

BARBARA GRUNEWALD

Gesellschaftsrecht

10. Auflage



MOHR SIEBECK

MOHR LEHRBUCH

Barbara Grunewald
Gesellschaftsrecht



Barbara Grunewald

Gesellschaftsrecht

10., vollständig überarbeitete Auflage

Mohr Siebeck

Barbara Grunewald ist Professorin für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht sowie
Anwaltsrecht und Direktorin des Instituts für Gesellschaftsrecht an der Universität zu
Köln.

1. Auflage 1994
2. Auflage 1996 (vollständig überarbeitet)
3. Auflage 1999 (vollständig überarbeitet)
4. Auflage 2000 (vollständig überarbeitet)
5. Auflage 2002 (vollständig überarbeitet)
6. Auflage 2005 (vollständig überarbeitet)
7. Auflage 2008 (vollständig überarbeitet)
8. Auflage 2011 (vollständig überarbeitet)
9. Auflage 2014 (vollständig überarbeitet)
10. Auflage 2017 (vollständig überarbeitet)

e-ISBN PDF 978-3-16-155222-9
ISBN 978-3-16-155221-2

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Rotation gesetzt, auf säurefreies Werkdruckpapier gedruckt und gebunden. Den Umschlag entwarf Uli Gleis in Tübingen.

Vorwort zur 10. Auflage

Das vorliegende Buch wendet sich an Studierende und andere Juristen, die Kenntnisse im Gesellschaftsrecht erwerben wollen (aber wohl nur an solche, die an vertieften Kenntnissen interessiert sind). Es beruht auf Vorlesungen, die ich an den Universitäten Mainz, Mannheim und Köln gehalten habe, und damit letztlich auch auf Anregungen und Kritik. Beides ist nach wie vor hoch willkommen.

Der Text ist vollständig überarbeitet und auf dem Stand von Juli 2017.

Mein besonderer Dank gilt Frau Sevgi Kaya für das Erstellen des Manuskripts und Herrn Dirk Schmidbauer für die Überarbeitung des Stichwortverzeichnisses.

Köln, im Juli 2017

Barbara Grunewald

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rdz.
Vorwort	V	
Abkürzungs- und Literaturverzeichnis	XIX	

Einführung

1. Das Gesellschaftsrecht als Teil der Rechtsordnung	1	1
2. Gang der Darstellung	2	3

Erster Teil: Personengesellschaften

§ 1 Die BGB-Gesellschaft	5	1
I. Begriffsbestimmung	5	1
II. Erscheinungsformen und praktische Bedeutung	8	9
III. Der Gesellschaftsvertrag	9	10
1. Form- und Genehmigungserfordernisse	9	10
2. Die Beiträge	11	13
3. Die Treuepflicht	13	17
4. Das Gleichbehandlungsgebot	17	26
5. Auslegung des Gesellschaftsvertrages	19	29
6. Inhaltskontrolle	21	33
IV. Geschäftsführung und Vertretung	24	38
1. Geschäftsführung	24	38
2. Vertretung	30	51
3. Actio pro socio	34	62
V. Beschlussfassung der Gesellschafter	37	69
1. Zuständigkeiten	37	70
2. Stimmabgabe	38	71
3. Einstimmigkeit und Mehrheitserfordernisse	44	85
4. Beschlussmängel	47	92
VI. Informationsrechte	50	99
1. Informationsrechte der Gesellschaft	50	99
2. Informationsrechte des Gesellschafters	51	102
VII. Die Vermögensordnung in der BGB-Gesellschaft	52	104
1. Das Gesamthandsvermögen	52	104
a) Bestandteile des Gesamthandsvermögens	52	105

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rdz.
b) Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis	53	106
c) Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft	53	107
2. BGB-Gesellschaften ohne Gesellschaftsvermögen	56	112
VIII. Die Haftung in der BGB-Gesellschaft	57	113
1. Haftung von Gesellschaft und Gesellschaftern	57	113
a) Die Haftung der Gesellschafter in Analogie zu § 128 HGB	57	113
b) Insbesondere: Die Haftung für gesetzlich begründete Schulden	60	119
2. Rückgriff des in Anspruch genommenen Gesellschafters	62	124
IX. Ansprüche der Gesellschafter untereinander und zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern	64	127
1. Ansprüche der Gesellschafter untereinander und Ansprüche der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern	64	127
a) Mögliche Ansprüche	64	127
b) Sorgfaltsmaßstab	65	129
2. Ansprüche des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft	67	133
a) Aufwendungsersatz	67	133
b) Gewinn	67	134
c) Schutz der Mitgliedschaft?	67	135
X. Gesellschafterwechsel	69	138
1. Beitritt von Gesellschaftern	69	138
2. Ausscheiden von Gesellschaftern	70	142
3. Übertragung der Mitgliedschaft	77	154
4. Tod eines Gesellschafters	78	158
XI. Gesellschaften auf fehlerhafter Vertragsgrundlage	82	169
1. Fehler bei der Gründung	82	169
2. Fehler beim Gesellschafterwechsel	87	179
3. Fehlerhafte Vertragsänderungen	89	182
4. Innengesellschaften	90	183
XII. Auflösung und Beendigung	90	184
1. Gründe für die Auflösung	90	184
a) Kündigung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter	90	184
b) Kündigung durch den Gläubiger eines Gesellschafters	93	192
c) Auflösungsbeschluss	94	193
d) Zeitablauf, Erreichen und Unmöglichwerden des Gesellschaftszwecks	94	194
e) Tod eines Gesellschafters	94	195
f) Insolvenz der Gesellschaft /des Gesellschafters	95	196
g) Beteiligung nur noch eines Gesellschafters	95	197
2. Folgen der Auflösung	95	198
3. Beendigung der Gesellschaft	97	203
§ 2 Die Offene Handelsgesellschaft (OHG)	98	1
I. Begriffsbestimmung, Erscheinungsformen und praktische Bedeutung	98	1
1. Die OHG als Gesellschaft, die auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist.	98	1
2. Eintragung im Handelsregister	99	5
3. Wirtschaftliche Bedeutung	100	6

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rdz.
II. Der Gesellschaftsvertrag	100	7
1. Form- und Genehmigungserfordernisse	100	7
2. Beiträge, Treuepflicht, Gleichbehandlungsgebot, Wettbewerbsverbot	101	9
3. Auslegung und Inhaltskontrolle	102	13
III. Geschäftsführung und Vertretung	103	14
1. Geschäftsführung	103	14
2. Vertretung	104	19
3. Actio pro socio	107	26
IV. Beschlussfassung der Gesellschafter	107	27
1. Zuständigkeiten und Stimmabgabe	107	27
2. Einstimmigkeit, Mehrheitserfordernisse, Beschlussmängel	108	30
V. Informationsrechte	109	31
1. Informationsrechte der OHG	109	31
2. Informationsrechte der Gesellschafter	109	32
VI. Die Vermögensordnung in der OHG	109	33
1. Rechtsfähigkeit der OHG	109	33
2. Das Gesamthandsvermögen	110	35
VII. Die Haftung in der OHG	110	36
1. Haftung der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftsgläubigern	110	36
2. Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern	111	37
a) Grundsätze	111	37
b) Inhalt der Haftung	111	38
c) Einreden und Einwendungen	113	43
d) Rückgriff des in Anspruch genommenen Gesellschafters	115	48
e) Sozialverpflichtungen	116	49
VIII. Ansprüche der Gesellschafter untereinander und Ansprüche zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern	117	52
1. Ansprüche der Gesellschafter untereinander und Ansprüche der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern	117	52
2. Ansprüche des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft	117	53
a) Aufwendungsersatz	117	53
b) Gewinn, Entnahmerechte	118	54
c) Schutz der Mitgliedschaft	120	58
IX. Gesellschafterwechsel	120	59
1. Beitritt von Gesellschaftern	120	59
2. Ausscheiden von Gesellschaftern	120	60
3. Übertragung der Mitgliedschaft	122	66
4. Tod eines Gesellschafters	123	67
X. Gesellschaften auf fehlerhafter Vertragsgrundlage	125	75
XI. Auflösung und Beendigung	126	76
1. Gründe für die Auflösung	126	76
a) Zeitablauf	126	76
b) Auflösungsbeschluss	126	77
c) Insolvenz der OHG	126	78
d) Auflösung durch gerichtliche Entscheidung	126	79

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rdz.
e) Beteiligung nur noch eines Gesellschafters	128	84
2. Folgen der Auflösung	128	85
§ 3 Die Kommanditgesellschaft (KG)	130	1
I. Begriffsbestimmung	130	1
II. Erscheinungsformen und praktische Bedeutung	131	4
III. Der Gesellschaftsvertrag.	132	6
1. Form- und Genehmigungserfordernisse	132	6
2. Beiträge, Treuepflicht und Gleichbehandlungsgebot	132	7
3. Auslegung und Inhaltskontrolle	134	12
IV. Geschäftsführung und Vertretung.	135	14
V. Beschlussfassung der Gesellschafter.	137	19
VI. Informationsrechte	138	21
1. Informationsrechte der Kommanditgesellschaft	138	21
2. Informationsrechte der Gesellschafter	138	22
VII. Die Vermögensordnung in der KG	139	28
VIII. Die Haftung in der KG	140	29
1. Die Haftung der KG und des Komplementärs	140	29
2. Die Haftung des Kommanditisten	140	30
a) Grundsätze.	140	30
b) Haftungsausschluss durch Leistung der Einlage	140	32
c) Wiederaufleben der Haftung durch Einlagenrückgewähr	144	41
d) Wiederaufleben der Haftung durch Gewinnentnahmen	145	45
e) „Gesplittete“ Einlage	146	46
f) Haftung vor Eintragung der KG.	147	47
g) Mittelbar beteiligte Gesellschafter	148	49
3. Rückgriff des in Anspruch genommenen Gesellschafters	148	51
IX. Ansprüche der Gesellschafter untereinander und Ansprüche zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern	150	53
1. Ansprüche der Gesellschafter untereinander und Ansprüche der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern	150	53
2. Ansprüche des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft	150	54
a) Aufwendungsersatz	150	54
b) Gewinn, Entnahmerecht.	150	55
c) Schutz der Mitgliedschaft	151	58
X. Gesellschafterwechsel	151	59
1. Beitritt von Gesellschaftern.	151	59
2. Ausscheiden von Gesellschaftern.	152	60
3. Übertragung der Mitgliedschaft	153	62
4. Tod eines Gesellschafters	155	65
XI. Gesellschaften auf fehlerhafter Vertragsgrundlage	156	68
XII. Auflösung und Beendigung	156	69
XIII. Die GmbH und Co. KG.	156	70
1. Vorteile der GmbH & Co. KG, Erscheinungsformen	156	70
2. Informationsrechte und Schutz der Kommanditisten vor sachwidriger Geschäftsführung in der KG	158	77
3. Kapitalsicherung in der GmbH & Co. KG.	160	82

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rdz.
§ 4 Die Stille Gesellschaft	162	1
I. Begriffsbestimmung und Erscheinungsformen	162	1
II. Der Gesellschaftsvertrag.	164	9
1. Form- und Genehmigungserfordernisse	165	10
2. Beiträge	166	12
3. Die Treuepflicht, Gleichbehandlungsgebot	167	13
4. Auslegung und Inhaltskontrolle	168	18
III. Geschäftsführung und Vertretung	169	20
IV. Informationsrechte des Stillen Gesellschafters	170	24
V. Gewinn- u. Verlustbeteiligung des Stillen Gesellschafters	171	25
1. Gewinnbeteiligung	171	25
2. Verlustbeteiligung	171	26
3. Die Einlage des Stillen Gesellschafters in der Insolvenz des Unternehmergeellschafters	172	27
VI. Gesellschafterwechsel	172	29
VII. Gesellschaften auf fehlerhafter Vertragsgrundlage	173	31
VIII. Auflösung und Beendigung	174	33
1. Gründe für die Auflösung.	174	33
a) Kündigung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter	174	33
b) Kündigung durch den Gläubiger eines Gesellschafters	174	35
c) Auflösungsbeschluss, Zeitablauf, Erreichen und Unmöglichwerden des Gesellschaftszwecks	175	36
d) Tod, Insolvenz eines Gesellschafters	175	38
2. Folgen der Auflösung	176	39
§ 5 Die Partnerschaftsgesellschaft	177	1
I. Begriffsbestimmung, praktische Bedeutung, anwendbares Recht	177	1
1. Begriffsbestimmung.	177	1
2. Eintragung im Partnerschaftsregister.	178	4
3. Praktische Bedeutung.	178	5
4. Anwendbares Recht	178	6
II. Der Gesellschaftsvertrag.	178	7
III. Geschäftsführung und Vertretung	179	8
IV. Vermögensordnung und Haftung	179	9
V. Gesellschafterwechsel	181	14
VI. Auflösung und Beendigung	182	18
§ 6 Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)	183	1
I. Rechtsgrundlagen	183	1
II. Begriffsbestimmung und Erscheinungsformen	183	2
III. Gesellschaftsvertrag, Geschäftsführung und Vertretung	184	3
IV. Vermögensordnung und Haftung	185	6
V. Gesellschafterwechsel	185	7

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rdz.
VI. Beschlussfassung der Gesellschafter	186	11
VII. Auflösung und Beendigung	186	12
§ 7 Die Partenreederei	188	1

Zweiter Teil: Körperschaften

§ 8 Der rechtsfähige bürgerlich-rechtliche Verein	191	1
I. Begriffsbestimmung, Erscheinungsformen und praktische Bedeutung	191	1
II. Gründung und Erlangung der Rechtsfähigkeit	191	2
1. Ablauf der Gründung	191	2
2. Die Satzung	192	3
a) Inhalt und Form der Satzung	192	3
b) Treuepflichten und Gleichbehandlungsgebot	194	13
c) Auslegung der Satzung	195	15
d) Inhaltskontrolle	197	20
e) Vereinsordnungen und Satzung	199	23
3. Erlangung der Rechtsfähigkeit	200	25
a) Vereine, deren Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist	200	25
b) Vereine, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist	202	30
4. Der Vorverein	203	31
III. Der Vorstand	204	33
1. Berechtigung zur Geschäftsführung und Vertretung.	204	33
2. Bestellung und Anstellung	205	35
3. Haftung für fehlerhafte Geschäftsführung gegenüber dem Verein	206	36
4. Durchsetzung der Ansprüche des Vereins gegenüber dem Vorstand.	207	39
5. Haftung für fehlerhafte Geschäftsführung gegenüber dem Mitglied	208	42
IV. Die Mitgliederversammlung	209	43
1. Zuständigkeiten	209	43
2. Stimmabgabe	209	44
3. Einstimmigkeit und Mehrheitserfordernisse	212	51
4. Beschlussmängel	213	55
V. Informationsrechte	215	60
1. Informationsrechte des Vereins	215	60
2. Informationsrechte des Mitglieds	216	61
VI. Haftung von Verein und Mitgliedern im bürgerlich-rechtlichen Verein.	217	63
1. Haftung des Vereins.	217	63
2. Haftung der Vereinsmitglieder für die Schulden des Vereins	218	65
VII. Ansprüche der Vereinsmitglieder untereinander und zwischen Verein und Mitglied	221	72

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rdz.
1. Ansprüche der Mitglieder untereinander und Ansprüche des Vereins gegenüber dem Mitglied	221	72
2. Ansprüche des Mitglieds gegen den Verein.	225	80
VIII. Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft	227	85
1. Beitritt von Mitgliedern.	227	85
2. Ausscheiden von Mitgliedern	229	89
3. Übertragung der Mitgliedschaft	231	93
IX. Vereine auf fehlerhafter Satzungsgrundlage	231	94
1. Fehler bei der Gründung und bei der Satzungsänderung	231	94
2. Fehlerhafter Ein- und Austritt	232	96
X. Verlust der Rechtsfähigkeit, Auflösung und Beendigung des Vereins	232	97
1. Verlust der Rechtsfähigkeit	232	97
2. Auflösung und Beendigung des Vereins	233	100
§ 9 Der nicht rechtsfähige bürgerlich-rechtliche Verein.	235	1
I. Erscheinungsformen und praktische Bedeutung	235	1
II. Das anwendbare Recht.	238	6
1. Das Recht des rechtsfähigen Vereins	238	6
2. Die Haftung im nicht rechtsfähigen Verein.	238	7
3. Eintragung des nicht rechtsfähigen Vereins im Grundbuch	240	12
§ 10 Die Aktiengesellschaft (AG).	242	1
I. Begriffsbestimmung, Erscheinungsformen und praktische Bedeutung, Recht des Kapitalmarkts	242	1
1. Begriffsbestimmung und Erscheinungsformen	242	1
2. Praktische Bedeutung.	243	5
3. Kapitalmarktrecht.	244	6
4. Corporate Governance Kodex	244	7
II. Gründung und Erlangung der Rechtsfähigkeit	245	8
1. Ablauf der Gründung	245	8
2. Die Satzung	246	9
a) Inhalt und Form der Satzung	246	9
b) Auslegung der Satzung	248	16
c) Inhaltskontrolle, § 23 Abs. 5 AktG	249	18
3. Erbringung der Einlage	250	20
a) Bargründung	250	20
b) Sacheinlagen	252	27
c) Verdeckte Sacheinlagen	254	31
d) Einlageleistung durch Aufrechnung.	255	35
e) Kaduzierung	256	36
4. Anmeldung und Eintragung im Handelsregister	257	37
5. Die Vor-AG	258	40
III. Treuepflicht und Gleichbehandlungsgebot.	259	41
1. Die Treuepflicht	259	41
a) Die Treuepflicht gegenüber der AG	259	41
b) Die Treuepflicht gegenüber den Mitaktionären	260	43
2. Das Gleichbehandlungsgebot	261	46

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rdz.
IV. Der Vorstand	263	49
1. Berechtigung zur Geschäftsführung und Vertretung.	263	49
a) Geschäftsführung	263	49
b) Vertretung	264	52
2. Bestellung und Anstellung	264	53
3. Haftung für fehlerhafte Geschäftsführung gegenüber der Gesellschaft	266	57
4. Haftung für fehlerhafte Geschäftsführung gegenüber den Aktionären	271	68
5. Haftung gegenüber Dritten	271	69
V. Der Aufsichtsrat	271	70
1. Zusammensetzung des Aufsichtsrates	271	70
a) Die Verankerung der Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat	271	70
b) Die Vertreter der Anteilseigner im Aufsichtsrat	273	75
c) Die Geschlechterquote.	274	77
d) Abberufung durch das Gericht	274	78
e) Anforderungen an die Person der Aufsichtsratsmitglieder	275	81
f) Überprüfung der Zusammensetzung des Aufsichtsrates	276	82
2. Die Aufgaben des Aufsichtsrates	276	83
a) Überwachung und Beratung der Geschäftsführung, Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder.	276	83
b) Die Vertretung der Gesellschaft gegenüber den Vorstands- mitgliedern.	277	86
c) Weitere Aufgaben	278	89
3. Informationsrechte, Verschwiegenheitspflichten	279	91
a) Informationsrechte.	279	91
b) Verschwiegenheitspflicht	279	92
4. Das Verfahren im Aufsichtsrat	280	94
5. Rechtsstellung und Haftung.	282	99
a) Bestellung und Anstellung.	282	99
b) Haftung	283	100
c) Klagen gegen den Vorstand	285	105
aa) Klagen des Aufsichtsrates in Vertretung der AG sowie aus eigenem Recht	285	105
bb) Klagen der Aufsichtsratsmitglieder.	286	108
VI. Die Hauptversammlung	288	111
1. Zuständigkeiten	288	111
2. Das Verfahren	291	121
3. Stimmabgabe	293	125
4. Mehrheits- und Formerfordernisse	298	136
5. Beschlussmängel	299	139
VII. Informationsrechte	305	154
1. Informationsrechte der Gesellschaft	305	154
2. Informationsrechte der Aktionäre	305	155
VIII. Die Finanzverfassung der AG	307	160
1. Jahresabschluss, Lagebericht, Gewinnverwendung	307	160
2. Kapitalaufbringung und -erhaltung.	309	167
a) Der Grundsatz des festen Kapitals	309	167
b) Kapitalaufbringung	310	168
c) Kapitalerhaltung	310	169

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rdz.
3. Kapitalerhöhung und -herabsetzung	314	177
a) Die reguläre Kapitalerhöhung	314	177
aa) Die Durchführung	314	177
bb) Bedingte Kapitalerhöhung	315	181
cc) Genehmigtes Kapital	316	182
dd) Das Bezugsrecht	317	185
b) Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln	319	189
c) Kapitalherabsetzung	320	191
aa) Die ordentliche Kapitalherabsetzung	320	191
bb) Die vereinfachte Kapitalherabsetzung	321	195
4. Fremdkapital und Eigenkapital	322	197
a) Grundbegriffe	322	197
b) Zwischenformen	323	200
c) Gesellschafterdarlehen	325	206
5. Haftung des Aktionärs für Schulden der AG	326	209
IX. Ansprüche der Aktionäre untereinander und zwischen AG und Aktionär	327	210
1. Ansprüche der Aktionäre untereinander und Ansprüche der GG gegenüber den Aktionären	327	210
2. Ansprüche des Aktionärs gegen die AG	328	213
X. Erwerb und Verlust der Aktionärsstellung	330	219
1. Erwerb der Aktionärsstellung	330	219
2. Verlust der Aktionärsstellung	330	220
XI. Aktiengesellschaften auf fehlerhafter Satzungsgrundlage	331	222
1. Fehler bei der Gründung und bei der Satzungsänderung	331	222
2. Fehler bei der Übernahme von jungen Aktien	333	225
XII. Auflösung und Beendigung	333	226
§ 11 Die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)	335	1
I. Begriffsbestimmung, Erscheinungsformen und praktische Bedeutung	335	1
II. Der Komplementär	335	3
III. Der Aufsichtsrat	336	5
IV. Die Kommanditaktionäre und die Hauptversammlung	337	7
§ 12 Die Europäische Aktiengesellschaft (SE)	338	1
§ 13 Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)	340	1
I. Begriffsbestimmung, Erscheinungsformen und praktische Bedeutung	340	1
1. Begriffsbestimmung und Erscheinungsformen	340	1
2. Praktische Bedeutung	341	5
II. Gründung und Erlangung der Rechtsfähigkeit	341	6
1. Ablauf der Gründung	341	6
2. Der Gesellschaftsvertrag	342	7
a) Inhalt und Form	342	7
b) Treuepflicht und Gleichbehandlungsgebot	344	13
c) Auslegung des Gesellschaftsvertrages	346	17
d) Inhaltskontrolle	348	19

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rdz.
3. Erbringung der Einlage	348	20
a) Bargründung	348	20
b) Sacheinlagen	349	24
c) Verdeckte Sacheinlagen	350	26
d) Einlageleistung durch Aufrechnung	351	28
e) Kaduzierung und Ausfallhaftung	352	31
4. Anmeldung und Eintragung im Handelsregister	353	32
5. Die Vorgründungsgesellschaft	354	35
6. Die Vorgesellschaft	355	38
a) Gesellschaftszweck und Rechtsfähigkeit	355	38
b) Das anwendbare Recht	356	40
c) Haftung	358	44
d) Eintragung der GmbH	362	50
7. Vorrats- und Mantelgesellschaften	363	52
III. Der Geschäftsführer	364	54
1. Berechtigung zur Geschäftsführung und Vertretung	364	54
a) Geschäftsführung	364	54
b) Vertretung	366	58
2. Bestellung und Anstellung	366	59
3. Haftung für fehlerhafte Geschäftsführung gegenüber der Gesellschaft	367	62
4. Haftung für fehlerhafte Geschäftsführung gegenüber den Gesellschaftern	371	70
5. Haftung gegenüber Dritten	371	72
a) Ansprüche aus culpa in contrahendo	371	72
b) Deliktische Ansprüche	373	77
IV. Aufsichtsrat und Beirat	378	85
1. Zusammensetzung des Aufsichtsrates	378	85
2. Die Aufgaben des Aufsichtsrates	378	87
3. Der Beirat	379	88
V. Die Gesellschafterversammlung	379	89
1. Zuständigkeiten	379	89
2. Das Verfahren	380	92
3. Die Stimmabgabe	382	97
4. Mehrheits- und Formerfordernisse	383	103
5. Beschlussmängel	385	107
VI. Informationsrechte	389	117
1. Informationsrechte der Gesellschaft	389	117
2. Informationsrechte der Gesellschafter	390	118
VII. Die Finanzverfassung der GmbH	393	125
1. Jahresabschluss, Lagebericht, Gewinnverwendung	393	125
2. Kapitalaufbringung und -erhaltung	394	129
a) Der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung	394	129
b) Kapitalerhaltung	394	130
3. Kapitalerhöhung und -herabsetzung	398	139
a) Die reguläre Kapitalerhöhung	398	139
b) Die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln	401	147
c) Die Kapitalherabsetzung	401	148
aa) Die ordentliche Kapitalherabsetzung	401	148
bb) Die vereinfachte Kapitalherabsetzung	402	151

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rdz.
4. Fremdkapital und Eigenkapital	402	152
a) Grundbegriffe	402	152
b) Gesellschafterdarlehen	402	153
c) Finanzplanfinanzierung	403	154
5. Haftung der Gesellschafter für die Schulden der GmbH.	404	156
a) Materielle Unterkapitalisierung	404	157
b) Vermögensvermischung	406	162
c) Bestandsvernichtende Eingriffe	408	165
VIII. Ansprüche der Gesellschafter untereinander und zwischen GmbH und Gesellschafter	410	170
1. Ansprüche der Gesellschafter untereinander und Ansprüche der GmbH gegenüber den Gesellschaftern	410	170
2. Ansprüche des Gesellschafters gegen die GmbH.	411	172
IX. Erwerb und Verlust der Gesellschafterstellung	412	177
1. Erwerb der Gesellschafterstellung	412	177
a) Form- und Genehmigungserfordernisse	412	178
b) Die Vinkulierung	414	181
c) Die Eintragung in die Gesellschafterliste	415	184
d) Gutgläubiger Erwerb.	416	186
2. Erwerb von Todes wegen	417	188
3. Verlust der Gesellschafterstellung	418	189
X. Die GmbH auf fehlerhafter Vertragsgrundlage	423	202
1. Fehler bei der Gründung und bei der Vertragsänderung.	423	202
2. Fehler bei der Übernahme junger Geschäftsanteile	424	204
3. Fehler bei der Übertragung von Geschäftsanteilen	424	205
XI. Auflösung und Beendigung	425	207
1. Auflösungsgründe	425	207
2. Folgen der Auflösung	426	209
§ 14 Die Genossenschaft	427	1
I. Begriffsbestimmung, Erscheinungsformen und praktische Bedeutung	427	1
II. Gründung und Erlangung der Rechtsfähigkeit	427	4
1. Ablauf der Gründung	427	4
2. Statut	428	5
a) Inhalt und Form	428	5
b) Treuepflicht und Gleichbehandlungsgebot	429	6
III. Der Vorstand	430	8
1. Berechtigung zur Geschäftsführung und Vertretung.	430	8
2. Bestellung und Anstellung	430	9
IV. Der Aufsichtsrat	430	10
V. Die Generalversammlung	431	12
VI. Die Finanzverfassung der Genossenschaft	432	15
1. Geschäftsanteil und Geschäftsguthaben	432	15
2. Die Nachschusspflicht	432	17
3. Die Pflichtprüfung.	433	18
VII. Die Förderbeziehung zwischen Genossenschaft und Mitglied	433	20

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rdz.
VIII. Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft	435	23
1. Erwerb der Mitgliedschaft	435	23
2. Verlust der Mitgliedschaft.	436	25
§ 15 Die Europäische Genossenschaft	437	1
§ 16 Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG)	438	1

Dritter Teil: Gesellschaften ausländischer Rechtsform

Vierter Teil: Grundfragen des Gesellschaftsrechts: Zusammenfassung

I. Formen des Gläubigerschutzes.	443	2
II. Schutz der Minderheiten	444	5
III. Schutz der Gesellschafter vor „Führungseliten“	446	10
IV. Körperschaften versus Personengesellschaften	446	12
Stichwortverzeichnis	449	

Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft,
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AG	Amtsgericht
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AgrarR	Agrarrecht, Zeitschrift für das gesamte Recht der Landwirtschaft, der Agrarmärkte und des ländlichen Raums
AktG	Aktiengesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
<i>Baumbach/Hopt</i>	Handelsgesetzbuch, begründet von <i>Adolf Baumbach</i> , bearbeitet von <i>Klaus J. Hopt</i> , <i>Christoph Kaufmann</i> , <i>Hanno Merkt</i> , <i>Markus Roth</i> , 37. Aufl. 2016
<i>Baumbach/Hueck</i>	Kommentar zum GmbH-Gesetz, begründet von <i>Adolf Baumbach</i> , fortgeführt von <i>Alfred Hueck</i> , bearbeitet von <i>Michael Beurskens</i> , <i>Lorenz Fastrich</i> , <i>Ulrich Haas</i> , <i>Ulrich Noack</i> , 21. Aufl. 2017
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebs-Berater
BBergG	Bundesberggesetz
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeitung
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
<i>Beuthien</i>	<i>Volker Beuthien</i> , GenG, Kommentar, 15. Aufl. 2011
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch

Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bl.	Blatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
eG	eingetragene Genossenschaft
EG	Europäische Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
<i>Erman</i>	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von <i>Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer</i> , 14. Aufl. 2014
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
e. V.	eingetragener Verein
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
f. (ff.)	folgende (Plural)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
<i>Flume</i> ,	<i>Werner Flume</i> , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Zweiter Teil, Die juristische Person, 1983
Juristische Person	<i>Werner Flume</i> , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Erster Teil, Die Personengesellschaft, 1977
<i>Flume</i> ,	
Personengesellschaft	
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GBO	Grundbuchordnung
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
Großkomm. zum AktG	Großkommentar zum Aktiengesetz, herausgegeben von <i>Heribert Hirte, Peter Mülbert, Markus Roth</i> , 5. Aufl. 2017 ff.
Großkomm. zum HGB	Handelsgesetzbuch, Großkommentar, begründet von <i>Hermann Staub</i> , 5. Aufl. 2009 ff.
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
<i>Habersack/Verse</i>	<i>Mathias Habersack, Dirk Verse</i> , Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2011

Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

<i>Hachenburg</i>	Großkommentar zum GmbHG, begründet von <i>Max Hachenburg</i> , herausgegeben von <i>Peter Ulmer</i> , 8. Aufl. 1992 ff.
<i>Henssler</i>	Martin Henssler, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, 2. Aufl. 2008
<i>Heymann</i>	Handelsgesetzbuch, Kommentar herausgegeben von <i>Norbert Horn</i> , 2. Aufl. 1995 ff.
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
<i>Hüffer/Koch</i>	<i>Uwe Hüffer, Jens Koch</i> , Aktiengesetz, Kommentar, 12. Aufl. 2016
InsO	Insolvenzordnung
i. S. v.	im Sinne von
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
Kölner Komm.	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, herausgegeben von <i>Ulrich Noack, Wolfgang Zöllner</i> , 3. Aufl. 2004 ff.
<i>Koch</i>	<i>Jens Koch</i> , Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017
Konzern	Der Konzern
<i>Koller/Kindler/Roth/Morck</i>	HGB, Kommentar von <i>Ingo Koller, Peter Kindler, Wulf-Henning Roth, Winfried Morck</i> , 8. Aufl. 2015
krit.	kritisch
KTS	Konkurs, Treuhand, Sanierung
<i>Kübler/Assmann</i>	<i>Friedrich Kübler, Heinz-Dieter Assmann</i> , Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2006
<i>Langenbucher</i>	<i>Katja Langenbucher</i> , Aktien- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2015
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes (Loseblattsammlung) herausgegeben von <i>Lindenmaier, Möhring</i> u. a.
<i>Lutter/Hommelhoff</i>	GmbH-Gesetz, Kommentar bearbeitet von <i>Walter Bayer, Peter Hommelhoff, Detlef Kleindiek, Marcus Lutter</i> , 19. Aufl. 2016
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
<i>Meilicke/Graf v. Westphalen/Hoffmann/Lenz/Wolf</i>	Kommentar zum PartGG von <i>Wienand Meilicke, Friedrich Graf von Westphalen, Jürgen Hoffmann, Tobias Lenz, Reinmar Wolff</i> , 3. Aufl. 2015
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
MitbestErgG	Mitbestimmungsergänzungsgesetz
MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
MünchKomm, AktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, herausgegeben von <i>Mathias Habersack und Wulf Goette</i> , 4. Aufl. 2016, teilweise noch 3. Aufl.

Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von <i>Hartmut Oetker, Franz Jürgen Säcker</i> und <i>Roland Rixecker</i> , 7. Aufl. 2015 ff.
MünchKomm, HGB	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, herausgegeben von <i>Karsten Schmidt</i> , 4. Aufl. 2016, teilweise noch 3. Aufl.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
npoR	Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
<i>Oetker</i>	HGB Kommentar zum HGB, herausgegeben von <i>Hartmut Oetker</i> 4. Aufl. 2015
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Palandt	BGB, Kommentar, 76. Aufl. 2017
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
<i>Pöhlmann/Fandrich/Bloehs</i>	GenG, Kommentar, begründet von <i>Eduard Hettrich, Peter Pöhlmann</i> , bearbeitet von <i>Joachim Bloeks, Andreas Fandrich, Peter Pöhlmann</i> 4. Aufl. 2012
<i>Raiser/Veil</i>	<i>Thomas Raiser, Rüdiger Veil</i> , Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015
RdL	Recht der Landwirtschaft
Rdz.	Randziffer
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
<i>Roth/Altmeyen</i>	GmbHG, Kommentar von <i>Holger Altmeyen</i> und <i>Günther Roth</i> , 8. Aufl. 2015
<i>Rowedder</i>	GmbH-Gesetz, Kommentar begründet von <i>Heinz Rowedder</i> , herausgegeben von <i>Christian Schmidt-Leithoff</i> , 5. Aufl. 2013
S.	Seite oder Satz
s.	siehe
<i>Saenger</i>	<i>Ingo Saenger</i> , Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2015
<i>Schäfer</i>	<i>Carsten Schäfer</i> , Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2015
<i>Schmidt, Karsten</i>	<i>Karsten Schmidt</i> , Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002
<i>Schmidt, Karsten/Lutter</i>	AktG, Kommentar, herausgegeben von <i>Karsten Schmidt, Marcus Lutter</i> , 3. Aufl. 2015
<i>Scholz</i>	Kommentar zum GmbH-Gesetz, begründet von <i>Franz Scholz</i> , bearbeitet von <i>Georg Bitter, Georg Crezelius, Volker Emmerich, Hans-Joachim Priester, Thomas Rönau, Karsten Schmidt, Sven Schneider, Uwe H. Schneider, Christoph Seibt, Klaus Tiedemann, Rüdiger Veil, Dirk Verse, Harm Peter Westermann, Hartmut Wicke</i> , 11. Aufl. 2012 ff.
<i>Soergel</i>	Bürgerliches Gesetzbuch, begründet von <i>Hs. Th. Soergel</i> , 13. Aufl. 1999 ff.
sog.	sogenannt

Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

<i>Spindler/Stilz</i>	AktG, Kommentar, herausgegeben von <i>Gerald Spindler, Eberhard Stolz</i> , 3. Aufl. 2015
StVG	Straßenverkehrsgesetz
u. a.	und andere
<i>Ulmer</i>	Großkommentar zum GmbHG, herausgegeben von <i>Peter Ulmer, Mathias Habersack, Marc Löbbe</i> , 2. Aufl. 2013
<i>Ulmer/Brandner/Hensen</i>	AGB-Recht, Kommentar bearbeitet von <i>Markus Bieder, Guido Christensen, Stefan Ernst, Andreas Fuchs, Mathias Habersack, Carsten Schäfer, Harry Schmidt, Alexander Witt</i> , 12. Aufl. 2016
UG	Unternehmergesellschaft
umstr.	umstritten
UmwG	Umwandlungsgesetz
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen
VersR	Versicherungsrecht
VO	Verordnung
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
Warn	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiet des Zivilrechts, herausgegeben von <i>Otto Warneyer</i>
<i>Westermann/Wertenbruch</i>	Handbuch der Personengesellschaften, begründet von <i>Harry Westermann, Johannes Wertenbruch</i> fortgeführt von <i>Harm Peter Westermann</i> , Band I, Stand März 2017
WiB	Wirtschaftrechtliche Beratung
<i>Wiedemann</i>	<i>Herbert Wiedemann</i> , Gesellschaftsrecht, Band I, Grundlagen, 1980; Band II, Recht der Personengesellschaften, 2004
<i>Windbichler</i>	<i>Christine Windbichler</i> , Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. 2013
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Teil IV
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfG	Zeitschrift für Genossenschaftsrecht
ZGen	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einführung

1. Das Gesellschaftsrecht als Teil der Rechtsordnung

Das Gesellschaftsrecht ist das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der Offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft, der Stillen Gesellschaft, der Partnerschaftsgesellschaft, der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung, der Partenreederei, des Vereins, der Aktiengesellschaft, der Europäischen Aktiengesellschaft, der Kommanditgesellschaft auf Aktien, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der eingetragenen Genossenschaft, der Europäischen Genossenschaft und des Versicherungsverbands auf Gegenseitigkeit. Diese Rechtsmaterie wird unter dem Begriff Gesellschaftsrecht zusammengefasst, weil alle diese Rechtsformen *privatrechtliche Organisationen darstellen, die durch Rechtsgeschäft mit einem bestimmten Zweck begründet werden*. Daher finden sich auch zahlreiche Fragestellungen, die in einer dieser Rechtsformen auftreten, in den anderen wieder. Das rechtfertigt die Zusammenfassung zu einem einheitlichen Rechtsgebiet, eben dem Gesellschaftsrecht. Soweit weitere Rechtsformen für vergleichbare privatrechtliche Organisationen entwickelt werden, gehören auch diese Rechtsformen zum Gesellschaftsrecht.

Das Gesellschaftsrecht ist damit von den von ihm behandelten Objekten her definiert, eben den privatrechtlichen Organisationen, die alle durch Rechtsgeschäft mit einem bestimmten Zweck begründet werden¹. Das Gesellschaftsrecht ist das Recht, das speziell für diese Einheiten gilt. Es befasst sich z. B. mit der Frage, wie die genannten Organisationen verfasst sind oder sein dürfen, wie sie die Rechtsfähigkeit erlangen, wer für sie handelt und wer haftet. Dies zeigt, dass das Gesellschaftsrecht sowohl Rechtsmaterien des Allgemeinen Teils des BGB wie auch des Schuldrechts umfasst. Die BGB-Gesellschaft ist daher aufbauend auf diesen Regelungsbereichen im Besonderen Teil des Schuldrechts des BGB geregelt und auf diese Regeln für die BGB-Gesellschaft verweisen wiederum die Bestimmungen für OHG und KG (§ 105 Abs. 3, § 161 Abs. 2 HGB). Der Verein ist, weil man die Frage der Er-

¹ Siehe die Definition bei *Windbichler* § 1 Rdz. 1; *Schäfer* § 2 Rdz. 1.

langung der Rechtsfähigkeit für entscheidend hielt, im Allgemeinen Teil des BGB eingeordnet. Das Recht der anderen juristischen Personen greift bisweilen auf diese Regelungen für den rechtsfähigen Verein zurück. Nicht zum Gesellschaftsrecht gehört das Recht der Stiftung². Die Stiftung hat keine Mitglieder oder Gesellschafter. Das hat zur Folge, dass sich bei ihr wiederum andere Fragestellungen als bei den genannten privatrechtlichen Organisationsformen ergeben.

2. Gang der Darstellung

- 3 Die einheitliche Darstellung des Rechts der genannten privatrechtlichen Organisationen rechtfertigt sich aus der aufgezeigten Ähnlichkeit der Fragestellungen, die zum Teil dazu geführt hat, dass für mehrere Rechtsformen eine einheitliche Lösung gilt, zum Teil aber auch je nach Rechtsform ganz unterschiedliche Lösungen hervorgebracht hat. Eine Darstellung der Rechtsmaterie des Gesellschaftsrechts, die vom Problem (etwa wie kann ein hinreichender Schutz der Gläubiger der Gesellschaften erreicht werden oder wie kann ein Gesellschafter vor dem Entzug von Rechten, die für ihn essentiell sind, bewahrt werden?) ausgeht und die Palette der in unserer Rechtsordnung entwickelten Lösungen aufzeigt, ist daher sehr reizvoll. Sie würde das Gemeinsame des Gesellschaftsrechts (die Fragestellungen) und die Vielfalt dieses Rechtsgebietes (die jeweiligen Antworten) aufzeigen. Nicht zu erreichen ist aber auf diese Weise eine auch nur einigermaßen komplette und übersichtliche Darstellung des Gesellschaftsrechts und auch nicht eine Schilderung, die dem Gedankengang des Gesetzes Rechnung trägt, das von einer Rechtsform zur anderen fortschreitet und vielfach die Regelungen der nächsten Rechtsform auf die zuvor getroffenen aufbaut. Im Folgenden wird ein Zwischenweg beschritten: In den ersten beiden Teilen werden die einzelnen Gesellschaftsformen, je für sich, aber aufeinander aufbauend geschildert. Nach knappen Ausführungen zu Auslandsgesellschaften in Deutschland im dritten Teil werden im vierten Teil einige Grundfragen des Gesellschaftsrechts geschildert und unter Rückgriff auf die in den ersten beiden Teilen geschilderten Lösungen die Antworten aufgezeigt, die die Rechtsordnung für diese Fragen bereithält. Nicht behandelt wird das Konzernrecht, da dies den Rahmen dieses Lehrbuches sprengen würde.

² Ebenso Schäfer § 2 Rdz. 1; Karsten Schmidt § 1 I 1 c).

Erster Teil:

Personengesellschaften

Personengesellschaften sind die BGB-Gesellschaft, die OHG, die KG, die Stille Gesellschaft, die Partnerschaftsgesellschaft, die Europäische Wirtschaftliche Interessengemeinschaft und die Partenreederei. Man nennt diese Gesellschaften Personengesellschaften, weil *nach der Idee des Gesetzes* in diesen Gesellschaftsformen die Person des Gesellschafters für seine Rechte und Pflichten maßgebend ist¹. Dies zeigt sich etwa daran, dass die *Mitgliedschaft* oftmals nach der – dispositiven – gesetzlichen Regel *nicht frei übertragbar und vererblich* ist² und auch daran, dass die *Gesellschafter* nach der gesetzlichen Regel meist *persönlich* für die Schulden der Gesellschaft *haften*³. Vielfach *führen sie die Geschäfte der Gesellschaft auch selbst*⁴. Die Willensbildung erfolgt nach dem *Einstimmigkeitsprinzip*⁵.

Diese Kriterien sind bei manchen Personengesellschaften vollständig erfüllt (OHG⁶), bei manchen nur zum Teil (Partenreederei nur Haftung). Einzelne liegen bisweilen auch bei Körperschaften vor (bei der KGaA haftet etwa der Komplementär unbeschränkt persönlich für die Gesellschaftsschulden und er führt die Geschäfte der Gesellschaft, § 278 Abs. 1, 2 AktG; bei der Genossenschaft bestehen Vorstand und Aufsichtsrat aus Genossen, § 9 Abs. 2 GenG).

In der Realität können Personengesellschaften ganz anders aussehen, als sie nach den genannten typischen Merkmalen für Personengesellschaften eigentlich aussehen müssten. Gleichwohl heißen alle Gesellschaften in den

¹ *Windbichler* § 2 Rdz. 17; *Wiedemann* § 1 I 1, der aber auch auf die gesamthänderische Vermögensbindung abstellt.

² §§ 719 Abs. 1, 727 Abs. 1 BGB, § 131 HGB, § 9 Abs. 4 PartGG.

³ §§ 128, 171 HGB; zur Haftung in der BGB-Gesellschaft § 1 Rdz. 111 ff.; zur Haftung in der Partnerschaftsgesellschaft § 5 Rdz. 10f.; zur Haftung in der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung unten § 6 Rdz. 6; zur Haftung der Mitreeder § 507 HGB.

⁴ §§ 709, 714 BGB, §§ 114, 125 HGB, §§ 6 Abs. 3, 7 Abs. 2 PartGG.

⁵ § 709 BGB, § 119 HGB, § 6 Abs. 3 PartGG.

⁶ Zur Geschäftsführung und Vertretung sind die Gesellschafter je für sich berechtigt, §§ 115, 125 HGB.

Erster Teil: Personengesellschaften

genannten Gesellschaftsformen stets Personengesellschaften, unabhängig davon, ob bei ihnen die Person der Gesellschafter – sei es auch nur in der Mehrzahl der Fälle – im Vordergrund steht oder nicht. *Die Klassifikation erfolgt also nach der gesetzlichen Idee, nicht nach der jeweiligen Ausprägung einer bestimmten Gesellschaft.* Daher wird auch eine personalistisch strukturierte GmbH nie zur Personengesellschaft, während andererseits eine kapitalistisch strukturierte Kommanditgesellschaft Personengesellschaft bleibt.

§ 1 Die BGB-Gesellschaft

I. Begriffsbestimmung

§ 705 BGB umschreibt den Inhalt des Gesellschaftsvertrages einer BGB-Gesellschaft und versucht damit eine Definition dieser Gesellschaft. Nach dieser Norm verpflichten sich die Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern. Damit kommt zum Ausdruck, dass *unabdingbare Voraussetzung für das Vorliegen einer BGB-Gesellschaft ein Vertrag ist, der auf einen gemeinsamen Zweck gerichtet ist, und dass die Gesellschafter zur Förderung dieses Zwecks verpflichtet sind.* 1

a) Die BGB-Gesellschaft entsteht, wie jede andere Gesellschaft auch, *durch Vertrag.* BGB-Gesellschaften, die auf einer staatlichen Anordnung beruhen, gibt es nicht, wären aber durchaus denkbar. Denn auch sonst besteht bisweilen eine Pflicht zum Vertragsabschluss (sog. Kontrahierungszwang). Ein Vertrag setzt die Existenz zweier Vertragspartner voraus. Ob das auch für einen Gesellschaftsvertrag zur Gründung einer BGB-Gesellschaft gilt, ist umstritten¹. § 1 GmbHG, § 2 AktG normieren für GmbH und AG die Möglichkeit, den *Gesellschaftsvertrag auch durch nur eine Person zu schließen*, für die Personengesellschaften fehlt eine entsprechende Regelung. Das legt für diese Gesellschaften den Schluss nahe, dass wie sonst auch zwingend zwei Personen Gesellschafter, also Vertragspartner, sein müssen. In der Praxis hat sich allerdings gezeigt, dass ein Bedürfnis für Einmann-Personengesellschaften besteht. Das gilt insbesondere in den Fällen, in denen bei einer nur aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft ein Gesellschafter den anderen beerbt, zugleich aber Testamentsvollstreckung oder Vor- und Nacherbschaft angeordnet ist². In solchen Situationen ist es sinnvoll, den ererbten und den schon ursprünglich eigenen Anteil getrennt zu halten, um die mit dem Erbe verbundenen Belastungen (Testamentsvollstreckung, Vor- und Nacherbschaft) auf den ererbten Teil beschränken zu können³. Zumindest in diesen Fällen sollte daher auch eine Einmann-Personengesellschaft möglich sein⁴. 2

¹ *Raiser AcP* 194 (1994) 495, 509; *Sievekling*, FS Schippel, 1996, S. 505 ff.

² Siehe die Fälle BGH NJW 1986, 2431; BGH NJW 1996, 1284, 1285.

³ Dies gilt natürlich auch in den Fällen, in denen noch weitere Personen Gesellschafter sind und daher die Problematik der Einmann-Personengesellschaft nicht auftritt.

⁴ Zu weitergehenden Ansätzen *Kießling*, FS Hadding, 2004, S. 477, 493; *Weimar ZIP* 1997, 1769; ablehnend OLG Schleswig ZIP 2006, 615, 617; *Armbrüster ZGR* 2014, 333, 345; *Ulmer ZHR* 167 (2003) 103.

- 3 Der Vertrag muss *nicht ausdrücklich geschlossen werden*. Da das Gesetz keine Form vorsieht, kann er auch stillschweigend oder konkludent zustande kommen. Das hat zur Folge, dass Rechtsprechung und Literatur vielfach einen Vertragsschluss auch dann bejaht haben, wenn zwar das Regelungssystem der §§ 705 ff. BGB angemessen erscheint, der Wille der Parteien aber jedenfalls nicht eindeutig auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages gerichtet ist. Dies ist besonders deutlich bei Gesellschaftsverträgen, die zwischen verheirateten oder nicht verheirateten Paaren angenommen werden.
- 4 In dem Fall BGH NJW 2013, 2187, hatte der Kläger 10 Jahre mit der Beklagten in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammengelebt. In dieser Zeit leistete der Kläger Ratenzahlungen auf einen Kredit zur Finanzierung des gemeinsam bewohnten Haus der Beklagten und erbrachte Renovierungsarbeiten, deren Wert umstritten ist. Der Kläger fordert für diese Leistungen eine Abfindung. Der BGH hat einen Ausgleichsanspruch nach den Vorschriften für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts verneint. Eine rein faktische Willensübereinstimmung reiche für die Annahme, es liege eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor, nicht aus. Die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Regeln komme nur in Frage, wenn die Partner die Absicht hätten, einen Wert zu schaffen, der von ihnen für die Dauer der Partnerschaft nicht nur gemeinsam genutzt, sondern der ihnen auch gemeinsam gehören soll. Es müsse ein über die Verwirklichung der Lebensgemeinschaft hinaus gehender Zweck festgestellt werden, da es andernfalls am Rechtsbindungswillen fehle⁵. Auch wird betont⁶, dass, sofern Ehegatten im gesetzlichen Güterstand leben, dies ein Indiz sei, das gegen das Vorliegen einer Gesellschaft spricht, weil der im Falle der Scheidung gebotene Vermögensausgleich nach den Vorschriften über den Zugewinnausgleich erfolgen kann.
- 5 b) Der Vertrag muss auf einen *gemeinsamen Zweck* gerichtet sein. Dieser gemeinsame Zweck beinhaltet das für jede Gesellschaft konstitutive Kriterium und unterscheidet Gesellschaftsverträge von reinen Austauschverträgen. Von der Grundidee her ist die *Unterscheidung zwischen Austausch- und Gesellschaftsverträgen* also klar. Während der Austauschvertrag von einem Interessengegensatz ausgeht, steht im Gesellschaftsrecht die Gemeinsamkeit der Interessenwahrung im Vordergrund. Es geht um die Verwirklichung eines gemeinsamen Zwecks, nicht um die Erbringung wechselseitiger Leistungen⁷. Im Einzelfall ist die Abgrenzung aber schwierig. Fest steht mittlerweile, dass eine Gesellschaft auch vorliegen kann, wenn eine Beteiligung am Erfolg der Gesellschaft nicht für jeden Gesellschafter vorgesehen ist⁸. Dies leuchtet auch ein, da mit der Annahme einer Gesellschaft über die

⁵ Stattdessen werden Ansprüche nach § 313 BGB erwogen; so auch BGH NJW 2011, 2880, dort auch zu Ansprüchen nach § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB; zu der gesamten Problematik *Wellenhofer* Jus 2012, 74; eine Ehegattengesellschaft lag vor in BGH NZG 2016, 547: gemeinsame Tierzucht.

⁶ BGH NJW 2006, 1268, dazu *Haußleiter* NJW 2006, 2741.

⁷ Siehe *Lutter* AcP 180 (1980) 85, 91 f.; *Wiedemann/Schultz* ZIP 1999, 1, 2 ff.

⁸ *Böhmer* JZ 1994, 982, 989; *MünchKomm-Schäfer* § 705 Rdz. 149 ff.

Anwendbarkeit eines bestimmten Normenbestandes (§§ 705 ff. BGB) entschieden wird und dieser bei gemeinsamer Interessenverfolgung auch dann eine sinnvolle Regelung bereithält, wenn nicht jeder Gesellschafter am Gewinn beteiligt ist. Diese Kriterien müssen auch herangezogen werden, wenn es um die *Abgrenzung von Gesellschaftsverträgen zu sog. partiarischen Rechtsgeschäften*, also zu Rechtsgeschäften, bei denen die Gegenleistung (auch) in einer Gewinnbeteiligung besteht (häufig bei Darlehen), geht⁹.

In dem Fall BGH NJW 1990, 573 hatten die Parteien vereinbart, dass der spätere Kläger Eigentumswohnungen veräußern sollte, die der Beklagte planen und errichten sollte. Der nach Abzug der Leistungsvergütungen verbleibende Gewinn sollte hälftig geteilt werden. Für Verfügungen über das Baukonto durch den Kläger war die Zustimmung des Beklagten erforderlich. Gewinnentnahmen waren nach 50%igem Verkaufsstand oder, wenn die Liquiditätslage es erlaubte, vorher zulässig. Gestritten wurde um die Frage, ob die Auseinandersetzung nach den Regeln der BGB-Gesellschaft zu erfolgen hatte. Der BGH hat dies bejaht, wobei er darauf abstellt, „ob sich die Parteien durch den Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck verbunden haben und ihre schuldrechtlichen Beziehungen ein gesellschaftsrechtliches Element in sich tragen, oder ob die Parteien ohne jeden gemeinsamen Zweck lediglich ihre eigenen Interessen verfolgen und ihre Beziehungen zueinander ausschließlich durch die Verschiedenheit ihrer eigenen Interessen bestimmt werden“. Diese Begründung ist sehr abstrakt ausgefallen. Überzeugender wäre es gewesen, wenn konkret gefragt worden wäre, ob die für die BGB-Gesellschaft geschaffenen Auseinandersetzungsregeln die vertragliche Vereinbarung stimmig ergänzen. Insbesondere im Hinblick auf die für die Gewinnverteilung getroffenen Vereinbarungen war dies zu bejahen.

Nicht jeder Zweck kann in der Rechtsform der BGB-Gesellschaft verfolgt werden. Dies ist besonders deutlich in Bezug auf das Betreiben eines Handelsgewerbes. Nach § 105 Abs. 1 HGB ist eine Gesellschaft, die auf diesen Zweck gerichtet ist, OHG und damit eben nicht BGB-Gesellschaft. Nicht möglich ist es auch, einen verbotenen oder sittenwidrigen Zweck zu verfolgen. Dies ergibt sich aus §§ 134, 138 BGB und ist eigentlich selbstverständlich¹⁰. Ansonsten kann aber jedem Zweck in der BGB-Gesellschaft nachgegangen werden. Es kann also sowohl um erwerbswirtschaftliche, wie auch um karitative oder künstlerische Zwecke gehen. Die BGB-Gesellschaft ist also eine vielfältig einsetzbare Gesellschaftsform. Dies hat zur Folge, dass sie in ganz unterschiedlichen Ausprägungen in Erscheinung tritt¹¹.

c) Dieser gemeinsame Zweck soll von den Vertragspartnern nach der vertraglichen Vereinbarung *gefördert werden*. Wie die Förderung zu erfolgen hat, regelt der Gesellschaftsvertrag vielfach ausdrücklich. Dieser legt insbesondere die Beiträge fest, also dasjenige, was der Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen zu leisten hat, bzw. die Dienste oder sonstigen Leistungen.

⁹ Siehe auch § 4 Rdz. 2f.

¹⁰ Vorliegen kann eine fehlerhafte Gesellschaft, § 1 Rdz. 169.

¹¹ § 1 Rdz. 9.

gen – wie etwa die Mithaft für die Gesellschaftsschulden –, die er für die Gesellschaft zu erbringen hat¹². Hinzu tritt eine allgemeine, oftmals nicht ausdrücklich genannte Pflicht, die Belange der Gesellschaft zu unterstützen, jedenfalls aber ihnen nicht zuwiderzuhandeln. Diese Pflicht kann unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Üblicherweise wird diese allgemeine Förderpflicht als Treuepflicht bezeichnet. Sie ist mit jeder Gesellschafterstellung unabdingbar verbunden¹³.

II. Erscheinungsformen und praktische Bedeutung

- 9 Es liegt auf der Hand, dass die genannten Voraussetzungen für das Vorliegen einer BGB-Gesellschaft von den unterschiedlichsten Gesellschaften erfüllt werden. Die praktische Bedeutung ist entsprechend groß. BGB-Gesellschaften werden von Unternehmern betrieben, sofern kein Handelsgewerbe vorliegt¹. Zusammenschlüsse von Personen, die einen sog. freien Beruf ausüben (Ärzte, Rechtsanwälte, Architekten, Steuerberater), können ebenso BGB-Gesellschaft sein² wie Bauherrengemeinschaften³, Arbeitsgemeinschaften von selbständigen Bauunternehmern zur Durchführung eines gemeinsamen Auftrags⁴, Poolverträge zur Verwertung von Sicherheiten⁵ oder zur Deckung von Verbindlichkeiten⁶, Stimmrechtskonsortien⁷, Fahrgemeinschaften⁸, oder ein Abiturjahrgang, der eine gemeinsame Feier organisiert⁹. Im Bankbereich treten Emissions-¹⁰ und Kreditkonsortien¹¹ als BGB-Gesellschaften auf. Die Anzahl der Gesellschafter ist ebenfalls sehr unterschied-

¹² § 1 Rdz. 13.

¹³ § 1 Rdz. 17.

¹ Dazu bereits oben § 1 Rdz. 7.

² BGH NZG 2008, 777 (ärztliche Gemeinschaftspraxis); BGHZ 70, 247 (lediglich gemeinsame Praxisbenutzung); BGH NJW 2000, 1560 (Sozietät zwischen Rechtsanwalt und Steuerberatern); BGH NJW 2013, 2674 (Sozietät zwischen Rechtsanwalt und Arzt/Apotheker).

³ BGH NJW 2002, 1642; BGH ZIP 2005, 1455.

⁴ BGH NJW 2001, 1056; MünchKomm-Schäfer Vor § 705 Rdz. 43 ff.; zur Abgrenzung gegenüber der OHG: LG Bonn ZIP 2003, 2160; Karsten Schmidt DB 2003, 703.

⁵ BGH NJW 1989, 896; BGH WM 1994, 237.

⁶ OLG München NZG 2002, 1162 (Feuerwehrfonds).

⁷ BGH ZIP 2009, 216.

⁸ BGHZ 46, 313 (gemeinsame Autofahrten); für einen Auftrag bei bloßer Unkostenbeteiligung bei gemeinsamer Fahrt zum Arbeitsplatz: BGH NJW 1992, 498.

⁹ LG Detmold NZG 2015, 951; dazu Weber JA 2017, 69.

¹⁰ Grunewald/Schlitt, Einführung in das Kapitalmarktrecht 3. Aufl. § 9; Baumbach/Hopt-BankGesch (7) Y/2.

¹¹ MünchKomm-Schäfer, Vor § 705 Rdz. 58 ff.; kritisch Grundmann, FS Boujong, 1996, S. 159.

lich. Sie kann ganz gering, aber auch – etwa bei den Bauherrengemeinschaften – durchaus stattlich sein. Ähnlich unterschiedlich ist die Ausgestaltung der getroffenen Vereinbarungen. Manche Gesellschaftsverträge werden nur mündlich und ohne viele Worte geschlossen, andere bis ins Detail ausformuliert. Diese ganz unterschiedliche Ausgangslage lässt deutlich werden, dass die Bildung allgemeiner Regeln für alle diese Gesellschaften schwierig ist. Gleichwohl muss dieser vom Gesetz vorgezeichnete Weg beschritten werden, da eine individuelle Regelung für jede Erscheinungsform der BGB-Gesellschaft nicht praktikabel wäre.

III. Der Gesellschaftsvertrag

1. Form- und Genehmigungserfordernisse

a) Der Gesellschaftsvertrag kann regelmäßig abgeschlossen werden, ohne dass besondere *Formerfordernisse* zu beachten wären. Allerdings kann sich aus den für alle Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften etwas anderes ergeben. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Grundstück in das Gesellschaftsvermögen geleistet werden soll (§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB). Gleich steht der Fall, dass sich ein Gesellschafter verpflichtet, unter bestimmten Umständen aus dem Gesellschaftsvermögen ein Grundstück zu erwerben¹. Dagegen fällt die Pflicht zur Übertragung eines Anteils an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, zu deren Gesamthandsvermögen ein Grundstück gehört, nicht unter § 311b Abs. 1 S. 1 BGB, da insoweit nur die Pflicht zur Übertragung einer Beteiligung und nicht eines Grundstücks begründet wird². Ebenfalls nicht formbedürftig ist der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, der nur allgemein festlegt, dass die Gesellschaft Grundstücke erwerben werde. Insoweit fehlt es an einer konkreten Verpflichtung zum Erwerb eines bestimmten Grundstücks³. Daher muss der Gesellschaftsvertrag selbst nicht notariell beurkundet werden. Ist der Gesellschaftsvertrag nicht formgerecht

¹ BGH NJW 1978, 2505; BGH NJW 1996, 1279.

² BGHZ 86, 367, 369f. Teilweise wird vorgeschlagen, eine Ausnahme für Umgehungsfälle zu machen: *Karsten Schmidt* AcP 182 (1982), 481, 510ff.; dagegen *Wertenbruch* NZG 2008, 454. Dem sollte nicht gefolgt werden, da andernfalls mit erheblichen, für Formvorschriften besonders unerträglichen Abgrenzungsschwierigkeiten zu rechnen wäre. Wegen der Heilungsmöglichkeit nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB ist auf diese Weise sowieso nicht wirklich Abhilfe zu schaffen. Auch kann, wenn nur einige Gesellschafter die Erfüllung des Rechtsgeschäfts verweigern, eine Zusammensetzung des Gesellschaftskreises entstehen, die von keiner Seite gewollt wird.

³ BGH NJW 1996, 1279.

abgeschlossen und auch nicht geheilt, so gelten die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft⁴.

11 Aus § 518 Abs. 1 BGB folgt kein Formerfordernis für den Gesellschaftsvertrag, da die Beteiligung an einer BGB-Gesellschaft nicht geschenkt werden kann. Die Gegenleistung des Gesellschafters liegt in der Übernahme der Mithaft für die Gesellschaftsschulden, gegebenenfalls auch in Tätigkeitsverpflichtungen für die Gesellschaft oder in anderen Beiträgen⁵. Dem ist entgegengehalten worden, die genannten Belastungen des Gesellschafters seien Teil der Gesellschafterstellung und schlossen daher die Annahme einer Schenkung nicht aus⁶. Aber das überzeugt nicht. Entscheidend ist, dass sich die Gesellschafter von der Aufnahme eines weiteren Gesellschafters diese „Gegenleistung“ versprechen, nicht aber, dass sie zwangsläufig mit der Übernahme einer Gesellschafterstellung verbunden ist. Nur bei reinen Innengesellschaften besteht ein solches Haftungsrisiko nicht. Dann ist eine Schenkung möglich. Gegenstand der Schenkung ist dann die geplante Beteiligung an der Gesellschaft. Mit Begründung der Gesellschafterstellung, also mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages, ist die Schenkung vollzogen⁷. Daher tritt Heilung nach § 518 Abs. 2 BGB ein, wenn zuvor eine notarielle Beurkundung nicht durchgeführt wurde.

12 b) Der Gesellschaftsvertrag kann *genehmigungsbedürftig* sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Gesellschaftszweck auf das Betreiben eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist und eine Person Gesellschafter werden soll, die durch einen Vormund oder ihre Eltern vertreten wird (§§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB). Dann ist die Genehmigung des Familiengerichtes erforderlich. Auf diese Weise soll der nicht voll Geschäftsfähige vor den Risiken geschützt werden, die mit dem Betreiben eines Erwerbsgeschäftes verbunden sind. Hinzu tritt für Minderjährige die Möglichkeit, bei Eintritt der Volljährigkeit die Haftung auf den Bestand des Vermögens zu beschränken, das in diesem Zeitpunkt vorhanden ist (§ 1629a BGB)⁸. Auch besteht ein besonderes Kündigungsrecht⁹. Eine Genehmigung ist auch erforderlich, wenn eine Person Gesellschafter werden soll, die durch einen Betreuer vertreten wird (§ 1908i Abs. 1 BGB). Ist auch der gesetzliche Vertreter bzw. der

⁴ § 1 Rdz. 169.

⁵ Umstritten, siehe zur Schenkung von OHG-Beteiligungen, wo die Problematik gleich liegt, § 2 Rdz. 7; zur Schenkung einer KG-Beteiligung § 3 Rdz. 6.

⁶ *Kollhosser AcP* 194 (1994), 231, 247.

⁷ BGH NZG 2012, 222; *Blaurock* NZG 2012, 512, dort auch zu der zuvor von der Judikatur vertretenen Ansicht (kein Vollzug, lediglich Ersetzung eines schuldrechtlichen Anspruchs aus dem Schenkungsvertrag durch einen anderen, dem aus dem Gesellschaftsvertrag der Innengesellschaft).

⁸ Zu dieser Regel *Grunewald* ZIP 1999, 597; *Habersack* FamRZ 1999, 1.

⁹ § 1 Rdz. 189.

Betreuer an der Gesellschaft beteiligt, ist außerdem noch die Bestellung eines Pflegers notwendig (§§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 1908i Abs. 1 BGB).

2. Die Beiträge

a) Der Gesellschaftsvertrag begründet für die Gesellschafter die Verpflichtung, die Beiträge wie vereinbart zu leisten¹⁰. *Was als Beitrag geschuldet ist*, legt der Gesellschaftsvertrag fest: Es kann sich beispielsweise um die Pflicht zur Übereignung oder Überlassung von Sachen in das Gesamthandsvermögen handeln, um die Verpflichtung zur Leistung von Diensten, zur Verschaffung von Immaterialgüterrechten, zur Offenlegung von Know-how usw. Sind vertretbare oder verbrauchbare Sachen beizutragen, so ist nach § 706 Abs. 2 S. 1 BGB im Zweifel anzunehmen, dass die Sachen zu übereignen und nicht nur zu überlassen sind. Ebenso ist zu entscheiden, wenn nicht vertretbare und verbrauchbare Sachen nach Schätzung beizutragen sind, sofern die Schätzung nicht nur als Grundlage für die Gewinnverteilung gedacht ist (§ 706 Abs. 2 S. 2 BGB). Wenn nichts anderes vereinbart ist, haben die Gesellschafter gleiche Beiträge zu leisten (§ 706 Abs. 1 BGB). Diese gesetzliche Regel wird bisweilen auch durch konkludent getroffene Vereinbarungen (etwa durch die Bestimmung über die Verlusttragungspflicht) abbedungen¹¹. 13

b) Probleme ergeben sich, wenn die *Beiträge nicht vereinbarungsgemäß geleistet werden* (§ 280 f. BGB). Die für Austauschverträge geltenden §§ 320 bis 326 BGB können nicht angewandt werden, da die für jede Gesellschaft konstitutive Vereinbarung, man wolle einen gemeinsamen Zweck verfolgen, dem scharfen Sanktionscharakter der §§ 320 ff. BGB widerspricht¹². Dies gilt insbesondere für die Rücktrittsrechte, und zwar auch dann, wenn die Gesellschaft nur aus zwei Personen besteht¹³. Die dem Rücktritt entsprechende Kündigung kann nur nach Maßgabe von § 723 BGB erfolgen. 14

¹⁰ Zu Leistungspflichten auf Grund separater Verträge § 3 Rdz. 8.

¹¹ Allgemein zum Grundsatz der Gleichbehandlung § 1 Rdz. 26 ff.

¹² Ebenso MünchKomm-Schäfer § 705 Rdz. 163; *Wertenbruch* NZG 2001, 306; *Hüttemann*, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998, S. 5 ff., der auf den Anspruch der Gesellschaft § 320 BGB nicht anwendet (wohl aber auf den angeblich bestehenden Anspruch der Gesellschafter). Die Judikatur des Reichsgerichts hat §§ 320 ff. BGB grundsätzlich angewandt: siehe etwa RGZ 147, 340, 342; 163, 385, 388 (obiter dictum); der BGH hat eine grundsätzliche Entscheidung bislang nicht getroffen, im jeweiligen Fall aber von einer Anwendung abgesehen: BGHZ 10, 44, 51; BGH WM 1959, 53, 54 f.; WM 1967, 419, 429; NJW 1983, 1188, 1189.

¹³ Ausnahmen für 2-Personen-Gesellschaften finden sich in unterschiedlichem Umfang etwa bei MünchKomm-Schäfer § 705 Rdz. 169; erbringt einer von zwei Gesellschaftern die geschuldete Leistung nicht, so muss allerdings auch der andere nicht leisten. Dies folgt aus einer ergänzenden Auslegung des Gesellschaftsvertrages und aus § 242 BGB, kann aber auch § 320 BGB entnommen werden.

- 15 In allen Fällen, in denen der versprochene Beitrag nicht ordnungsgemäß erbracht wird, obwohl dies möglich wäre, kann von Seiten der Gesellschaft auf Leistung geklagt werden¹⁴. Sofern ein Verschulden (§ 708 BGB) vorliegt, kann Schadensersatz verlangt werden (§ 280 BGB). Gegebenenfalls ist der Vertrag anzupassen. Dies gilt insbesondere für Gewinnverteilungsregeln, die oftmals das Spiegelbild der erbrachten Beiträge sind. Sofern dies für Gesellschaft und Gesellschafter zumutbar ist, kann die Pflicht bestehen, eine Ersatzleistung – vorwiegend in Geld – zu erbringen und zu akzeptieren. Gleiches gilt, wenn die versprochene Beitragsleistung nicht vereinbarungsgemäß beschaffen ist. Aus den genannten Gründen kommt – abgesehen von dem Nacherfüllungsanspruch von § 439 BGB – eine Analogie zu §§ 434 ff. BGB nicht in Betracht¹⁵. In jedem Fall kann es, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, zu einer Kündigung der Gesellschaft (§ 723 BGB) oder zum Ausschluss des nicht ordnungsgemäß leistenden Gesellschafters (§ 737 BGB) kommen. Folgeschäden einer nicht ordnungsgemäßen Beitragsleistung können nach § 280 BGB liquidiert werden.
- 16 c) Von großer praktischer Bedeutung ist die Bestimmung von § 707 BGB, *nach der ein Gesellschafter zur Erhöhung der vereinbarten Beiträge nicht verpflichtet ist*. Da die Beiträge im Gesellschaftsvertrag festgelegt sind und eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages sowieso nur mit Zustimmung aller Vertragspartner, also einstimmig, erfolgen kann, beinhaltet § 707 BGB im Grunde eine Selbstverständlichkeit¹⁶. Dass das Gesetz diese Regelung noch einmal ausdrücklich nennt, zeigt, welche Bedeutung es dieser Bestimmung zumisst. Es kann aber im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden, dass eine Beitragserhöhung durch Mehrheitsbeschluss erfolgen kann. Eine solche Klausel berechtigt zwar die Gesellschafter, nach einem entsprechenden Beschluss ihre Beiträge zu erhöhen, reicht aber nicht aus, um den einzelnen Gesellschafter zur Übernahme einer neuen Einlage zu verpflichten¹⁷. Dies setzt vielmehr eine eindeutige Regelung – in der eine antizipierte Zustimmung liegt¹⁸ – sowie die Festlegung einer Obergrenze oder sonstiger Kriterien, die das Erhöhungsrisiko eingrenzen, voraus¹⁹.

¹⁴ Zur *actio pro socio* § 1 Rdz. 62 ff.

¹⁵ *Windbichler* § 6 Rdz. 5.

¹⁶ Zur Änderung des Gesellschaftsvertrages in diesem Punkt § 1 Rdz. 80 ff.; zur Problematik bei Vereinen § 8 Rdz. 6f.

¹⁷ BGH NJW 1983, 164: Eine Bestimmung, nach der Verluste der Gesellschaft auf Darlehenskonten der Gesellschafter verbucht werden sollen, reicht nicht aus. *Münch-Komm-Schäfer* § 707 Rdz. 7.

¹⁸ BGH ZIP 2009, 864, 865; BGH ZIP 2009, 1373, 1375; BGH ZIP 2007, 766, 767; *Armbrüster* ZGR 2014, 333, 346 ff.; zur Sanierung § 1 Rdz. 20; siehe auch § 1 Rdz. 88.

¹⁹ *Armbrüster* ZGR 2014, 333, 347; *Karsten Schmidt* ZGR 2008, 1, 20; *Wertenbruch* DStR 2007, 1680; *Wilde* NZG 2012, 215.

3. Die Treuepflicht

a) Inhalt des Gesellschaftsvertrages ist, obwohl vielfach nicht ausdrücklich genannt, auch eine stets gegebene allgemeine Treuepflicht²⁰. Gleiches gilt vor Vertragsschluss im Rahmen des entsprechenden vorvertraglichen Schuldverhältnisses (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Die auf dem Gesellschaftsvertrag beruhende Treuepflicht hat eine *doppelte Richtung*. Sie besteht sowohl gegenüber den Mitgesellschaftern wie auch gegenüber der Gesellschaft²¹. Dabei ist es sogar denkbar, dass diese Schutzrichtungen miteinander in Konflikt geraten. So mag es sein, dass die Fassung eines bestimmten Beschlusses (etwa die Erweiterung eines Wettbewerbsverbotes) für die Gesellschaft sehr förderlich ist, für einen Mitgesellschafter aber kaum akzeptabel. Bei einer solchen Kollision sind die verschiedenen Treuepflichten gegeneinander abzuwägen: Ist das Interesse einer Seite besonders dringlich, so ist ihr zu folgen. Ist dies nicht der Fall, so prävaliert das Interesse der Gesellschaft. Denn schließlich war man zu dem gemeinsamen Ziel der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks zusammengekommen. Auf rein private Belange muss im Regelfall keine Rücksicht genommen werden (etwa persönliche Antipathien). Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Gesellschafter in der Gesellschaft eng zusammenarbeiten und daher Störungen in der privaten Sphäre auf die Gesellschaft durchschlagen²².

Die *Intensität der Treuepflicht* hängt von der Art und Weise ab, wie die Gesellschaft ausgestaltet ist²³. Je kleiner der Mitgliederkreis, je stärker der Einfluss des einzelnen Gesellschafters auf die Geschicke der Gesellschaft, und je weit tragender der Gesellschaftszweck ist, desto intensiver ist die Treuepflicht. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, wenn es um die Ausübung von Gesellschafterrechten geht, ob es sich um sog. eigennützige oder uneigennützige Gesellschafterrechte handelt²⁴, also um solche, die dem Gesellschafter zur Wahrung seiner eigenen Interessen verliehen sind, oder um solche, die den Interessen der Gesellschaft dienen. Im Bereich der Geschäftsführung (uneigennütziges Gesellschafterrecht) haben die Belange der Gesellschaft beispielsweise stets Vorrang. Hier ist die Treuepflicht wie bei allen uneigennützigen Gesellschafterrechten besonders intensiv.

b) Aus der Treuepflicht – insbesondere gegenüber der Gesellschaft – können sowohl *Handlungs- wie Unterlassungspflichten* folgen. Ein Beispiel für das Bestehen einer Handlungspflicht (meist gegenüber der Gesellschaft, u. U.

²⁰ Hüffer, FS Steindorff, 1990, S. 59, 65; Saenger Rdz. 136.

²¹ BGH NZG 2014, 385, 387; Lutter AcP 180 (1980) 84, 120 f.

²² MünchKomm-Schäfer § 705 Rdz. 229; siehe auch Lutter AcP 180 (1980) 84, 128.

²³ Lettl AcP 202 (2002) 3, 8; Lutter AcP 180 (1980) 84, 105 f.; MünchKomm-Schäfer § 705 Rdz. 224.

²⁴ Zu dieser Unterscheidung Lutter AcP 180 (1980) 84, 115 ff.; MünchKomm-Schäfer § 705 Rdz. 224; Windbichler § 7 Rdz. 4.

aber auch gegenüber einem Mitgesellschafter, etwa wenn auf seine besonderen Interessen Rücksicht genommen werden muss) ist die Pflicht zur Abgabe einer Stimme in der Gesellschafterversammlung in einem bestimmten Sinne²⁵. Eine Unterlassungspflicht (gegenüber der Gesellschaft) besteht, wenn – wie häufig – über die Belange der Gesellschaft Verschwiegenheit zu wahren ist. Auch darf die Gesellschaft in der Öffentlichkeit nicht schlecht gemacht werden²⁶.

- 20 In dem Fall BGHZ 183, 1 (bestätigt in BGH NZG 2015, 995) hatten Fachleute einer überschuldeten OHG (für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts würde nichts anderes gelten) bescheinigt, dass sie sanierungsfähig sei. Die Banken waren zum Verzicht auf Forderungen bereit, wenn die Gesellschafter neue Beiträge in Höhe von 4,6 Mio. Euro leisten. Nach dem Beschluss der Gesellschafter musste jeder Gesellschafter, der keine neue Einlage übernehmen wollte, ausscheiden und den Betrag an die Gesellschaft zahlen, den er im Falle seines Ausscheidens gemäß § 735 BGB zu leisten hatte. Mit der Klage verlangte die Gesellschaft von einem Gesellschafter diesen Auseinandersetzungsfehlbetrag.

Der BGH hat der Klage stattgegeben. In den Gründen heißt es, dass die Treuepflicht die Gesellschafter zwar nicht zu Nachschüssen verpflichtet, wohl aber dazu, eine Sanierung nicht zu blockieren. Daher träfe die Gesellschafter, wenn sie keine neue Einlage übernehmen wollten, die Pflicht, den Beschluss zu akzeptieren, die Gesellschaft zu verlassen und den Auseinandersetzungsfehlbetrag zu leisten, zumal dieser in dem Fall des BGH niedriger war als die Summe, die sich im Falle der Liquidation der Gesellschaft ergeben hätte. Dieses Urteil überzeugt²⁷. Denn andernfalls würden die Gesellschafter, die sich nicht an der Sanierung beteiligen, als Trittbrettfahrer von den Einlagen der anderen profitieren.

- 21 c) Die Treuepflicht als Unterlassungspflicht (gegenüber der Gesellschaft) gewinnt etwa auch an Bedeutung, wenn es um die Frage geht, ob die Gesellschafter der Gesellschaft *Wettbewerb* machen bzw. – allgemeiner formuliert – die Geschäftschancen der Gesellschaft nutzen dürfen²⁸. Diese Frage kann auch bei der BGB-Gesellschaft eine Rolle spielen, da sie auch erwerbswirtschaftlich tätig sein kann. Gesetzlich geregelt ist diese Problematik nicht. Daher muss anhand der Überlegungen zur Treuepflicht ermittelt werden, ob und ggf. in welchem Umfang ein solches Verbot besteht. Dabei spielen die zur Intensität der Treuepflicht genannten Kriterien eine entscheidende Rolle. Wer beispielsweise mit einigen anderen Ärzten eine Gemeinschaftspraxis

²⁵ § 1 Rdz. 81.

²⁶ Beispiel bei *Lutter AcP* 180 (1980) 84, 111 f.; siehe auch BGH ZIP 2010, 1232: Erhebung der actio pro socio (§ 1 Rdz. 62) nur im Rahmen der Treuepflicht.

²⁷ Zustimmend *Armbrüster ZGR* 2014, 333, 349; *K. Schmidt JZ* 2010, 125; *Grunewald, FS Roth*, 2011, S. 187 der BGH entscheidet anders, wenn der Gesellschaftsvertrag für eine Kapitalerhöhung in der Krise Regeln enthält: NZG 2011, 510.

²⁸ Zu dem Unterschied zwischen Wettbewerbsverbot und Pflicht zur Wahrung der Geschäftschancen der Gesellschaft unten § 3 Rdz. 9; zur Geschäftschancenlehre § 2 Rdz. 11, speziell bei der GbR BGH NZG 2013, 216, 218.

betreibt, darf schon deshalb nicht im Nachbarhaus für sich alleine eine Praxis gleichen Stils aufmachen, weil der Gesellschaftszweck für die berufliche Entwicklung der Gesellschafter von entscheidender Bedeutung ist und die Gesellschaft nur wenige Gesellschafter umfasst²⁹. Auch darf ein geschäftsführender Gesellschafter, der aus der Zeitung von dem Verkauf eines Grundstücks zum Betrieb eines Parkplatzes erfährt, dieses nicht für sich selbst erwerben, wenn der Ankauf für die Gesellschaft von Vorteil wäre³⁰.

d) Schwierig zu beantworten ist die Frage, welche Rolle die Treuepflicht bei der *Ausübung von Rechten* des Gesellschafters spielt, *die nicht aus der Gesellschafterstellung folgen*. Der Gesellschafter kann der Gesellschaft beispielsweise auch als Verkäufer oder Darlehensgeber gegenüberstehen³¹. Bei der Geltendmachung solcher Ansprüche aus Drittgeschäften besteht die Treuepflicht gegenüber Gesellschaft und Gesellschaftern nur in einem eingeschränkten Umfang³². Der Gesellschafter muss beispielsweise auf einen vorübergehenden Liquiditätsengpass der Gesellschaft Rücksicht nehmen und darf nicht ohne Beachtung solcher oder ähnlicher Schwierigkeiten seine Interessen durchsetzen. Er muss auch, sofern dies ohne Schwierigkeiten möglich ist, vor einer Inanspruchnahme seiner Mitgesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen zugreifen³³ und sich seinen Verlustanteil abziehen lassen³⁴. Doch sieht die Rechtsprechung dies in Bezug auf die Pflicht, primär die Gesellschaft in Anspruch zu nehmen, anders³⁵.

e) Werden *Pflichten, die sich aus der Treuepflicht ergeben, nicht erfüllt*, so kann auf Erfüllung³⁶ sowie auf Schadensersatz (§ 280 f. BGB) geklagt werden³⁷. Rechtshandlungen (wie etwa eine Stimmabgabe) sind, sofern sie gegen die Treuepflicht verstoßen, nichtig bzw. unbeachtlich (etwa ein treu-

²⁹ Siehe den eine Steuerberaterpraxis betreffenden Fall BGH NJW 1995, 2843, 2845; zu nachvertraglichen Wettbewerbsverboten BGH NJW 2004, 66; BGH ZIP 2005, 1778, 1779; Krämer, FS Röhrich, 2005, S. 335; allgemein Armbrüster ZIP 1997, 261, 272.

³⁰ BGH NZG 2013, 216. Dazu Fleischer NZG 2013, 361; auch § 2 Rdz. 11.

³¹ Zu der Abgrenzung zwischen Leistungspflichten aufgrund des Gesellschaftsvertrages und anderen: unten § 3 Rdz. 8.

³² Dazu BGH LM Nr. 12 § 730 BGB = 9/1992 Bl. 1657; Reuter JZ 1986, 16, 19; MünchKomm-Schäfer § 705 Rdz. 203.

³³ Walter JuS 1982, 81, 85 zur OHG.

³⁴ BGH NJW 1983, 749; § 2 Rdz. 48.

³⁵ BGH NZG 2013, 1334, 1337; dazu Wolfskeel v. Reichenberg NZG 2017, 45.

³⁶ Lutter AcP 180 (1980) 84, 118; auch MünchKomm-Schäfer § 705 Rdz. 239; Weller, Liber amicorum Martin Winter 2011, S. 755, 757: Erfüllungsanspruch bei Zustimmungspflichten.

³⁷ Lutter AcP 180 (1980) 84, 119; MünchKomm-Schäfer § 705 Rdz. 242; a. A. Wiedemann, FS Heinsius, 1991, S. 949, 951 für die treuwidrige Stimmabgabe. Dem kann für die BGB-Gesellschaft nicht gefolgt werden, da gerade die Stimmabgabe für die Ausgestaltung der Gesellschaft von großer Bedeutung ist. Trotz Unbeachtlichkeit einer treuwidrigen Stimmabgabe kann es aufgrund faktischer Beachtung zu Schäden kommen.

widriger Widerspruch gegen Geschäftsführungsmaßnahmen)³⁸. Sofern Handlungen geschuldet sind, können sie, wenn sie pflichtwidrig unterlassen worden sind, nicht einfach unterstellt werden (etwa die nach dem Vertrag erforderliche Zustimmung zu einer Geschäftsführungsmaßnahme)³⁹. Sofern sich die Gesellschafter über dieses Fehlen einfach hinwegsetzen (das Geschäft etwa durchführen)⁴⁰, handeln sie also ihrerseits rechtswidrig. Doch kann gleichwohl gegen sie kaum mit Aussicht auf Erfolg eine Schadensersatzklage erhoben werden. Denn schließlich ist der treuwidrig die Mitwirkung verweigernde Gesellschafter seinerseits ebenfalls schadensersatzpflichtig. Demgemäß schuldet er im Wege der Naturalrestitution, die Gesellschaft und seine Mitgesellschafter so zu stellen, wie sie stehen würden, wenn er nicht treuwidrig gehandelt hätte, und das hieße eben wieder, dass die geschuldete Handlung erfolgt wäre. Dieses wechselseitige Patt muss dann zum Nachteil des Gesellschafters, der durch sein treuwidriges Handeln die Schwierigkeiten heraufbeschwohren hat, gelöst werden. Seine Schadensersatzklage wäre abzuweisen⁴¹.

24 Sofern sowohl gegenüber der Gesellschaft wie auch gegenüber Mitgesellschaftern treuwidrig gehandelt wurde, bestehen nur Schadensersatzansprüche der Gesellschaft, wenn die Schädigung des Mitgesellschafters nur in der Entwertung seiner Mitgliedschaft liegt (sog. *Reflexschaden*)⁴². Eine doppelte Inanspruchnahme des Gesellschafters kommt nicht in Frage, zumal er mit der Begleichung des Gesellschaftsschadens zugleich den Gesellschafterschaden ersetzt.

25 In dem Fall BGH ZIP 2003, 73 hatten die Parteien, zwei Rechtsanwälte, einen Vergleich geschlossen. Bei der Auseinandersetzung der von den Parteien in der Rechtsform der BGB-Gesellschaft geführten Sozietät war es zu Streitigkeiten über die Frage gekommen, ob ein bestimmtes Honorar, das der Beklagte als Testamentsvollstrecker erhalten hatte, in die Auseinandersetzungsrechnung mit einbezogen werden sollte. Der Beklagte erklärte gegenüber dem Kläger, dieses Honorar könne sich höchstens auf DM 270.000,- belaufen. Daraufhin wurde in dem Vergleich vereinbart, dass mit einer Zahlung von DM 90.000,- alle wechselseitigen Ansprüche ausgeschlossen sein sollten. Als sich später herausstellte, dass sich die Vergütung auf 1,1 Mio. DM belief, focht der Kläger den Vergleich wegen arglistiger Täuschung an

³⁸ BGH ZIP 1985, 1134; *Krieger*, FS Hommelhoff 2011, S. 593, 610; *Schäfer* ZGR 2013, 237, 264; MünchKomm-Schäfer § 705 Rdz. 239.

³⁹ BGH NZG 2008, 588, 591; mit Ausnahme für Gesellschafterbeschlüsse, die für die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft notwendig sind; siehe auch MünchKomm-Schäfer § 705 Rdz. 240; *Weipert* ZGR 1990, 142, 147: Unterstellung möglich bei Zustimmung zu Geschäftsführungsmaßnahmen. Zu Zustimmungspflichten allgemein unten § 1 Rdz. 81ff.

⁴⁰ Siehe BGH NJW 1960, 434: Dort wird gesagt, der pflichtwidrig nicht zustimmende Gesellschafter könne sich auf die Unwirksamkeit des zustimmungspflichtigen Geschäfts nicht berufen.

⁴¹ Im Ergebnis so auch BGH ZIP 2007, 268, 269 zur GmbH.

⁴² Beispiel BGH NZG 2013, 867.

und verlangte Zahlung des sich nach Einrechnung dieses Honorars ergebenden Überschusses.

Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung hätte darauf gestützt werden können, dass der Beklagte gegenüber dem Kläger über die Höhe der noch ausstehenden Vergütung bewusst unrichtige Angaben gemacht hatte. Doch ließ sich das nicht nachweisen. Gleichwohl hatte die Anfechtung Erfolg. Der Beklagte habe den Kläger – so das Urteil – daraufhin hinweisen müssen, dass seine Aussage über die Höhe des zu erwartenden Honorars nicht auf einer gründlichen Prüfung der Rechtslage beruhe⁴³. Dieses Unterlassen war deshalb relevant, weil der Beklagte aufgrund der Treuepflicht gegenüber dem Kläger zu einer entsprechenden Mitteilung verpflichtet war.

4. Das Gleichbehandlungsgebot

Das Gleichbehandlungsgebot besagt, dass die Gesellschafter im Verhältnis zur Gesellschaft nicht willkürlich ungleich behandelt werden dürfen⁴⁴. Es beinhaltet eine besondere Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB)⁴⁵ und findet in zahlreichen gesetzlichen Bestimmungen seinen Ausdruck. So haben die Gesellschafter etwa nach § 706 Abs. 1 BGB gleiche Beiträge zu leisten, sind alle zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet (§ 709 Abs. 1 BGB), haben jeder eine Stimme (§ 709 Abs. 2 BGB) und sind auch gleichmäßig am Gewinn und Verlust beteiligt (§ 722 Abs. 1 BGB). Diese Beispiele zeigen aber auch schon, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz *dispositiv ist*, dass es den Gesellschaftern also freisteht, ungleiche Beteiligungen zu vereinbaren⁴⁶. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt also nur, wenn im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vereinbart ist und der benachteiligte Gesellschafter sich mit der Ungleichbehandlung auch nicht einverstanden erklärt⁴⁷. Demgemäß kann auch vereinbart werden, dass die Gesellschafterpositionen unterschiedlich ausgestaltet sein sollen. Nur wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes ergibt, dürfen die Gesellschafter im Verhältnis zur Gesellschaft nicht willkürlich ungleich behandelt werden.

Besondere praktische Bedeutung erlangt das Gleichbehandlungsgebot bei der *inhaltlichen Überprüfung von Gesellschafterbeschlüssen*. Ein Beschluss, der die Gesellschafter ohne sachlichen Grund ungleich behandelt, ist rechtswidrig⁴⁸. Dies ist etwa der Fall, wenn einem Gesellschafter im Unterschied

⁴³ Ähnlich für die GmbH BGH ZIP 2007, 268, 269.

⁴⁴ Zum Gleichbehandlungsgebot siehe *Karsten Schmidt* § 16 II 4 b); *Verse*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften, 2006; *Wiedemann* § 8 II 2.

⁴⁵ *Verse*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften, 2006, S. 87 ff.; zu anderen Begründungen *Karsten Schmidt* § 16 II 4 b) aa); *Wiedemann* § 8 II 2 a).

⁴⁶ BGH WM 1966, 1036; *Karsten Schmidt* § 16 II 4 b).

⁴⁷ BGH WM 1965, 1284, 1286; MünchKomm-Schäfer § 705 Rdz. 247.

⁴⁸ § 1 Rdz. 95; siehe auch BGHZ 20, 363, 369; BGH NJW 1995, 194, 195.

zu den anderen Gesellschaftern die Erbringung eines erhöhten Beitrages verweigert wird und von der Höhe der erbrachten Beiträge der Umfang der Gesellschafterrechte abhängt⁴⁹. Neben der Beschlusskontrolle kann das Gleichbehandlungsgebot auch bei der *Durchführung von Geschäftsführungsmaßnahmen* eine Rolle spielen. So wäre es beispielsweise rechtswidrig, wenn der geschäftsführende Gesellschafter einen Mitgesellschafter im Unterschied zu den anderen von der Benutzung der Gesellschaftseinrichtungen ohne Grund ausschließt⁵⁰. Der betreffende Gesellschafter hat neben dem Anspruch auf Leistung auch einen *Schadensersatzanspruch* gegen die Gesellschaft⁵¹ (das Fehlverhalten des geschäftsführenden Gesellschafters wird über § 31 BGB der Gesellschaft zugerechnet)⁵². Sofern der Vorteil nur einzelnen Gesellschaftern gewährt wurde, ist in erster Linie der Gesellschaft von den bevorzugten Gesellschaftern Erstattung geschuldet⁵³. Gleiches gilt, wenn die Einräumung desselben Vorteils an alle Gesellschafter für die Gesellschaft ungünstig wäre⁵⁴. Dann gebietet es die Treuepflicht, auf die Belange der Gesellschaft Rücksicht zu nehmen und nur auf die Erstattung des rechtswidrig an den Bevorzugten Geleisteten oder eine gleichmäßige Aufteilung des Vorteils zu dringen.

- 28 In dem Fall OLG Saarbrücken NJW 1985, 811 hatte ein aus 5 Personen bestehender Kegelclub eine Kegelkasse eingerichtet, aus der eine gemeinsame Reise finanziert werden sollte. Zur Jahreswende 1981/82 unternahm der Club dann eine kurzfristig angesetzte Reise nach Kenia. Der Kläger, für den ebenfalls gebucht war, nahm daran nicht teil, weil er sich bereits mit seiner Familie in Südfrankreich verabredet hatte. Der Kläger verlangte ein Fünftel des ursprünglichen Kassenbestands für sich.

Das OLG hat dem Kläger diesen Betrag (abzüglich der Stornokosten) zugesprochen. Dabei wird das Gleichbehandlungsgebot zwar nicht ausdrücklich erwähnt, aber es wird in dem Urteil doch deutlich, dass der Gesellschaftsvertrag dahin verstanden werden musste, dass sich nicht einige Gesellschafter auf Kosten der anderen bereichern dürfen. Das überzeugt. Zugleich wird aber auch klar, dass bei einem größeren Gesellschafterkreis, bei dem von Anfang an damit zu rechnen ist, dass einige Gesellschafter an einer solchen Reise nicht werden teilnehmen können, wohl anders zu entscheiden wäre, da sonst die Zweckbindung des Geldes – Reise – wegen Unüber-

⁴⁹ BGH WM 1974, 1151, 1153 (KG); OLG München NZG 2001, 558 (KG); MünchKomm-Schäfer § 705 Rdz. 251.

⁵⁰ OLG Saarbrücken NJW 1985, 811; MünchKomm-Schäfer § 705 Rdz. 250.

⁵¹ MünchKomm-Schäfer § 705 Rdz. 252; Verse, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften, 2006, S. 399 ff.

⁵² § 1 Rdz. 118.

⁵³ Soergel-Hadding § 705 Rdz. 67; zur GmbH ebenso Ulmer, FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 363, 368 f.

⁵⁴ Soergel-Hadding § 705 Rdz. 67; etwas anders MünchKomm-Schäfer § 705 Rdz. 252, wonach es in erster Linie Sache der Gesellschaft sein soll, wie sie den Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz beseitigen will. Doch schwächt das insofern die Rechtsposition des Betroffenen, als er nichts Konkretes verlangen kann.

prüfbarkeit der Verhinderung jedes einzelnen Gesellschafters schon deshalb in Frage gestellt wäre, weil jeder Gesellschafter durch die schlichte Behauptung, er sei verhindert, seinen Anteil an der Kasse herausverlangen könnte.

5. Auslegung des Gesellschaftsvertrages

a) Der Gesellschaftsvertrag ist im Prinzip nach denselben Grundsätzen **29** *auszulegen wie alle Rechtsgeschäfte*. Es kommen also die §§ 133, 157 BGB zur Anwendung⁵⁵. Eine Ausnahme gilt für *Gesellschaften mit großer Mitgliederzahl*, sowie für solche Gesellschaften, bei denen die Anteile frei übertragbar sind und übertragen wurden. Eine Berücksichtigung des individuellen Verständnisses der Gesellschafter ist dann nicht möglich, weil die Größe bzw. der Wechsel im Mitgliederkreis die Rücksichtnahme auf besondere Interpretationen der Gründer ausschließen⁵⁶. Nur wenn der neu beitretende Gesellschafter mit einem besonderen Vertragsverständnis der bisherigen Gesellschafter rechnen muss (etwa weil der Vertragstext unklar ist oder der Beitretende das Verständnis der Altgesellschafter kennt), muss er sich die bisherige Vertragsinterpretation entgegenhalten lassen⁵⁷. Auch werden Gesellschaftsverträge mit zahlreichen Vertragspartnern bzw. nach einer Rechtsnachfolge nach denselben, vorwiegend am objektiven Inhalt der Vertragsurkunde ausgerichteten Grundsätzen ausgelegt, wie sie für die Satzung von Körperschaften entwickelt wurden⁵⁸. Dies gilt auch dann, wenn die Gesellschaft von nur wenigen Gesellschaftern gegründet wurde und erst mit der Zeit – vielleicht sogar entgegen den Vorstellungen der Gründer – zu einer Gesellschaft mit zahlreichen Gesellschaftern wurde. Auch dann ist für alle Beteiligten klar, dass das individuelle Verständnis, das den neu hinzutretenden Gesellschaftern ja nicht bekannt ist, keine Rolle mehr spielen kann. Den „Alt“-Gesellschaftern bleibt die Möglichkeit, rechtzeitig auf Klarstellung zu dringen. In Gesellschaften mit zahlreichen Gesellschaftern gilt darüber hinaus das sogenannte *Transparenzgebot*. Danach müssen Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag, die für die Gesellschafter belastend

⁵⁵ Zum Bestimmtheitsgrundsatz, § 1 Rdz. 86.

⁵⁶ Saenger Rdz. 74; Beispiel: BGH NZG 2013, 1334, 1335.

⁵⁷ Grunewald ZGR 1995, 68, 77f.; ähnlich Fleicher DB 2013, 1465, 1475.

⁵⁸ Zu diesen Regeln unten § 8 Rdz. 15 ff. Dazu BGH ZIP 1989, 1052, 1053: Familiengesellschaft mit 155 Mitgliedern; Lutter AcP 180 (1980) 84, 96; MünchKomm-Schäfer § 705 Rdz. 172 ff.; Wiedemann § 3 II 2 a). Diese Regeln gelten auch für die Auslegung von Gesellschaftsverträgen, deren Vertragspartner zwar nur wenige Gesellschafter sind, bei denen aber gemäß dem Plan der Gesellschafter mindestens ein Gesellschafter seine Beteiligung treuhänderisch für eine Vielzahl von Personen hält. Dies ist bei der KG häufig, § 3 Rdz. 12.

sind, klar formuliert sein. Andernfalls werden sie so verstanden, wie es für die Gesellschafter günstig ist⁵⁹.

- 30 Bei der Auslegung eines Gesellschaftsvertrages darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass dieser üblicherweise die Grundlage für eine *längerfristige Zusammenarbeit* der Gesellschafter darstellt. Dies hat in mehrerer Hinsicht Bedeutung. Zum einen kann insbesondere bei der Auslegung von Gesellschaftsverträgen, deren Abschluss schon längere Zeit zurückliegt, dem Wortlaut keine übertriebene Bedeutung beigemessen werden. Vielmehr ist vorrangig zu berücksichtigen, welches Ziel der Vertrag mit seinen Regeln verfolgte. Insoweit kann es eine Rolle spielen, ob etwa bestimmte prozentuale Beteiligungen einzelner Gesellschafter oder Gesellschafterstämme erreicht werden sollten. Diese Intention ist dann für das Verständnis der jeweiligen Vertragsbestimmung wesentlich (sog. Grundtendenz des Vertrages)⁶⁰. Insbesondere spielt es auch eine Rolle, wie bestimmte Klauseln bislang gehandhabt und verstanden wurden⁶¹. Allgemein gilt, dass bei Gesellschaften, die auf eine lange Vertragsdauer angelegt sind, eine Vertragsinterpretation, die die Fortdauer der Gesellschaft sichert, nahe liegt. Sofern der Wortlaut des Gesellschaftsvertrages für eine andere Auslegung spricht, ist allerdings Zurückhaltung geboten: Je klarer der Wortlaut, desto schwerwiegender müssen die Gründe sein, die für ein anderes Verständnis des Vertragstextes sprechen⁶². Sollte mit der Vertragsauslegung nicht weiterzukommen sein, bleibt nur eine Vertragsänderung⁶³.
- 31 Bei bestimmten Vertragsklauseln können auch die *Interessen Dritter* eine Rolle spielen. Dies gilt etwa für die Vertretungsregeln. Gleichwohl folgt auch in diesen Fällen die Interpretation den genannten Regeln. Der Schutz Dritter wird auf andere Art und Weise (etwa nach Rechtscheingrundsätzen) erreicht⁶⁴. Er kann nicht dazu führen, die Gesellschafter im Verhältnis zueinander an einer Interpretation festzuhalten, die den Vereinbarungen nicht entspricht. Eventuell besteht eine Pflicht der Gesellschafter, an einer Klarstellung des Textes mitzuwirken.
- 32 b) Gerade bei Gesellschaftsverträgen stellt sich vielfach die Frage, was gelten soll, wenn die *Problematik im Vertrag nicht oder unwirksam geregelt* ist. Im Prinzip gelten dann die Regeln der ergänzenden Vertragsauslegung,

⁵⁹ BGH NZG 2013, 738, 740; BGH NZG 2016, 424, 426.

⁶⁰ MünchKomm-Schäfer § 705 Rdz. 173.

⁶¹ Siehe Soergel-Hadding § 705 Rdz. 38; Karsten Schmidt § 5 I 4 c).

⁶² Grunewald ZGR 1995, 68, 70; Wiedemann DNotZ 1977, Sonderheft, S. 99, 102; a. A. Coing ZGR 1978, 659.

⁶³ Zur Pflicht zur Mitwirkung § 1 Rdz. 82.

⁶⁴ Grunewald ZGR 1995, 68, 75; a. A. Wiedemann § 3 II 2 a), der die Auslegung je nach dem, wem gegenüber sie zu erfolgen hat, verschieden vornimmt. Dem ist nicht zu folgen, da eine Vertragsbestimmung nicht einmal dies und einmal das bedeuten kann.

wobei insoweit auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen ist. Diese Art der Vertragsergänzung ist im Regelfall dem Rückgriff auf das dispositive Gesetzesrecht vorzuziehen, da dieses vielfach von Wertungen ausgeht (etwa einer streng personalistischen Ausrichtung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts), die bei der jeweiligen Gesellschaft nicht gegeben sind⁶⁵. Auf derselben Linie liegt es, wenn der BGH dazu tendiert, bei nichtigen Vertragsbestimmungen eine *Teilnichtigkeit* der Regeln anzunehmen und den Rest der Vereinbarung entgegen der Grundregel von § 139 BGB aufrecht zu erhalten⁶⁶. Sofern die Vertragsparteien vereinbart haben, dass auch bei Nichtigkeit einzelner Vertragsklauseln der restliche Vertrag erhalten bleiben soll (sog. salvatorische Erhaltungsklausel), führt auch dies dazu, dass die Vermutung von § 139 BGB nicht eingreift⁶⁷.

6. Inhaltskontrolle

a) Das Recht der BGB-Gesellschaft ist, wie überhaupt das Recht der Personengesellschaften, *weitgehend dispositiv*. Demgemäß steht den Gesellschaftern bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages ein erheblicher Spielraum zur Verfügung. Diese Entscheidung des Gesetzgebers hat sich sehr weitgehend bewährt. 33

Genauso wie in anderen Verträgen kann aber auch in einem Gesellschaftsvertrag eine Klausel gegen § 134 BGB oder § 138 BGB verstoßen und demgemäß nichtig sein⁶⁸. Doch sollte man mit der Annahme der Sittenwidrigkeit nicht allzu leicht bei der Hand sein. Der Vertragskompromiss kann das Resultat ganz unterschiedlicher Einschätzungen der Parteien sein, und es ist durchaus nicht immer richtig, eine Klausel für nichtig zu erklären, die sich für eine Seite als besonders belastend erweist. Gerade bei einem Gesellschaftsvertrag, der die Basis für die Zusammenarbeit in einer unbekanntem Zukunft sein soll, muss es im Grundsatz bei dem Vereinbarten bleiben. Daher gilt es auch im Gesellschaftsrecht daran festzuhalten, dass ein Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB nur vorliegt, wenn nicht einmal die Mindeststandards eingehalten sind⁶⁹. Hierzu gehört der Fall, dass für die Gesellschaft 34

⁶⁵ BGH NJW 1979, 1705; BGH NJW 1985, 192, 193; BGH NJW 1993, 3193.

⁶⁶ BGH JZ 1989, 956 ff. mit Anm. *Grunewald*.

⁶⁷ Siehe BGH ZIP 2010, 925 (stille Gesellschaft).

⁶⁸ Zu den Auswirkungen auf den „restlichen Vertrag“ § 1 Rdz. 169. Besondere Ausprägungen der Inhaltskontrolle beinhalten die Lehre von den unverzichtbaren Gesellschafterrechten (§ 1 Rdz. 91) und das Abspaltungsverbot (§ 1 Rdz. 75).

⁶⁹ Eine Schilderung der Judikatur zur Sittenwidrigkeit von Gesellschaftsverträgen findet sich bei MünchKomm-Schäfer § 705 Rdz. 134; in der Tendenz wie hier *Dauner-Lieb* ZHR 158 (1994), 271, 287 ff.; *Fastrich*, Die richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 154 ff. Weitergehend wohl BGHZ 81, 263, 266, wo ein Verstoß gegen § 138 Abs. 1

besonders bedeutsame Entscheidungen von Nichtgesellschaftern getroffen werden (Verstoß gegen den *Grundsatz der Verbandssouveränität*)⁷⁰.

35 In dem Fall BGH NJW 1985, 2421 war in dem Gesellschaftsvertrag einer OHG vorgesehen, dass einer der persönlich haftenden Gesellschafter – der Seniorchef – die anderen ohne besonderen Grund aus der Gesellschaft ausschließen konnte. Hier- von machte der betreffende Gesellschafter gegenüber einem anderen Gesellschafter Gebrauch, der vor vielen Jahren als kaufmännischer Angestellter in die Gesellschaft eingetreten war und sich zum persönlich haftenden Gesellschafter hochgearbeitet hatte. Der BGH entschied, dass in einer solchen Vertragsgestaltung ein Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB liege, weil der ausgeschlossene Gesellschafter in der Gesellschaft seinen Beruf ausübe und dies seine Existenzgrundlage sei. Durch die genannte Vertragsklausel werde der betroffene Gesellschafter in eine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit gebracht, die nicht mehr erträglich sei.

Diese Entscheidung überzeugt letztlich nicht. Sofern der ausgeschlossene Gesellschafter eine Abfindung erhielt, die dem Wert seiner Beteiligung entsprach, waren seine wirtschaftlichen Interessen gewahrt. Bedenkt man weiter, dass der Beruf dieses Gesellschafter im Grunde der eines Managers war und diese Berufsgruppe nahezu stets auf einer leicht lösbaren Vertragsbasis tätig ist, so sieht man auch, dass das von dem Gesellschafter übernommene Risiko keineswegs atypisch oder sittenwidrig war.

Vielleicht sind auch dem BGH insoweit mittlerweile Bedenken gekommen. Dies legt eine Entscheidung aus 2005 nahe, in der es um eine GmbH ging, die eine Vielzahl von M-Märkten betrieb, die jeweils in der Rechtsform einer GmbH – für eine BGB-Gesellschaft würde nichts anderes gelten – organisiert waren. Für das operative Geschäft war ein Vor-Ort-Geschäftsführer zuständig. Entsprechend ihrem einheitlichen Unternehmenskonzept beteiligte die Beklagte den jeweiligen Vor-Ort-Geschäftsführer mit einem Geschäftsanteil von bis zu 10% an der von ihm geleiteten Gesellschaft. Der Geschäftsführer hatte für den Erwerb seines Anteils in der Regel nur den Nominalwert zu zahlen und war am Gewinn, nicht aber am Verlust der Gesellschaft beteiligt. Zugleich vereinbarte die Beklagte mit dem Geschäftsführer, dass seine Gesellschafterstellung enden solle, wenn er als Geschäftsführer abberufen oder sein Geschäftsführer-Anstellungsvertrag beendet werde.

Diese Vertragsgestaltung hat der BGH gebilligt. In den Gründen wird darauf hingewiesen, dass bei dieser Sachlage der das Ausschließungsverbot tragende Gedanke, den Gesellschafter bei der Wahrnehmung seiner Gesellschafterrechte nicht unter unangemessenen Druck zu setzen, nicht berührt werde. Im Vordergrund stehe vielmehr die Möglichkeit, den Geschäftsführer ohne Grund aus seiner Organstellung abzurufen. Die weitere Folge, dass dann auch die Gesellschafterstellung ende, falle demgegenüber nicht entscheidend ins Gewicht, weil die von vornherein auf Zeit eingeräumte Beteiligung in diesem sogenannten Manager-Modell nur einen Annex zu der Geschäftsführerstellung darstelle. Diese Argumentation liegt auf der hier vertretenen Linie⁷¹.

BGB auch dann bejaht wird, wenn die Grundprinzipien des Gesellschaftsrechts nicht beachtet wurden; sehr weitgehend auch *Wiedemann ZGR* 1980, 147.

⁷⁰ § 1 Rdz. 72.

⁷¹ BGH NJW 2005, 3641; zu diesem und anderen Urteilen des BGH, die den Ausschluss eines Gesellschafters ohne besonderen Anlass akzeptieren, *Grunewald*, FS Pries-

b) Eine über § 138 Abs. 1 BGB hinausgehende Inhaltskontrolle wird allgemein für *Publikumsgesellschaften*, also für Gesellschaften mit einer Vielzahl von untereinander meist nicht verbundener⁷² Gesellschafter⁷³, befürwortet⁷⁴. Dabei beruft man sich formal auf § 242 BGB. In der Sache geht es darum, dass in Gesellschaften mit großer Mitgliederzahl der Vertragskompromiss als Garant für eine gewisse Ausgeglichenheit der vereinbarten Regelung fehlt. Wer Gesellschafter einer Publikumsgesellschaft werden will, kann nur den fertig ausformulierten Vertrag ablehnen oder akzeptieren. Über den Inhalt des Vertrages wird bei der Aufnahme neuer Mitglieder nicht mehr verhandelt. Letztlich wird mit Hilfe dieser Inhaltskontrolle ein Mindestbestand an Anlegerschutz in Publikumspersonengesellschaften verwirklicht. Auf diese Weise wird der bei Gesellschaften mit großer Mitgliederzahl üblicherweise auftretenden Verselbständigung des Managements gegenüber den Gesellschaftern entgegengewirkt⁷⁵. 36

In dem Fall BGH ZIP 1988, 22 hatten M und der Kläger drei Gesellschaften bürgerlichen Rechts zu dem Zweck gegründet, eine stille Beteiligung an einer kanadischen Investment-Gesellschaft zu erwerben. Die Gesellschaften waren auf den Beitritt weiterer Gesellschafter angelegt. Gleichwohl wuchs die Gesellschafterzahl nur geringfügig an. In den Gesellschaftsverträgen wurde der Kläger beauftragt, die stille Beteiligung treuhänderisch für die Gesellschafter zu verwalten. Eine Kündigung des Treuhandverhältnisses durch die Gesellschafter bedurfte der Zustimmung aller Gesellschafter. Es kam in der Folgezeit zu Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Kläger und M einerseits sowie den übrigen Gesellschaftern, den Beklagten, andererseits über die Verwaltung der stillen Beteiligung. In der Gesellschafterversammlung der drei Gesellschaften wurde dem Kläger aus wichtigem Grund ge- 37

ter, 2007, S. 123; *Habersack/Verse* ZGR 2005, 451, 456; *Henssler*, FS Konzen, 2006, S. 267; *Peltzer* ZGR 2006, 702; allgemein § 1 Rdz. 145.

⁷² Es ist umstritten, ob die Sonderregeln auch für Familiengesellschaften gelten, dazu *Ulmer* ZIP 2010, 549, 555.

⁷³ Die Inhaltskontrolle nach § 242 BGB wird auch auf Gesellschaften angewandt, die zwar nur wenige Gesellschafter haben, bei denen aber ein Gesellschafter die Beteiligung treuhänderisch für eine Vielzahl von Anlegern hält. Dies ist bei Kommanditgesellschaften häufig, § 3 Rdz. 13.

⁷⁴ Beispiele: BGH NZG 2010, 61, BGH NZG 2013, 738, 740 (KG); dazu § 1 Rdz. 103; *Bunte* ZIP 1983, 8, 12; *Fastrich*, Die richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 124 ff.; *Westermann*, FS BGH, 2000, S. 245, 252; ablehnend *Hey*, Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, 2004, S. 302 ff.; weitgehend auch *Zöllner*, FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 85, 100 ff., der nur „immanente Funktionsdefizite der Vertragsfreiheit gesellschaftsrechtsspezifischer Art“ ausgleichen will. Dies soll nur Regelungen betreffen, die das gedeihliche Funktionieren der Gesellschaft als Dauerrechtsverhältnis in Zukunft beeinträchtigen. M.E. ist dies bei dem hier in den Mittelpunkt der Betrachtung gestellten Fall der Verselbständigung des Managements gegenüber den Gesellschaftern der Fall.

⁷⁵ Im Einzelnen zu den verschiedenen Kriterien, die zur Rechtfertigung der Inhaltskontrolle angeführt werden, *MünchKommHGB-Grunewald* § 161 Rdz. 124.

kündigt. Dem stimmte M nicht zu. Der Kläger klagte auf Feststellung, dass die Treuhandverhältnisse durch Kündigung nicht aufgelöst worden sind.

Der BGH hat dem Kläger nicht Recht gegeben. In dem Urteil wird ausgeführt, dass die Gesellschaftsverträge der drei Gesellschaften der Inhaltskontrolle nach § 242 BGB unterliegen, da der Gesellschaftsvertrag auf die Mitgliedschaft einer Vielzahl noch zuwerbender Gesellschafter angelegt sei, die sich nur kapitalistisch beteiligen und mehr oder weniger zufällig zusammengeführt werden. Gemessen an den danach anzuwendenden Maßstäben von Treu und Glauben sei das Einstimmigkeitserfordernis bei der Abberufung des Treuhänders unwirksam. Die Anlagegesellschafter dürften nicht daran gehindert werden, die Verwaltung ihres eingebrachten Kapitals einer Person zu übergeben, die das Vertrauen der Mehrheit genieße. Das Urteil überzeugt. Dies gilt auch in Bezug auf die Anwendung der Grundsätze zur Inhaltskontrolle. In der Tat tritt das Problem, um das es bei der Inhaltskontrolle geht (Verselbständigung des Managements), auch auf, wenn eine Gesellschaft auf den Beitritt zahlreicher Gesellschafter angelegt ist, aber nur wenige Gesellschafter tatsächlich beitreten.

IV. Geschäftsführung und Vertretung

1. Geschäftsführung

- 38 a) *Geschäftsführung ist jede für die Gesellschaft vorgenommene Tätigkeit*¹. Nicht zur Geschäftsführung gehören Geschäfte, die die Grundlagen der Gesellschaft betreffen, wie etwa Änderungen des Gesellschaftsvertrages aber auch eine vollkommene Neuausrichtung der Geschäftspolitik. Die Geschäftsführung ist vielfach rein tatsächlicher Art, etwa die Durchführung einer Reise für die Gesellschaft, die Erbringung von Dienstleistungen, die Verwaltung von Gesellschaftsvermögen. Sie kann aber auch rechtsgeschäftlicher Natur sein, so etwa bei der Einstellung von Personal für die Gesellschaft und bei der Geltendmachung von Forderungen. In diesem Fall wird die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet, wenn der Gesellschafter Vertretungsmacht zum Handeln für die Gesellschaft hat. Die Geschäftsführungsbefugnis reicht insoweit nicht aus, sie ist nicht einmal erforderlich. Sie besagt nur, dass der Gesellschafter für die Gesellschaft handeln darf, nicht aber, dass er es auch kann.
- 39 b) Nach § 709 Abs. 1 BGB steht die Befugnis zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu (*Gesamtgeschäftsführung*)². Für jedes Geschäft der Gesellschaft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich. Die Zustimmung muss nicht ausdrücklich erteilt werden. Allein das Unterlassen von Widerspruch kann, wenn der Gesellschafter um das Geschäft weiß, als Zustimmung zu werten sein. Die Verweigerung der Zustimmung kann insbesondere darauf gestützt werden, dass ein

¹ Ähnlich die Definition bei *Saenger Rdz. 143*; *MünchKomm-Schäfer § 709 Rdz. 7*.

² Beispiel BGH ZIP 2010, 1639.