher Regelung erst Wirksamkeit, wenn sie allen Mitgesellschaftern zugegangen sind (Erläut. zu § 132). Auch die **Aufnahme oder das Ausscheiden eines Gesellschafters** setzt eine Vereinbarung mit den Mitgesellschaftern voraus. Soweit — wie insbes. bei der Publikums-KG — den Geschäftsführern die Zuständigkeit zur Entgegennahme von Beitritts-erklärungen u. a. überlassen ist, handeln sie genau genommen nicht als Organe der Gesellschaft, sondern als Bevollmächtigte der Mitgesellschafter<sup>442</sup>.

**212** Der Zuständigkeit der Gesellschafter für die "Grundlagengeschäfte" unter Ausklammerung der Gesellschaft entspricht es, daß **Streitigkeiten** hierüber unmittelbar **zwischen den Gesellschaftern** auszutragen sind; die Gesellschaft ist die falsche Beklagte. Das ist für die *Gestaltungsklagen* der §§ 117, 127, 133, 140, 142 ausdrücklich geregelt. Es gilt entsprechend auch für sonstige das Gesellschaftsverhältnis als solches betreffende Streitigkeiten, darunter *Leistungsklagen* auf Zustimmung zu einer von den Klägern als notwendig angesehenen Vertragsänderung (Rdn. 249) sowie *Feststellungsklagen* hinsichtlich des Bestehens oder Nichtbestehens der Gesellschaft und hinsichtlich des Inhalts des Gesellschaftsvertrags<sup>443</sup>. Anders als im Fall der Gestaltungsklagen (vgl. Erläut. zu § 117) besteht zwischen mehreren an einer Feststellungsklage auf der Aktiv- oder Passivseite beteiligten Gesellschaftern keine notwendige Streitgenossenschaft<sup>444</sup>. Ist freilich das Bestehen oder Nichtbestehen der Mitgliedschaft zwischen sämtlichen Gesellschaftern rechtskräftig festgestellt, so ist diese Entscheidung auch bindend im Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gesamthand, soweit die Geltendmachung von Rechten aus der Mitgliedschaft in Frage steht<sup>445</sup>. Zur Möglichkeit von Klagen zwischen Gesellschaftern auch in bezug auf Angelegenheiten der Gesellschaftsebene vgl. Rdn. 214.

**212a** Ist an Streitigkeiten über die Gesellschaftsgrundlagen die **OHG/KG als Kläger oder Beklagter** beteiligt, so ist die Klage insoweit wegen fehlender Sachlegitimation als **unbegründet** abzuweisen<sup>446</sup>. Anderes gilt, wenn Fragen, die die Gesellschaftsgrundlagen betreffen, als *Vorfragen* im Rahmen der Geltendmachung von Sozialansprüchen oder -verbindlichkeiten auftreten; insoweit steht die Parteirolle der OHG/KG ihrer inzidenten Mitentscheidung nicht entgegen.

**213 b) Gesellschafts-(Sozial-)ebene.** Von der Gesellschafter-(Grundlagen-)ebene unterscheidet sich die Gesellschafts-(Sozial-)ebene dadurch, daß es nicht um die Ausgestaltung, sondern um den **Vollzug des Gesellschaftsverhältnisses**, insbes. die Wahrnehmung

<sup>442</sup> Unschärf BGH NJW 1978, 1000, wonach die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag die KG ermächtigen können, Aufnahmeverträge mit beitretenden Gesellschaftern im eigenen Namen mit Wirkung für die Gesellschafter zu schließen. Vgl. auch Anh. § 161, 10 m. weit. Nachw.

<sup>443</sup> Vgl. BGHZ 48, 175, 176 f = NJW 1967, 2159 m. weit. Nachw., *Wiedemann* GesR I § 5 III 1 S. 267.

<sup>444</sup> BGHZ 30, 195, 198 = NJW 1959, 1683; RG DR 1944, 245, 246; *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 46, *Wiedemann* aaO (Fn. 443).

<sup>445</sup> BGHZ 48, 175, 177 = NJW 1967, 2159 unter Offenlassen der Begründung (materielle Folge des Gesellschaftsverhältnisses und des Mißbrauchseinswands oder Rechtskraftwirkung).

<sup>446</sup> St.Rspr., vgl. BGHZ 30, 195, 197 f = NJW 1959, 1683; 48, 175, 177 = NJW 1967, 2159; 81, 263, 264 f = NJW 1981, 2565; BGH NJW 1964, 1624; WM 1983, 785 f.

der Geschäftsführungsaufgaben und der sonstigen laufenden Mitsprache- und Vermögensrechte geht. Insoweit stehen regelmäßig die Rechtsbeziehungen zwischen der Gesellschaft (Gesamthand) und den einzelnen Gesellschaftern in Frage; es geht um die Durchsetzung der aus dem Gesellschaftsverhältnis resultierenden sog. **Sozialansprüche** (Ansprüche der OHG/KG gegen die Gesellschafter, insbes. auf Beitragsleistung oder Schadensersatz) und **Sozialverbindlichkeiten** (Verpflichtungen der OHG/KG gegenüber den Gesellschaftern aus deren Verwaltungs- und Vermögensrechten, vgl. Rdn. 220). Richtiger Kläger bzw. Beklagter ist bei Streitigkeiten hierüber grundsätzlich die OHG/KG, vertreten durch ihre vertretungsbefugten Geschäftsführer als Organe. Eine Ausnahme gilt im Rahmen der *actio pro socio*; danach sind auch die Gesellschafter persönlich befugt, Sozialansprüche gegen Mitgesellschafter im eigenen Namen geltendzumachen und auf Leistung an die Gesellschaft zu klagen (Rdn. 262 ff).

Für die **Erfüllung von Sozialverbindlichkeiten** der Gesellschaft haben die Mitgesellschafter nicht nach § 128 einzustehen (vgl. dazu und zum Gesamtschuldnerausgleich bei Inanspruchnahme nach § 128 näher Erläut. zu § 128). Soweit es um die Durchsetzung von *Verwaltungs-(Mitsprache-)rechten* geht, läßt die h. M. allerdings unabhängig von § 128 die unmittelbare **Geltendmachung gegen widersprechende Mitgesellschafter** zu<sup>447</sup>. Zu denken ist etwa an das Recht auf Geschäftsführung, auf Information und Einsicht in die Geschäftsunterlagen sowie auf Rechnungslegung und Aufstellung der Abfindungsbilanz. Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Denn einerseits kann der klagende Gesellschafter die Respektierung dieser aus dem Gesellschaftsvertrag fließenden Rechte auch von den Mitgesellschaftern als seinen Vertragspartnern verlangen. Und zum anderen geht es hier nicht um die Erbringung von Vermögensleistungen, so daß sich die für die Geltendmachung mitgliedschaftlicher Vermögensrechte erhebliche Frage, ob durch Vollstreckung in das Privatvermögen der Mitgesellschafter deren Beitragspflichten entgegen § 707 BGB vermehrt werden, nicht stellt. Anderes gilt zwar für die Prozeßkosten, die dem beklagten Mitgesellschafter zur Last fallen; jedoch kann er sie von der Gesellschaft ersetzt verlangen, wenn er die Prozeßführung im Interesse der Gesellschaft für erforderlich halten durfte (vgl. näher § 110, 12 ff). Aus diesen Gründen bestehen auch keine Bedenken dagegen, *Vermögensansprüche* wie etwa die Auszahlung des Gewinns oder der Geschäftsführervergütung unmittelbar gegen geschäftsführende Gesellschafter geltend zu machen, sofern nur das Klageziel sich auf Vornahme der Geschäftsführungshandlung (= Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen, nicht aus dem Privatvermögen des Beklagten) bezieht<sup>448</sup>.

c) **Schadensersatzansprüche**. Besonderheiten sind für vertragliche Schadensersatzansprüche wegen **Verletzung von Gesellschafterpflichten** zu beachten. Insoweit kommen je nach Schadensursache und -eintritt als Anspruchsinhaber sowohl die Gesellschaft als auch die Mitgesellschafter in Betracht. Betrifft der Schaden das **Gesellschaftsvermögen**, insbes. durch Schlechterfüllung von Geschäftsführungspflichten oder zu vertretende Leistungsstörungen bei der Erfüllung von Beitragspflichten (vgl. Rdn. 152 ff), so steht der Anspruch als Sozialanspruch der Gesellschaft zu. Er ist von ihren Organen, im Wege der *actio pro socio* auch von Mitgesellschaftern geltendzumachen. Für einen Ersatzanspruch mittelbar geschädigter Mitgesellschafter ist nur Raum, wenn sie den Schaden der Gesellschaft aus ihrem Privatvermögen gedeckt haben<sup>449</sup>. Anderes gilt bei unmittelbarer

<sup>447</sup> BGH WM 1955, 1585, 1586; WM 1970, 1223, 1224; RG DR 1944, 245, 246; RGRK-v. *Gamm* BGB<sup>12</sup> § 705, 27, *Rob. Fischer* Vorauf. § 128, 38.

<sup>448</sup> RGZ 170, 392, 395 f; zustimm. *Rob. Fischer* Vorauf. § 128, 38.

<sup>449</sup> Vgl. BGH NJW 1987, 1637, 1638, zum Schadensersatzanspruch einer GmbH gegen ihren Geschäftsführer wegen eines von ihm bei einer Tochter-AG als deren Vorstandsmitglied verursachten Schadens, dazu auch *Wiedemann* JZ 1987, 784 ff.

**Schädigung von Mitgesellchaftern** unter Vertrags- oder Treupflichtverletzung, etwa durch Behinderung in der Ausübung von Gesellchafterrechten oder durch Beschädigung einer zum Gebrauch eingebrachten Sache. Insoweit kann der geschädigte Gesellchafter aus eigenem Recht Ersatz vom Schädiger verlangen. Die Gesellschaft haftet ihm dagegen nur dann, wenn der Schaden auf einer Geschäftsführungshandlung des Gesellchafters beruht; ihn muß sich die Gesellschaft nach § 278 BGB zurechnen lassen<sup>450</sup>.

### 3. Drittbeziehungen

- 216** Von den aus dem Gesellschaftsverhältnis resultierenden Sozialansprüchen und -verbindlichkeiten (Rdn. 213) zu unterscheiden sind gegenseitige Ansprüche zwischen Gesellschaft und Gesellchaftern, die auf dem Abschluß sog. **Drittgeschäfte** zwischen ihnen beruhen. Darunter sind Rechtsgeschäfte (Kauf-, Miet-, Dienst-, Darlehensverträge u. a.) zu verstehen, wie sie die Gesellschaft im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit auch mit Dritten eingeht. Entscheidend ist, daß der Abschluß **nicht causa societatis**, etwa in Erfüllung entsprechender im Gesellschaftsvertrag getroffener Abreden über die Hingabe von Gesellchafterdarlehen, über Bezugspflichten der Gesellschaft u. a. oder unter Gewährung von Vorzugsbedingungen mit Rücksicht auf die Gesellchaftereigenschaft des Vertragspartners erfolgt, sondern daß sich Gesellschaft und Gesellchafter *wie Dritte* gegenüberstehen und mit der Leistungsbeziehung je eigene Interessen verfolgen<sup>451</sup>.
- 217** Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist der Vertragspartner der Gesellschaft an der **Durchsetzung seiner Rechte** grundsätzlich nicht dadurch gehindert, daß er gleichzeitig Gesellchafter ist. Ein *Treupflichtverstoß* wegen rücksichtsloser Verfolgung eigener Interessen kommt nur ausnahmsweise dann in Betracht, wenn die Belange der Gesellschaft dringend ein Zuwarten erfordern und der Anspruch nicht gefährdet ist<sup>452</sup>. Die Mitgesellchafter haften für Drittgläubigerforderungen bei Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens als Gesamtschuldner nach § 128; der Gesellchafter muß sich jedoch den im Innenverhältnis auf ihn entfallenden Verlustanteil anrechnen lassen (str., vgl. näher Erläut. zu § 128).

## II. Mitgliedschaftsrechte und -pflichten

### 1. Arten

- 218** a) **Einteilungskriterien.** Soweit es um die Mitgliedschaftsrechte geht, wird üblicherweise zwischen **Verwaltungs-**(Mitsprache-)rechten und **Vermögensrechten** der Gesellchafter unterschieden<sup>453</sup>. Die Unterscheidung hat ihren Grund in der Vorschrift des § 717 BGB; sie bestimmt in S. 1 die Unübertragbarkeit der Mitgliedschaftsrechte und nimmt hiervon in S. 2 die mitgliedschaftlichen Vermögensrechte (Rdn. 224) aus<sup>454</sup>. Die

<sup>450</sup> Vgl. hierzu und zum Nichteingreifen von § 31 BGB in diesen Fällen Erläut. zu § 114.

<sup>451</sup> Vgl. zu derartigen Drittgeschäften und zu ihrer Unterscheidung von den gesellschaftsvertraglichen Beziehungen zwischen Gesamthand und Gesellchaftern etwa Hueck OHG § 18 I S. 258, § 21 V S. 327 ff, Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 705, 57.

<sup>452</sup> Vgl. näher M. Winter (Fn. 468) S. 127; ähnlich, wenn auch mit z. T. stärkerer Akzentuierung der Treupflicht, RG JW 1937, 1986; BGH WM 1970, 280, 281; Rob. Fischer Vorauf. Rdn. 31b und § 128, 43, Hueck OHG § 21 V Fn. 54, Soergel/Had-

ding BGB<sup>11</sup> § 705, 57 aE; a. A. Flume I/1 § 15 I S. 259 f, Prediger BB 1971, 245 ff, früher auch RG LZ 1912, 911, Düringer/Hachenburg/Flechtheim § 128, 15 aE.

<sup>453</sup> Vgl. etwa Hueck OHG § 18 III 1 S. 267, Flume I/1 §§ 10, 11 S. 129 ff, 145 ff, Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 705, 51 ff.

<sup>454</sup> § 717 BGB lautet wie folgt: „Die Ansprüche, die den Gesellchaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander zustehen, sind nicht übertragbar. Ausgenommen sind die einem Gesellchafter

Regelung ist hinsichtlich der nach § 717 S. 1 BGB unübertragbaren Verwaltungsrechte (Rdn. 222) zwingender Natur; sie hat zur Entwicklung des für nichtvermögensrechtliche Mitgliedschaftsrechte geltenden Abspaltungsverbots geführt (vgl. näher § 109, 26 ff). Die in § 717 S. 2 BGB zugelassene **Übertragbarkeit der Vermögensrechte**<sup>454a</sup> kann nach Maßgabe von § 399 BGB ausgeschlossen werden. Nicht zu den nach § 717 S. 2 BGB übertragbaren Vermögensrechten gehören einerseits das Entnahmerecht (vgl. Erläut. zu § 122), andererseits der sog. Anteil am Gesellschaftsvermögen (§ 719 Abs. 1, 1. Fall BGB, vgl. Rdn. 284). Dieser steht als Ausdruck dinglicher Zuordnung des Gesamthandsvermögens zur Gesamtheit der Mitglieder den Gesellschaftern als solchen zu, verbindet sich notwendig mit der Mitgliedschaft und entfällt mit dem Ausscheiden eines Mitglieds; darauf beruht die „Anwachsung“ bei den übrigen Gesellschaftern (dazu und zur „Abwachsung“ vgl. Rdn. 287 f). Näheres zu den Verwaltungs- und Vermögensrechten der Gesellschafter gegenüber der Gesamthand und zu den ihnen entsprechenden Mitgliedschaftspflichten vgl. Rdn. 221 ff.

Eine zweite Einteilung, die die erste teilweise überlagert, differenziert zwischen **uneigennütigen und eigennütigen Mitgliedschaftsrechten**<sup>455</sup>. Die Unterscheidung ist von Bedeutung in bezug auf die gesellschaftsrechtliche **Treupflicht**; sie gestattet es, je nach Art der in Frage stehenden Rechte bei der Kontrolle ihrer Ausübung zwischen vorrangiger und eingeschränkter Treupflicht zu differenzieren (vgl. Rdn. 237). Zu den uneigennütigen Mitgliedschaftsrechten gehören diejenigen Verwaltungsrechte, bei denen es um die Geschäftsführung der Gesellschaft im Interesse der *Gesamtheit* der Gesellschafter geht; sie müssen unter Hintanstellung eigener Interessen ausgeübt werden. Demgegenüber bilden die sonstigen Verwaltungsrechte (Stimmrecht in Grundlagenentscheidungen, Kontrollrecht u. a.) und die Vermögensrechte die Gruppe der eigennütigen Rechte. Bei ihrer Ausübung sind die Gesellschafter nur eingeschränkt zur Rücksichtnahme auf die Interessen von Gesellschaft und Mitgesellschaftern verpflichtet. Vgl. näher Rdn. 232 ff.

**b) Sozialansprüche und -verbindlichkeiten.** Der Begriff der Sozialansprüche und -verbindlichkeiten erklärt sich aus der Perspektive der OHG/KG. Man versteht darunter die den Mitgliedschaftspflichten und -rechten der Gesellschafter korrespondierenden **Ansprüche und Verpflichtungen der Gesamthand** aus dem Gesellschaftsverhältnis (zur Terminologie und zur gerichtlichen Durchsetzung dieser Rechte seitens und gegenüber der OHG/KG vgl. schon Rdn. 213). Ihre Besonderheit gegenüber sonstigen Forderungen und Verbindlichkeiten der OHG/KG besteht darin, daß sie entsprechend ihrer gesellschaftsvertraglichen Grundlage in ihrer Durchsetzung maßgeblich von *Treupflicht und Gleichbehandlungsgrundsatz* geprägt werden. Darin unterscheiden sie sich nicht nur von Forderungen und Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber Dritten, sondern auch von solchen gegenüber Gesellschaftern aus sog. Drittgeschäften (Rdn. 216). Zur Geltendmachung von Sozialansprüchen im Wege der *actio pro socio* vgl. Rdn. 262 ff, zum Nichteingreifen von § 128 (Gesellschafterhaftung) gegenüber Sozialverbindlichkeiten vgl. Erläut. zu § 128.

aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, sowie die Ansprüche auf einen Gewinnanteil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt“.

<sup>454a</sup> Vgl. dazu näher MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 717, 28–38 m. Nachw.

<sup>455</sup> So zutr. schon *Hachenburg* LZ 1907, 466, *Hueck* in Festschr. Hübner (1935) S. 72, 81 ff, *Rob. Fischer* NJW 1954, 777 ff (heute einhM, vgl. Rdn. 237, 239 ff).

- 221** c) **Verwaltungsrechte und -pflichten.** Mit der Mitgliedschaft in einer OHG (und der Komplementärstellung in einer KG) verbindet sich nach gesetzlicher Regel eine relativ große Zahl von Verwaltungs-(Mitsprache-)rechten der Gesellschafter. Darin kommen das Prinzip der Verbandsouveränität und der **Selbstorganschaft** (§ 109, 31, 34) sowie die typische **Allzuständigkeit** der Gesellschafter in „ihrer“ Gesellschaft zum Ausdruck.
- 222** **Im einzelnen** geht es bei den — nach § 717 S. 1 BGB unübertragbaren (§ 109, 26) — **Verwaltungsrechten** um das Mitspracherecht in bezug auf die Vertragsgrundlagen unter Einschluß des Stimmrechts (§ 119) und des Rechts auf Mitwirkung bei der Handelsregisteranmeldung (§ 108 Abs. 1), um das Recht zur Geschäftsführung und Vertretung (§§ 114 Abs. 1, 125 Abs. 1), um das Widerspruchs- und Zustimmungswort in bezug auf Geschäftsführungshandlungen von Mitgesellschaftern (§§ 115 Abs. 1, 116 Abs. 2 und 3), um das Informations- und Kontrollrecht (§ 118 Abs. 1), um das Recht auf Rechenschaftslegung (§ 120) und das Liquidationsrecht (§ 146 Abs. 1). Hinzukommt als ungeschriebenes Mitgliedschaftsrecht die Klagebefugnis der einzelnen Gesellschafter in bezug auf Sozialansprüche (*actio pro socio*, Rdn. 262 ff). Ebenfalls zum Kreis der Mitspracherechte gehören das Kündigungsrecht (§ 132) sowie die auf Auflösung und Übernahme gerichteten Gestaltungsklagen der §§ 133, 142. Anderes gilt für die Befugnis zur Erhebung der Entziehungsklagen der §§ 117, 127 und der Ausschlußklage des § 140; sie steht der *Gesamtheit* der übrigen Gesellschafter zu.
- 223** Mit den Verwaltungs-(Mitsprache-)rechten verbinden sich korrespondierende **Pflichten** der Mitglieder, soweit der Gesellschaftsvertrag keine Einschränkungen vorsieht, darunter vor allem die **Pflicht zur Geschäftsführung** (§ 114 Abs. 1) und zur Liquidation (§ 146 Abs. 1). Auch die sonstigen Mitwirkungsrechte in bezug auf Geschäftsführung und Rechnungslegung (§§ 115 Abs. 1, 116 Abs. 2 und 3, 120) sowie — in eingeschränktem Maße — das Stimmrecht und das Recht zur Mitwirkung bei den gemeinsamen Gestaltungsrechten der §§ 117, 127, 140 sind unter Berücksichtigung der Belange der Gesellschaft auszuüben; im Einzelfall kann sich hieraus eine **Pflicht zur Zustimmung oder zur Mitwirkung** bei der Gestaltungsklage ergeben. Den Rechtsgrund hierfür bildet die *Treupflicht* als umfassende, die Ausübung der verschiedenen Mitgliedschaftsrechte prägende Mitgliedschaftspflicht (vgl. näher Rdn. 232 ff). Zur gesellschaftsvertraglichen Pflicht, an der Anmeldung nach § 108 Abs. 1 mitzuwirken, vgl. § 108, 4 f.
- 224** d) **Vermögensrechte und -pflichten.** Die drei wichtigsten, auf der Mitgliedschaft beruhenden **Vermögensrechte** sind in § 717 S. 2 BGB als übertragbare Rechte erwähnt. Es handelt sich um den Anspruch auf den jährlichen Gewinnanteil unter Einschluß einer etwaigen Geschäftsführervergütung und der Verzinsung der Kapitaleinlage (§ 121), um den Anspruch auf das Auseinandersetzungs- oder Abfindungsguthaben (§ 155 HGB, § 738 Abs. 1 S. 2 BGB) sowie um den Aufwendungsersatzanspruch (§ 110). Hinzu kommen ggf. der Ausgleichsanspruch gegen die Mitgesellschafter als Gesamtschuldner bei Inanspruchnahme eines Gesellschafters aus § 128 (vgl. Erläut. zu § 128) sowie ein Anspruch auf Schadensersatz gegen Mitgesellschafter wegen Verletzung ihrer Mitgliedschaftspflichten unter unmittelbarer Schädigung des Gesellschafters (Rdn. 215). Zum Entnahmerecht als weiterem, vom Gewinnanspruch zu unterscheidenden und nicht selbst übertragbaren Vermögensrecht vgl. Erläut. zu § 122.
- 225** Unter den **Vermögenspflichten** steht im Mittelpunkt die Pflicht zur Leistung gesellschaftsvertraglich vereinbarter, in Vermögenswerten der Gesellschafter bestehender Beiträge (Rdn. 227 ff) sowie etwaiger Nachschüsse (§§ 706, 735, 739 BGB). Eine Pflicht zur Beitragserhöhung ist nach gesetzlicher Regel (§ 707 BGB) ausgeschlossen; sie kann im Gesellschaftsvertrag nur in engen Grenzen vereinbart werden (Rdn. 19). Weitere vermögensrechtliche Pflichten können sich aus §§ 713, 667 BGB ergeben, falls ge-

schäftsführende Gesellschafter aus der Geschäftsführung Gegenstände erlangen, die der Gesellschaft herauszugeben sind. Zu nennen sind schließlich Schadensersatzpflichten gegenüber Gesellschaft und Mitgesellschaftern wegen Verletzung von Mitgliedschaftspflichten sowie — bei Verletzung des Wettbewerbsverbots des § 112 — alternativ die Pflicht zur Gewinnherausgabe nach Maßgabe des § 113. Die Verzinsungspflicht bei nicht rechtzeitiger Zahlung richtet sich nach § 111.

Nicht zu den mitgliedschaftlichen Vermögenspflichten der Gesellschafter (= Sozialansprüchen der OHG/KG) gehört die akzessorische **Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern** nach §§ 128, 171. Es handelt sich um eine allein das *Außenverhältnis* der Gesellschaft betreffende, zwingende Folge der Mitgliedschaft in OHG und KG. Ihr entspricht ein Ersatzanspruch der daraus in Anspruch genommenen Gesellschafter gegen die OHG/KG als Schuldner der Gesellschaftsverbindlichkeiten und — in engen Grenzen — ein Ausgleichsanspruch gegen die mithaftenden Mitgesellschafter. Vgl. näher § 110, 29, 31 f und Erläut. zu § 128. 226

## 2. Beitragspflichten

a) **Überblick.** Zu den Beitragspflichten der Gesellschafter als notwendigem, die Förderungspflicht des § 705 BGB konkretisierendem Inhalt des Gesellschaftsvertrags, zur Unterscheidung zwischen Beiträgen im engeren und weiteren Sinn sowie zu den vielfältigen Arten möglicher Beiträge vgl. schon Rdn. 17, 18. Da das OHG- und KG-Recht insoweit keine Sondervorschriften enthält, sind über § 105 Abs. 2 die Bestimmungen der §§ 706, 707 BGB anwendbar (Rdn. 62)<sup>456</sup>. Die Gesellschafter sind hinsichtlich der **Auswahl möglicher Beiträge** nicht beschränkt. Auf die — für Sacheinlagen im Kapitalgesellschaftsrecht wesentliche — funktionale Äquivalenz mit Geldeinlagen als Voraussetzungen der Einlagefähigkeit<sup>457</sup> kommt es im OHG-Recht angesichts der unbeschränkten Außenhaftung aller Gesellschafter nicht an. Entsprechendes gilt im Grundsatz für die Beiträge der Kommanditisten, doch kann sich hier im Hinblick auf die Haftungsbeschränkung nach § 171 Abs. 1, 2. Hs. ein Bewertungsproblem stellen; maßgeblich ist der objektive Wert der geleisteten Beiträge (§ 171, 9). Als mögliche Beiträge der Gesellschafter einer OHG/KG kommen daher auch *Dienstleistungen* (§ 706 Abs. 3 BGB, vgl. Rdn. 18) sowie die *Nutzungs-(Gebrauchs-)Überlassung* von Sachen oder Rechten (Rdn. 155, 231) in Betracht. Zur bilanziellen Behandlung geleisteter Beiträge und zur Festsetzung des Kapitalanteils der einzelnen Gesellschafter vgl. Erläut. zu § 120. 227

b) **Arten der Einbringung.** Im Hinblick auf die Pflicht zur Erbringung vermögenswerter Leistungen in das Gesellschaftsvermögen sind **drei Arten** der Beitragsleistung zu unterscheiden (Rdn. 229—231). Ihre Auswahl und Festlegung erfolgt im Gesellschaftsvertrag; bei seinem Schweigen gibt § 706 Abs. 2 BGB eine — inhaltlich begrenzte — Auslegungsregel<sup>458</sup>. — Zu den Rechtsfolgen von Leistungsstörungen bei Einlageleistungen (Unmöglichkeit, Verzug, Schlechterfüllung) vgl. Rdn. 152 ff. 228

Die regelmäßige, im Fall vertretbarer oder verbrauchbarer Leistungen nach § 706 Abs. 2 BGB zu vermutende Art der Beitragsleistung bildet die Einbringung **zu Eigentum (quoad dominium)** der Gesellschaft; als *Einlageleistung* (Vermehrung des Gesellschaftsvermögens, vgl. Rdn. 18) macht sie eine Übertragung an die Gesamthand nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften erforderlich (Rdn. 279). Die *Gefahr* des zufälligen Unter- 229

<sup>456</sup> Vgl. Einzelheiten bei MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 706, 2 ff, Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 706, 1 ff.

<sup>457</sup> Vgl. Näheres bei Hachenburg/Ulmer GmbHG<sup>7II</sup> (Erg.-Bd.) § 5, 29 ff m.Nachw.

<sup>458</sup> Dazu vgl. MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 706, 8.

gangs geht mit der Erfüllung der Beitragspflicht auf die Gesellschaft über; eine Rückgabe der Einlagen nach Auflösung der Gesellschaft oder Ausscheiden des einbringenden Gesellschafters ist gesetzlich nicht vorgesehen.

**230** Der Einbringung zu Eigentum kommt im Ergebnis die Einbringung **dem Werte nach (quoad sortem)** nahe. Sie soll der Gesellschaft ohne formelle Rechtsänderung den wirtschaftlichen Wert der Sache zur Verfügung stellen, etwa um bei der Einbringung von Grundstücken Kosten und Steuern zu sparen<sup>459</sup>. Im Innenverhältnis wird die Sache als Teil des Gesellschaftsvermögens behandelt. Nutzungen und Wertsteigerungen fließen dem Gesellschaftsvermögen zu; dieses trägt auch die Lasten und die Sachgefahr. Eine Rückgabe der Sache im Zuge der Liquidation oder beim Ausscheiden des einbringenden Gesellschafters ist im Unterschied zum Fall der Gebrauchsüberlassung (§ 732 Abs. 2 BGB) nach gesetzlicher Regel nicht vorgesehen; an ihre Stelle tritt im Regelfall die Verwertung durch die Liquidatoren (vgl. Erläut. zu § 149). Nach außen, gegenüber Gesellschaftsgläubigern und sonstigen Dritten, bewendet es während der Gesellschaftsdauer beim Alleineigentum des Gesellschafters. Der Gesellschaftsvertrag bedarf bei Einbringung eines Grundstücks quoad sortem nur dann der Form des § 313 BGB, wenn der Gesellschaft auch die Verfügungsbefugnis über das Grundstück zustehen soll (vgl. Rdn. 174a Fn. 373). Bei fehlender Beurkundung kommt die Umdeutung einer als Grundstückseinbringung quoad dominium gewollten Beitragsleistung in eine solche quoad sortem in Betracht<sup>460</sup>, solange der Mangel nicht nach § 313 S. 2 BGB geheilt ist. Zur *bilanziellen Behandlung* der quoad sortem eingebrachten Gegenstände in der Handelsbilanz der Gesellschaft vgl. Erläut. zu § 120; von der Behandlung in der Steuerbilanz ist eine Auslegungshilfe für die Art der vereinbarten Beitragsleistung nicht zu erwarten (BGH WM 1965 746).

**231** Eine dritte Art der Einbringung bildet die **Gebrauchsüberlassung** (Einbringung **quoad usum**). Sie soll der Gesellschaft nicht die Substanz der Sache oder des (Immateriälgüter-)Rechts verschaffen, sondern ihr — in den Grenzen des Gesellschaftszwecks — nur deren Gebrauch ermöglichen<sup>461</sup>; insofern hat sie mietähnlichen Charakter. Den Rechtsgrund für die Überlassung bildet unmittelbar der Gesellschaftsvertrag. Ein besonderer Mietvertrag kommt daneben nicht zustande; auch die Formvorschrift des § 566 BGB greift nicht ein (vgl. Rdn. 174a Fn. 374). Der Gesellschafter hat keinen Anspruch auf Mietzins, sondern auf Gewinnbeteiligung. Im Gesellschaftsvertrag oder durch dessen Auslegung ist zu bestimmen, wer die laufenden Kosten und sonstigen Lasten der Sache trägt. § 536 BGB ist nicht anwendbar<sup>462</sup>. Im Zuge der Liquidation oder im Falle des Ausscheidens kann der Gesellschafter die Rückgabe der Sache verlangen. Im Unterschied zu den beiden anderen Einbringungsfällen behält er nicht nur die Sachgefahr, sondern ist auch weiterhin zur Veräußerung der Sache oder des Rechts in der Lage. Der Gesellschaft steht in diesen Fällen gegen den Erwerber der Einwand aus § 986 Abs. 1 oder 2 BGB zu<sup>463</sup>.

<sup>459</sup> BGH WM 1965, 746; RGZ 109, 380, 382; 54, 278, 280; Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 706, 23, Staudinger/Kefler BGB<sup>12</sup> § 706, 29.

<sup>460</sup> BGH WM 1967, 951; WM 1965, 746; Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 706, 23.

<sup>461</sup> Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 706, 25, Staudinger/Kefler BGB<sup>12</sup> § 706, 34.

<sup>462</sup> Staudinger/Kefler BGB<sup>12</sup> § 706, 35.

<sup>463</sup> So auch Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 706, 26, Staudinger/Kefler BGB<sup>12</sup> § 706, 36; die hier mit angeführte Bezugnahme auf § 571 BGB paßt (auch abgesehen von den grundsätzlichen Bedenken gegen eine analoge Anwendung von Mietrecht, vgl. Rdn. 155) freilich schon deshalb nicht, weil der Erwerber nicht in die Gesellschafterstellung des Veräußerers eintritt.

### 3. Treupflicht

#### Schrifttum

*Robert Fischer* Die Grenze bei der Ausübung gesellschaftlicher Mitgliedschaftsrechte, NJW 1954 777; *ders.* Gedanken über einen Minderheitenschutz bei Personengesellschaften, Festschr. Barz (1974) S. 33 ff.; *A. Hueck* Der Treuegedanke im Recht der OHG, Festschr. Hübner (1935) S. 72 ff.; *ders.* Der Treuegedanke im modernen Privatrecht (1947); *Lutter* Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180 (1980), 84, 102 ff.; *Roitzsch* Der Minderheitenschutz im Verbandsrecht (1981); *Martin Winter* Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988); *Zöllner* Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963), insbes. S. 335 ff. Vgl. auch die Angaben vor Rdn. 244.

**a) Grundlagen. aa) Rechtsgrund.** Über die Anerkennung der **Treupflicht**<sup>464</sup> als **fundamentaler**, im Gesellschaftsvertrag nicht beliebig einschränkbarer Grundsatz des Gesellschaftsrechts und über ihre Bedeutung für das Zusammenwirken der Gesellschafter und die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten besteht in Rechtsprechung und Literatur weitgehende Einigkeit (vgl. näher Rdn. 235 ff.). Nach wie vor unstritten ist jedoch der Rechtsgrund der Treupflicht; es finden sich im wesentlichen **drei Ansichten**. Nach der einen Meinung erweist sich die Treupflicht als gesellschaftsrechtliche Verdichtung des allgemein für Schuldverhältnisse geltenden, in seiner Intensität vom jeweiligen Vertragstyp und den konkreten Beziehungen der Parteien abhängigen Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB)<sup>465</sup>. Die zweite Ansicht stützt die Treupflicht auf die gesellschaftsvertragliche Förderpflicht des § 705 BGB und unterscheidet sie damit qualitativ von der — grundsätzlich auf Nebenpflichten beschränkten — Rücksichtspflicht des § 242 BGB<sup>466</sup>. Nach der dritten, in der Voraufl. (Rdn. 31 a) von *Rob. Fischer* vertretenen Ansicht ist die Treupflicht eine von jedem Gesellschafter geschuldete Hauptpflicht, deren Grund in dem vom gegenseitigen Vertrauen getragenen **Gemeinschaftsverhältnis** liegt<sup>467</sup>. **232**

**Stellungnahme.** Die in Rdn. 232 referierten Ansichten stimmen darin überein, daß die Treupflicht ihren Grund im **Gesellschaftsvertrag** (oder im Hinblick auf die Treupflicht in Kapitalgesellschaften<sup>468</sup> allgemeiner: in der Mitgliedschaft) hat. Übereinstimmung besteht auch darin, daß aus der Treupflicht je nach Lage des Falles nicht nur Schranken (Unterlassungspflichten), sondern auch gerichtlich durchsetzbare (Rdn. 249) Handlungs-(Zustimmungs- und sonstige Mitwirkungs-)pflichten abgeleitet werden können und daß sie sich nicht auf das Verhältnis zur Gesellschaft beschränkt, sondern auch **233**

<sup>464</sup> Die Terminologie ist nicht einheitlich. Für Ersetzung der Treupflicht durch eine „allgemeine Förderpflicht“ und für deren Unterteilung in aktive Förderpflichten und Unterlassungs-(Loyalitäts-)pflichten gegenüber der Gesamtheit sowie Rücksichtspflichten gegenüber den Mitgesellschaftern *Lutter* AcP 180 (1980), 103 ff.; ähnlich (Rücksichts- oder Loyalitätspflichten der Mehrheit gegenüber der Minderheit) *Wiedemann* GesR I § 8 II 3 S. 432.

<sup>465</sup> So *Staudinger/Kessler* BGB<sup>12</sup> Vor § 705, 42, *Soergel/Schultze-v. Lasaulx* BGB<sup>10</sup> § 705, 66, *Schmiedel* ZHR 134 (1970), 173, 182, *MünchKomm.-Rotb* BGB<sup>2</sup> § 242, 117, wohl auch *Larenz* Schr II<sup>12</sup> § 60 II a S. 382.

<sup>466</sup> So *Lutter* AcP 180 (1980), 102 ff., *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 58, vgl. auch schon RG JW 1935, 1773; stärker differenzierende Ansichten vgl. in Fn. 470; a. A. namentlich *Rob. Fischer* Voraufl. Rdn. 31 a.

<sup>467</sup> So auch schon *A. Hueck* Der Treuegedanke im modernen Privatrecht (1947) S. 18 f, und *ders.* OHG § 13 I 1 S. 192 f.

<sup>468</sup> Zur rechtsformübergreifenden, auch für das Kapitalgesellschaftsrecht bedeutsamen Rolle der Treupflicht vgl. *Wiedemann* GesR I § 8 II 3 S. 431 ff, und *Lutter* AcP 180 (1980), 102 ff. m. weit. Nachw.; a. A. insbes. *MünchKomm.-Reuter* BGB<sup>2</sup> § 34, 19 ff. Zur Treupflicht in der GmbH vgl. insbes. *M. Winter* Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988) S. 63 ff, 95 ff.

Rücksichtspflichten gegenüber Mitgesellchaftern umfaßt<sup>469</sup>. Um diesen verschiedenen Aspekten zutreffend Rechnung zu tragen, führt man die Treupflicht teilweise auf verschiedene Rechtsgrundlagen zurück je nachdem, ob es um die Pflicht zur Mitwirkung an oder Zustimmung zu Geschäftsführungsmaßnahmen geht (dann Förderpflicht nach § 705 BGB) oder um die Rücksicht auf die Belange von Gesellschaft und Mitgesellchaftern (dann allgemeine Treubindung als Schrankenfunktion nach § 242 BGB)<sup>470</sup>. Derartige Konstruktionen können dazu beitragen, das Verständnis der Treupflicht als einer **komplexen Mitgliedschaftspflicht** und die Besinnung auf ihre Grenzen zu fördern. Angesichts des inzwischen erreichten Entwicklungsstandes (Rdn. 234) und der umfassenden Geltung der Treupflicht bedarf es ihrer jedoch nicht, um die Existenz der Treupflicht als zentralen Rechtssatz des Gesellschaftsrechts zu begründen. Es geht um eine **auf Richterrecht beruhende Generalklausel**<sup>471</sup>, die hinsichtlich ihrer grundsätzlichen Geltung, wenn auch nicht hinsichtlich ihrer Einzelausprägung den Rang von *Gewohnheitsrecht* erlangt haben dürfte.

**234 bb) Entwicklung.** Die Ursprünge des Richterrechts zur Treupflicht gehen auf die Zeit vor dem 1. Weltkrieg zurück<sup>472</sup>. Insbesondere in den 30er und der ersten Hälfte der 40er Jahre wurde die Treupflicht vom *Reichsgericht* stark betont; wie zeitbedingt übersteigerte Urteile aus der damaligen Zeit sie umschreiben, hat sich der Gesellschafter „bei allen seinen Maßnahmen als Glied der Gemeinschaft zu fühlen, der er angehört, und ist gehalten, die Treupflicht gegenüber dieser Gemeinschaft zur obersten Richtschnur seines Handelns zu machen“<sup>473</sup>. Demgegenüber bemühte sich der *BGH* um eine stärker an der Art der in Frage stehenden (uneigennütigen oder eigennütigen) Mitgliedschaftsrechte und der Abwägung der Interessen der Beteiligten orientierte Anwendung des Treupflichtgedankens; über das Personengesellschaftsrecht hinaus erstreckte er ihn zu Recht auch auf die Rechtsverhältnisse in der GmbH<sup>474</sup> und im Grundsatz auf diejenigen in der AG<sup>475</sup>.

Im **Schrifttum** hat sich vor allem *Alfred Hueck* um die Herausarbeitung des Treuegedankens im Gesellschaftsrecht und die Entfaltung seiner verschiedenen Aspekte verdient gemacht<sup>476</sup>. Daneben sind besonders auch die grundlegenden, nicht auf Personengesellschaften beschränkten Untersuchungen von *Zöllner*, *Wiedemann* und *Lutter* zu nen-

<sup>469</sup> Vgl. näher Rdn. 239 ff und *Lutter* AcP 180 (1980), 102 ff, 120 ff. Angesichts dieser weitgehenden inhaltlichen Übereinstimmung ist die Bedeutung des Meinungsstreits über die Grundlagen der Treupflicht zu Recht bezweifelt worden von *Zöllner* Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht (1963) 336 f; ähnlich auch *K. Schmidt* GesR § 20 IV 1 S. 435 f.

<sup>470</sup> So insbes. *Häuser* Unbestimmte „Maßstäbe“ als Begründungselement richterlicher Entscheidungen (1981) S. 176 ff, ihm folgend *M. Winter* (Fn. 468) S. 12 ff; ähnlich auch *Lutter* und *Hadding* aaO (Fn. 466).

<sup>471</sup> So zutr. namentlich *Stimpel* in *Festschr. 25 Jahre BGH* (1975) S. 19, und ähnlich schon *ders.* in *Pehle/Stimpel* Richterliche Rechtsfortbildung (1969) S. 18 f.

<sup>472</sup> RG Warn 1908 Nr. 511; LZ 1912, 545; JW 1913, 29; vgl. dazu Vorauf. Rdn. 31 a.

<sup>473</sup> So wörtlich RG 146, 385, 395 (1935) und 158, 248, 254 (1938) für die AG; dazu zu Recht kritisch

*A. Hueck* Treuegedanke (Fn. 467) S. 26 und *Rob. Fischer* Vorauf. Rdn. 31 b. Weit. Nachw. zur RGRspr. vgl. in Vorauf. Rdn. 31 a, 31 b.

<sup>474</sup> So erstmals ausdrücklich in BGHZ 65, 15, 18 f = NJW 1976, 191 – ITT m. Anm. *Ulmer*; vgl. zum inzwischen erreichten Entwicklungsstand näher *M. Winter* (Fn. 468) S. 43 ff.

<sup>475</sup> So aufgrund der seit BGHZ 71, 40, 44 ff = NJW 1978, 1316 – Kali und Salz – ausgeübten Inhaltskontrolle von Mehrheitsbeschlüssen. Vgl. dazu und zu dem dieser Rechtsprechung zugrundeliegenden, aus der Treupflicht abgeleiteten normativen Verhaltensmaßstab des Mehrheitsmißbrauchs treffend *Hüffer* in *Gesfeller/Hefermehl/Eckhardt/Kropff* AktG § 243, 42 ff, 47 ff.

<sup>476</sup> *A. Hueck* Der Treuegedanke im Recht der OHG, in *Festschr. Hübner* (1935) S. 72 ff; *ders.*, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht (1974); *ders.* OHG § 13.

nen<sup>477</sup>. Schon seit langem dreht sich die Diskussion nicht mehr um die Existenz der Treupflicht, d. h. die Frage ihrer rechtlichen Anerkennung in Personenverbänden, sondern um ihre Funktionen, ihr Ausmaß und ihre Grenzen sowie ihre rechtliche Durchsetzung.

**cc) Inhalt.** Zum Anwendungsbereich der Treupflicht im Verhältnis zu Gesellschaft und Mitgesellschaftern vgl. Rdn. 239 ff. Hinsichtlich ihres Inhalts hat sich die Unterscheidung zwischen Handlungs- und Unterlassungspflichten durchgesetzt<sup>478</sup>. **Handlungspflichten** kommen vor allem insoweit in Betracht, als es um die vertraglich vereinbarte Förderung des gemeinsamen Zwecks geht, d. h. um die *uneigennützig* wahrzunehmende Geschäftsführung einschließlich der Ausübung mitgliederschaftlicher Zustimmung- oder Widerspruchsrechte (§§ 114 bis 116) und der sonstigen Beschlußfassung in Geschäftsführungsfragen: hier kommt dem Gesellschaftsinteresse der grundsätzliche Vorrang zu vor den Einzelinteressen der Gesellschafter. Demgegenüber sind im Bereich *eigennütziger* Rechte (Stimmrecht, Gestaltungsrecht u. a.) angesichts der grundsätzlichen Entscheidungsfreiheit jedes Gesellschafters Handlungspflichten nur in engen Grenzen anzuerkennen (vgl. Rdn. 244 ff zur Zustimmungspflicht bei Vertragsänderungen). Umfassendere Anwendung finden demgegenüber aus der Treupflicht abgeleitete **Unterlassungspflichten**. Sie erlangen Bedeutung sowohl im Rahmen der uneigennützig auszuübenden Rechte (vgl. neben dem Verbot schädigender Geschäftsführungsmaßnahmen vor allem das Wettbewerbsverbot, dazu §§ 112, 113) als auch bei der Geltendmachung eigennütziger, den Gesellschaftern im eigenen Interesse verliehener Rechte. Auch deren Ausübung steht im Grundsatz unter dem Vorbehalt des Verbots willkürlicher Schädigung von Gesellschaft und Mitgesellschaftern, des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der Wahl des schonendsten Mittels (vgl. näher Rdn. 241 ff).

Neben Handlungs- und Unterlassungspflichten ist als Inhalt der Treupflicht besonders auch die ihr zukommende **Schrankenfunktion** hervorzuheben<sup>479</sup>. Sie folgt aus dem auf Willkürverbot, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz u. a. gestützten *Mißbrauchseinwand* gegenüber der treuwidrigen Ausübung von Gesellschafterrechten. Je nach Lage des Falles kann sie zur *Unbeachtlichkeit* des mißbräuchlichen Gesellschafterhandelns (Stimmabgabe, Widerspruch, Einberufung einer Gesellschafterversammlung u. a.) oder zur *Undurchsetzbarkeit* mißbräuchlich geltend gemachter Ansprüche gegen die Gesellschaft (Sozialverbindlichkeiten) wie Informations- und Kontrollrechte, Gewinnrecht u. a. führen. Für das Eingreifen des Mißbrauchseinwands kommt es nicht darauf an, ob der betroffene Gesellschafter auch *schuldhaft* nach Maßgabe des § 708 BGB handelt. Pflichtwidrig und damit unbeachtlich ist ein Widerspruch schon dann, wenn darin eine *objektive* Treupflichtverletzung zu sehen ist; die Unbeachtlichkeit beruht nicht etwa auf der aus § 249 BGB (Naturalrestitution) abzuleitenden Rücknahmepflicht<sup>480</sup>.

**dd) Ausmaß.** Der Umfang und die Intensität der Treupflicht differieren je nach dem Gegenstand der Rechtsausübung und der Realstruktur der Gesellschaft. Eine erste, besonders wichtige Unterscheidung stellt darauf ab, ob es um die **Ausübung uneigennüt-**

<sup>477</sup> Zöllner Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963) S. 335 ff; ders. Anpassung von Personengesellschaftsverträgen an veränderte Umstände (1979); Lutter Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180 (1980), 84, 102 ff; Wiedemann GesR I § 8 S. 404 ff, 412 ff, 431 ff.

<sup>478</sup> Vgl. nur Hueck OHG § 13 I S. 192 ff, Lutter AcP 180 (1980), 102 ff, 109 ff, Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 705, 58, 61.

<sup>479</sup> Begriff nach Staudinger/Kesler BGB<sup>12</sup> Vor § 705, 42; so auch Rob. Fischer Vorauf. Rdn. 31 a. Allg. zur Lehre von den Stimmrechtsschranken vgl. insbes. Zöllner Schranken (Fn. 477) S. 97 ff, 287 ff; ähnlich zur Treupflicht als Stimmrechtsschranke auch Wiedemann GesR § 8 II 3 S. 431 ff.

<sup>480</sup> So aber A. Hueck in Festschr. Hübner (1935) S. 76 ff, ders. OHG § 10 III 5 S. 132, Staudinger/Kesler BGB<sup>12</sup> § 709, 33; wie hier Zöllner Schranken (Fn. 477) S. 366.

ziger, zur Förderung des gemeinsamen Zwecks verliehener Befugnisse geht oder um die Wahrnehmung **eigennütziger Mitgliedschaftsrechte**<sup>481</sup>. Im ersten Fall haben die Interessen der Gesamthand unbedingten Vorrang; eigene Interessen können nur insoweit verfolgt werden, als Gesellschaftsbelange nicht entgegenstehen<sup>482</sup>. Dagegen ist der Gesellschafter bei den eigennützigen Rechten grundsätzlich nicht gehalten, das eigene Interesse hinter dasjenige der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter zurücktreten zu lassen. Wohl aber muß er auf deren Belange bei der Rechtsausübung im Rahmen des Zumutbaren Rücksicht nehmen; er darf sich nicht willkürlich oder grundlos über anerkanntenswerte Interessen der Gemeinschaft und der Partner hinwegsetzen. Das gilt um so mehr, je einschneidender die Folgen der Rechtsausübung für Gesellschaft oder Mitgesellschafter sind<sup>483</sup>. Dementsprechend ist der Einfluß der Treupflicht etwa stärker bei der Beschlußfassung über die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis als bei der Ausübung von Informations- und Kontrollrechten. Auch die Kündigung oder die Ausübung eines vertraglichen Übernahmerechts ist dem Bereich der Treupflicht nicht schon deshalb entzogen, weil sie der gemeinsamen Zweckverfolgung ein Ende setzt<sup>484</sup>.

**238** Was andererseits die **Realstruktur** der Gesellschaft und die Art des Gesellschaftsverhältnisses angeht, so hat der Treupflichtgrundsatz um so größere Bedeutung, je enger der persönliche Zusammenschluß ausgestaltet ist<sup>485</sup> und je größere Mitspracherechte die einzelnen Gesellschafter haben. Zwar besteht, soweit die gesetzliche Regel der *Einstimmigkeit* reicht, regelmäßig kein Anlaß, je nach dem Ausmaß der Beteiligung und dem Stimmgewicht der einzelnen Gesellschafter abzustufen. Anderes gilt jedoch bei Vereinbarung des *Mehrheitsprinzips* im Hinblick auf die Gestaltungsmöglichkeiten, die der Mehrheit dadurch im Verhältnis zur Minderheit zustehen; sie erfordern namentlich bei Vertragsänderungen verstärkte Rücksichtnahme auf die Interessen der überstimmten Minderheit (vgl. näher § 109, 41 f.). Diesem Aspekt kommt sogar in einer *Publikums-Gesellschaft*, trotz der dort regelmäßig fehlenden persönlichen Beziehungen zwischen den Gesellschaftern, Bedeutung zu<sup>486</sup>. Im übrigen ist die Treupflicht in derartigen Gesellschaften jedenfalls insoweit zu beachten, als es um das Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft geht; sie kann je nach Lage des Falles auch der Durchsetzung gesellschaftsvertraglicher Ansprüche entgegenstehen, wenn andernfalls die Lebensfähigkeit der Gesellschaft ernsthaft gefährdet wäre<sup>487</sup>.

<sup>481</sup> Vgl. näher Rdn. 239–242, dazu schon Rdn. 219 und Fn. 455 m. Nachw.

<sup>482</sup> Ganz h. M., vgl. Hueck OHG § 13 I 1 S. 192 f, Rob. Fischer Voraufl. Rdn. 31 b, Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 705, 60, Staudinger/Kefßler BGB<sup>12</sup> Vor § 705, 49.

<sup>483</sup> Hierauf weist zu Recht Zöllner Schranken (Fn. 477) S. 337 ff, 343 hin.

<sup>484</sup> So aber — jedenfalls gegenüber der Gesellschaft — Zöllner Schranken (Fn. 477) S. 344; tendenziell auch BGHZ 76, 352, 353 = NJW 1980, 1278 (GmbH). A. A. Ulmer in Festschr. Möhring (1975) S. 295 ff; vgl. auch BGH WM 1968, 874 (Anstreben des Konkurses einer Personengesellschaft ist dann nicht treuwidrig, wenn die Lage der Gesellschaft aussichtslos ist und eine schnelle Liquidation objektiv im Interesse aller Beteiligten liegt). Vgl. zum Ganzen näher Erläut. zu § 132.

<sup>485</sup> Zu dem hierfür maßgebenden Grund: den gestiegenen Einwirkungsmöglichkeiten der einzelnen

Gesellschafter auf Gesamthand und Mitgesellschafter, vgl. grundlegend Zöllner Schranken (Fn. 477) S. 340 ff, dazu auch MünchKomm.-Kramer BGB<sup>2</sup> Vor § 241, 93, BGB-AK-Teubner § 705, 20, Lutter AcP 180 (1980), 105 ff; zur Bedeutung der Realstruktur für die Treupflicht gegenüber Mitgesellschaftern vgl. zutr. auch Lutter AcP 180 (1980), 128 f.

<sup>486</sup> BGHZ 71, 53, 59 = NJW 1978, 1382; vgl. auch Rspr.-Nachw. in Fn. 487 und näher M. Winter (Fn. 468) S. 18 f.

<sup>487</sup> So für die Publikums-KG BGH NJW 1985, 974 f (Verzicht auf zugesagte Verzinsung des eingesetzten Kapitals zur Erhaltung des Unternehmens); NJW 1985, 972 f (Ermächtigung an den Beirat, solche in die Rechtsstellung der Kommanditisten eingreifende Vertragsänderungen — hier: Stundung von Zinsen — zu beschließen, denen diese kraft Treupflicht zustimmen müssen).

**b) Anwendungsbereich. aa) Treupflicht gegenüber der Gesellschaft.** Den Schwerpunkt für das Eingreifen der Treupflicht bildet das Verhältnis des Gesellschafters zur Gesellschaft, darunter insbesondere der Bereich der **uneigennütigen** oder **Pflicht-Rechte**. Hierzu zählen in erster Linie das Geschäftsführungsrecht (§ 114) einschließlich des Rechts zur Durchführung der Liquidation (§ 146 Abs. 1), aber auch das Zustimmungs- und Widerspruchsrecht in Geschäftsführungsangelegenheiten (§§ 115 Abs. 1, 116 Abs. 2 und 3)<sup>488</sup>, sowie sonstige Arten der Einflußnahme auf die Geschäftsführung<sup>488a</sup>. Auch das Recht zur Entziehung von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis aus wichtigem Grunde (§§ 117, 127) gehört — trotz seiner vertragsändernden Wirkung — zu den uneigennütigen Befugnissen (vgl. auch Rdn. 247). Kennzeichen dieser Rechte ist es, daß sie dem Gesellschafter nicht im eigenen Interesse, sondern zur Förderung des gemeinsamen Zwecks verliehen sind. Den durch den Gesellschaftsvertrag und das gemeinsame Interesse aller Mitglieder definierten **Interessen der Gesamthand** kommt daher hier der **absolute Vorrang** zu<sup>489</sup>; für die Verfolgung eigener Interessen ist nur Raum, soweit dadurch die Belange der Gesellschaft nicht tangiert werden<sup>490</sup>. Im *Gesellschaftsvertrag* können zwar gewisse *Einschränkungen* gegenüber diesem Grundsatz vereinbart werden, etwa durch Verzicht auf das in § 112 geregelte, auf der Treupflicht beruhende Wettbewerbsverbot des Geschäftsführers (vgl. näher § 112, 31 und 33) oder durch Begründung eines Liefer- oder Bezugsrechts gegenüber der Gesellschaft für einen oder bestimmte Gesellschafter. Diese Einschränkungen dürfen jedoch nicht so weit gehen, daß sie die für die Annahme einer Gesellschaft wesentliche Pflicht aller Vertragspartner zur Förderung des gemeinsamen Zwecks (Rdn. 20 ff) aufheben oder ernsthaft in Frage stellen<sup>490a</sup>.

Von vergleichsweise geringerer Bedeutung ist die Treupflicht demgegenüber bei **eigennütigen**, dem Gesellschafter im eigenen Interesse verliehenen **Mitgliedschaftsrechten**. Hierzu gehören einerseits die Vermögensrechte (Gewinnrecht, Recht auf Aufwendersatz und auf Auseinandersetzungsguthaben), andererseits die nicht auf die Geschäftsführung bezogenen Verwaltungs- und Kontrollrechte wie das Stimmrecht, das Recht auf Information und Einsicht in die Geschäftsunterlagen (§ 118) und das Recht auf Rechnungslegung (§ 120). Ein Vorrang des Gesellschaftsinteresses bei Ausübung dieser Rechte besteht nicht. Wohl aber hat die Treupflicht zur Folge, daß der Gesellschafter diese Rechte, soweit sie Nachteile für Gesamthand oder Mitgesellschafter zur

<sup>488</sup> RGZ 158, 302, 310; 163, 35, 38; A. Hueck ZGR 1972, 237, 240 bis 244.

<sup>488a</sup> BGH NJW 1973, 2198 (Veranlassung des KG-Geschäftsführers zu pflichtwidrigem Handeln durch einen Kommanditisten).

<sup>489</sup> BGH NJW 1986, 584, 585 (treupflichtwidriges Handeln eines Geschäftsführers, der ein notwendiges Betriebsgrundstück nicht durch die OHG, sondern durch seine Ehefrau erwerben läßt und es von dieser gegen erhöhten Mietzins anmietet); vgl. auch OLG Nürnberg WM 1962, 731, 732 (Treuwidrigkeit — auch gegenüber den Mitgesellschaftern — eines Verhaltens, das diesen die Kontrolle und Verfügungsbefugnis über Vermögenswerte der Gesellschaft entzieht, selbst wenn die Gesellschaft hierdurch keinen Nachteil erleidet); ferner KG OLGZ 1969, 311 (treuwidrige Nutzung einer Wohnung in dem der GbR gehörenden Mietshaus für eigene Zwecke des Geschäftsführers).

<sup>490</sup> BGHZ 37, 381, 384 = NJW 1962, 1811 (der Verpflichtung eines Gesellschafters, seine Arbeitskraft für die Gesellschaft einzusetzen, steht dessen Nebentätigkeit im eigenen Interesse nicht entgegen, soweit hierdurch keine Gesellschaftsinteressen berührt werden). Vgl. auch BGH NJW 1986, 844 (Widerspruch gegen die vom Mitgeschäftsführer beabsichtigten Gehaltserhöhungen für Mitarbeiter der OHG nicht deshalb unbeachtlich, weil der Widersprechende damit — im Rahmen seines kaufmännischen Ermessens — auch sein Interesse an einem höheren OHG-Gewinn verfolgt).

<sup>490a</sup> Zur grundsätzlichen Unabdingbarkeit der Treupflicht vgl. Lutter AcP 180 (1980), 84, 117, Reuter ZHR 146 (1982), 1, 7; eingehend M. Winter (Fn. 468) S. 190 ff, 214 (für die GmbH).

Folge haben können, *nicht willkürlich* und ohne Rücksicht auf die gemeinsamen Interessen gebrauchen darf, daß er sich des aus der Sicht der Gesamthand *schonendsten Mittels* bedienen und daß er den Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* beachten muß<sup>491</sup>. Die Treupflicht hat insoweit daher in erster Linie **Schrankenfunktion** (Rdn. 236). Sie setzt über § 122 Abs. 1, 2. Hs. hinaus der Durchsetzung des Gewinnanspruchs bei angespannter finanzieller Lage der Gesellschaft Grenzen<sup>492</sup> und steht der Geltendmachung des Informations- und Einsichtsrechts unter Behinderung der Geschäftsführung oder zur gesellschaftsfremden Verwertung der Informationen entgegen<sup>493</sup>. Auch die Kündigung der Gesellschaft darf sich weder wegen des damit verfolgten grob eigensüchtigen Zwecks noch wegen mißbräuchlicher Begleitumstände als treuwidriges, die berechtigten Interessen von Gesamthand und Mitgesellschaftern schädigendes Verhalten darstellen (vgl. näher Erläut. zu § 132). Das Festhalten an vertraglich eingeräumten Sonderrechten ist grundsätzlich nicht zu beanstanden<sup>494</sup>; anderes gilt dann, wenn der Anlaß für das Sonderrecht entfallen ist und die weitere Berufung hierauf sich als unvereinbar mit der gebotenen Rücksicht auf Gesellschaft und Mitgesellschafter erweist. — Zum Einfluß der Treupflicht bei der Durchsetzung von Drittgläubigerforderungen vgl. Rdn. 217.

**241 bb) Treupflicht gegenüber den Mitgesellschaftern.** Die Treupflicht gegenüber den Mitgesellschaftern bezieht sich auf den vom Gesellschaftsvertrag erfaßten, durch den Gesellschaftszweck definierten **mitgliedschaftlichen Bereich** (zur Relevanz in bezug auf den *privaten* Bereich vgl. Rdn. 243). Eigenständige Bedeutung gegenüber der Treupflicht zur Gesellschaft hat sie nur insoweit, als nicht gleichzeitig die Interessen der Gesamthand bzw. aller Mitgesellschafter berührt sind. Zu denken ist an die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten im Rahmen der Liquidation sowie in bezug auf Ausschluß- und Übernahmerechte, ferner an die Herbeiführung mehrheitlicher Vertragsänderungen (§ 109, 41 f) sowie an sonstige Fälle, in denen vorrangig schutzwürdige Belange einzelner Gesellschafter in der werbenden Gesellschaft in Frage stehen (vgl. Rdn. 242). **Inhaltlich** geht die den Mitgesellschaftern geschuldete Treupflicht zwar nicht so weit, daß deren Interessen zu fördern oder deren persönliche Ziele zu unterstützen wären. Wohl aber begründet sie die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Belange der Mitgesellschafter bei der Verfolgung eigener Interessen<sup>495</sup>. Dementsprechend sind die Gesellschafter nicht nur gegenüber der Gesellschaft, sondern auch im Verhältnis zu ihren Mitgesellschaftern gehalten, deren *willkürliche* Schädigung zu unterlassen und bei der Rechtsausübung das schonendste Mittel zu wählen. Das kann Bedeutung haben für das

<sup>491</sup> So für das Verhältnis zur *Gesamthand* auch *Rob. Fischer* Vorauff. Rdn. 31 b; für dasjenige zu den *Mitgesellschaftern* namentlich *Zöllner* Schranken (Fn. 477) S. 349 ff, ähnlich *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 60 unter Hinweis auf die Rspr. zur Notwendigkeit eines sachlich gerechtfertigten Grundes bei Eingriffen der Mehrheit in die Rechtsstellung der Minderheit. Zum Sonderfall der Kündigung vgl. Erläut. zu § 132.

<sup>492</sup> Vgl. BGH NJW 1985, 972 f und 974 f; OLG Koblenz WM 1984, 1051 (durch Treupflicht gebotener Verzicht auf Verzinsung von Gesellschafterdarlehen in der Publikums-KG).

<sup>493</sup> Vgl. auch § 51 a Abs. 2 GmbHG als gesetzliche Verkörperung der treupflichtbedingten Schranken des Informationsrechts.

<sup>494</sup> BGHZ 14, 25, 38 = NJW 1954, 1401 (Stimmrechtsausübung zur Erhaltung der Sperrminorität in einer GmbH).

<sup>495</sup> Vgl. namentlich *Zöllner* Schranken (Fn. 477), S. 349 ff; so auch OLG Nürnberg WM 1962, 731, BGH WM 1966, 511, 512 (für die Partner eines Poolvertrags) und *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 60; allg. für das Verbandsrecht auch *Roitzsch* Minderheitenschutz (1981) S. 183 ff. Zurückhaltender (für Treupflicht „in besonderen Fällen“, im Hinblick auf die bisherige Zusammenarbeit und den Erfolg der gemeinsamen Arbeit) die bisher h. M., vgl. BGHZ 34, 80, 83 = NJW 1961, 504, *Rob. Fischer* Vorauff. Rdn. 31 e, *Soergel/Schulze v. Lasaulx* BGB<sup>10</sup> § 705, 68, RGRK-v. *Gamm* BGB<sup>12</sup> § 705, 17; noch enger OGHZ 4, 66, 73. Vgl. auch die Nachw. in Rdn. 242.

Recht zur Kündigung (vgl. Erläut. zu § 132) und für dasjenige zum Ausschluß von Mitgesellchaftern aus wichtigem Grund bzw. zur Übernahme des Geschäfts (§§ 140, 142). Treuwidrig ist es namentlich, ein Mitgliedschaftsrecht funktionswidrig und nur zu dem Zweck auszuüben, sich einen Sondervorteil gegenüber Mitgesellchaftern zu verschaffen<sup>496</sup>.

Im einzelnen hat die **Rechtsprechung** es als treuwidrig angesehen, von einem vertraglich eingeräumten Übernahmerecht nicht zur Fortführung des Unternehmens, sondern nur deshalb Gebrauch zu machen, um den zu erwartenden Liquidationsgewinn ungeteilt zu erlangen (BGH LM HGB § 142 Nr. 10 = NJW 1959 432 (LS)). Als treuwidrig beurteilt wurde auch die Berufung auf das kündigungsbedingte Ausscheiden eines Gesellschafter oder auf ein Übernahmerecht, wenn deren Voraussetzungen zuvor von den Mitgesellchaftern treuwidrig herbeigeführt worden waren<sup>497</sup>; ferner die Eingliederung des Unternehmens der Gesellschaft in dasjenige des herrschenden Gesellschafter ohne Absicherung der Minderheit (BGH NJW 1980 231, 232 — Gervais). Der Widerspruch gegen die Auflösung einer Gesellschaft ist wegen Treupflichtverstoßes unbeachtlich, wenn deren dauernde Unrentabilität feststeht und die Fortführung sich zum Nachteil der Mitgesellchafter auswirkt (BGH NJW 1960 434). Entsprechendes gilt für den umgekehrten Fall des Bestehens auf der Liquidation trotz Bereitschaft der fortsetzungswilligen Mitgesellchafter zu vollwertiger Abfindung (BGH WM 1986 68, 69). Zur Pflicht der Gesellschafter, im Einzelfall auch einer Erhöhung der Geschäftsführervergütung eines Mitgesellchafter entsprechend der Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse zuzustimmen, vgl. Rdn. 247, zum Ausgleichsanspruch kraft Treupflicht wegen Vermögensvorteilen, die nur einem der Gesellschafter im Zuge der Liquidation zugute kommen, vgl. Erläut. zu § 155.

Soweit es um die **privaten Interessen** von Mitgesellchaftern (im Unterschied zu den mitgliedschaftlichen) geht, ist für eine aus der Treupflicht folgende Pflicht zur Rücksichtnahme im Grundsatz kein Raum. Anderes gilt dann, wenn wegen enger, im Hinblick auf ihr Zusammenwirken in der Gesellschaft bedeutsamer persönlicher Verbundenheit der Gesellschafter Störungen in der Privatsphäre auf den mitgliedschaftlichen Bereich durchschlagen<sup>498</sup>. Dementsprechend ist in der Rechtsprechung zu §§ 140, 142 anerkannt, daß im Falle einer typischen, dem gesetzlichen Leitbild entsprechenden OHG die Zerstörung der für die Zusammenarbeit in der Gesellschaft erforderlichen Vertrauensgrundlage auch dann einen wichtigen Ausschluß- oder Übernahmegrund bilden kann, wenn sie auf Verfehlungen gegenüber Mitgesellchaftern im privaten Lebensbereich zurückzuführen ist<sup>499</sup>. Eine umfassende, den mitgliedschaftlichen Bereich überschreitende Pflicht zur Fürsorge oder Rücksichtnahme gegenüber Mitgesellchaftern kann daraus freilich nicht abgeleitet werden.

<sup>496</sup> So für die Ausübung eines Übernahmerechts zur Erlangung eines besonderen Liquidationsvorteils BGH LM HGB § 142 Nr. 10 = NJW 1959, 432 (LS). Vgl. weiter BGH NJW 1971, 802, und NJW 1980, 1628, dazu auch Erläut. zu § 155.

<sup>497</sup> BGHZ 30, 195, 201 f = NJW 1959, 1683 (durch Mitgesellchafter veranlaßte Kündigung eines zwischenzeitlich befriedigten Privatgläubigers); RGZ 162, 388, 394 (Übernahme nach einer durch Treuwidrigkeit ausgelösten Kündigung). — Zur Frage eines Fortsetzungsanspruchs bei Befriedigung des

kündigenden Privatgläubigers vor dem Ausscheiden des betroffenen Gesellschafter vgl. Erläut. zu § 135.

<sup>498</sup> So auch *Zöllner* Schranken (Fn. 477), S. 341, 349, *Lutter* AcP 180 (1980), 128 f. Rspr.-Nachw. vgl. in Fn. 499.

<sup>499</sup> Vgl. BGHZ 4, 108, 112 f = NJW 1952, 461; 46, 392, 396 f = NJW 1967, 1081; vgl. auch BGH NJW 1973, 92 (Ehezerrüttung als Ausschlußgrund), dazu *Lindacher* NJW 1973, 1169 ff.

## c) Vertragsänderung und Treupflicht

## Schrifttum

A. Hueck Inwieweit besteht eine gesellschaftliche Pflicht des Gesellschafters einer Handelsgesellschaft zur Zustimmung zu Gesellschafterbeschlüssen?, ZGR 1972 244 ff; Kollbosser Zustimmungspflicht zur Abänderung von Gesellschaftsverträgen bei Personalhandelsgesellschaften, Festschr. H. Westermann (1974) S. 275 ff; ders. Noch einmal: Zustimmungspflicht zur Abänderung von Gesellschaftsverträgen bei Personenhandelsgesellschaften, Festschr. Bärmann (1975) S. 533 ff; Konzen Gesellschafterpflicht und Abgeordnetenmandat AcP 172 (1972), 317 ff; G. Pabst Mitwirkungspflichten bei Klagen nach §§ 117, 127, 140 HGB und bei der Anpassung von Verträgen im Recht der Personenhandelsgesellschaften, BB 1977 1524 ff; U. H. Schneider Mehrheitsprinzip und Mitwirkungspflicht bei Gesellschafterbeschlüssen, AG 1979 57 ff; H. P. Westermann Die Anpassung von Gesellschaftsverträgen an veränderte Umstände, Festschr. Hefermehl (1976) S. 225 ff; Zöllner Die Anpassung von Personengesellschaftsverträgen an veränderte Umstände (1979). Vgl. auch die Schrifttumsnachweise vor Rdn. 232.

**244 aa) Grundsatz.** Die Auswirkungen der Treupflicht beschränken sich nicht auf die Rechtsausübung im Rahmen und auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrags sowie auf die Kontrolle mehrheitlicher Vertragsänderungen (§ 109, 41 f). Vielmehr kann in besonders gelagerten Fällen unter Berufung auf die Treupflicht auch dessen **Änderung** durchgesetzt werden<sup>500</sup>. Bedeutung kommt einem solchen Vorgehen vor allem unter der Geltung des *Einstimmigkeitsprinzips* zu, wenn eine im Interesse der Gesamthand gebotene, allen Beteiligten zumutbare Änderung am Widerspruch eines von ihnen zu scheitern droht<sup>501</sup>. Aber auch bei Mehrheitsklauseln sind Fälle denkbar, in denen sich eine qualifizierte Minderheit oder gar eine Mehrheit treuwidrig gegen die im gemeinsamen Interesse gebotenen Beschlüsse sperrt.

**245** Die Anerkennung einer aus der Treupflicht fließenden Pflicht, Vertragsänderungen zuzustimmen, scheidet nicht schon an der gesellschaftsvertraglichen Grundlage der Treupflicht (Rdn. 233). Angesichts des Dauerschuldcharakters des Gesellschaftsvertrags und der durch ihn begründeten Organisation (Rdn. 141 ff) ließe es auf eine sachlich nicht vertretbare Verengung der Treupflicht hinaus, ihr nur im Rahmen des ursprünglichen Vertrages, ohne Rücksicht auf die Notwendigkeit der **Anpassung an zwischenzeitliche Veränderungen**, Bedeutung zumessen zu wollen. Die gegen treupflichtbedingte Vertragsänderungen erhobenen **Einwendungen**<sup>502</sup> treffen zwar insoweit zu, als eine Verstärkung des vertraglichen Engagements der Gesellschafter, etwa durch Verlängerung der Vertragsdauer, Erhöhung der Beiträge oder Übernahme aktiver Tätigkeiten in der Gesellschaft, unter Berufung auf die Treupflicht in aller Regel nicht verlangt werden kann<sup>503</sup>. Dementsprechend hat der BGH zutreffend die Pflicht eines Mitgesellschafters

<sup>500</sup> H. M., vgl. *Rob. Fischer* Voraufl. Rdn. 31 c, *Hueck OHG* § 11 III 3 S. 173 f, *Westermann* Rdn. I 242, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 63; für großzügigere Anpassungspraxis *Zöllner* Anpassung (Fn. 477) S. 25 ff, wohl auch *H. P. Westermann* in Festschr. Hefermehl (1976) S. 229 ff. Gegenansichten vgl. in Fn. 502, Rspr.-Nachw. in Fn. 504.

<sup>501</sup> Hierauf weisen besonders *A. Hueck* ZGR 1972, 239 f, und *Zöllner* Schranken (Fn. 477) S. 353 hin. Weitere für die Mitwirkungspflicht sprechende Gründe vgl. bei *Zöllner* Anpassung (Fn. 477) S. 14 ff.

<sup>502</sup> So namentlich *Kollbosser* in Festschr. Westermann (1974) S. 275 ff, *ders.* in Festschr. Bärmann (1975) S. 533 ff, *ders.* NJW 1976, 144; im Grundsatz auch

*Flume* I/1 § 15 II S. 280, *Konzen* AcP 172 (1972), 317, 339, *Reuter* ZHR 148 (1984), 523, 542 f.

<sup>503</sup> So auch BGH LM HGB § 105 Nr. 8 = BB 1954, 456 (Geschäftsführertätigkeit), BGH WM 1973, 990, 991 f (Vertragsverlängerung); *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 63. Vgl. zum GmbH-Recht auch BGHZ 98, 276, 279 f = NJW 1987, 189, und BGH WM 1987, 841 (Zustimmungspflicht eines GmbH-Gesellschafters bei Anpassung des Stammkapitals der GmbH an das durch die GmbH-Novelle 1980 erhöhte Mindestkapital, wenn die Erhöhung von den Mitgesellschaftern gezeichnet wird und die Rechte des widersprechenden Gesellschafters trotz der Erhöhung unverändert bleiben).

verneint, anstelle des vertraglich vorgesehenen, wegen Konzessionsentzugs ausgefallenen Geschäftsführer/Gesellschafters die Geschäftsführung zu übernehmen (BGH LM HGB § 105 Nr. 8 = BB 1954 456). Auch im übrigen ist gegenüber der Anerkennung einer Zustimmungspflicht zu Vertragsänderungen **Zurückhaltung** geboten, um der richterlichen Vertragsgestaltung keinen zu weiten Spielraum zur Vertragsgestaltung zu eröffnen. In diesen Grenzen ist der Zustimmungspflicht zu Vertragsänderungen als außerordentlichem Rechtsbehelf, wie ihn die Rechtsprechung im Falle nachhaltiger Störungen der Gesellschaftsgrundlage entwickelt hat (Rdn. 246 f), jedoch zuzustimmen.

**bb) Voraussetzungen.** Nach der in **ständ. Rspr.**<sup>504</sup> geprägten **Formel** muß die Vertragsänderung nicht nur dem widersprechenden Gesellschafter **zumutbar**, sondern auch mit Rücksicht auf das bestehende Gesellschaftsverhältnis, etwa zur Erhaltung wesentlicher gemeinsam geschaffener Werte oder zur Vermeidung nachhaltiger Verluste, **erforderlich** sein. Diese Umschreibung enthält eine zutreffende Richtschnur<sup>505</sup>. Derartige Pflichten sind bisher vor allem bejaht worden, soweit es um die Zustimmung zum Ausscheiden eines für die Gesellschaft nicht mehr tragbaren Gesellschafters (BGH NJW 1961 724) bzw. um die Mitwirkung bei einer Ausschlußklage<sup>506</sup> ging. Hierher gehört auch die Pflicht, einem Beschluß zuzustimmen, der auf Auflösung einer auf Dauer unrentablen Gesellschaft (BGH NJW 1960 434) oder darauf gerichtet ist, mit Rücksicht auf das Bestandsinteresse der Gesellschaft den Gesellschaftszweck an die veränderten Umstände anzupassen. Weitere Beispiele bilden die Pflicht eines Gesellschafters, der nicht zur Fortsetzung einer nach § 131 Nr. 4 aufgelösten Gesellschaft bereit ist, zum Ausscheiden im Falle vollwertiger Abfindung durch die Mitgesellschafter (BGH WM 1986 68, 69) sowie die Pflicht der Mitgesellschafter, der Übertragung der Geschäftsführerstellung vom betagten Vater auf den hierfür geeigneten Sohn in vorweggenommener Gesellschafternachfolge zuzustimmen, um den Bestand der Gesellschaft im Hinblick auf den Tod des Vaters zu sichern und das Vorhandensein eines vertretungsbefugten Komplementärs in der KG zu gewährleisten (BGH NJW 1987 952, 953). In einem — freilich problematischen — Sonderfall hat der BGH einen Gesellschafter sogar für verpflichtet gehalten, der vorübergehenden Aufnahme eines geschäftsführenden Gesellschafters (Komplementär-GmbH) unter Verschlechterung seiner eigenen Rechtsstellung zuzustimmen, um die Fortsetzung der Gesellschaft zu ermöglichen (BGH WM 1979 1058).

**Erleichterte Voraussetzungen** für eine Pflicht zur Vertragsänderung sind als Ausnahme unter zwei Gesichtspunkten denkbar. Einmal kann es sich um Änderungen handeln, die sich inhaltlich auf die **Geschäftsführung** beziehen, ohne dem widersprechenden Gesellschafter zusätzliche Pflichten aufzuerlegen, so bei der Entziehung von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis aus wichtigem Grund (vgl. dazu Erläut. zu § 114). Hier kommt dem Gesellschaftsinteresse grundsätzlich der Vorrang zu, auch wenn den Gesellschaftern bei dessen Konkretisierung ein weiter Beurteilungsspielraum verbleibt<sup>507</sup>. Eine zweite Ausnahme bilden diejenigen Fälle, in denen es darum geht, eine

<sup>504</sup> BGH LM HGB § 105 Nr. 8 = BB 1954, 456; NJW 1961, 724; BGH WM 1985, 256, 257. Vgl. auch die Nachw. im folg. Text und in Fn. 506.

<sup>505</sup> So auch *Rob. Fischer, Hueck, Westermann und Hadding* aaO Fn. 500; dort auch Nachw. zu weitergehenden oder für stärkere Zurückhaltung plädierenden Ansichten. Gegenansichten vgl. in Fn. 502; gegen die Kriterien der Rechtsprechung und für differenzierende Abwägung zwischen Zweckbindung und Privatautonomie auch *Pabst* BB 1977, 1524, 1526 ff.

<sup>506</sup> BGHZ 64, 253, 257 f = NJW 1975, 1410; BGHZ 68, 81 = NJW 1977, 1013 (zu § 140 HGB). Abl. *Hueck* OHG § 29 I 2 c S. 443 und ZGR 1972, 237, 247.

<sup>507</sup> *Zöllner* Schranken (Fn. 477) S. 345 ff; eine Mitwirkungspflicht abl. aber *Hueck* OHG § 10 VII 4 S. 148 und ZGR 1972, 237, 247 (für die OHG). Vgl. auch Rdn. 239.

nicht durch ergänzende Vertragsauslegung (Rdn. 203) ausfüllbare **Vertragslücke** zu schließen oder den Vertrag der geänderten Geschäftsgrundlage anzupassen<sup>508</sup>. Unter diesem Gesichtspunkt kann namentlich auch die Anpassung einer unangemessen niedrigen Geschäftsführervergütung an die geänderten Verhältnisse verlangt werden<sup>509</sup>; die entgegenstehende Entscheidung BGHZ 44, 40 = NJW 1965 1960, in der eine derartige Anpassung auf wenige Ausnahmefälle beschränkt worden war, erscheint heute als überholt.

**248 d) Rechtsfolgen von Treupflichtverstößen. aa) Unbeachtlichkeit der Rechtsausübung.** Die Nichtbeachtung der Treupflicht kann eine Reihe unterschiedlicher, sich überlagernder oder ergänzender Rechtsfolgen auslösen. Im Rahmen der Schrankenfunktion (Rdn. 236) besteht die primäre Rechtsfolge in der Unbeachtlichkeit der gegen die Treupflicht verstoßenen Rechtsausübung<sup>510</sup>. Danach ist ein treuwidriger Widerspruch gegen Geschäftsführungsmaßnahmen unwirksam, eine treuwidrige Übernahmeerklärung löst keine Gestaltungswirkung aus. Das treuwidrige Herbeiführen eines Mehrheitsbeschlusses hat dessen **Unwirksamkeit** zur Folge (§ 109, 41, 43).

**249 bb) Zustimmungspflicht.** Soweit die Treupflicht eine Handlungspflicht des Gesellschafters begründet, ist der in diesem Fall bestehende Erfüllungsanspruch im Wege der **Leistungsklage** über § 894 ZPO durchzusetzen; das gilt namentlich für die Pflicht, einer Vertragsänderung zuzustimmen oder an einer Ausschluß- oder Entziehungsklage mitzuwirken<sup>511</sup>. Die **Klagebefugnis** bestimmt sich danach, ob die in der Nichtzustimmung liegende Treupflichtverletzung das Verhältnis zur *Gesamthand* oder dasjenige zu den *Mitgesellschaftern* betrifft. Im ersten Fall handelt es sich um einen Sozialanspruch, der von der **OHG** (Rdn. 213), im Rahmen der *actio pro socio* (Rdn. 262 ff) auch von Mitgesellschaftern geltend zu machen ist; das trifft namentlich für Zustimmungspflichten in bezug auf Geschäftsführungsmaßnahmen zu (Rdn. 239). Demgegenüber sind bei Zustimmungspflichten zu Grundlagengeschäften, insbes. Vertragsänderungen, und in bezug auf Mitwirkungspflichten bei Gestaltungsklagen aktivlegitimiert (Rdn. 241) und klagebefugt nur die **Mitgesellschafter**; eine Klage der OHG wäre als unbegründet abzuweisen (Rdn. 212 a). Zwischen ihnen besteht keine notwendige Streitgenossenschaft, da der Anspruch auf Zustimmung bzw. Mitwirkung jedem Gesellschafter zusteht (Rdn. 212; zur — abweichend hiervon — notwendigen Streitgenossenschaft bei den Gestaltungsklagen der §§ 117, 127, 140 vgl. die Erläut. daselbst).

**250** Weitgehend **ungeklärt** ist bisher die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen auf eine Zustimmungsklage verzichtet und die **treuwidrig verweigerte Zustimmung als erteilt unterstellt** werden kann. Die Rechtsprechung weist keine einheitliche Linie

<sup>508</sup> OLG Bremen NJW 1972, 1952 (bestätigt durch BGH LM § 242 Nr. 72 = NJW 1974, 1656); vgl. auch *Rob. Fischer* Vorauf. Rdn. 31 c aE; *H. P. Westermann* in Festschr. Hefermehl S. 236 ff; *Zöllner* Anpassung (Fn. 477) S. 53 ff; für ergänzende Vertragsauslegung *Flume* I/1 § 15 IV S. 280 f.

<sup>509</sup> So seither auch (freilich methodisch zweifelhaft unter Hinweis auf die ergänzende Vertragsauslegung) BGH BB 1977, 1271 im Falle der Übernahme der Geschäftsführung durch einen Erben ohne kapital- oder gewinnmäßige Bevorzugung gegenüber den Miterben. Anders in der Begrün-

dung dann BGH WM 1978, 1230, 1231 und 1232, 1233 (Treupflicht als maßgebender Gesichtspunkt). Für Anpassung namentlich auch *Zöllner* Anpassung (Fn. 477) S. 17, 57 f sowie im Grundsatz *H. P. Westermann* in Festschr. Hefermehl S. 230.

<sup>510</sup> RGZ 158, 302, 310; *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 64; *weit.Nachw.* in Fn. 479; enger — nur bei *evidenter* Treuwidrigkeit — aber *Flume* I/1 § 15 II 3 S. 268 f.

<sup>511</sup> BGH aaO (Fn. 506); RGZ 163, 35, 38; *Zöllner* Anpassung (Fn. 477) S. 32 ff.

auf<sup>512</sup>; auch in der Literatur sind klare Abgrenzungskriterien bisher nicht entwickelt worden<sup>513</sup>. Für die Grenzziehung ist entscheidend, ob dem von der Zustimmung des Gesellschafters abhängigen Beschluß Außenwirkung zukommt oder nicht. Für **Beschlüsse mit Außenwirkung**, d. h. solche, die die Gesellschaft als Organisation (Rdn. 141 f) betreffen, ist die gerichtliche Durchsetzung der **Zustimmung unverzichtbar**, soweit die von der Mehrheit gewünschte Regelung nicht ausnahmsweise aus ergänzender Vertragsauslegung (Rdn. 203) folgt. Einer Klage bedarf es danach etwa für die Zustimmung zur Aufnahme oder zum Ausscheiden von Gesellschaftern, zur Auflösung der Gesellschaft oder zu ihrer Rückumwandlung in eine werbende, zu Änderungen bei der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis u. a.<sup>514</sup>; insoweit erfordert meist schon die Notwendigkeit der Handelsregisteranmeldung den Nachweis der erteilten Zustimmung, wenn der widersprechende Gesellschafter nicht freiwillig zur Mitwirkung bereit ist. Wird unzutreffend direkt auf Mitwirkung bei der Handelsregisteranmeldung geklagt, so ist die Klage in eine solche auf Zustimmung umzustellen (BGH WM 1986 68, 70). In Eilfällen besteht die Möglichkeit, über § 940 ZPO eine einstweilige Regelung herbeizuführen<sup>514a</sup>. Zur Notwendigkeit einer Mitwirkungsklage gegen nicht selbst als Kläger beteiligte Mitgesellschafter in den Fällen der §§ 117, 127, 140 vgl. Erläut. d. selbst. — Anderes gilt bei Beschlüssen **ohne Außenwirkung**, insbes. solchen über Geschäftsführungsmaßnahmen oder über Vertragsänderungen mit lediglich innerer (schuldvertraglicher) Wirkung wie Änderungen des Ausschüttungssatzes, der Gewinnverteilung u. a. In derartigen Fällen kann von einer Leistungsklage abgesehen und alsbald — wenn auch auf das Risiko der die Maßnahme vollziehenden Gesellschafter<sup>515</sup> — entsprechend der angestrebten Änderung verfahren werden<sup>515a</sup>. Ein solches Vorgehen liegt vor allem bei Maßnahmen nahe, die einzelne ohne Zustimmung oder gegen den Widerspruch eines Gesellschafters vorgenommene Geschäfte der OHG/KG (RGZ 158 302, 310; 103 35, 39) oder sonstige einmalige Vorgänge ohne Dauerwirkung betreffen. Sache des widersprechenden Gesellschafters ist es dann, sich gegen das eigenmächtige Vorgehen der Mitgesellschafter zur Wehr zu setzen; seine Klage ist wegen des „dolo petit“-Einwands<sup>516</sup> als mißbräuchlich abzuweisen, wenn der Kläger kraft Treupflicht zur Zustimmung verpflichtet ist und durch seine Klage eine Widerklage auf Zustimmung auslösen würde.

**cc) Schadensersatz; Gestaltungsklagen.** Hat das treuwidrige Verhalten zu einem Schaden bei Gesellschaft oder Mitgesellschaftern geführt, so begründet das eine Scha-

251

<sup>512</sup> Auf Zustimmungsklage (oder e. V.) abweichend vom Regelfall verzichtend etwa BGH NJW 1960, 434 (treupflichtwidriger und daher unbeachtlicher Widerspruch gegen faktische Auflösung einer KG), BGH WM 1979, 1058 (Wirksamkeit der gegen die Stimme des Klägers erfolgten Aufnahme einer Kompl.-GmbH zur Vermeidung der Auflösung der KG), BGH NJW 1985, 974 (treuwidrig verweigerte Zustimmung steht Vertragsänderung in Publ.-KG nicht entgegen). Auf die „existenzielle Bedeutung“ des Beschlusses für die Gesellschaft als Kriterium ausnahmsweise zu fingierender Zustimmung abstellend jetzt BGH WM 1986, 1556, 1557.

<sup>513</sup> Vgl. etwa *Soergel/Hadding* BGB 11 § 705, 64, *Lutter AcP* 180 (1980), 119 so auch noch MünchKomm.-Ulmer BGB 2 § 705, 197. Für grundsätzliche Gleichbehandlung von mißbräuchlichem Widerspruch und treuwidrig verweigerter Zustimmung

*Flume I/1* § 15 II 3 S. 269 f; für Unbeachtlichkeit treuwidrig verweigerter Zustimmung nur bei Notgeschäftsführungsmaßnahmen *U. H. Schneider AG* 1979, 57, 64.

<sup>514</sup> Unrichtig daher BGH WM 1979, 1058 (vgl. Fn. 512).

<sup>514a</sup> Wenig einsichtig daher das Kriterium „existenzieller Bedeutung“ des Beschlusses in BGH WM 1986, 1556 (vgl. Fn. 512).

<sup>515</sup> Zur Haftung bei Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis und zur Bedeutung des Sorgfaltsmaßstabs des § 708 BGB in derartigen Fällen vgl. § 110, 9 f und Erläut. zu § 114.

<sup>515a</sup> So wohl auch *Hueck OHG* § 11 III 3 S. 175; a. A. BGH WM 1986, 1556, 1557.

<sup>516</sup> Vgl. dazu MünchKomm.-Roth BGB 2 § 242, 47 ff, 400 f, *Soergel/Teichmann* BGB 11 § 242, 274 ff, 279, 298 ff m. Nachw.

densersatzpflicht des Gesellschafters (Rdn. 215). Bei fortgesetzten oder besonders schwerwiegenden Verstößen kann schließlich auch ein wichtiger Grund zur Entziehung von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis oder zum Ausschluß aus der Gesellschaft gegeben sein.

#### 4. Gleichbehandlungsgrundsatz

##### Schrifttum

G. Hueck Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht (1958); Raiser Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, ZHR 111 (1948), 75 ff. Vgl. auch Hueck OHG § 9 III, Wiedemann GesR I § 8 II 2 S. 427 ff, Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 53 a, 3 ff.

**252 a) Grundlagen.** Wie die Treupflicht (Rdn. 232 ff), so gehört auch der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter zu den **zentralen Rechtssätzen des Gesellschaftsrechts**<sup>517</sup>; in § 53 a AktG ist er inzwischen ausdrücklich normiert. Für das OHG-Recht hat er in einer Reihe dispositiver Normen seinen Niederschlag gefunden (vgl. § 114 Abs. 1, 125 Abs. 1 zur Geschäftsführung und Vertretung, § 119 Abs. 2 zur Abstimmung nach Köpfen, § 121 Abs. 3 zur Gewinn- und Verlustverteilung, dazu auch § 706 Abs. 1 BGB zur Beitragsleistung); seine Geltung für Personengesellschaften ist unbestritten<sup>518</sup>. Der Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes beschränkt sich nicht etwa auf die gesetzlich geregelten Fälle, sondern erfaßt die mitgliedschaftliche Stellung der einzelnen Gesellschafter und deren daraus resultierende Rechte und Pflichten grundsätzlich in jeder Beziehung, sowohl hinsichtlich des Inhalts des Gesellschaftsvertrags als auch hinsichtlich seines Vollzugs.

**253** Was den **Rechtsgrund** für die Gleichbehandlung und ihre Geltung außerhalb der spezialgesetzlichen Normierungen angeht, so kann die Frage dahinstehen, ob und inwieweit sie als überpositiver, unmittelbar aus der Gerechtigkeitsidee zu entwickelnder Rechtssatz<sup>519</sup> im Privatrecht allgemein oder doch für alle Gemeinschaftsverhältnisse<sup>520</sup> Geltung beanspruchen kann. Für das *Gesellschaftsrecht* folgt die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes allein schon daraus, daß die Gesellschafter sich im Gesellschaftsvertrag auf der Grundlage des Gleichrangs zu einer Interessengemeinschaft zusammengeschlossen haben<sup>521</sup>. Der Gleichbehandlungsgrundsatz läßt sich somit ebenso wie die gesellschaftsrechtliche Treupflicht auf den **Gesellschaftsvertrag** zurückführen; er ist der

<sup>517</sup> Vgl. näher Wiedemann GesR I § 8 II 2 S. 427 ff. Allgemein zum Grundsatz gleichmäßiger Behandlung im Privatrecht vgl. Raiser Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, ZHR 111 (1948), 75 ff, Götz Hueck Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht (1958); dort (S. 35 ff und 278 ff) auch zur Anwendung im Gesellschaftsrecht. Zu § 53 a AktG vgl. Hefermehl/Bungeroth in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 53 a, 3 ff.

<sup>518</sup> Vgl. Hueck OHG § 9 III S. 111 f, Rob. Fischer Voraufl. § 109, 3, Westermann Rdn. I 243, Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 705, 65 ff, Staudinger/Kesßler BGB<sup>12</sup> Vor § 705, 58 f.

<sup>519</sup> Raiser ZHR 111 (1948), 75 (81 ff, 83 f, 90); ähnlich G. Hueck (Fn. 517) S. 169.

<sup>520</sup> Dazu namentlich G. Hueck (Fn. 517) S. 128 ff, 153, 169.

<sup>521</sup> Ähnlich Hueck OHG § 9 III (freiwilliger Zusammenschluß), G. Hueck (Fn. 517) S. 152 f (Gemeinschaftsbindung), Staudinger/Kesßler BGB<sup>12</sup> Vor § 705, 59 (Vertrauensverhältnis). Teilweise wird der Grundsatz auch nach Art der Rechtsanalogie aus seiner Verankerung in § 706 Abs. 1 und anderen Normen abgeleitet (so Rob. Fischer Voraufl. § 109, 3, Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 705, 65, Westermann Rdn. I 243). Für Ableitung aus der Gestaltungsmacht des Verbands oder der ihn bestimmenden Personen Wiedemann GesR I § 8 II 2a S. 428 f.

Treupflicht auch inhaltlich nahe verwandt<sup>522</sup>. Einer genaueren Abgrenzung zwischen beiden bedarf es schon wegen der im wesentlichen übereinstimmenden Rechtsfolgen nicht.

**Inhaltlich** ist der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung nicht etwa auf schematische oder formale Gleichstellung der Gesellschafter gerichtet<sup>523</sup>. Er enthält vielmehr ein **Verbot der sachlich nicht gerechtfertigten, willkürlichen Ungleichbehandlung**<sup>524</sup>. Demgegenüber ist die Beachtung solcher Unterschiede bei dem jeweiligen Zusammenschluß, die aus der Sicht des gemeinsamen Zwecks in der Person der Gesellschafter und der Art ihrer Beteiligung bestehen, nicht nur zulässig, sondern entspricht der üblichen Vertragspraxis und kann angesichts des Gerechtigkeitsgehalts des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Einzelfall sogar geboten sein. Dementsprechend wird anstelle der in § 122 Abs. 3 für den Restgewinn vorgesehenen Verteilung nach Köpfen meist eine Ergebnisbeteiligung entsprechend der Beitragsleistung der einzelnen Gesellschafter vereinbart. Auch die internen Mitspracherechte sind häufig danach abgestuft, welche Bedeutung der Mitwirkung der verschiedenen Beteiligten und ihrem Beitrag zur Förderung des gemeinsamen Zwecks jeweils zukommt. Beachtlich sind insoweit neben unterschiedlichem Kapitaleinsatz die jeweilige Tätigkeit der Gesellschafter einschließlich deren Bedeutung für die Gemeinschaft, ferner Alter und Erfahrung, Verdienste um die Gesellschaftsgründung sowie unterschiedliches Haftungspotential<sup>525</sup>.

Sind Unterschiede der in Rdn. 254 genannten Art vorhanden, so begründet zwar der Grundsatz gleichmäßiger Behandlung nicht ohne weiteres einen Anspruch auf Differenzierung, sondern überläßt es grundsätzlich den Gesellschaftern, ihnen im Rahmen der Vertragsgestaltung Rechnung zu tragen<sup>526</sup>. Wohl aber schafft er die **Legitimation für abgestufte Mitgliedschaftsrechte** auch in denjenigen Fällen, in denen diese nicht einstimmig mit dem Einverständnis aller Beteiligten, sondern durch vertraglich zugelassenen Mehrheitsbeschluß begründet oder modifiziert werden (vgl. auch Rdn. 260). Fällt der Grund für die im Gesellschaftsvertrag erfolgte Differenzierung später weg, stellt etwa der mit einem Gewinnvorzug bedachte Geschäftsführer seine Tätigkeit für die Gesellschaft aus Alters- oder Gesundheitsgründen nicht nur vorübergehend ein, so können die Mitgesellschafter von ihm die *Zustimmung zur Vertragsanpassung* entsprechend der Änderung der Geschäftsgrundlage verlangen (Rdn. 247).

Der Grundsatz gleichmäßiger Behandlung ist **dispositiver Natur**<sup>527</sup>, soweit nicht die Schranke des § 138 BGB eingreift (§ 109, 20 f). Die einzelnen Gesellschafter sind also nicht gehindert, in eine sachlich nicht gebotene Vorzugsstellung eines Mitgesellschafters oder eine relative Verschlechterung ihrer eigenen Position einzuwilligen, solange der unverzichtbare Kernbereich ihrer Mitwirkungsrechte dadurch nicht berührt wird. Die

<sup>522</sup> So auch G. Hueck (Fn. 517) S. 107 ff, 112 f, 171; für methodischen Vorrang des Gleichbehandlungsgrundsatzes Raiser ZHR 111 (1948), 75, 83 f. Vgl. auch OGHZ 4, 66, 74 (kein Anspruch aus Treupflicht, soweit seine Durchsetzung die Gleichbehandlung der Gesellschafter gefährdet).

<sup>523</sup> EinhM, vgl. BGH WM 1965, 1284, 1286; G. Hueck (Fn. 517) S. 278 f, Wiedemann GesR I § 8 II 2 S. 427, Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 705, 65, Staudinger/Kefßler BGB<sup>12</sup> Vor § 705, 59.

<sup>524</sup> So namentlich G. Hueck (Fn. 517) S. 179 ff, 182 ff, in Abgrenzung zum positiven Gebot gleicher bzw. gleichmäßiger Behandlung. Nachw. aus der RG-Rspr. vgl. bei Rob. Fischer Vorauf. § 109, 3.

<sup>525</sup> Vgl. die Beispiele bei Westermann Rdn. I 243; zum Maßstab der Gleichbehandlung auch G. Hueck (Fn. 517) S. 198 ff, 323 f.

<sup>526</sup> Vorbehaltlich einer Pflicht zur Vertragsänderung unter dem Gesichtspunkt der Treupflicht (Rdn. 244 ff) oder der Änderung der Geschäftsgrundlage (dazu auch Rdn. 247).

<sup>527</sup> BGHZ 16, 59, 70 = NJW 1955, 384; 20, 363, 369 = NJW 1956, 1198; BGH WM 1965, 1284, 1286; RGZ 151, 321, 326; Rob. Fischer Vorauf. § 109, 3, Westermann Rdn. I 243, Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 705, 65 m. weit. Nachw.

Einwilligung kann nicht nur durch Zustimmung zur konkreten Vertragsgestaltung erteilt werden. Denkbar ist vielmehr auch eine Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag, die der Mehrheit das Recht gibt, Vertragsänderungen in Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz zu beschließen. Solche Vereinbarungen sind freilich durchaus ungewöhnlich und setzen zu ihrer Wirksamkeit neben der eindeutigen Einbeziehung der fraglichen Regelungsgegenstände in ihren Anwendungsbereich (Erläut. zu § 119) auch die vertragliche Bestimmung der **Grenzen** voraus, innerhalb derer sich die Ungleichbehandlung durch Mehrheitsbeschluß halten muß, wenn sie Wirksamkeit erlangen soll (Rdn. 260).

**257**    **b) Einzelausprägungen. aa) Ordnungsprinzip und Auslegungsgrundsatz.** Der Gleichbehandlungsgrundsatz enthält ein rechtserhebliches Ordnungsprinzip<sup>528</sup> für die Ausgestaltung der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten und deren Durchsetzung während der Dauer der Gesellschaft. Es äußert sich einerseits im Bereich der dispositiven Normen, beim Fehlen abweichender Vertragsgestaltung sowie bei der Ausfüllung von **Vertragslücken**. Zum anderen und vor allem hat es Bedeutung, soweit die **Auslegung** des Gesellschaftsvertrags und die Konkretisierung der Rechtsstellung der Gesellschafter in Frage stehen<sup>529</sup>. Dementsprechend bestimmen sich die Mitsprache-(Stimm-) und Vermögensrechte in denjenigen Fällen, in denen der Vertrag mit Rücksicht auf unterschiedliche Beiträge erkennbar von abgestuften Teiligungsrechten ausgeht, im Zweifel einheitlich nach diesem Maßstab; der Gewinnverteilungsschlüssel bestimmt im Zweifel auch die Verlustbeteiligung. Andererseits ist für die Anerkennung von Sonderrechten, die einem Gesellschafter wegen seiner persönlichen Verdienste um die Gesellschaft eingeräumt worden waren, seinen Rechtsnachfolgern gegenüber im Zweifel kein Raum.

**258**    **Im einzelnen** wirkt sich der Grundsatz gleichmäßiger Behandlung vor allem in *drei* Bereichen aus: bei den Einlagen, den Geschäftsführungs- und Stimmrechten sowie bei der Gewinn- und Verlustverteilung unter Einschluß des Entnahmerechts. Hinsichtlich der **Einlagen** kann jeder Gesellschafter gleichmäßige Beteiligung an einer mehrheitlich beschlossenen Erhöhung der Kapitalanteile verlangen (BGH WM 1974 1151; vgl. auch Rdn. 260). Ebenso kann er sich unter Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz dagegen zur Wehr setzen, früher oder in stärkerem Maß als die Mitgesellschafter auf Erfüllung der Beitragspflichten in Anspruch genommen zu werden, soweit kein sachlich gerechtfertigter Grund für dieses Vorgehen vorliegt oder die Ungleichbehandlung im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist<sup>530</sup>. Im Bereich der **Geschäftsführung** wird die Gleichbehandlung vor allem durch das Widerspruchsrecht des § 115 Abs. 1 gesichert, soweit die Gesellschafter nicht gemeinschaftlich geschäftsführungsbefugt sind. Es greift im Zweifel auch dann ein, wenn die Geschäftsführer die Leitung der Gesellschaft unter sich nach Sachgebieten aufgeteilt und einzelne Geschäftsführungsbereiche bestimmten Gesellschaftern allein zugewiesen haben (Erläut. zu § 115).

**259**    Für die **Gewinnverteilung** hat die Gleichbehandlung einmal dann Bedeutung, wenn die Gesellschafter mit Rücksicht auf Leistungsstörungen (Rdn. 152 ff) oder aus sonstigen Gründen ihre Beitragspflichten in ungleichem Maße erfüllt haben: das kann zu einer Abweichung vom vertraglich vereinbarten Schlüssel Anlaß geben, solange das Ungleichgewicht nicht durch Erbringung auch der noch ausstehenden Beiträge oder einer Ersatzleistung hierfür beseitigt ist. Unzulässig ist es auch, von der *Benutzung von Gesellschafts-*

<sup>528</sup> So zutr. G. Hueck (Fn. 517), S. 278 ff.

<sup>530</sup> Vgl. Rob. Fischer Vorauf. § 109, 3, G. Hueck

<sup>529</sup> So außer G. Hueck aaO (Fn. 528) auch Soergel/  
Hadding BGB<sup>11</sup> § 705, 66, Staudinger/Keßler  
BGB<sup>12</sup> Vor § 705, 58.

(Fn. 517) S. 40 f, MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup>  
§ 706, 14 und 18.

*einrichtungen* ohne sachlichen Grund einen Teil der Gesellschafter auszunehmen, unterschiedliche Nutzungsentgelte zu verlangen oder ihnen die Vorteile der Nutzung vorzuenthalten<sup>531</sup>. Ebenso sind die Liefer- oder Bezugsquoten in einem Kartell grundsätzlich gleichmäßig aufzuteilen (BGHZ 16 59, 70 = NJW 1955 384). Schließlich bringt auch eine vertragliche **Entnahmeregelung** Gestaltungsprobleme aus der Sicht des Gleichbehandlungsgrundsatzes mit sich, zumal wenn die Gesellschafter in unterschiedlichem Maße der Steuerprogression unterliegen. In Fällen dieser Art ist es ohne Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zulässig, das Entnahmerecht der einzelnen Gesellschafter an der jeweiligen Höhe ihrer auf die Gesellschaftsbeteiligung entfallenden Steuern auszurichten, solange der nicht entnahmefähige Teil des Gewinns auf Darlehenskonto angemessen verzinst wird (BGH WM 1977 1022).

**bb) Minderheitenschutz.** Besondere Bedeutung gewinnt der Gleichbehandlungsgrundsatz im Hinblick auf den Minderheitenschutz **gegenüber Mehrheitsbeschlüssen**. Wenn deren Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag vorbehaltlich des mehrheitsfesten Kernbereichs (§ 109, 36 ff) auch grundsätzlich zulässig ist und die jeweilige Minderheit damit in Kauf nimmt, Änderungen des Gesellschaftsvertrags nicht verhindern zu können (Erläut. zu § 119), darf die Beschlußfassung doch jedenfalls nicht zur willkürlichen oder sachlich nicht gerechtfertigten Schlechterstellung der Minderheit führen, soweit die Mehrheitsklausel nicht im Einzelfall mit der erforderlichen Bestimmtheit eine Abweichung auch vom Gleichbehandlungsgrundsatz deckt<sup>532</sup>. Nach diesen Grundsätzen ist zumal bei Vertragsänderungen, die die Rechtsstellung einzelner Gesellschafter berühren, Vorsicht geboten<sup>533</sup>. Läßt der Gesellschaftsvertrag eine Kapitalerhöhung durch Mehrheitsbeschluß zu, so muß — wenn nicht eine allgemeine Beitragserhöhung in Frage steht — grundsätzlich sichergestellt werden, daß jeder Gesellschafter die Möglichkeit erhält, sich in gleicher Weise und unter gleichen Bedingungen an der Kapitalerhöhung zu beteiligen<sup>534</sup>.

**c) Rechtsfolgen eines Verstoßes.** Soweit die Gefahr eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht durch Auslegung (Rdn. 257) behoben werden kann, sind Vereinbarungen und Beschlüsse, die zu einer willkürlichen oder sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung der Gesellschafter führen, ohne Zustimmung der benachteiligten Gesellschafter **unwirksam**<sup>535</sup>. Die Unwirksamkeit hat grundsätzlich nur interne Wirkung<sup>536</sup>. Sozialansprüche (Beitragsforderungen), deren Geltendmachung auf Ungleichbehandlung beruht, sind nicht durchsetzbar. Hat die Ungleichbehandlung zu einer Schädigung des benachteiligten Gesellschafters geführt, so kann er von der Gesellschaft und den am Verstoß beteiligten Mitgesellschaftern **Schadensersatz** verlan-

<sup>531</sup> BGH NJW 1960, 2142, 2143 (Genossenschaft); BGH LM BGB § 39 Nr. 2 = NJW 1954, 953 (LS) (Verein); BGH WM 1972, 931 (GmbH); OLG Saarbrücken NJW 1985, 811 (GbR); *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 66.

<sup>532</sup> RGZ 151, 321, 327; *G. Hueck* (Fn. 517), S. 41 Fn. 4 (Nachw.), 305 ff, 307, *Rob. Fischer* Vorauf. § 109, 3, *Westermann* Rdn. I 243, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 65 aE; an der Effektivität des Gleichbehandlungsgrundsatzes als Mittel des Minderheitenschutzes zweifelnd *Wiedemann* GesR I § 8 II 2 S. 427 ff, 429 f, und *Roitzsch* Minderheitenschutz (1981) S. 33 ff.

<sup>533</sup> Zu den Voraussetzungen eines mehrheitlichen Eingriffs in den Kernbereich der Mitgliedschaft

und zur Frage der Aufhebung von Sonderrechten abweichend von § 35 durch Mehrheitsbeschluß vgl. Erläut. zu § 119.

<sup>534</sup> BGH WM 1974, 1151, 1153; *Hueck* OHG § 9 III, *G. Hueck* (Fn. 517) S. 345 ff. Vgl. auch § 186 Abs. 1, 3 AktG (Bezugsrecht), dazu BGHZ 71, 40, 44 f = NJW 1978, 1316, und *Lutter* ZGR 1979, 401 ff. — Zur Erhöhung der Mitgliedschaftspflichten durch Mehrheitsbeschluß vgl. Erläut. zu § 119.

<sup>535</sup> Dazu und zur Möglichkeit der Heilung näher *G. Hueck* (Fn. 517) S. 319.

<sup>536</sup> *Rob. Fischer* Vorauf. § 109, 3, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 67.

gen. Ein Anspruch darauf, einen nur einzelnen Gesellschaftern gewährten **Vorzug** auf alle Beteiligten auszudehnen, besteht dagegen grundsätzlich nicht. Es ist Sache der Gesamthand, auf welche Weise sie den Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz beseitigen will<sup>537</sup>. Anderes gilt dann, wenn einzelne Gesellschafter von einer allgemein gewährten Vergünstigung willkürlich ausgeschlossen wurden<sup>538</sup>. — Zur Möglichkeit, unter Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz eine Vertragsänderung zu verlangen, vgl. auch Rdn. 255.

## 5. Actio pro socio

### Schrifttum

*Hadding* Actio pro socio, Die Einzelklagebefugnis des Gesellschafters bei Gesamthandsansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis (1966); *ders.* Zur Einzelklagebefugnis des Gesellschafters einer Personengesellschaft, JZ 1975 159; *ders.* Zur Einzelklagebefugnis eines Gesellschafters nach deutschem und österreichischem Recht, GesRZ 1984 32; *Häuser* Unbestimmte „Maßstäbe“ als Begründungselement richterlicher Entscheidungen (1981) S. 138 ff (zu BGHZ 25, 47); *Hassold* Actio pro socio, JuS 1980 32; *A. Hueck* Die Geltendmachung von Sozialansprüchen bei der offenen Handelsgesellschaft, ZAKDR 1944 103; *Immenga* Die Minderheitsrechte des Kommanditisten, ZGR 1974 385, 411; *Lutter* Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180 (1980) 84, 132; *Nitschke* Die Geltendmachung von Gesellschaftsforderungen durch den einzelnen Gesellschafter einer Personengesellschaft (Gesamthänderklage), ZHR 128 (1965), 48; *Schumann* Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus pflichtwidriger Geschäftsführung bei Personengesellschaften, DR 1942 1670.

**262 a) Grundlagen. aa) Gegenstand, Anwendungsbereich.** Als **actio pro socio** bezeichnet man das von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht in der OHG (KG) zu unterscheidende Recht jedes Gesellschafters, Sozialansprüche der Gesamthand gegen Mitgesellschafter **im eigenen Namen** gerichtlich geltend zu machen und auf **Leistung an die Gesellschaft** zu klagen. Die Klagebefugnis ist in ständ. höchstrichterl. Rspr. seit vielen Jahrzehnten anerkannt<sup>539</sup> und wird auch vom Schrifttum im Grundsatz einhellig bejaht<sup>540</sup>; allerdings sind ihre Einzelheiten (Klagevoraussetzungen und -wirkungen, vgl. Rdn. 267 ff) lebhaft umstritten. Nach zutr. neuerer Ansicht geht es um die auf höchstrichterlicher Rechtsfortbildung<sup>540a</sup> beruhende, als **Prozeßstandschaft** zu qualifizierende Befugnis jedes Gesellschafters, ein fremdes (der OHG oder KG zustehendes) Recht im eigenen Namen geltend zu machen<sup>541</sup>. Obwohl die actio pro socio ihren Rechtsgrund

<sup>537</sup> OLG Karlsruhe ZIP 1983, 445, 446; *G. Hueck* (Fn. 517), S. 304, *M. Winter* ZHR 148 (1984), 579, 597 ff (auch zu Ausnahmen) m. Nachw. Vgl. auch Fn. 538.

<sup>538</sup> So zutr. *G. Hueck* (Fn. 517) S. 302 ff, *M. Winter* ZHR 148 (1984), S. 579, 600; ähnlich auch BGH WM 1972, 931 (GmbH), BGH NJW 1960, 2142 (Genossenschaft), OLG Saarbrücken NJW 1985, 811 (GbR), OLG Karlsruhe ZIP 1983, 445, 446, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 67.

<sup>539</sup> So unter Beschränkung auf Sozialansprüche erstmals RGZ 90, 300, 302 (1917); vgl. weiter RGZ 91, 34, 36; 158, 302, 314; BGHZ 10, 91, 101 = NJW 1953, 1217; 25, 47, 49 = NJW 1957, 1358; NJW 1960, 433 und 964; NJW 1985, 2830, 2831. Umfass. Nachw. aus der älteren Zeit bei *Hadding* Actio pro socio (1966), S. 110 f; zur BGH-Rspr. vgl. auch *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 49.

<sup>540</sup> Vgl. nur *Hueck* OHG § 18 II 3 S. 261 ff, Vorauf. § 124, 11 (*Rob. Fischer*), *Baumbach/Duden/Hopt*

§ 124, 6 E, *Flume* I/1 § 10 IV S. 139 ff, *Wiedemann* GesR § 8 IV 1 c S. 458 ff, *Westermann* Rdn. I 245, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 48 ff, *Staudinger/Kesler* BGB<sup>12</sup> § 705, 61 ff, MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 705, 169 ff.

<sup>540a</sup> So zutr. insbes. *Wiedemann* GesR I § 1 III 1 b S. 46; kritisch dazu *Häuser* Unbestimmte Maßstäbe (1981) S. 161, 170 ff.

<sup>541</sup> So in neuerer Zeit erstmals *Hadding* (Fn. 539) S. 58 f, 65, 101 und in JZ 1975, 164; ebenso dann *Reinhardt* GesR Rdn. 167, *Wiedemann* S. 461, *Teichmann* AcP 179 (1979), 485, MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 705, 172, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 50, *K. Schmidt* GesR § 21 IV 4 S. 472 f; tendenziell auch BGH NJW 1985, 2830, 2831, *Flume* I/1 § 8 V 1 S. 301, *Lutter* AcP 180 (1980), 134, *Hassold* JuS 1980, 32, 34 bei Fn. 38. Schon früher in diesem Sinne *Heinsheimer* Über die Teilhaberschaft (1930) S. 46 und *Staudinger/Geiler* BGB<sup>10</sup> § 705, 41. Gegenans. vgl. in Fn. 544.

im Gesellschaftsverhältnis findet (Rdn. 264), handelt es sich bei ihr nicht um einen Fall gewillkürter<sup>542</sup>, sondern um einen solchen quasi-gesetzlicher Prozeßstandschaft<sup>543</sup>. Die früher vorherrschende abweichende Auffassung, mit der *actio pro socio* mache der Kläger als Partner des Gesellschaftsvertrages einen ihm zustehenden *eigenen* vertraglichen Anspruch geltend<sup>544</sup>, ist mit Rücksicht auf das neuere Verständnis von der Gesamthand als eigenständigem Inhaber der Sozialansprüche (Rdn. 41, 220) zu Recht überholt<sup>545</sup>. Damit erledigen sich auch die mit der Annahme einer Gläubigermehrheit durch die h. M. verbundenen Probleme für Bestand und Durchsetzbarkeit des Anspruchs<sup>546</sup>.

Hinsichtlich ihres **Anwendungsbereichs** bezieht sich die *actio pro socio* auf sämtliche der OHG (KG) gegen die Mitgesellschafter zustehenden, auf Leistung an die Gesellschaft gerichteten **Sozialansprüche**, darunter neben Einlage- und sonstigen Beitragsforderungen auch auf Schadensersatzansprüche wegen Verletzung von Geschäftsführungs- oder Treupflichten sowie auf solche aus Verstößen gegen das Wettbewerbsverbot des § 112<sup>547</sup>. Eines vorhergehenden Gesellschafterbeschlusses bedarf die Geltendmachung nur, wenn ein solcher aus *materiellrechtlichen* Gründen zur Durchsetzung des Sozialanspruchs erforderlich ist (Rdn. 266). Die Klage kann grundsätzlich auch im Liquidationsstadium erhoben werden (vgl. Erläut. zu § 149). *Unterlassungsansprüche* gegen Geschäftsführungshandlungen können mit der *actio pro socio* nicht durchgesetzt werden, da sie auf einen Eingriff in das Geschäftsführungsrecht hinauslaufen<sup>548</sup>. Ebenfalls nicht von der *actio pro socio* erfaßt werden Ansprüche der Gesellschaft gegen Mitgesellschafter aus *Drittgeschäften* (Rdn. 216): deren Geltendmachung ist grundsätzlich allein Sache der Geschäftsführer.

**bb) Mitgliedschaftsrecht.** Den Rechtsgrund der *actio pro socio* bildet das Gesellschaftsverhältnis. Es handelt sich bei ihr um ein neben den Geschäftsführungsrechten stehendes, mit diesen in bestimmten (im einzelnen umstrittenen, vgl. Rdn. 268) Grenzen konkurrierendes Mitgliedschafts-(Verwaltungs-)recht jedes Gesellschafters<sup>549</sup>. Dementsprechend wird die *actio pro socio* heute im Grundsatz selbst für Mitglieder von Kapitalgesellschaften anerkannt<sup>550</sup>. Ihre Funktion besteht in erster Linie im *Minderhei-*

<sup>542</sup> So aber *Hadding* und *Hassold* aaO (Fn. 541), *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 50.

<sup>543</sup> Vgl. näher MünchKomm.-*Ulmer* BGB<sup>2</sup> § 705, 172 unter Hinweis auf §§ 309 Abs. 4 S. 1, 317 Abs. 4 AktG.

<sup>544</sup> So die frühere BGH-Rspr. (insbes. BGHZ 25, 47, 49 = NJW 1957, 1358; auch NJW 1960, 964, NJW 1973, 2198; u. a.; anders dann wohl BGH NJW 1985, 2830, 2831), ebenso *Rob. Fischer* Voraufl. § 124, 11, *Hueck* OHG § 18 II 3 S. 261, *Soergel/Schulze v. Lasaulx* BGB<sup>10</sup> § 705, 56, *Staudinger/Keffler* BGB<sup>12</sup> § 705, 64, RGRK.-v. *Gamm* BGB<sup>12</sup> § 705, 23, *Flume* I/1 § 10 IV S. 142 (anders dann *ders.* I/2 § 8 V 1 S. 301), *Nitschke* ZHR 128 (1966), 48, 87 ff u. a.

<sup>545</sup> Vgl. dazu insbes. *Teichmann* AcP 179 (1979), 485 in Auseinand. mit der früheren Ansicht *Flumes* (aaO Fn. 544); ihm folgend *Flume* aaO (Fn. 544) und MünchKomm.-*Ulmer* BGB<sup>2</sup> § 705, 172.

<sup>546</sup> Zu dieser Problematik und zum Versuch ihrer Lösung entspr. §§ 328, 335 BGB (berecht. Vertrag zug. Dritter) vgl. MünchKomm.-*Ulmer* BGB<sup>2</sup> § 705, 171 m. Nachw. in Fn. 409.

<sup>547</sup> Heute einhM, vgl. nur *Hueck* OHG § 18 II 3 S. 261, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 48, *Flume* I/1 § 10 IV S. 140; weitergehend noch RGZ 70, 32, 34, und 76, 276, 280 (Erstreckung auf Ansprüche gegen Dritte und auf Drittgläubigerforderungen).

<sup>548</sup> BGHZ 76, 160, 168 = NJW 1980, 1463 (Klage eines Kommanditisten).

<sup>549</sup> So zutr. namentlich *Flume* I/2 § 8 V 1 S. 301, *Lutter* AcP 180 (1980), 133 f, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 50, *Teichmann* AcP 179 (1979), 485, *Wiedemann* GesR I § 5 III 2 b S. 273 f, § 8 IV 1 c S. 459 ff.

<sup>550</sup> Vgl. nur *Flume* I/2 § 8 V S. 301 ff, *Lutter* AcP 180 (1980), 135 ff, *K. Schmidt* GesR § 21 IV S. 467, 477 ff, *Wiedemann* GesR § 8 IV 1 c S. 461 ff, für die GmbH insbes. auch *Martens*, Mehrheits- und Konzernherrschaft in der personalistischen GmbH (1970), S. 78 ff, 157 ff, und *Berger* ZHR 149 (1985), 599 ff. Ablehnend jetzt aber, soweit nicht eigene Rechte der klagenden Gesellschafter in Frage stehen, *Zöllner* ZGR 1988, 392 ff.

tenschutz<sup>551</sup>, ohne hierauf beschränkt zu sein. Von Bedeutung ist die actio pro socio vor allem in Fällen, in denen der geltend zu machende Anspruch sich entweder gegen geschäftsführende Gesellschafter richtet oder in denen diese aus sonstigen Gründen zur Rechtsverfolgung nicht bereit oder in der Lage sind. Wegen ihrer Minderheitenschutz- und Kontrollfunktion<sup>551a</sup> kann die actio pro socio im Gesellschaftsvertrag zwar eingeschränkt, aber nicht völlig abbedungen werden<sup>552</sup>. Als *unabdingbarer Mindestbestand* bietet sich der Maßstab des § 118 Abs. 2 an<sup>553</sup>.

**265** c) **Actio pro socio und materielles Recht.** Verbreitete Unklarheit besteht nach wie vor über das Verhältnis zwischen der actio pro socio als eigener Klagebefugnis jedes Gesellschafters und ihrem materiellrechtlichen Gegenstand, dem geltend gemachten Sozialanspruch<sup>554</sup>. Sieht man in der actio pro socio mit der neueren Lehre (Rdn. 262) einen Fall der Prozeßstandschaft, so bereitet das Verhältnis zwischen beiden keine ernsthaften Schwierigkeiten. Materiellrechtlicher Klagegrund ist danach der der OHG (KG) gegen den (die) verklagten Mitgesellschafter zustehende Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältnis; dieses ist für seinen Bestand und seine Durchsetzbarkeit maßgebend. Hat die Gesellschaft wirksam auf den Anspruch verzichtet oder sich hierüber verglichen, so kann er auch nicht im Wege der actio pro socio durchgesetzt werden; diese ist als unbegründet abzuweisen<sup>555</sup>. Entsprechendes gilt, wenn dem verklagten Mitgesellschafter eine Einrede gegen den Anspruch zusteht, etwa die Einrede der Rechtskraft eines klagabweisenden Urteils im vorangegangenen Prozeß der Gesellschaft gegen den Mitgesellschafter; sie kann auch einem aus actio pro socio vorgehenden Kläger entgegengesetzt werden.

**266** Soweit die **Durchsetzbarkeit** des Anspruchs aus materiellrechtlichen Gründen einen **vorhergehenden Gesellschafterbeschuß** erfordert, ist das auch im Rahmen der actio pro socio zu beachten<sup>556</sup>. Zu denken ist etwa an Ansprüche wegen Verletzung des Wettbewerbsverbots (§ 113 Abs. 1 und 2) oder an Beitragsforderungen, deren Durchsetzung nach dem Gesellschaftsvertrag von einer Beschlüßfassung der Gesellschafter abhängt. — Es gibt jedoch keinen allgemeinen Grundsatz, wonach Sozialansprüche nur aufgrund eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses geltend gemacht werden können<sup>557</sup>. Im Gegenteil setzt der **Verzicht** der Gesellschaft auf einen Sozialanspruch — als Vertragsänderung — regelmäßig einen einstimmigen Beschuß der übrigen Gesellschafter voraus<sup>558</sup>. Dem aus actio pro socio klagenden Gesellschafter steht ein Verfügungsrecht

<sup>551</sup> So schon Hueck OHG § 18 II 3 Fn. 21 (S. 266); ebenso die in Fn. 549 genannten Autoren sowie Staudinger/Kesler BGB<sup>12</sup> § 705, 67, Rob. Fischer ZGR 1979, 260, Immenga ZGR 1974, 385, 411, U. H. Schneider ZHR 142 (1978), 228, 241.

<sup>551a</sup> Auf sie weist Wiedemann GesR I S. 274, 459 hin.

<sup>552</sup> So mit unterschiedlicher Grenzziehung zutr. Huber Vermögensanteil S. 28 f, Rob. Fischer ZGR 1979, 261, Flume I/1 § 10 IV S. 144, Lutter AcP 180 (1980), 84, 132, Wiedemann GesR I § 5 III 2b S. 273, Martens (Fn. 550) S. 96; a. A. — für Abdingbarkeit — Hadding (Fn. 539) S. 65, Hueck OHG § 18 II 3 S. 267, Soergel/Schultze v. Lasaulx BGB<sup>10</sup> § 705, 59; offenlassend BGH WM 1973, 1291, 1292 und NJW 1985, 2830, 2831.

<sup>553</sup> Ebenso Wiedemann GesR § 5 III 2 b S. 274.

<sup>554</sup> Vgl. etwa BGH NJW 1985, 2830, wo im Leitsatz die Frage nach der Einschränkung oder dem Ausschluß der actio pro socio gestellt wird, während die Gründe sich mit den Voraussetzungen eines

Verzichts der Gesellschaft auf den klageweise geltend gemachten Sozialanspruch befassen.

<sup>555</sup> BGHZ 25, 47, 50 = NJW 1957, 1358; BGH NJW 1985, 2830, 2831; Hadding (Fn. 539) S. 93 ff, Hueck OHG § 18 II 3 S. 263, MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 705, 174.

<sup>556</sup> Vgl. Rob. Fischer Vorauf. § 124, 11, Hueck OHG § 18 II 3 S. 264, MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 705, 174.

<sup>557</sup> So aber (unter Hinweis auf § 116 Abs. 2) Soergel/Hadding BGB<sup>11</sup> § 705, 48, für Schadensersatzansprüche auch RGZ 171, 51, 54 ff; a. A. zu Recht die h. M.; vgl. BGHZ 25, 47, 50 = NJW 1957, 1358, BGH NJW 1985, 2830, 2831, Rob. Fischer Vorauf. § 124, 11, Hueck OHG § 18 II 3 S. 260 und ders. ZAKDR 1944, 103, Soergel/Schultze v. Lasaulx BGB<sup>10</sup> § 705, 56 f m. weit. Nachw.

<sup>558</sup> BGH NJW 1985, 2830, 2831 (vorbehaltlich einer wirksamen Mehrheitsklausel), Hueck OHG § 18 II 3 S. 265, Staudinger/Kesler BGB<sup>12</sup> § 705, 68.

über den Sozialanspruch im Unterschied zur Gesamthand nicht zu<sup>559</sup>. Er kann sich hierüber daher auch nicht vergleichen. Zur Bedeutung eines klagabweisenden Urteils für die Durchsetzbarkeit des Anspruchs durch die Gesellschaft vgl. Rdn. 269.

**b) Einzelfragen.** Lebhaft umstritten sind — abgesehen von der Rechtsnatur der *actio pro socio* als Prozeßstandschaft oder Geltendmachung eines eigenen materiellen Rechts (Rdn. 262) — vor allem auch ihre Zulässigkeitsvoraussetzungen (Rdn. 268) und die prozessualen Wirkungen einer vom Gesellschafter erhobenen Klage auf Leistung an die Gesellschaft für eine daneben oder im Anschluß daran erhobene, auf das gleiche Ziel gerichtete Klage der OHG oder KG (Rdn. 269). Die Stellungnahme hierzu wird einerseits von der Kompetenzverteilung in der Gesellschaft, andererseits von der Rechtsnatur der *actio pro socio* bestimmt. Ihre Qualifikation als auf richterlicher Rechtsfortbildung beruhende Prozeßstandschaft (Rdn. 262) gestattet den Rückgriff auf die für die gesetzliche Prozeßstandschaft geltenden Grundsätze, auch wenn deren abschließende Klärung noch aussteht<sup>560</sup>.

**aa) Zulässigkeitsvoraussetzungen.** Die Zulässigkeit der *actio pro socio* hängt mit Rücksicht auf ihre Rechtsnatur als Mitgliedschaftsrecht in erster Linie ab von der **Gesellschafterstellung des Klägers**. Fehlt sie oder fällt sie während des Rechtsstreits fort, so ist die Klage als unzulässig abzuweisen; die auf den Übergang der Sachlegitimation abstellende Vorschrift des § 265 ZPO greift nicht ein<sup>561</sup>.

**Umstritten** ist, ob die Zulässigkeit der Klage davon abhängen soll, daß die Rechtsverfolgung im Wege der *actio pro socio* **notwendig** ist. Rechtsprechung<sup>562</sup> und überwiegende Literaturansicht<sup>563</sup> lehnen eine solche Einschränkung ab und begnügen sich damit, auf die aus der *Treupflicht* folgenden Schranken gegen einen Mißbrauch der Klagebefugnis zu verweisen. Demgegenüber behandelt die Gegenansicht<sup>564</sup> die *actio pro socio* als *subsidiär* gegenüber der Rechtsverfolgung durch die Gesellschaft selbst; sie will sie dementsprechend nur in Sondersituationen zulassen<sup>565</sup>. Für diese Ansicht läßt sich zwar nicht die Rechtsnatur als Prozeßstandschaft anführen<sup>566</sup>, wohl aber die mit der *actio pro socio* verbundene Durchbrechung der Zuständigkeitsordnung in der Gesellschaft<sup>567</sup>. Allerdings bedarf die Subsidiaritätsthese einer **Einschränkung**, um den mit

<sup>559</sup> So auch *Rob. Fischer* Voraufl. § 124, 11, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 50.

<sup>560</sup> Vgl. näher *Zöller/Vollkommer* ZPO<sup>15</sup> Vor § 50, 21 ff, 41 ff.

<sup>561</sup> Insoweit a. A. BGH NJW 1960, 964, aber auch *Hadding* (Fn. 539) S. 102; wie hier *Wiedemann* GesR I § 18 IV 1 c S. 461.

<sup>562</sup> Leitscheidung ist — in Auseinandersetzung mit RGZ 171, 51, 54 f (vgl. Rdn. 266) — BGHZ 25, 47, 49 f = NJW 1957, 1358. So ohne besondere Stellungnahme auch BGH BB 1958, 603; NJW 1960, 964; WM 1971, 723, 725; WM 1972, 1229, 1230; NJW 1973, 2198, 2199; NJW 1985, 2830, 2831. Abweichende Formulierungen finden sich (ohne inhaltliche Auseinandersetzung mit BGHZ 25, 47) nur in BGH NJW 1960, 433 (Anspruch sei „in erster Linie“ von den Geschäftsführern geltend zu machen) und in BGH NJW 1974, 1555, 1556 (die Anspruchsverfolgung durch einzelne Gesellschafter sei „nur als Hilfsrecht gegeben“).

<sup>563</sup> So *Rob. Fischer* Voraufl. Rdn. 31 b, *Hueck* OHG § 18 II 3 S. 266 f, *Soergel/Schultze-v. Lasaulx* BGB<sup>10</sup> § 705, 57, *Staudinger/Keffler* BGB<sup>12</sup> § 705, 68, *RGRK-v. Gamm* BGB<sup>12</sup> § 705, 23, *Flume* I/1

§ 10 IV S. 143, *Rob. Fischer* ZGR 1979, 261, *Immenga* ZGR 1974, 414, *Stimpel* in: *Pehle/Stimpel* Richterl. Rechtsfortbildung (1969) S. 18 f, wohl auch *Wiedemann* GesR I § 5 III 2 b S. 274, § 8 IV 1 c S. 460. Gegen jede treupflichtbedingte Einschränkung *Huber* Vermögensanteil S. 27.

<sup>564</sup> So *Hadding* (Fn. 539) S. 59 ff, *Nitschke* ZHR 128 (1966), 84 ff, und — ihnen folgend — *Lutter* AcP (1980), 134, *Reinhardt/Schultz* Rdn. 162 und *K. Schmidt* GesR § 21 IV 4 S. 474.

<sup>565</sup> Vgl. insbes. *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 50 (ähnlich schon *Hadding* aaO Fn. 539 S. 59 ff), die die *actio pro socio* nur für zulässig halten, wenn entweder eine Gesamtwillensbildung in der Gesellschaft zu einem non liquet führt oder die Ablehnung der Anspruchsdurchsetzung durch die Mehrheit rechtswidrig ist oder schließlich die Gesellschaft sich in Liquidation befindet.

<sup>566</sup> So aber anscheinend *K. Schmidt* GesR § 21 IV 4 S. 473.

<sup>567</sup> Darauf haben vor allem *Hadding* (Fn. 539) S. 53 ff und *Nitschke* ZHR 128 (1966), 86 zu Recht hingewiesen.

der Klagebefugnis bezweckten Minderheitenschutz (Rdn. 264) nicht zu gefährden: die Klage ist schon dann **zulässig, wenn der Kläger Gründe für die Notwendigkeit der Klageerhebung schlüssig darlegt**. Es genügt der Vortrag, daß der Gesellschaft ein durchsetzbarer Anspruch gegen den oder die verklagten Mitgesellschafter zusteht und daß die Aufforderung an die Geschäftsführer, den Anspruch geltend zu machen, erfolglos oder — wegen deren eigener Betroffenheit — nicht erfolgversprechend war<sup>568</sup>. Im übrigen muß der klagebereite Gesellschafter die *Interessen der Gesamthand* berücksichtigen und darf sich nicht ausschließlich von eigenen Interessen leiten lassen. Das gilt namentlich bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen<sup>569</sup>; der Verzicht hierauf wird ihm umso eher zuzumuten sein, je geringer Tragweite und Auswirkungen der Vertragsverletzung sind und je größere Nachteile sich aus dem einseitigen Vorgehen für den Gesellschaftsfrieden ergeben können.

**269 bb) Prozessuale Wirkungen.** Die Klage begründet ein Prozeßrechtsverhältnis des im *eigenen* Namen klagenden Gesellschafters zum Beklagten; er kann freilich nur solche Prozeßhandlungen vornehmen, die nicht (wie der Vergleich) zugleich eine materiellrechtliche Verfügung über den Anspruch enthalten (Rdn. 266). Der Kläger und nicht die Gesellschaft ist Kostenschuldner<sup>570</sup>; im Fall der Klageabweisung hat er nicht ohne weiteres einen Aufwendungsersatzanspruch gegen die Gesellschaft (§ 110, 10, 12 ff). **Umstritten** ist, ob gegenüber der Gesamthandsklage der Einwand der Rechtshängigkeit mit Rücksicht auf die *actio pro socio* eingreift und ob sich Rechtskraftwirkungen aus einem Urteil im Verfahren der *actio pro socio* für oder gegen die Gesellschaft ergeben können<sup>571</sup>. Nach den für die gesetzliche Prozeßstandschaft geltenden Grundsätzen sind beide Fragen im Grundsatz zu verneinen<sup>572</sup>. Daher kann die Gesellschaft ungeachtet der **Rechtshängigkeit** der *actio pro socio* den Anspruch selbst klageweise geltend machen. Für die *actio pro socio* hat die Klageerhebung durch die OHG (KG) freilich zur Folge, daß dadurch im Regelfall die Notwendigkeit der Gesellschafterklage als Prozeßvoraussetzung entfällt und sie als unzulässig abzuweisen ist; dem Gesellschafter bleibt die Möglichkeit der Nebenintervention<sup>573</sup>. Die Frage der **Rechtskraft** stellt sich gewöhnlich nur im Hinblick auf ein *klageabweisendes* Urteil im Rahmen der *actio pro socio*; es hindert die spätere eigene Rechtsverfolgung durch die Gesellschaft nicht. Wird andererseits der von der *Gesellschaft* geltend gemachte Sozialanspruch dieser gegenüber rechtskräftig aberkannt, so ist das auch für die *actio pro socio* von Bedeutung, da der Schuldner insoweit alle Einwendungen erheben kann, die ihm gegen die Gesamthand zustehen, einschließlich des Einwands, die Forderung sei rechtskräftig aberkannt (Rdn. 265). Dieser Einwand kann vom beklagten Gesellschafter auch im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO geltend gemacht werden<sup>574</sup>.

<sup>568</sup> Zur Nichterforderlichkeit eines der Klageerhebung zustimmenden Gesellschafterbeschlusses als Zulässigkeitsvoraussetzung vgl. Rdn. 266 und Fn. 557.

<sup>569</sup> Vgl. auch *Hadding* JZ 1975, 160 zur damit verbundenen Gefährdung des Vertrauensverhältnisses.

<sup>570</sup> *EinhM.*, vgl. *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 705, 50, *Ganssmüller* DB 1954, 860, 862, *Hueck* JZ 1957, 626, 627, *Hadding* (Fn. 539) S. 106.

<sup>571</sup> Für Rechtskraftwirkung des die *actio pro socio* abweisenden Urteils gegenüber der Gesellschaft *Hadding* (Fn. 539) S. 104 ff und *Wiedemann* GesR I § 8 IV 1 c S. 461 entgegen der h. M. (vgl. *Hueck* OHG § 18 II 3 S. 264, *Staudinger/Kesler* BGB<sup>12</sup>

§ 705, 59); ebenso für Einwand der Rechtshängigkeit gegenüber einer nachträglich von der Gesamthand erhobenen Klage *Hadding* S. 101 f und *Wiedemann* aaO.

<sup>572</sup> H. M., vgl. BGHZ 78, 1, 7 = NJW 1980, 2463; 79, 245, 247 f = NJW 1981, 1097 m. weit. Nachw. Krit. dazu im Hinblick auf den unzureichenden Schutz des beklagten Schuldners *Zöller/Vollkommer* (Fn. 560) Vor § 50, 47.

<sup>573</sup> A. A. — für Nebenintervention der Gesellschaft im Prozeß des Gesellschafters — *Hadding* (Fn. 539) S. 102.

<sup>574</sup> Ebenso *Flume* I/1 § 10 IV S. 145.

### III. Die Vermögensordnung in der OHG

#### 1. Unterscheidung zwischen Gesamthands- und Privat-(Gesellschafter-)Vermögen

a) **Allgemeines.** Die Vermögensordnung in der OHG wird bestimmt durch das Gesamthandsprinzip. Danach unterliegt das der gemeinsamen Zweckverfolgung dienende Gesellschaftsvermögen **gesamthänderischer Bindung**; im Unterschied zum Privatvermögen der Gesellschafter ist es mit dinglicher Wirkung der Gesellschaftergesamtheit (Gruppe) zugeordnet (vgl. näher Rdn. 41). **Konsequenzen** der Sonderzuordnung sind die alleinige Verfügungsbefugnis der Gesellschaftsorgane (vertretungsberechtigte Geschäftsführer) über das Gesellschaftsvermögen unter Ausschluß der Gesellschafter persönlich (Rdn. 293f) sowie der vorrangige Zugriff der Gesellschaftsgläubiger hierauf (§ 124 Abs. 2), während die Privatgläubiger eines Gesellschafters auf die Verwertung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben (§ 135) verwiesen sind. Der klaren rechtlichen Trennung zwischen Gesamthands- und Privat-(Gesellschafter-)vermögen entspricht die Notwendigkeit, bei Gründung der Gesellschaft oder späterem Beitritt die versprochenen Einlagen der Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen zu übertragen, soweit die Einbringung nicht nur quoad usum oder sortem erfolgen soll (Rdn. 279 f).

Die für das gesellschaftsrechtliche Gesamthandsvermögen **maßgebenden Vorschriften** finden sich in den §§ 718, 719, 738 BGB. Sie gelten aufgrund der Verweisung des § 105 Abs. 2 auch für die Personenhandelsgesellschaften (Rdn. 64). Unter ihnen regelt **§ 718 BGB** die Entstehung des Gesamthandsvermögens; die Vorschrift ist nicht abschließend (Rdn. 278). In **§ 719 BGB** findet sich der Grundsatz gesamthänderischer Bindung des Gesellschaftsvermögens (vgl. näher Rdn. 283 ff). **§ 738 Abs. 1 S. 1 BGB** schließlich enthält die mit dem Gesamthandsprinzip notwendig verbundene Rechtsfolge der „Anwachsung“ beim Ausscheiden eines Gesellschafters (vgl. Rdn. 287). Hinzukommen die Vorschriften des **§ 124 HGB** über den Rechtserwerb der OHG unter ihrer Firma (Abs. 1) und über die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen (nur) aufgrund eines gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitels (Abs. 2). Sie bringen die mit der Gesamthandsfigur verbundene rechtliche Verselbständigung der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand gegenüber ihren Gesellschaftern in vermögens- und personenrechtlicher Hinsicht zum Ausdruck und gelten daher — vorbehaltlich der fehlenden Parteifähigkeit der GbR im Zivilprozeß — sinngemäß auch für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts<sup>575</sup>.

b) **Folgerungen.** Als Außengesellschaft (Rdn. 45) mit eigener Organisation **entsteht die OHG (KG) notwendig mit Gesamthandsvermögen**<sup>576</sup>. Das gilt nicht erst aufgrund der von den Gesellschaftern geleisteten Beiträge oder der Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr (§ 718 Abs. 1 BGB). Vielmehr kommt Gesamthandsvermögen — in Gestalt der auf die Einlageleistungen gerichteten Sozialansprüche — bereits mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrags zur Entstehung (Rdn. 278). Eine Innengesellschaft ohne Gesamthandsvermögen<sup>577</sup> ist bei Gründung einer auf den *gemeinsamen Betrieb* eines Unternehmens gerichteten Gesellschaft auch dann begrifflich ausgeschlossen, wenn die Gesellschaft wegen des soll- oder kannkaufmännischen Unternehmensgegenstands zunächst als GbR entsteht (Rdn. 50). — Näher zur Begründung von Gesamthandsvermögen, zur Vermögensbeteiligung der Gesellschafter und zur Verfügung über Gesamthandsvermögen vgl. Rdn. 277 ff, 283 ff, 293 f.

<sup>575</sup> Vgl. näher *Flume* I/1 § 5 S. 68 f und MünchKomm.-*Ulmer*BGB<sup>2</sup> § 705, 130 ff.

<sup>576</sup> Das war früher streitig (vgl. Nachw. in Vorauf. Rdn. 41), steht heute aber zumindest im Ergebnis außer Zweifel (vgl. etwa *Schlegelberger/Gesfler*

*Rdn. 30: Gesamthandsvermögen kein Wesensmerkmal der OHG, aber zwangsläufige Folge des gemeinsamen Betriebs des Handelsgewerbes).*

<sup>577</sup> Dazu vgl. näher MünchKomm.-*Ulmer* BGB<sup>2</sup> § 705, 236 f.

- 273** Aus der Trennung von Gesamthands- und Privatvermögen folgt weiter, daß **Verfügungsbeschränkungen einzelner Gesellschafter** sich nicht auf Verfügungen über Gegenstände des Gesamthandsvermögens auswirken. Grundstücksgeschäfte einer OHG (KG) bedürfen daher auch dann nicht vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung (§ 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB), wenn zu den Gesellschaftern nicht voll geschäftsfähige Personen gehören. Erwerben Gesellschafter durch Abtretung oder kraft Rechtsgeschäfts mit der OHG (Drittgeschäft, vgl. Rdn. 216) Forderungen gegen diese, so tritt **keine Konfusion** ein; Gläubiger- und Schuldnervermögen unterliegen je getrennter Zuordnung.
- 274** Aus der Anerkennung eines besonderen Gesellschaftsvermögens für die jeweilige Gesellschaft erklärt sich auch, daß **zwischen verschiedenen gesamthänderisch gebundenen Vermögensmassen zu unterscheiden** ist. Das gilt selbst dann, wenn die jeweilige Gesamthand sich aus *denselben Personen* zusammensetzt. Gründen die Gesellschafter unter sich eine personengleiche zweite OHG (KG, GbR), so entsteht dadurch ein weiteres Gesamthandsvermögen; zum Übergang von Vermögensteilen der einen auf die andere Gesamthand bedarf es entsprechender Übertragungsakte der verfügungsbefugten Gesellschafter (Rdn. 280). Entsprechendes gilt, wenn Miterben mit Mitteln des Nachlasses eine OHG (KG, GbR) gründen, etwa zur gemeinsamen Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts in Gesellschaftsform (Rdn. 57).
- 275** c) **Haftung aus § 419 BGB.** Die Voraussetzungen einer Anwendung des § 419 BGB im Zusammenhang mit der Begründung und Übertragung von Gesamthandsvermögen sind **umstritten**. In der *schuldrechtlichen* Diskussion zur Haftung des Vermögensübernehmers herrscht die Ansicht vor, Gesamthands- und Privat-(Gesellschafter-)vermögen seien bei Personengesellschaften im Unterschied zu Kapitalgesellschaften grundsätzlich als **Einheit** zu behandeln<sup>578</sup>. Das hätte zur Folge, daß § 419 BGB nur eingreift, wenn von der Übertragung das wesentliche Vermögen von Gesellschaft *und* Gesellschaftern betroffen ist, d. h. vor allem in Fällen, in denen sich das Vermögen der Gesellschafter auf ihre Beteiligung an der Gesellschaft beschränkt und diese ihr Vermögen an einen Dritten überträgt<sup>579</sup>. Dem ist aus *gesellschaftsrechtlicher* Sicht **nicht** zu folgen<sup>580</sup>. Auch wenn man entsprechend der für § 419 BGB gebotenen teleologischen Betrachtung die Haftungsverhältnisse in der OHG (KG) in den Vordergrund stellt und den in § 128 vorgesehenen Haftungservband von OHG und Gesellschaftern berücksichtigt, läßt sich die von der überw. M. vertretene Einheitsbetrachtung wegen der bestehenden Unterschiede zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterhaftung (Rdn. 276) nicht halten.
- 276** Die nach Rdn. 275 erforderliche Unterscheidung zwischen Gesamthands- und Privatvermögen ist bedeutsam vor allem für die **Einbringung des wesentlichen Vermögens eines Gesellschafter in die Gesellschaft**. Bei ihr sind die — auf den mittelbaren Zugriff nach § 135 beschränkten — Privatgläubiger des Gesellschafter in besonderem Maße auf den Schutz des § 419 BGB angewiesen<sup>581</sup>. Schutzbedürftig sind aber auch die Gesellschaftsgläubiger im Falle der **Übertragung des wesentlichen Gesellschaftsvermögens auf einen Dritten**, da ihnen dadurch der vorrangige Zugriff hierauf verlorengeht und sie

<sup>578</sup> Vgl. *Nörr/Scheyhing* Sukzessionen (1983), § 29 IV 2 b S. 330 f, MünchKomm.-*Möschel* BGB<sup>2</sup> § 419, 22–24, *Soergel/Zeiss* BGB<sup>11</sup> § 419, 10, *Palandt/Heinrichs* BGB<sup>47</sup> § 419, 2 d, und die Rspr.-Nachw. in Fn. 579, 581. So auch noch Voraufl. Rdn. 41 b (*Rob. Fischer*).

<sup>579</sup> BGHZ 27, 257, 263 f = NJW 1958, 1484; WM 1958, 937. Ebenso schon RG JW 1910, 242; 1918, 35.

<sup>580</sup> Vgl. insbes. *Wiedemann* GesR I § 5 II 2a S. 261 m. Nachw.; so auch MünchKomm.-*Ulmer* BGB<sup>2</sup> § 718, 25, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 718, 16.

<sup>581</sup> So neben den in Fn. 580 Genannten auch *Huber* Vermögensanteil S. 108 f; a. A. BGH BB 1954, 700, 1964, 8, und die in Fn. 578 genannten Autoren.

hinsichtlich des als Haftungsobjekt verbleibenden Privatvermögens der Gesellschafter mit den Privatgläubigern konkurrieren<sup>582</sup>. § 419 BGB findet schließlich auch Anwendung beim **Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters** mit der Folge des Vermögensübergangs kraft Anwachsung auf den verbliebenen Gesellschafter (Rdn. 288)<sup>583</sup>; allerdings ergibt sich dessen Haftung hier regelmäßig schon aus der mit der Anwachsung verbundenen Gesamtrechtsnachfolge.

## 2. Begründung von Gesamthandsvermögen

**a) Grundlagen.** Die Begründung von Gesamthandsvermögen regelt § 718 BGB. Er **277** lautet wie folgt:

### § 718

(1) Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen).

(2) Zu dem Gesellschaftsvermögen gehört auch, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird.

Zu unterscheiden ist danach zwischen der *rechtsgeschäftlichen Begründung* von Gesamthandsvermögen, sei es durch Leistung von Beiträgen oder durch Geschäftsführung namens der Gesellschaft (§ 718 Abs. 1 BGB, vgl. Rdn. 279 ff) sowie dem *Erwerb durch Surrogation* (§ 718 Abs. 2 BGB, vgl. Rdn. 282).

Die Vorschriften des § 718 BGB sind nicht abschließender Natur. Gesamthandsvermögen kann vielmehr auch **auf andere Weise** entstehen. Den wichtigsten Fall bildet die Begründung von Sozialansprüchen im *Gesellschaftsvertrag*; sie stehen der Gesellschaft schon vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses an zu und unterliegen mit ihrer Entstehung gesamthänderischer Bindung, ohne daß es eines besonderen Einbringungsaktes der Gesellschafter bedarf<sup>584</sup>. In Betracht kommen zweitens Fälle der *Gesamtrechtsnachfolge* der OHG (KG), sei es durch Umwandlung einer Kapitalgesellschaft (Rdn. 54), sei es durch Erbeinsetzung der Gesellschaft; gegen deren Erfähigkeit bestehen keine Bedenken<sup>585</sup>. Weiter zu nennen sind die Begründung von Gesamthandsforderungen durch Vermächtnis, Vertrag zugunsten Dritter oder durch Verletzung gesellschaftsvertraglicher Pflichten sowie die Fälle der Verbindung, der Vermischung oder der Verarbeitung für die Gesamthand<sup>586</sup>.

**b) Rechtsgeschäftliche Begründung (§ 718 Abs. 1 BGB).** **aa) Leistung der Beiträge.** **279** Zur für Gesellschaftsverträge begriffsnotwendigen Pflicht zur Beitragsleistung vgl. Rdn. 17 f, zu den Arten von Beiträgen und ihrer Einbringung vgl. Rdn. 227 ff, zur Behandlung von Leistungsstörungen bei Erbringung der Beiträge und von Beitragsmängeln vgl. Rdn. 148 ff. Die — im Rahmen von § 718 Abs. 1 BGB relevante — **Erfüllung**

<sup>582</sup> So *Hadding, Ulmer* und *Wiedemann* aaO (Fn. 580); a. A. BGH und RG aaO (Fn. 579) und die in Fn. 578 genannten Autoren.

<sup>583</sup> Einschr. auch insoweit MünchKomm.-*Möschel* BGB<sup>2</sup> § 419, 24: nur wenn der Gesellschaftsanteil das gesamte Vermögen des Ausscheidenden bildet. Zur Nichtberücksichtigung des Abfindungsanspruchs im Rahmen von § 419 BGB vgl. BB 1954, 700.

<sup>584</sup> So zutr. erstmals RGZ 76, 276, 278 f; vgl. weiter RGZ 111, 77, 83 (heute ganz h. M.).

<sup>585</sup> Ganz h. M., vgl. MünchKomm.-*Leipold* BGB § 1923, 29, *Soergel/Stein* BGB<sup>11</sup> § 1923, 7, *Hueck* OHG § 16 III 4 S. 225 f, *Rob. Fischer* Vorauf. Rdn. 41. Nicht eindeutig *Lange/Kuchinke* ErbR<sup>2</sup> § 4 III 1 Fn. 11 (erbfähig sei nicht die Gemeinschaft zur gesamten Hand als solche, es erben vielmehr ihre Mitglieder zu gleichen Teilen).

<sup>586</sup> Vgl. näher MünchKomm.-*Ulmer* BGB<sup>2</sup> § 718, 19, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 718, 13.

der Beitragspflichten durch Übertragung der geschuldeten Sachen oder Rechte auf die Gesamthand bestimmt sich nach den **allgemeinen Vorschriften**. Sie macht es demgemäß erforderlich, nach der Art der Beiträge zu differenzieren. Soweit es sich um zur Einbringung quoad dominium (Rdn. 229) bestimmte Vermögensgegenstände handelt, erfolgt die Übertragung von Grundstücken nach §§ 925, 873 BGB, die Übereignung beweglicher Sachen nach §§ 929–931 BGB, die Abtretung von Forderungen und sonstigen Rechten nach §§ 398, 413 BGB. Die Regelung im Gesellschaftsvertrag beschränkt sich meist auf die *Begründung* der Beitragsverpflichtung; anderes gilt nur dann, wenn es sich um die Übertragung von Forderungen und sonstigen Rechten handelt und aus den Umständen zu entnehmen ist, daß die Beitragspflicht sofort erfüllt werden sollte. Auf Seiten der OHG als Erwerber sind für den Abschluß des Verfügungsgeschäfts zuständig der oder die vertretungsbefugten Gesellschafter. Soweit sie mit dem Beitragsschuldner identisch sind, steht der Vertretung das Verbot des Selbstkontrahierens wegen der in § 181 a. E. BGB zugelassenen Ausnahme nicht entgegen.

**280** Besonderer Übertragungsakte bedarf es auch dann, wenn die als Beiträge vorgesehenen Gegenstände den Gesellschaftern **schon bisher gemeinschaftlich zugeordnet** waren, und zwar nicht nur als Miteigentum, sondern auch im Fall bisherigen Gesamthandseigentums. Das folgt aus der Selbständigkeit des jeweiligen Gesamthandsvermögens (Rdn. 274); sie macht für den Rechtsübergang eine Verfügung der bisher als Rechtsinhaber zuständigen Gesamthänder zugunsten der erwerbenden Gesamthand erforderlich. Praktisch bedeutsam ist das vor allem für formbedürftige Verfügungsgeschäfte (§§ 925, 873 BGB; § 15 Abs. 3 GmbHG u. a.). Eine gesonderte Verfügung über die einzelnen Gegenstände läßt sich nur dann vermeiden, wenn das *gesamte* Vermögen der bisherigen Gesamthand (Personengesellschaft; Erbengemeinschaft) auf die Gesellschaft übergehen soll: in diesem Fall bietet sich die Übertragung sämtlicher Gesellschaftsanteile (Erbschäfte) auf die Gesellschaft an mit der Folge, daß bei dieser Gesamtrechtsnachfolge aufgrund der mit der Anteilsvereinigung verbundenen Anwachsung eintritt<sup>587</sup>.

**281** **bb) Erwerb durch Handeln namens der Gesellschaft.** Von den Beitragsleistungen abgesehen, wird Gesamthandsvermögen regelmäßig durch das rechtsgeschäftliche Handeln der vertretungsbefugten Gesellschafter namens der Gesellschaft und die damit verbundenen Erwerbsgeschäfte begründet. Fehlt es an einem Handeln namens der Gesellschaft, sondern treten der oder die Geschäftsführer nach außen im eigenen Namen auf, so reicht zwar der Umstand, daß es sich objektiv um „Geschäftsführung für die Gesellschaft“ handelt, entgegen dem Wortlaut von § 718 Abs. 1, 2. Fall BGB nicht aus, um Gesamthandsvermögen zu begründen<sup>588</sup>. Jedoch ist zu beachten, daß im Handelsverkehr unternehmensbezogene Geschäfte im Zweifel mit dem jeweiligen *Inhaber des Handelsgeschäfts* (hier: der OHG) zustandekommen, auch wenn das Vertreterhandeln nicht besonders offengelegt wird (vgl. Rdn. 35 und Fn. 74). Das gilt vorbehaltlich formbedürftiger Verfügungen, bei denen es der genauen Bezeichnung des Erwerbers bedarf, auch für Übertragungsakte. Nur wenn in bezug auf das Erwerbsgeschäft eine Zurechnung des Handelns des Geschäftsführers gegenüber der OHG (KG) ausscheidet und auch kein Fall des Verfügungsgeschäfts „wen es angeht“ vorliegt<sup>589</sup>, geht der erworbene

<sup>587</sup> Vgl. zur Gesamtrechtsnachfolge bei Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in einer Hand unten Rdn. 303; zu derjenigen bei Vereinigung aller Erbteile vgl. *Soergel/M. Wolf* BGB<sup>11</sup> § 2033, 14 m. Nachw.

<sup>588</sup> H. M., vgl. RGZ 54, 103, 106; MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 718, 14, RGRK-v. *Gamm* BGB<sup>12</sup> § 718, 5, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 718, 11, *Stau-*

*dingen/Kessler* BGB<sup>12</sup> § 718, 3 f; a. A. noch *Ennecerus/Lehmann* § 179 I 2 S. 747 und *Westermann* Rdn. I 286 (vorbehaltlich der — Offenlegung erfordernden — Verfügung über Liegenschaftsrechte).

<sup>589</sup> Vgl. dazu MünchKomm.-*Thiele* BGB<sup>2</sup> § 164, 42 ff.

Gegenstand nach § 164 Abs. 2 BGB zunächst auf den handelnden Geschäftsführer über und muß nach §§ 105 Abs. 2 i. V. m. §§ 713, 667 BGB an die Gesamthand weiterübertragen werden.

**c) Erwerb durch Surrogation (§ 718 Abs. 2 BGB).** In § 718 Abs. 2 BGB sind zwei **282** Sonderfälle des Gesamthandserwerbs kraft dinglicher Surrogation geregelt. Im ersten Fall geht es um den **Erwerb aufgrund eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechts**. Hierunter fallen alle Arten von Sach- und Rechtsfrüchten (§ 99 BGB) des Gesamthandsvermögens einschließlich der der Gesamthand nach §§ 953 ff BGB gebührenden Erzeugnisse und der ihr als Nießbraucher zustehenden Rechtsfrüchte (§§ 1075, 1067 BGB)<sup>590</sup>. *Nicht* erfaßt werden solche Gegenstände, die, wie die Gegenleistung für die Veräußerung einer zum Gesamthandsvermögen gehörenden Sache, auf den Erwerb *rechtsgeschäftlich* übertragen werden müssen: für sie gilt § 718 Abs. 1 BGB<sup>591</sup>. Der zweite Surrogationsfall betrifft den Erwerb als **Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung** eines Gesamthandsgegenstands. Er bezieht sich auf solche Surrogate, wie sie auch von §§ 281 Abs. 1, 818 Abs. 1 BGB erfaßt werden, und führt dazu, daß die entsprechenden Schadensersatz-, Versicherungs- oder Bereicherungsansprüche schon bei ihrer Entstehung gesamthänderischer Bindung unterliegen.

### 3. Beteiligung der Gesellschafter am Gesamthandsvermögen

**a) Grundsatz.** Für das Verständnis des Gesamthandsvermögens und der Beteiligung **283** der Gesellschafter hieran ist an das Wesen der Gesamthand als besondere Wirkungseinheit (Gruppe) zu erinnern (Rdn. 41). **Zuordnungsobjekt** des Gesamthandsvermögens, d. h. Berechtigter in bezug auf die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Sachen und Rechte (und Verpflichteter aus den namens der OHG (KG) eingegangenen Verbindlichkeiten) ist die **Gesamthand als solche** im Unterschied zu den hinter ihr stehenden, an ihr beteiligten Gesellschaftern. Diese sind mangels eigener Rechtspersönlichkeit der OHG (KG) zwar „gesamthänderisch“ mitberechtigt an der Gesamtheit der Gegenstände des Gesellschaftsvermögens, dies jedoch nur in ihrer Eigenschaft als Mitglieder der Gesamthand. Ausdruck dieser notwendig mit der Mitgliedschaft verbundenen gesamthänderischen Berechtigung sind das in § 719 Abs. 1 BGB vorgesehene Verfügungsverbot über den Anteil am Gesellschaftsvermögen (Rdn. 284) und das in § 738 Abs. 1 S. 1 BGB für den Ausscheidensfall geregelte Institut der An- und Abwachsung (vgl. Rdn. 287). Die Vorschriften lauten wie folgt:

#### § 719

(1) Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen; er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen.

#### § 738

(1) Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu. . .

**b) Zwingende Geltung der Verfügungsverbote des § 719 Abs. 1 BGB.** Aus dem **284** unauflöselichen Zusammenhang zwischen Gesellschafterstellung und gesamthänderischer Beteiligung folgt die zwingende Geltung des in § 719 Abs. 1, 1. Fall, BGB geregelten Verfügungsverbots in bezug auf den **Anteil am Gesellschaftsvermögen**. Soweit Rechtsprechung und Literatur den „Vermögensanteil“ des Gesellschafters für mit Zu-

<sup>590</sup> Vgl. KG SeuffA 68 Nr. 8, MünchKomm.-Ulmer <sup>591</sup> H. M., vgl. *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 718, 12, BGB<sup>2</sup> § 718, 16. *Staudinger/Kefler* BGB<sup>12</sup> § 718, 5.

stimmung der Mitgesellschafter übertragbar halten, die Vorschrift des § 719 Abs. 1, 1. Fall, BGB also als dispositiv ansehen<sup>592</sup>, beruht das auf einer Verwechslung von Gesellschafts- und Vermögensanteil<sup>593</sup> (zur Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils vgl. Rdn. 306 ff.). Zwar geht mit Übertragung des Gesellschaftsanteils (der Mitgliedschaft) auch die gesamthänderische Berechtigung am Gesellschaftsvermögen auf den neuen Gesellschafter über. Der Übergang ist jedoch nicht Gegenstand, sondern zwingende *Folge* des Übertragungsakts, da die gesamthänderische Berechtigung wegen ihrer notwendigen Verbindung mit der Mitgliedschaft den *jeweiligen* Gesellschaftern zusteht (Rdn. 283).

**285** Beabsichtigten die Parteien eine auf die Vermögensbeteiligung des Gesellschafters beschränkte Übertragung und wählten sie dazu entgegen § 719 Abs. 1 BGB den Weg einer Verfügung über den „Vermögensanteil“, so kommt je nach Lage des Falles eine **Umdeutung der nichtigen Verfügung** nach § 140 BGB in eine solche über die nach § 717 S. 2 BGB selbständig abtretbaren *Vermögensrechte* aus dem Anteil (Anspruch auf Gewinn, Aufwendungsersatz und Auseinandersetzungsguthaben) in Betracht<sup>594</sup>. Ob daneben mit Zustimmung der Mitgesellschafter auch eine Verfügung über den *Vermögenswert* der Beteiligung möglich ist, ist ebenso wie die Frage nach der Anerkennung eines derartigen, den Inbegriff der mitgliedschaftlichen Vermögensrechte bildenden Wertrechts umstritten<sup>595</sup>. Eine Umdeutung in die Übertragung der ganzen *Mitgliedschaft* ist, auch wenn der Gesellschaftsvertrag sie zuläßt, vom Willen der Beteiligten nicht gedeckt, wenn die Verfügung sich nur auf die Vermögensstellung des Gesellschafters beziehen sollte.

**286** Zwingender Natur ist auch das in § 719 Abs. 1, 2. Fall, BGB geregelte Verfügungsverbot für den **Anteil an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens**<sup>596</sup>. Das folgt daraus, daß es derartige Einzelberechtigungen der Gesellschafter an den zum Gesamthandsvermögen gehörenden Gegenständen nicht gibt. Im Unterschied zum Bruchteilseigentum, das ideelle Bruchteile der Teilhaber an dem ihnen gemeinschaftlich zustehenden Recht kennt und den Teilhaber nach § 747 BGB die getrennte Verfügung hierüber gestattet, beruht das Gesamthandseigentum auf dem Prinzip der Zusammenfassung der nach § 718 BGB dazugehörenden Gegenstände zu einem einheitlichen Sondervermögen und seiner umfassenden Zuordnung zur Mitglieder Gesamtheit oder Gruppe der Gesamthänder (Rdn. 41). Für die Annahme von Anteilen der Gesamthänder an den einzelnen Gegenständen des Sondervermögens ist daher entgegen der mißverständlichen Formulierung in §§ 719 Abs. 1 BGB, 859 Abs. 1 S. 2 ZPO kein Raum. Dementsprechend kann auch weder der „Anteil“ eines Gesellschafters an einem Gesellschaftsgrundstück mit einem Grundpfandrecht belastet werden<sup>597</sup>, noch unterliegt eine Gesamthandsforderung in Höhe ihres der Beteiligung des Gesellschafters entsprechen-

<sup>592</sup> Vgl. etwa BGHZ 13, 179, 183 f = NJW 1954, 1155; *Rob. Fischer* Voraufl. Rdn. 39, RGRK-v. *Gamm* BGB<sup>12</sup> § 719, 1, *Staudinger/Kesler* BGB<sup>12</sup> § 719, 4, *Erman/Schulze-Wenck* BGB<sup>7</sup> § 719, 3; dagegen zutr. *Huber* Vermögensanteil S. 163 f, *Baumbach/Duden/Hopt* § 124, 1 B, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 719, 5, *Wiedemann* GesR I § 5 II 1 b S. 257, *Westermann* Rdn. 1282 u. a.

<sup>593</sup> So auch neuerdings wieder BGH WM 1987, 981, 982 m. krit. Anm. *Ulmer* JZ 1987, 881 (vgl. S. 882 Fn. 12).

<sup>594</sup> *Hueck* OHG § 27 II 1 S. 395; für Abhilfe im Wege der Auslegung auch *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 719, 7, *Staudinger/Kesler* BGB<sup>12</sup> § 719, 7.

<sup>595</sup> Vgl. einerseits MünchKomm.-*Ulmer* BGB<sup>2</sup> § 719, 5, andererseits *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 719, 5, jew. m. weit. Nachw.

<sup>596</sup> Ganz h. M., vgl. *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 719, 6, *Staudinger/Kesler* BGB<sup>12</sup> § 719, 9, RGRK-v. *Gamm* BGB<sup>12</sup> § 719, 6, *Flume* I/1 § 17 II S. 351, *Wiedemann* GesR I S. 257; a. A. *Weber-Grellet* AcP 182 (1982), 316, 331, der einverständliche Abweichungen zuläßt, freilich aufgrund unzut. Bejahung von Anteilen der Gesellschafter an einzelnen Gegenständen des Gesamthandsvermögens.

<sup>597</sup> KGJ 24 (1902) Nr. 36 S. A 126 f.

den Teils dessen Verfügungsgewalt oder dem Vollstreckungszugriff eines Privatgläubigers<sup>598</sup>. Derartige Verfügungen sind — wie für die Pfändung in § 859 Abs. 1 S. 2 ZPO ausdrücklich klargestellt ist — rechtlich wirkungslos.

c) **An- und Abwachsung.** Aus dem unauflöslchen Zusammenhang zwischen Mitgliedschaft und Beteiligung am Gesamthandsvermögen (Rdn. 283) erklärt sich auch die in § 738 Abs. 1 S. 1 BGB für den Ausscheidensfall geregelte Rechtsfigur der „Anwachsung“ der gesamthänderischen Berechtigung des Ausgeschiedenen bei den verbleibenden Gesellschaftern und die ihr entsprechende „Abwachsung“ beim Beitritt eines neuen Gesellschafters<sup>599</sup>. Die Regelung des § 738 Abs. 1 S. 1 BGB wird daher zutreffend als eine „mehr bildliche Wendung“ bezeichnet, die eine **rechtliche Selbstverständlichkeit** zum Ausdruck bringt<sup>600</sup>. Ohne weiteres verständlich werden An- und Abwachsung, wenn man sich klarmacht, daß damit nur die Verringerung oder Erweiterung der Zahl der die Gesamthand als Zuordnungssubjekt des Gesellschaftsvermögens tragenden Mitglieder umschrieben wird. **287**

Eine **dingliche Rechtsänderung** verbindet sich mit der Anwachsung nur beim **Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters**. In diesem Fall erlischt die Gesellschaft; das Gesellschaftsvermögen geht durch „Anwachsung“ im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter über und vereinigt sich bei ihm mit seinem Privatvermögen (vgl. Erläut. zu § 142). Demgegenüber ist die *Begründung von Gesamthandsvermögen* im Wege der „Abwachsung“ für den umgekehrten Fall des Eintritts eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns (§ 28) *ausgeschlossen*. Insoweit bedarf es vielmehr der Übertragung des Geschäftsvermögens auf die neugegründete OHG (KG) in Vollzug der gesellschaftsvertraglich übernommenen Einlageverpflichtung (Rdn. 279). **288**

d) **Pfändung und Verpfändung des Gesellschaftsanteils.** aa) **Pfändung.** Für die Zwangsvollstreckung in die Mitgliedschaft sieht das HGB in § 135 als regelmäßigen Weg die Pfändung und Überweisung des **Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben** mit anschließender Kündigung der Gesellschaft durch den Pfändungsgläubiger vor (vgl. Erläut. zu § 135). Daneben ist auch die Pfändung und Überweisung der nach § 717 S. 2 BGB übertragbaren Ansprüche auf Gewinn und Aufwendungsersatz möglich (§§ 829, 836 ZPO). **289**

Statt der Zwangsvollstreckung in die nach § 717 S. 2 BGB übertragbaren Vermögensrechte hat der Gläubiger auch die Möglichkeit, den **Gesellschaftsanteil** (die Mitgliedschaft) als solchen zu pfänden. Sie ist für den Anteil an einer GbR in § 859 Abs. 1 ZPO<sup>601</sup> ausdrücklich zugelassen. Die Vorschrift gilt entsprechend für den OHG-(KG-)Anteil<sup>602</sup>; auf die Übertragbarkeit des Anteils nach dem Gesellschaftsvertrag **290**

<sup>598</sup> KG SeuffA 68 (1913) Nr. 8 (Pfändung des Anteils an einer Mietforderung); so zur Pfändung auch *Staudinger/Kefler* BGB<sup>12</sup> § 719, 9.

<sup>599</sup> Vgl. dazu *Flume* I/1 § 17 VIII S. 369 ff, Münch-Komm.-*Ulmer* BGB<sup>2</sup> § 718, 5 ff, 8, *Soergel/Hadding* BGB<sup>11</sup> § 719, 5.

<sup>600</sup> So *Larenz* SchR II<sup>12</sup> § 60 VI c S. 407, zust. *Flume* I/1 S. 370; vgl. auch *K. Schmidt* BMJ-Gutachten S. 473 („schlecht formulierte Trivialität“).

<sup>601</sup> Die Vorschrift lautet: „Der Anteil eines Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen einer nach § 705 des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingetragenen Gesellschaft ist der Pfändung unterworfen. Der Anteil eines Gesellschafters an den einzelnen zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden

Gegenständen ist der Pfändung nicht unterworfen.“

<sup>602</sup> BGH BB 1977, 10, 11; BFH NJW 1987, 2703; *Hueck* OHG § 24 II 2 d S. 369, *Flume* I/1 § 17 III S. 355 f, *Baumbach/Duden/Hopt* § 124, 2 C, *Zöller/Stöber* ZPO<sup>15</sup> § 859, 6; a. A. bisher *K. Schmidt* JR 1977, 177 ff und AcP 182 (1982), 481, 495, der bei *allen* Arten von Personengesellschaftsanteilen als Pfändungsgegenstand entgegen dem Wortlaut des § 859 Abs. 1 ZPO nicht den Anteil als solchen ansieht, sondern nur die nach § 717 S. 2 BGB übertragbaren Vermögensrechte (vgl. dagegen zutr. BGHZ 97, 392, 394 = NJW 1986, 1997, und *Flume* aaO S. 356 f); einschränkt. jetzt auch *K. Schmidt* GesR § 45 IV 2 S. 977.

kommt es für die Pfändung nicht an. Zur **Durchführung** der Pfändung reicht die Zustellung des Pfändungsbeschlusses nach § 829 Abs. 2 ZPO an die *geschäftsführenden* Gesellschafter aus, da die von der Pfändung betroffenen Ansprüche des Schuldners sich gegen die Gesellschaft und nicht gegen die Mitgesellschafter richten<sup>602a</sup>. Der Pfandgläubiger erlangt ein Pfandrecht an den mit dem Anteil verbundenen *Vermögensrechten*, darunter neben dem Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben auch an den jeweils neu entstehenden Gewinnansprüchen; er kann sich dadurch die Notwendigkeit stets erneuter Pfändung dieser Ansprüche ersparen<sup>603</sup>. Dagegen steht ihm nach §§ 105 Abs. 2 i. V. m. § 725 Abs. 1 BGB die Ausübung der mitgliederschaftlichen Verwaltungs- und Kontrollrechte nicht zu; auch § 1258 BGB betr. das Pfandrecht an einem Miteigentumsanteil greift nicht ein (RGZ 95 231, 233). Wohl aber kann der Pfandgläubiger das gesetzliche Kündigungsrecht aus § 135 auch dann ausüben, wenn er nicht das Auseinandersetzungsguthaben, sondern den Anteil als solchen gepfändet hat, sofern die Voraussetzungen des § 135 im übrigen erfüllt sind<sup>604</sup>. Das folgt daraus, daß die Anteilspfändung die mit dem Anteil verbundenen Vermögensrechte mit erfaßt; sie stellt ein *Mehr* dar gegenüber dem Vorgehen nach § 135.

**291 bb) Verpfändung.** Die Verpfändung des Gesellschaftsanteils richtet sich nach §§ 1273, 1274 BGB. Mit Rücksicht auf die grundsätzliche Unübertragbarkeit (und das damit verbundene Verpfändungshindernis des § 1274 Abs. 2 BGB) ist sie **nur** möglich, wenn die **Übertragbarkeit** des Anteils im Gesellschaftsvertrag generell zugelassen ist<sup>605</sup> oder die Mitgesellschafter ihre Zustimmung ad hoc zur Verpfändung erteilen (RG SeuffA 83 1929 Nr. 109). Fehlt es hieran, so bleibt nur die Möglichkeit der Verpfändung der nach § 717 S. 2 BGB getrennt übertragbaren Vermögensrechte (§ 1279 BGB). Einer Anzeige der Verpfändung gegenüber Mitgesellschaftern oder Geschäftsführern bedarf es ebensowenig wie im Fall der Anteilsübertragung (Rdn. 313); die auf die Verpfändung von Forderungen bezogene Vorschrift des § 1280 BGB greift nicht ein<sup>605a</sup>. Die **Wirkungen** einer Verpfändung des Anteils entsprechen im Grundsatz denjenigen seiner Pfändung: der Pfandgläubiger erlangt ein Pfandrecht an allen mit dem Anteil verbundenen Vermögensrechten<sup>606</sup>. Gegen Verschlechterungen seiner Rechtsstellung durch Vertragsänderungen der Gesellschafter oder einseitige Maßnahmen des Pfandrechtsbestellers ist er im Grundsatz durch § 1276 BGB geschützt<sup>607</sup>; es gilt entsprechendes wie für den Schutz des Nießbrauchers durch § 1071 BGB (vgl. Rdn. 124 f). Mitverwaltungs-

<sup>602a</sup> So mit einleuchtender Begründung BGHZ 97, 392, 394 f = NJW 1986, 1997 entgegen der bisher im Gesellschaftsrecht h. M. (vgl. MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 725, 10 m. Nachw. in Fn. 16); offenlassend BFH NJW 1987, 2703.

<sup>603</sup> Vgl. § 725 Abs. 2 BGB, dazu näher MünchKomm.-Ulmer BGB<sup>2</sup> § 725, 7 f.

<sup>604</sup> RGZ 95, 231, 232; *Flume* I/1 § 17 III S. 357, *Zöller/Stöber* ZPO 15 § 859, 7.

<sup>605</sup> So auch MünchKomm.-*Damrau* BGB<sup>2</sup> § 1274, 28, *Huber* Vermögensanteil S. 417; enger *Flume* I/1 § 17 VII S. 367 und *Wiedemann* Übertragung S. 423, die wegen der besonderen Wirkungen der Verpfändung die Zulassung der Übertragung nicht ausreichen lassen wollen, sondern Zustimmung speziell zur Verpfändung fordern.

<sup>605a</sup> EinhM, vgl. RGZ 57, 414, 415, MünchKomm.-*Damrau* BGB<sup>2</sup> § 1274, 28, *Soergell/Augustin* BGB<sup>11</sup> § 1280, 2, *Staudinger/Riedel/Wiegand* BGB<sup>12</sup> § 1280, 4, *Rob. Fischer* Vorauf. § 109, 24,

*Wiedemann* Übertragung S. 425. Die abweichende Beurteilung für den Fall der Anteilspfändung beruht auf der Sonderregelung der §§ 857 Abs. 1, 829 Abs. 2 ZPO.

<sup>606</sup> Das Gesamthandsvermögen als solches und die insoweit bestehende Verfügungsbefugnis der Gesellschaftsorgane werden von der Pfändung bzw. Verpfändung nicht erfaßt. Daher ist auch kein Raum für eine Eintragung der (Ver-)Pfändung im Grundbuch (so für die Pfändung eines GbR-Anteils zutr. OLG Zweibrücken OLGZ 1982, 406, OLG Hamm WM 1987, 972, 973 m. weit. Nachw.).

<sup>607</sup> Voraussetzungen und Umfang der Mitspracherechte des Pfandgläubigers aus § 1276 BGB sind str.; vgl. näher insbes. *Wiedemann* Übertragung S. 429 ff und MünchKomm.-*Damrau* BGB<sup>2</sup> § 1274, 27 i und 28 a, jew. m. weit. Nachw., für die Verpfändung eines GmbH-Anteils auch RGZ 139, 224 ff.