Habersack/Schäfer
Das Recht der OHG

de Gruyter Kommentar

Habersack/Schäfer

Das Recht der OHG

Kommentierung der §§ 105 bis 160 HGB

Von

Mathias Habersack, Carsten Schäfer

De Gruyter

Diese Sonderausgabe enthält die Vorbemerkungen Vor § 105 sowie die Kommentierung der §§ 105 bis 160 HGB aus dem Band 3 des Staub, Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Auflage.

Zitiervorschlag: *Bearbeiter* in Habersack/Schäfer, Die OHG, § 113 Rn 24

Sachregister: Dr. *Ulrike Gaebel*, Leipzig

ISBN 978-3-89949-807-3
e-ISBN 978-3-89949-808-0

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar

© 2010 Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin/New York

Datenkonvertierung/Satz: Werksatz Schmidt & Schulz GmbH, Gräfenhainichen

Druck: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen

∞ Gedruckt auf säurefreiem Papier

Printed in Germany
www.degruyter.com

Vorwort

Die mit diesem Sonderband vorgelegte systematische Kommentierung des gesamten OHG-Rechts (§§ 105 bis 160 HGB) ist eine Auskoppelung aus der fünften Auflage des von Hermann Staub begründeten Großkommentars zum HGB. Mit der Sonderveröffentlichung, für die dem Verlag Dank gebührt, soll die besondere Bedeutung dieser für das gesamte Personengesellschaftsrecht zentralen Materie gewürdigt werden. Sie macht ihre wohl umfangreichste Erläuterung auch denjenigen zugänglich, die auf das Gesamtwerk verzichten wollen. Im Rahmen der Neubearbeitung waren die seit Erscheinen der 4. Auflage des Staub zu verzeichnenden gesetzlichen Veränderungen im Handelsrecht, namentlich durch die große Handelsrechtsreform 1998, aber auch durch EHUG und zuletzt MoMiG und BilMoG, ebenso zu berücksichtigen wie zahlreiche Grundsatzentscheidungen des BGH, besonders im Bereich der Mehrheitsbeschlüsse, der Nachschusspflichten, der Gewinnverwendung und der Gesellschafterhaftung.

Wie der Staub'sche Großkommentar insgesamt soll insbesondere auch diese Erläuterung des OHG-Rechts sowohl wissenschaftlichen Ansprüchen genügen als auch Belange und Gepflogenheiten der Praxis berücksichtigen. Demgemäß wird auf die höchstrichterliche Rechtsprechung stets besonderes Augenmerk gerichtet, ohne dass sich der Text aber auf ein bloßes Referat beschränkte. Sein Anliegen ist es vielmehr, die Rechtsprechung kritisch zu begleiten, sie systematisch zu verankern und sie in eine Gesamtentwicklung einzuordnen, selbstverständlich unter Berücksichtigung des wesentlichen Schrifttums.

Die Kommentierung der §§ 105 bis 122 HGB hat *Carsten Schäfer* aus der 4. Auflage des Staub von *Peter Ulmer* übernommen und in seinem Sinne fortgeführt. Wie schon in der 4. Auflage des Staub hat *Mathias Habersack* die §§ 123 bis 130a, §§ 145 bis 160 und *Carsten Schäfer* die §§ 131 bis 144 kommentiert. Auf diese Weise konnte die gesamte Bearbeitung auf einen einheitlichen und zeitgemäßen Stand, nämlich von September 2009, gebracht werden.

Tübingen und Mannheim, Januar 2010 Mathias Habersack, Carsten Schäfer

Inhaltsübersicht

ZWEITES BUCH

Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft

	§§
Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft	105–160
Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft	105–108
Zweiter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander	109–122
Dritter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten	123–130a
Vierter Titel. Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern	131–144
Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft	145–158
Sechster Titel. Verjährung. Zeitliche Begrenzung der Haftung	159–160

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
ablehn.	ablehnend
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
abw.	abweichend
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADAC	Allgemeiner Deutscher Automobil-Club
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch v. 1861
aE	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	1. Amtsgericht 2. Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AktG	Aktiengesetz
Aktz.	Aktenzeichen
allg.	allgemein
allgM	allgemeine Meinung
a.M.	andere(r) Meinung
amtl. Begr.	Amtliche Begründung
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anh.	Anhang
Anl.	Anleitung
Anm.	Anmerkung(en)
AO	1. Amtsordnung (Schleswig Holstein) 2. Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ApothekenBetrO	Apothekenbetriebsordnung
ApothekenG	Apothekengesetz
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArbR	Arbeitsrecht
ArbstättVO	Arbeitsstättenverordnung
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Art.	Artikel
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Aufl.	Auflage
AV	Ausführungsverordnung
AWD	Allgemeiner Wirtschaftsdienst
AZR	Gesetz über das Ausländerzentralregister
Baden-Württ.	Baden-Württemberg

BaFin	Bundesfinanzaufsicht
BAnz	Bundesanzeiger
BauspG	Gesetz über Bausparkassen
BayERVV	Bayerische Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr und elektronische Verfahren (E-Rechtsverkehrsverordnung – ERVV)
BaWüNotZ	Baden-Württembergische Notarzeitung
BayObLG	Bayerisches Oberlandesgericht
BayZ	Bayerische Zeitung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAO	Bundesabgabenordnung
BÄO	Bundesärzteordnung
BB	Der Betriebs-Berater
BBiG	Berufsbildungsgesetz
Bd.	Band
Bek. v.	Bekanntmachung vom
Begr.	Begründung
Beschl.	Beschluss
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (Betriebsrentengesetz)
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BfA	Bundesversicherungsanstalt für Angestellte
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofes
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung, hrsg. von den Richtern des Bundesgerichtshofes
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
Bl.	Blatt
BMJ	Bundesministeriums der Justiz
BNotO	Bundesnotarordnung
BörsG	Börsengesetz
BörsZulV	Börsenzulassungsverordnung
BPatG	Bundespatentgericht
BPatGE	Entscheidungen des Bundespatentgerichts
BRAGO	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte
BRAK-Mitt	Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer
BT	Bundestag
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz vom 8.1.1963
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVK	Bayerische Versicherungskammer
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CDH	Centralvereinigung Deutscher Wirtschaftsverbände für Handelsvermittlung und Vertrieb e.V.
cic	culpa in contrahendo

CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, UN-Kaufrecht
DAR	Deutsches Autorecht
DAV	Deutscher Anwaltsverein
ders.	derselbe
DB	Der Betrieb
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
Dipl.	Diplom
Diss	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notarzeitung
DR	Deutsches Recht
DStR	1. Deutsche Steuerrundschau 2. Deutsches Strafecht
DV	1. Durchführungsverordnung 2. Deutsche Verwaltung
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
E	Entscheidung
EBE/BGH	Eildienst Bundesgerichtliche Entscheidungen
EBJS	Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn
EDV	elektronische Datenverarbeitung
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGHGB	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
EGVP	Elektronisches Gerichts- und Verwaltungspostfach
EGVVG	Einführungsgesetz zum Versicherungsvertragsgesetz
ehem.	ehemalige
EHUG	Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschafts-register sowie das Unternehmensregister
einh.	Einheitlich
Einl.	Einleitung
e.K.	Eingetragener Kaufmann/Eingetragene Kauffrau
Entsch.	Entscheidung
ErbStG	Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz
E-Register	elektronisches Register
ERJuKoG	Gesetz über elektronische Register und Justizkosten für Tele-kommunikation
Erl.	Erläuterung
EStG	Einkommenssteuergesetz
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
EuG	Europäisches Gericht Erster Instanz
EuGVVO	Verfahrensverordnung des Europäischen Gerichts Erster Instanz vom 1.3.2002
EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Voll-streckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen,

	vom 27.9.1968, seit dem 1.3.2002 weitgehend durch die EuGVVO ersetzt
EuInsVO	Europäische Insolvenzverordnung
EuLF	European Law Forum
EuZVO	Europäische Zustellungsverordnung
EuZW	Europäische Zeitung für Wirtschaftsrecht
EuroEG	Euro- Einführungsgesetz
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	1. Europäisches Währungssystem 2. Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EV	1. Eigentumsvorbehalt 2. Einführungsverordnung
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f	folgende
FamFG	Familienverfahrensgesetz
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FeiertagslohnzahlungsG	Feiertagslohnzahlungsgesetz
ff	fortfolgende
FG	Finanzgericht
FGG	Gesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit
FGPrax	Praxis der freiwolligen Gerichtsbarkeit
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GBO	Grundbuchordnung
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GesRZ	Der Gesellschafter
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK	Großkommentar
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GenG	Genossenschaftsgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
GOZ	Gebührenordnung für Zahnärzte
GREStG	Grunderwerbsteuergesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht/Rechtsprechungs-report
GSG	Gerätesicherheitsgesetz
GV	Gebührenverzeichnis
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVO	Gerichtsvollzieherordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

hA	herrschende Ansicht
HAG	1. Heimarbeitsgesetz 2. Hessisches Ausführungsgesetz
Halbbd.	Halbband
HansGZ	Hanseatische Gerichtszeitschrift
HandelsR	Handelsrecht
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HK	Handelskammer
HKO	Haager Landkriegsordnung
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure in der Bekanntmachung vom 4.3.1991
HRefG	Handelsrechtsreformgesetz vom 22.6.1998
HRegGebV	Verordnung über Gebühren in Handels, Partnerschafts- und Genossenschaftsregistersachen (Handelsregistergebührenverordnung)
HRegGebNeuOG	Handelsregistergebühren-Neuordnungsgesetz
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber
HRV	Verordnung über die Einrichtung und Führung des Handelsregisters
Hs./Hs	Halbsatz
HSG	Hochschulgesetz
HV	Handelsvertreter
HVR	Humanitäres Völkerrecht
HVuHM	Der Handelsvertreter und Handelsmarker
HWK	Handwerkskammer
ICC	1. Intergovernmental Copyright Committee 2. International Chamber of Commerce
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinne
IHR	Internationales Handelsrecht
insbes.	insbesondere
Ind.- u. Handelsk.	Industrie- und Handelskammer
InsO	Insolvenzordnung
InsoBekV	Verordnung zu öffentlichen Bekanntmachungen in Insolvenzverfahren im Internet
InvG	Investmentgesetz
InvStG	Investmentsteuergesetz
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRsp.	Die Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
IZPR	Das Internationale Zivilprozess
JA	Juristische Arbeitsblätter
jew.	jeweils
JMBl.	Justizministerialblatt

JR	Juristische Rundschau
JRPV	Juristische Rundschau für Privatversicherung
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JVKostO	Justizverwaltungskostengesetz
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kart	Kartell
Kfm.	Kaufmann
KFR	Kommentierte Finanzrechtsprechung
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	1. Kammergericht 2. Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Kosten-, Stempel- und Strafsachen
KO	1. Kassenordnung 2. Konkursordnung
KOM	Kommissionsdokumente
Königl.	Königlich
KostG	Kostengesetz
KostO	Kostenordnung
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz in der Bekanntmachung vom 25.8.1969
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
KWG	1. Kommunalwahlgesetz 2. Kreditwesengesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	litera
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, hrsg. v. Lindemaier
LS	1. Landessatzung 2. Leitsatz
Ltd.	Private Company Limited by Shares
LVA	Landesversicherungsanstalt
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m.	mit
M.	Meinung
MarkenG	Markengesetz
m.a.W.	mit anderen Worten
m. Bespr.	mit Besprechung
mglw.	möglicherweise
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MittRhNotK	Mitteilungen Rheinische Notar-Kammer
MittBayNot	Mitteilungen der Bayerischen Notarkammer
MiZi	Mitteilungen in Zivilsachen
mN	mit Nachweisen
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
mwN	mit weiteren Nachweisen
m.W.v.	mit Wirkung vom

Nachw.	Nachweise
NaStraG	Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
n.F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtssprechungsreport
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
n.v.	nicht veröffentlicht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht, Rechtsprechungsreport
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
o.	oben
o.ä.	oder ähnliches
österr.	Österreichisches
(ö)OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Zivilsachen
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report: Zivilrechtsprechung der Oberlandesgerichte
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
PflegeVG	Pflege-Versicherungsgesetz
ppa.	per procura (in Vollmacht)
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
PublG	Publizitätsgesetz
PucheltsZ	Zeitschrift für französisches Zivilrecht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAG ARS	Reichsarbeitsgericht, Arbeitsrechts-Sammlung (Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und des Reichsehrengerichts, der Landesarbeitsgerichte, Arbeitsgerichte und Ehrengerichte, 1928 ff)
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RdA	Recht der Arbeit
Rdn	Randnummer
Rdsch.	Rundschau
RdW	Das Recht der Wirtschaft
RegBegr	Regierungsbegründung
RegE	Regierungsentwurf
RG	1. Reichsgericht 2. Reichsgesetz
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RJA	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt

RKS	Rechtsprechung kaufmännischer Schiedsgerichte
RL	Richtlinie
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rn	Randnummer
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Rpfleger	Rechtspfleger
RPflG	Rechtspflegergesetz
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RuS	Recht und Schaden
Rz	Randziffer
s.	siehe
S.	Seite
s.a.	siehe auch
SAE	Sammlung arbeitsgerichtlicher Entscheidungen
Sächs.	Sächsisch
ScheckG	Scheckgesetz vom 14.8.1933
SE	Societas Europaea – Europäische Gesellschaft
SEAG	Gesetz zur Ausführung der Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
Sg	Sozialgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
SigG	Signaturgesetz
Slg.	Sammlung
sog.	Sogenannte
SpruchG	Gesetz über das gesellschaftsrechtliche Spruchverfahren – Spruchverfahrensgesetz
st.	ständige
std. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
str.	strittig
s.u.	siehe unten
TB-Merkmale	Tatbestandsmerkmale
TDG	Gesetz über die Nutzung von Telediensten – Teledienstegesetz
teilw.	teilweise
TranspR	Transportrecht
TUG	Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
Tz	Teilziffer
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u.a.	unter anderem
u.ä.	und ähnliches
UG	Unternehmergesellschaft
umf.	umfassend
UmwG	Umwandlungsgesetz
unstr.	unstrittig
Unterabs.	Unterabsatz
UrhG	Urheberrechtsgesetz
Urt.	Urteil
URV	Verordnung über das Unternehmensregister
usf.	und so fort

UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
u.U.	unter Umständen
v.	von/vom
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VerBAV	Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen
VerkprospG	Verkaufsprospektgesetz
VersVerm	Versicherungsvermittlung
Vertikal-GVO	Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen
VertriebsR	Vertriebsrecht
VGA	Bundesverband der Geschäftsstellenleiter und Assekuranz
Vgl.	Vergleiche
v.H.	von Hundert
VO	Verordnung
Voraufl.	Vorauflage
Vorb.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
VvaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
VW	Versicherungswirtschaft
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WarnRprs	1. Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des RG abgedruckt ist, hrsg. v. Warnmeyer 2. Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des Reichsgerichts hrsg. von Buchwald (Begründet von Warnmeyer)
WechselG	Wechselgesetz
weit.	weitere(n)
WG	1. Wassergesetz 2. Wechselgesetz 3. Wohnwirtschaftliche Gesetzgebung
WM	1. Wertpapier Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2. Wohnwirtschaft und Mietrecht
wN	weitere Nachweise
WpAIV	Wertpapierhandelsanzeige- und Insiderverzeichnisverordnung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WPO	Gesetz über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer. (Wirtschaftsprüferordnung)
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW-E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungen zum Kartellrecht
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
Z	(in Zusammenhängen) Zeitschrift, Zeitung, Zentralblatt
z.B.	zum Beispiel
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZErb	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrechts- und Vermögensnachfolge
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht

ZfLR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZfV	1. Zeitschrift für Versicherungswesen 2. Zeitschrift für Verwaltung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Zivilrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZS	Zivilsenat
ZSR	1. Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2. Zeitschrift für Sozialrecht
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend
ZustErgG	Zuständigkeitsergänzungsgesetz
zutr.	zutreffend
ZVersWiss	Zeitschrift für Versicherungswissenschaft
ZVglRWi(ss)	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
zwh.	zweifelhaft

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

Soweit andere als im nachfolgenden Verzeichnis angegebene Auflagen zitiert werden, sind diese mit einer hochgestellten Ziffer gekennzeichnet.

Adler	Das Handelsregister, seine Öffentlichkeit und sein öffentlicher Glaube, 1908
AnwKommBGB	Dauner-Lieb/Heidel/Ring (Hrsg.), Anwaltkommentar BGB, 5 Bd., Bonn, 2005 ff
Assmann/Schütze/*Bearbeiter*	Assmann/Schütze (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlegerechts, München, 3. Aufl. 2007
Bamberger/Roth	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3 Bd., München, 2. Aufl. 2008
Bassenge/Roth FGG/RPflG	Bassenge/Roth, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Rechtspflegergesetz, Kommentar, Heidelberg, 11. Aufl. 2006
Bauer/Diller Wettbewerbsverbote	Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, München, 4. Aufl. 2006
Baumbach/Hefermehl/Casper WechselG u. ScheckG	Baumbach/Hefermehl/Casper, Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht der kartengestützten Zahlungen: WG, ScheckG, Kartengestützte Zahlungen, München, 23. Aufl. 2008
Baumbach/Hueck/*Bearbeiter* GmbHG	Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, München, 18. Aufl. 2006
Baumbach/Hopt/*Bearbeiter*	Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, München, 33. Aufl. 2008
Baumbach/Lauterbach/Albers/*Bearbeiter*	Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung: ZPO, München, 66. Aufl. 2008
Baums	Eintragung und Löschung von Gesellschafterbeschlüssen, 1981
BeckRS	Beck Rechtsprechung
Bokelmann Firmenrecht	Der Recht der Firmen- und Geschäftsbezeichnungen, Freiburg, 5. Aufl. 2000
Bohnert OWiG	Bohnert, OWiG, Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht, München, 2. Aufl. 2007
Boos/Fischer/Schulte-Mattler/*Bearbeiter* KWG	Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), Kreditwesengesetz: KWG, München, 2. Aufl. 2004
Bork	Bork, Der Vergleich, Berlin 1988
Braun, InsO	Braun (Hrsg.), Insolvenzordnung: InsO, München, 3. Aufl. 2007, zitiert: *Bearbeiter* in: Braun, InsO
Bruck/Möller	Möller, Hans/Sieg, Karl/Johannsen, Ralf (Hrsg.), Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und Allgemeine Versicherungsbedingungen unter Einschluss des Versicherungsvermittlerrechts, Berlin, 8. Aufl. 1970 ff; 9. Aufl. 2008 ff
Brox/Henssler	Brox/Henssler, Handelsrecht mit Grundzügen des Wertpapierrechts, München, 20. Aufl. 2009
Brox/Walker	Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, Berlin, 32. Aufl. 2008

Bürgers/Körber/*Bearbeiter* AktG	Bürgers/Körber (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, Heidelberg, 2008
Bumiller/Winkler FGG	Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, München, 8. Aufl. 2006
Canaris Handelsrecht	Canaris, Claus-Wilhelm, Handelsrecht, München, 24. Aufl. 2006
Canaris Vertrauenshaftung	Canaris, Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971
Christ/Müller-Helle	Veröffentlichungspflichten nach dem neuen EHUG, Freiburg 2007
Düringer/Hachenburg	Düringer, Adelbert/Hachenburg, Max, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (unter Ausschluß d. Seerechts) auf d. Grundlage d. Bürgerl. Gesetzbuchs, Mannheim 1935
Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Bearbeiter*; EBJS	Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg.), Handelsgesetzbuch: HGB, Band 1 §§ 1–342e, München, 2. Aufl. 2008, Band 2 §§ 343–475h, München, 1. Aufl. 2001
Ehrenbergs Hdb	Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 5. Band, I. Abteilung, 1. Hälfte, 1. Lieferung, 1926
Eidenmüller	Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, München 2004
Emmerich/Habersack KonzernR	Konzernrecht, Kommentar, München, 9. Aufl. 2008
Ensthaler	Ensthaler (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB, Neuwied, 7. Aufl. 2007, zitiert: *Bearbeiter* in: Ensthaler
Erman/*Bearbeiter*	Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Köln, 12. Aufl. 2008
Fezer MarkenG	Markenrecht, Kommentar, München, 3. Auflage 2006
FK-InsO/*Bearbeiter*	Wimmer (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, München, 4. Aufl. 2006
Fleischhauer/Preuß	Handelsregisterrecht – Verfahren – Anmeldemuster – Erläuterungen, Berlin 2006
Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht/*Bearbeiter*	Jaeger, u.a. (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 65. Lieferung Juni 2008 (Loseblatt)
Gesetzgebungsmaterialien zum ADHGB	Lutz, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches 1858 ff
Geßler/Hefermehl	Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetz, 1973 ff
v. Gierke/Sandrock Handels- und Wirtschaftsrecht	v. Gierke/Sandrock, Handels- und Wirtschaftsrecht, Berlin, 9. Aufl. 1975
Goldmann	Der Schutz des Unternehmenskennzeichens, Berlin, 2. Aufl. 2005
Großkommentar AktG/*Bearbeiter*	Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Aktiengesetz Großkommentar, Berlin, 4. Aufl. 1987 ff
Großkomm/*Bearbeiter*	Staub, Hermann, Handelsgesetzbuch: Großkommentar, Berlin, 4. Aufl. 1995–2005
GroßkommUWG/*Bearbeiter*	Jacobs/Lindacher/Teplitzky (Hrsg.), Großkommentar zum UWG, Berlin, 1991 ff
Grüll/Janert Die Konkurrenzklausel	Grüll/Janert, Die Konkurrenzklausel, Heidelberg, 5. Aufl. 1993

Habersack	Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, München, 3. Aufl. 2006
Hachenburg/*Bearbeiter* GmbHG	Ulmer (Hrsg.), Hachenburg, GmbHG – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 3 Bd., Berlin, 8. Aufl. 1992/1997
Hahn ADHGB	von Hahn, Friedrich, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (mit Ausschluss des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Braunschweig, 4. Aufl. 1894
Handbuch des Außendienstrechts I	Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band I: Das Recht des Handelsvertreters. Ohne Ausgleichsrecht, Heidelberg, 3. Aufl. 2000
Heidel/*Bearbeiter* AktienR	Heidel (Hrsg.), Aktienrecht, Gesellschaftsrecht, Kapitalmarktrecht, Steuerrecht, Europarecht, Kommentar, Baden-Baden, 2. Aufl. 2007
Hefermehl/Köhler/Bornkamm/*Bearbeiter*	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG – PAngV – UKlaG, München, 27. Aufl. 2009
Heymann/*Bearbeiter* HGB	Horn (Hrsg.), Heymann, Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), Kommentar, 4 Bd., Berlin, 2. Aufl. 1995 ff
Hess/Binz/Wienberg Gesamtvollstreckungsordnung	Hess/Binz/Wienberg, Gesamtvollstreckungsordnung, Neuwied, 4. Aufl. 1998
Hess/Weis/Wienberg InsO	Hess/Weis/Wienberg (Hrsg.), Insolvenzordnung, Heidelberg, 2. Aufl. 2001 zitiert: *Bearbeiter* in: Hess/Weis/Wienberg InsO
Hirte/Bücker	Grenzüberschreitende Gesellschaften, Berlin, 2. Aufl. 2006
HK-HGB	Glanegger/Kirnberger/Kusterer u.a., Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Heidelberg, 7. Aufl. 2007 zitiert: *Bearbeiter* HK-HGB
Hoeren/Sieber/*Bearbeiter*	Handbuch Multimediarecht – Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, Loseblatt, München 2009
Hopt/Mössle/*Bearbeiter* Handelsrecht	Hopt/Mössle, Handelsrecht, München, 2. Aufl. 1999
Hueck/Canaris Recht der Wertpapiere	Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere, München, 12. Aufl. 1986
Hueck/Nipperdey Arbeitsrecht	Hueck, Alfred, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 2: Kollektives Arbeitsrecht, Berlin, 7. Aufl. 1967/1970
A. Hueck OHG	Alfred Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, Berlin, 4. Aufl. 1971
Hüffer AktG	Hüffer, Aktiengesetz, München, 8. Aufl. 2008
Ingerl/Rohnke	Markengesetz, Kommentar, München, 2. Aufl. 2003
Jansen/*Bearbeiter*	von Schuckmann/Sonnenfeld (Hrsg.), Großkommentar zum FGG, 3. Auflage, 3. Bd., Berlin 2005/2006
Kallmeyer/*Bearbeiter*	Kallmeyer u.a., Umwandlungsgesetz, Köln, 3. Aufl. 2006
Keidel/Krafka/*Bearbeiter* RegisterR	Keidel/Krafka (Hrsg.), Registerrecht, München, 7. Aufl. 2007
Keidel/Kuntze/Winkler FGG	Freiwillige Gerichtsbarkeit: FG, Kommentar, München, 15. Aufl. 2003
Köhler BGB, Allgemeiner Teil	Köhler, Helmut, BGB Allgemeiner Teil, München, 31. Aufl. 2007
Koller/Roth/Morck/*Bearbeiter*	Koller/Roth/Morck, Handelsgesetzbuch: HGB, München, 6. Aufl. 2007
KölnKomm-AktG/*Bearbeiter*	Claussen/Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 7 Bd., Köln, 2. Aufl. 1988 ff

KK-OWiG/*Bearbeiter*	Senge (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten: OWiG, München, 3. Aufl. 2006
Küstner/Thume	Küstner/Thume, Handelsvertreterverträge, Frankfurt am Main 2006
Küstner/Thume Außendienstrecht	Küstner/Thume, Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 3: Vertriebsrecht. Reisende, Vertragshändler, Kommissionsagenten, Versicherungsmakler, Franchising und Direktvertrieb, Heidelberg, 2. Aufl. 1998
Küstner/Thume I	Küstner, Thume (Hrsg.), Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 1: Das Recht des Handelsvertreters. Ohne Ausgleichsrecht, Heidelberg, 3. Aufl. 2000
Küstner/Thume II	Küstner, Thume (Hrsg.), Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 2: Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters. Warenvertreter, Versicherungs- und Bausparkassenvertreter, Heidelberg, 8. Aufl. 2008
Küting/Weber	Handbuch der Rechnungslegung 5. Aufl.
Lettl	Handelsrecht, München 2007
Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Bearbeiter*	Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, 2 Bände, München, 1. Aufl. 2005 f
Lohmüller/Beustien/Josten	Lohmüller u.a., Handels- und Versicherungsvertreterrecht, 2. Aufl. 1970/71, Loseblatt Ausgabe
Lutter/*Bearbeiter* UmwG	Lutter/Winter (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, 2 Bd., Köln, 4. Aufl. 2009
Lutter/Hommelhoff/*Bearbeiter* GmbHG	Lutter/Hommelhoff u.a., GmbH-Gesetz, Köln, 16. Aufl. 2004
Manigk	Manigk, Alfred, Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907
Martinek Franchising	Martinek, Michael, Franchising, Heidelberg 1987
Martinek/*Bearbeiter*	Martinek, Michael (Hrsg.), Handbuch des Vertriebsrechts, München, 3. Aufl. 2008
Medicus AT	Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg, 9. Aufl. 2006
Meilicke/von Westphalen PartGG	Meilicke/Graf von Westphalen/Hoffmann/Lenz/Wolff, Kommentar, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz: PartGG, Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe, München, 2. Auflage 2006
Melchior/Schulte	HandelsregisterVO, Online-Version 2008; abrufbar unter www.melchior-schulte.de (zuletzt abgerufen am 1. August 2008)
Michalski/*Bearbeiter* GmbHG	Michalski (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 2 Bd., München, 2002
MünchHdbGesR/*Bearbeiter*	Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, 6. Bd., München, 2. Aufl.
MünchKommAktG/*Bearbeiter*	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band I, II §§ 1–117, 3. Aufl., München 2008, Band 3-9/2, München, 2. Aufl. 2000 ff
MünchKommBGB/*Bearbeiter*	Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München, 5. Aufl. 2006 ff
MünchKommHGB/*Bearbeiter*	Schmidt, Karsten (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB, München, 2. Aufl. 2005 ff

MünchKommInsO/*Bearbeiter*	Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 3 Bd., München, 2. Aufl. 2007 f
MünchKommZPO/*Bearbeiter*	Rauscher/Wenzel (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3 Bd., München, 3. Aufl. 2007 f
Musielak/*Bearbeiter* ZPO	Musielak (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, München, 6. Aufl. 2007
Noack/*Bearbeiter*	Noack (Hrsg.), Das neue Gesetz über elektronische Handels- und Unternehmensregister – EHUG, 2007
Oetker Handelsrecht	Handelsrecht, Heidelberg, 5. Aufl. 2006
Oppenländer/*Bearbeiter*	Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, München 2004
Palandt/*Bearbeiter*	Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, München, 67. Aufl. 2008
Prölss/Martin/*Bearbeiter* VVG	Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz: VVG, München, 27. Aufl. 2004
PWW/*Bearbeiter*	Prütting/Wegen/Weinrich (Hrsg.), BGB Kommentar, Köln, 3. Aufl. 2008
Prütting/Wegen/Weinreich/Bearbeiter	Prütting/Wegen/Weinrich (Hrsg.), BGB Kommentar, Köln, 3. Aufl. 2008
Raiser/Veil	Recht der Kapitalgesellschaften, München, 4. Aufl. 2006
Reithmann/Martiny/*Bearbeiter*	Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht Internationales Vertragsrecht, Köln, 6. Aufl. 2004
RGRK/*Bearbeiter* BGB	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Berlin, 12. Aufl. 1975–1999
RGRK-HGB/*Bearbeiter*	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin, 1. Aufl. 1939 ff
Richardi Wertpapierrecht	Richardi, Reinhard, Wertpapierrecht, Heidelberg 1987
Ritter HGB	Ritter, Kommentar zum HGB, 2. Aufl. 1932
Röhricht/v. Westphalen/*Bearbeiter*	Röhricht/Westphalen (Hrsg.), Handelsgesetzbuch: HGB, Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften und besonderen Handelsverträgen (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht), Köln, 2. Aufl. 2001
Roth/Altmeppen	GmbHG-Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, München, 5. Aufl. 2006
Rowedder/Schmidt-Leithoff/ *Bearbeiter* GmbHG	Rowedder/Schmidt-Leithoff (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, München, 4. Aufl. 2002
Schlegelberger/*Bearbeiter*	Schlegelberger/Geßler, Handelsgesetzbuch Kommentar, München, 5. Aufl. 1973
K. Schmidt Gesellschaftsrecht	Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht, Köln, 4. Aufl. 2002
K. Schmidt Handelsrecht	Schmidt, Karsten, Handelsrecht, Köln, 5. Aufl. 1999
K. Schmidt/Lutter AktG	Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus, Kommentar zum Aktiengesetz, 2007
Scholz/*Bearbeiter* GmbHG	Scholz (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, 3 Bd., Köln, Band 1 und 2: 10. Aufl. 2006/2007; §§ 53–87: 9 Aufl. 2002
Schönke/Schröder/*Bearbeiter* StGB	Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch: StGB, Kommentar, München, 27. Aufl. 2006

Schubert/Schmiedel/Krampe	Schubert, Werner/Schmiedel, Burkhard/Krampe, Christoph (Hrsg.), Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Frankfurt am Main 1988 Zitiert: *Schubert/Schmiedel/Krampe* Bd. / Seitenzahl
Schultze/Wauschkuhn/Spenner/Dau	Schultze/Wauschkuhn/Spenner/Dau, Der Vertragshändlervertrag, Frankfurt am Main, 4. Aufl. 2008 zitiert: *Bearbeiter* in: Schultze/Wauschkuhn/Spenner/Dau
Schwark/*Bearbeiter*	Schwark, Eberhard (Hrsg.), Kapitalmarktrechts-Kommentar, München, 3. Aufl. 2004
Soergel/*Bearbeiter*	Soergel/Siebert (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Stuttgart, 13. Aufl. 2001 ff
Spindler/Stilz/*Bearbeiter* AktG	Spindler/Stilz (Hrsg.), Aktiengesetz, Kommentar, 2 Bd., München, 2007
Staub/*Bearbeiter*	Staub, Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, HGB, Berlin, 1.–15. Aufl.; 5. Auflage neuer Zählung Canaris/Habersack/Schäfer (Hrsg.), Berlin 2008 ff
Staub ADHGB	Staub, Hermann: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Berlin, 5. Aufl. 1897
Staudinger/*Bearbeiter*	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Bearbeitung, Berlin 1993 ff
Staudinger/*Bearbeiter* (Erscheinungsjahr)	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Erscheinungsjahr des Bandes), Berlin
Stolterfoht	Stolterfoht, Joachim N., Handelsrecht, Berlin 1973
Straatmann/Ulmer	Strattmann/Ulmer, Handelsrechtliche Schiedsgerichts-Praxis (HSG), 1975 ff
Straube/*Bearbeiter*	Straube (Hrsg.), Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Wien, 3. Aufl. 2003 ff
Ströbele/Hacker	Markengesetz, Kommentar, Köln, 8. Aufl. 2006; 9. Aufl. 2009
Stumpf/Jaletzke/*Bearbeiter*	Stumpf/Jaletzke, Der Vertragshändlervertrag, Heidelberg, 3. Aufl. 1997
Stüsser	Stüsser, Rolf, Die Anfechtung der Vollmacht nach Bürgerlichem Recht und Handelsrecht, Berlin 1986
Thomas/Putzo/*Bearbeiter*	Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung: ZPO, München, 28. Aufl. 2007; 29. Aufl. 2008
Uhlenbruck/*Bearbeiter*	Uhlenbruck (Hrsg.), Insolvenzordnung: InsO, Kommentar, München, 12. Aufl. 2003
Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht	Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht Kommentar, Köln, 10. Aufl. 2006
Ulmer/Habersack	Ulmer/Habersack, Verbraucherkreditgesetz, München, 2. Aufl., 1995
Ulmer/Habersack/Winter/*Bearbeiter* GmbHG	Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), GmbH-Gesetz, Kommentar, 3 Bd., Tübingen, 2005 ff
Ulmer/Schäfer	Ulmer/Schäfer, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft, München, 5. Aufl. 2009
v. Gierke/Sandrock	Gierke, Julius von/Sandrock, Otto, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 1, Allgemeine Grundlagen, Der Kaufmann und sein Unternehmen, Berlin, 9. Aufl. 1975
von Godin/Wilhelmi	Aktiengesetz, Kommentar, Berlin, 4. Aufl. 1971

Wessel/Zwernemann/Kögel Firmengründung	Wessel/Zwernemann/Kögel, Firmengründung, Heidelberg, 7. Aufl. 2001
Zöller/*Bearbeiter* ZPO	Zöller, Richard, Zivilprozessordnung: ZPO, Kommentar, Köln, 26. Aufl. 2007; 27. Aufl. 2009
Zöllner Wertpapierrecht	Zöllner, Wolfgang, Wertpapierrecht, München, 14. Aufl. 1987

ZWEITES BUCH

Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft

Vorbemerkungen

Schrifttum

Gesamtdarstellungen und Lehrbücher. *Flume* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/1 Die Personengesellschaft (1977), Bd. I/2 Die Juristische Person (1983); *Alfred Hueck* Das Recht der OHG[4] (1971); *Götz Hueck/Christine Windbichler* Gesellschaftsrecht[21] (2008); *Gummert/Riegger/Weipert* (Hrsg.) Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV[2] (2004); *Kübler/Assmann* Gesellschaftsrecht[6] (2006); *Welf Müller/W.-O. Hoffmann* Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften[2] (2002) *Karsten Schmidt* Gesellschaftsrecht[4] (2002) (zit. *K. Schmidt* GesR); *Harm Peter Westermann* (Hrsg.), Handbuch der Personengesellschaften I (43. Lfg. 2008); *Wiedemann* Gesellschaftsrecht, Bd. 1: Grundlagen (1980); Bd. 2: Recht der Personengesellschaften (2004); *Wieland* Handelsrecht, Bd. 1 (1921); *Würdinger* Gesellschaften I: Recht der Personengesellschaften (1937).

Monographien. *Ascheuer* Der Anteil des Gesamthänders am Gesamthandsvermögen (1992); *Berninger* Die societas quoad sortem (1994); *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen (1981); *Brodersen* Die Beteiligung der BGB-Gesellschaft an den Personenhandelsgesellschaften (1988); *Dauner-Lieb* Unternehmen in Sondervermögen (1998); *Fabricius* Relativität der Rechtsfähigkeit (1963); *Friehe* Die Unterbeteiligung bei Personengesellschaften (1974); *Gogos* Die Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft (1953); *Grothe* Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co. (1989); *Grunewald* Der Ausschluß aus Gesellschaft und Verein (1987); *Habersack* Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges" Recht (1996); *Hadding* Actio pro socio (1966); *Hallerbach* Die Personengesellschaft im Einkommensteuerrecht (1999); *Heckelmann* Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen (1973); *Ulrich Huber* Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil von Personengesellschaften des Handelsrechts (1970); *Ulrich Hübner* Interessenkonflikt und Vertretungsmacht (1977); *Götz Hueck* Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht (1958); *Immenga* Die personalistische Kapitalgesellschaft (1970); *John* Die organisierte Rechtsperson (1977); *Kornblum* Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften (1972); *Lamprecht* Die Zulässigkeit der mehrfachen Beteiligung an einer Personengesellschaft (2002); *Michalski* Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Perpetuierung von Unternehmen (1980); *ders.* oHG-Recht (2000); *Morck* Die vertragliche Gestaltung der Beteiligung an Personen-Handelsgesellschaften (1980); *Nitschke* Die körperlich strukturierte Personengesellschaft (1970); *Pfister* Die Einmann-Personengesellschaft (1999); *Reuter* Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen (1973); *Rieker* Die Mehrfachbeteiligung einer Person an einer Personengesellschaft (1998); *Rittner* Die werdende juristische Person (1973); *Roitzsch* Der Minderheitenschutz im Verbandsrecht (1981); *Säkker* Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsmitgliedschaften (1970); *Carsten Schäfer* Die Lehre vom fehlerhaften Verband (2004); *Karsten Schmidt* Zur Stellung der OHG im System der Handelsgesellschaften (1972); *Thorsten Schmidt* Einmann-Personengesellschaften (1998); *Schünemann* Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft (1975); *Schulze-Osterloh* Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung (1972); *ders.* Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften (1973); *Martin Schwab* Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten (2005); *Teichmann* Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen (1970); *Ulbrich* Die Unterbeteiligungsgesellschaft an Personengesellschaftsanteilen (1982);

Ulmer Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht 1971–1985 (1986); *Hansjörg Weber* Zur Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft (1978); *Harm Peter Westermann* Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften (1970); *Wiedemann* Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften (1965); *Wiesner* Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft (1980); *Martin Winter* Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988); *Zöllner* Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963); *ders.* Die Anpassung von Personengesellschaftsverträgen an veränderte Umstände (1979).

Übersicht

	Rn
A. System der Handelsgesellschaften	1–14
I. Überblick	1–7
1. Begriff der Handelsgesellschaften	1, 2
2. Arten	3–5
3. Personen- und Kapitalgesellschaften	6, 7
II. Die Handelsgesellschaften des HGB	8–13
1. Offene Handelsgesellschaft	8, 9
2. Kommanditgesellschaft	10, 11
3. GmbH & Co. OHG/KG	12, 13
III. Die stille Gesellschaft	14
B. Rechtsgrundlagen	15–19
I. Wahl der Gesellschaftsform	15, 16
II. Gestaltungsfreiheit und Schranken	17, 18
III. Typenverbindung, atypische Gestaltung	19
C. Instrumente der Umgestaltung von Handelsgesellschaften	20–24
I. Formwechsel, Verschmelzung, Spaltung	20–23
II. Unternehmensverbindungen	24
D. Geltungsschranken	25–32
I. Zeitliche (Intertemporäres Recht)	25, 26
II. Sachliche (Internationales Gesellschaftsrecht)	27–32
1. Überblick	27, 28
2. Personalstatut	29–31
3. Formprobleme	32
E. Europäisches Gesellschaftsrecht	33–36
I. Rechtsangleichung	33
II. Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung	34–36

A. System der Handelsgesellschaften

I. Überblick

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

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

2. Arten. Als Handelsgesellschaften im Sinne von § 6 kennt das deutsche Recht **fünf Organisationsformen**, und zwar zwei Rechtsformen für *Personen*handelsgesellschaften (OHG und KG einschließlich der Sonderform der GmbH & Co. OHG/KG) und drei Rechtsformen für Kapitalgesellschaften (AG, KGaA, GmbH). Der im Hinblick auf § 6 relevante Unterschied zwischen den beiden Arten von Zusammenschlüssen (zu weiteren Unterschieden vgl. Rn 6 f) liegt darin, dass es sich bei den **Kapitalgesellschaften** um Handelsgesellschaften **kraft Rechtsform** handelt. Sie unterliegen dem Handelsrecht nach § 6 Abs. 2 unabhängig von Art und Umfang ihres Geschäftsbetriebs; auch das Betreiben eines nichtgewerblichen „Unternehmensgegenstands" steht ihrer Behandlung als Handelsgesellschaft nicht entgegen (vgl. § 6 Rn 2, 7 und 23 [*Oetker*]). Demgegenüber entscheidet über die Qualifizierung einer **Personengesellschaft** als Handelsgesellschaft (OHG oder KG) der **Gegenstand des gemeinsamen Zwecks:** Es muss sich um den Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes i.S.v. § 1 oder eines im Handelsregister eingetragenen kann-kaufmännischen Unternehmens unter gemeinsamer Firma handeln (vgl. § 105 Rn 23 ff). Das gilt auch für den Sonderfall der GmbH & Co. OHG/KG.[1] Zur umstrittenen Frage der Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter vgl. § 105 Rn 77 ff. **3**

Den **Handelsgesellschaften angenähert** ist die *Partnerschaftsgesellschaft*. Die zahlreichen Verweisungen in §§ 2, 4 bis 10 PartGG auf die §§ 105 ff machen deutlich, dass sich die 1995 geschaffene Rechtsform für den Zusammenschluss weitgehend an der OHG orientiert. Im Unterschied zur OHG betreibt die PartG jedoch kein Handelsgewerbe, sondern ist den traditionell vom Gewerbebegriff ausgenommenen Freiberuflern (s. § 1 Abs. 2 PartGG) vorbehalten.[2] Die *eingetragene Genossenschaft* gilt nach § 17 Abs. 2 GenG als Kaufmann und untersteht demgemäß dem 1., 3. und 4. Buch des HGB, soweit das GenG keine Sonderregelungen enthält. Entsprechendes gilt nach § 16 VAG für den *Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit* sowie für die *Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung* (EWIV, vgl. dazu Rn 34 ff). **4**

Keine Handelsgesellschaft ist die *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* als obligatorische Rechtsform für Personengesellschaften, die nicht auf einen (ist-)kaufmännischen Zweck gerichtet sind (zur formwechselnden Umwandlung zwischen GbR und OHG/KG als Folge der Zweckänderung bzw. der Handelsregistereintragung in den Fällen der §§ 2, 3, vgl. § 105 Rn 56). Gleiches gilt für die *Stille Gesellschaft* (§ 230); das bringt schon die Überschrift des Zweiten Buches („Handelsgesellschaften *und* stille Gesellschaft") zum Ausdruck. Es handelt sich um die Sonderform einer GbR in der Form der Innengesellschaft, deren Aufnahme in das HGB sich aus dem Gegenstand dieser Gesellschaft, der Beteiligung des Stillen am Handelsgewerbe eines anderen, erklärt (Rn 14). Keine Handelsgesellschaft ist nach der Systematik des HGB schließlich auch die *Partenreederei*, d.h. der Zusammenschluss mehrerer Personen zur gemeinsamen Verwendung eines Seeschiffes für den Erwerb durch Seefahrt (§ 489 Abs. 1). Das zeigt die Gegenüberstellung von Reederei und Handelsgesellschaft in § 489 Abs. 2. Eine Eintragung der Reederei ins Handelsregister scheidet daher aus. Ihre Rechtsverhältnisse nach innen und außen bestimmen sich nach den Sondervorschriften der §§ 490 bis 555; eine Anwendung der auf Kaufleute zugeschnittenen Vorschriften des HGB ihr gegenüber kommt nur im Analogiewege in Betracht.[3] **5**

---

[1] So zutr. BayObLG BB 1985, 78 (79); *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 56 III 1.a, S. 1269; *ders.* GmbHR 1984, 274 f gegen *Schulze-Osterloh* NJW 1983, 1281 ff (1287) (Kaufmann kraft Rechtsform).

[2] MünchKommBGB[5]/*Ulmer/C. Schäfer* Vor § 1 PartGG Rn 13.

[3] HM, vgl. *Rabe* Seehandelsrecht[4] (2000), § 489 Rn 3 f; *Ruhwedel* Die Partenreederei (1973) S. 159 f; *Ruhwedel* DZWiR 1996,

6 **3. Personen- und Kapitalgesellschaften.** Mit der für das deutsche Recht der Handelsgesellschaften charakteristischen Unterscheidung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften, d.h. zwischen OHG und KG einerseits, AG, KGaA und GmbH andererseits verbinden sich **grundlegende,** sowohl das Innen- als auch das Außenverhältnis des Zusammenschlusses betreffende **strukturelle Unterschiede**. Die Unterscheidung fällt zusammen mit der schon erwähnten weiteren zwischen Handelsgesellschaften kraft Unternehmenstätigkeit und solchen kraft Rechtsform (Rn 3). Im Zuge der seit Jahrzehnten zu beobachtenden Grundtypenvermischung, insbesondere bei der GmbH (bzw. AG) & Co. (Rn 19), haben sich die Unterschiede in der Praxis zwar teilweise nivelliert. Auch besagt die Zuordnung zur einen oder anderen Gruppe nicht notwendig etwas über die innere Struktur des Zusammenschlusses und über das Vorhandensein oder Fehlen persönlicher Beziehungen zwischen den Gesellschaftern; das zeigen insbesondere die Beispiele der *personalistisch* strukturierten typischen GmbH als Kapitalgesellschaft,[4] erst recht in der neuen Variante der Unternehmergesellschaft (§ 5a GmbHG), und des hiervon grundlegend abweichenden Zusammenschlusses von Kapitalanlegern in der Rechtsform einer *kapitalistisch* strukturierten Publikums-KG als Personengesellschaft.[5] Diese Besonderheiten ändern jedoch nichts an der grundlegenden, das Organisationsrecht der Handelsgesellschaften prägenden Bedeutung der Differenzierung.

7 Die einzelnen **Ausprägungen** der Unterscheidung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften können im Rahmen dieses einführenden Überblicks nur angedeutet werden.[6] So wird die **Rechtsnatur** der Kapitalgesellschaften und ihre Verselbständigung gegenüber den Gesellschaftern durch ihre gesetzliche Anerkennung als *juristische Personen* und durch die Möglichkeit der Vereinigung sämtlicher Anteile bei AG und GmbH in der Hand *eines* Gesellschafters bestimmt, während für die Personengesellschaften die Organisationsform der gesellschaftsrechtlichen *Gesamthand* und die Notwendigkeit des Vorhandenseins von mindestens *zwei* Gesellschaftern gelten.[7] Für die **Entstehung** der Personengesellschaft genügt der Vertragsschluss zwischen den Mitgliedern (§ 105 Rn 49); demgegenüber bedarf es zur Entstehung einer Kapitalgesellschaft als juristische Person der Eintragung ins Handelsregister nach Erfüllung der gesetzlichen Gründungserfordernisse.[8] Die **Außenhaftung** für Gesellschaftsverbindlichkeiten trifft bei Personengesellschaften auch die Gesellschafter persönlich, im Fall der Kommanditisten unter Beschränkung auf den Betrag der Hafteinlage (§§ 171, 172); bei den Kapitalgesellschaften tritt an die Stelle persönlicher Gesellschafterhaftung die gesetzliche Sicherung der Aufbringung

---

393; **aA** *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 65 I 3c, S. 1895 f; *ders.* Die Partenreederei als Handelsgesellschaft (1995).

[4] Vgl. nur *Ulmer*/Habersack/Winter GmbHG Einl. Rn A 8, A 72 f; Scholz/*Westermann* GmbHG[10] Einl. Rn 2 ff; zur Treupflicht in der GmbH insbes. *M. Winter* Treubindungen.

[5] Vgl. dazu näher Voraufl. Anhang zu § 161 (*Schilling*).

[6] Dazu statt aller *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. I, § 2 I, S. 88 ff; *Kübler*/*Assmann* Gesellschaftsrecht[6] § 3, S. 22 ff; allgemeiner (auf den Unterschied zwischen juristischer Person und Gesamthand abstellend) *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 8, S. 181 ff.

[7] Zur Rechtsfigur der Gesamthand und zu ihrer Unterscheidung von der juristischen Person trotz der partiellen Gleichstellung in § 124 vgl. § 105 Rn 38 f mN.

[8] Registrierungssystem (System der Normativbestimmungen), vgl. §§ 41 Abs. 1 S. 1 AktG, 11 Abs. 1 GmbHG, dazu *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 8 II 5, S. 192 ff; *Raiser*/*Veil* Recht der Kapitalgesellschaften (2006) S. 4; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. I, § 4 II 1a, S. 206.

und Erhaltung eines (Mindest-)Haftungsfonds.[9] Das **Innenverhältnis** der OHG und KG ist durch Selbstorganschaft (Geschäftsführung und Vertretung nur durch Gesellschafter), Einstimmigkeitsprinzip und weitgehend dispositives Recht bestimmt; demgegenüber gelten bei den Kapitalgesellschaften Drittorganschaft, Mehrheitsprinzip und – im Falle von AG und KGaA – grundsätzlich zwingendes Recht auch für die Innenbeziehungen. Schließlich ist eine **Anteilsübertragung** nach gesetzlicher Regel nur bei den Kapitalgesellschaften vorgesehen; bei der OHG und KG wird sie von der heute ganz hM zwar auch zugelassen, bedarf jedoch der Zustimmung der Mitgesellschafter oder der Zulassung im Gesellschaftsvertrag (§ 105 Rn 291, 294 ff).

II. Die Handelsgesellschaften des HGB

8 **1. Offene Handelsgesellschaft.** Die Definition der OHG findet sich in § 105 Abs. 1: Erforderlich ist ein Gesellschaftsvertrag zwischen mindestens **zwei unbeschränkt persönlich haftenden Gesellschaftern,** dessen Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes (§§ 1–3) unter gemeinsamer Firma gerichtet ist. Dabei ist seit der Handelsrechtsreform von 1998 unerheblich, ob der Geschäftsbetrieb eine kaufmännische Einrichtung i.S.v. § 1 Abs. 2 erfordert, solange OHG oder KG in das Handelsregister eingetragen sind (§ 105 Abs. 2). Bei der OHG handelt sich um die **Grundform** eines Zusammenschlusses zu gemeinsamer unternehmerischer Betätigung; sie greift unabhängig von einer entsprechenden Rechtsformwahl der Beteiligten schon dann ein, wenn diese sich nicht in wirksamer Weise auf eine andere Rechtsform ihres Zusammenschlusses geeinigt haben (zum Problem der Rechtsformverfehlung vgl. § 105 Rn 158). Die Rechtsverhältnisse in der OHG bestimmen sich außer nach §§ 106 bis 160 auch nach den über § 105 Abs. 3 subsidiär anwendbaren Vorschriften der §§ 706 bis 740 BGB.

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

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

---

[9] Eine Abweichung gilt nur für den gesetzlichen Mischtyp der KGaA, der die persönliche Haftung des Komplementärs mit der Sicherung des von den Kommanditaktionären aufgebrachten Haftungsfonds verbindet (vgl. § 278 Abs. 2 und 3 AktG).

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

11 Zur **Wahl der Rechtsform einer KG** kommt es typischerweise entweder für den *Zusammenschluss tätiger und als Kapitalgeber beteiligter Gesellschafter* zum Betrieb eines mittelständischen Unternehmens oder infolge der Umwandlung der Stellung des Nachfolger-Erben eines verstorbenen OHG-Gesellschafters in diejenigen eines Kommanditisten unter Berufung auf § 139 Abs. 1. Daneben findet die KG auch als Rechtsform für *Großunternehmen*[10] oder für Gesellschaften mit einer *Vielzahl von Mitgliedern*[11] Verwendung. Insgesamt hat sich im Lauf der Jahrzehnte, nicht zuletzt im Zuge des Generationenwechsels, eine deutliche Gewichtsverlagerung von der OHG zur (GmbH & Co.) KG ergeben (vgl. die Zahlenangaben bei § 105 Rn 12).

12 **3. GmbH & Co. OHG/KG.** Beginnend mit dem 1. WiKG 1976, in der höchstrichterlichen Rechtsprechung schon früher,[12] kam es zur Einführung eines **Sonderrechts** für solche Personengesellschaften in der Rechtsform der OHG oder KG, an denen keine natürlichen Personen als (unmittelbar oder mittelbar) unbeschränkt haftende Gesellschafter beteiligt sind.[13] Den Grund für diese Abweichungen von dem allgemein für OHG und KG geltenden Recht bildet die funktionelle **Vergleichbarkeit der Haftungsverfassung** derartiger Personengesellschaften ohne voll haftende natürliche Personen **mit derjenigen einer GmbH;** sie ließ es notwendig erscheinen, aus Gründen des Gläubigerschutzes für solche Vertragsgestaltungen dem GmbH-Recht entsprechende, das Fehlen unbeschränkt persönlicher Haftung kompensierende Grundsätze und Vorschriften zu entwickeln. Demgemäß besteht heute auch für die GmbH & Co. OHG/KG eine Pflicht zur Offenlegung der Haftungsbeschränkung in der Firma (§ 19 Abs. 2) und auf den Geschäftsbriefen (§§ 125a, 177a). Es gelten die Vorschriften des GmbHG über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen (§§ 129a, 172a). Zur Konkursanmeldung sind die Geschäftsführer nicht nur bei Zahlungsunfähigkeit, sondern auch bei Überschuldung der Gesellschaft verpflichtet (§§ 130a, 177a). Seit 2000 gelten gem. § 264a auch die ebenfalls gläubigerschützenden Bilanzierungs-, Prüfungs- und Publizitätsvorschriften der Kapitalgesellschaft (§§ 264 ff); vgl. dazu näher die Erl. zu Voraufl. § 264a (*Hüttemann*).

13 Die **typische GmbH & Co. KG** als primäre Adressatin der in Rn 12 genannten Sonderregelungen ist dadurch gekennzeichnet, dass an ihr neben der Komplementär-GmbH eine beschränkte Zahl von Kommanditisten beteiligt ist, wobei diese regelmäßig zugleich die Anteile der Komplementär-GmbH halten und hierüber auf die Geschäfte der KG Ein-

---

[10] Nach den Feststellungen der Monopolkommission (Hauptgutachten 2006/2007, S. 120 ff) waren im Jahr 2006 von den 100 größten Unternehmen immerhin 5 in der Rechtsform der KG (Tengelmann, Edeka, Würth, Freudenberg, Miele) gegenüber 1 in der Rechtsform der OHG (Merck) organisiert.

[11] Vgl. die Beispiele BGHZ 85, 350 (358) = NJW 1983, 1056 (145 Gesellschafter); BGH NJW 1988, 411 (65 Gesellschafter). Ferner die Fälle der Publikums-KG (Rn 13).

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

[13] Zum Anwendungsbereich der Sondervorschriften vgl. die Legaldefinition in § 19 Abs. 2 (dazu § 19 Rn 11 ff [*Burgard*]).

fluss nehmen. Meist wird eine Kopplung beider Anteile und ein übereinstimmendes Beteiligungsverhältnis der Gesellschafter in beiden Gesellschaften angestrebt (Voraufl. § 161 Rn 30 [*Schilling*]). Das führt vorbehaltlich unterschiedlicher Beteiligungshöhe zur rechtlichen Gleichstellung der Gesellschafter der GmbH & Co. KG abweichend von dem für die KG typischen Zweiklassenverhältnis (Rn 10); es nähert auch deren innere Struktur derjenigen einer GmbH an. Hiervon klar zu unterscheiden ist die Erscheinungsform der **Publikums- (GmbH & Co.)KG** mit einem in Initiatoren (Management) und eine Vielzahl untereinander nicht verbundener Kapitalanleger aufgeteilten Mitgliederkreis. Für sie hat die höchstrichterliche Rechtsprechung aus Gründen des Gläubiger- und Minderheitenschutzes zu Recht ein umfangreiches, über dasjenige der typischen GmbH & Co. KG weit hinausgehendes Sonderrecht geschaffen, das deutlich am aktienrechtlichen Regelungsmodell orientiert ist,[14] und das Schrifttum ist dem BGH darin ganz überwiegend gefolgt.[15] Derartigen Verbandsformen ist durch die Handelsrechtsreform von 1998 (§ 105 Abs. 2 Satz 1) der *Zugang zum Handelsrecht* als **OHG oder KG** auch dann eröffnet, wenn sie sich – als **Immobilien-Fonds** oder sonstige Vermögensanlagegesellschaften – auf Vermögensverwaltung beschränken (vgl. näher Voraufl. Anhang zu § 161 [*Schilling*]).

III. Die stille Gesellschaft

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

---

[14] Vgl. etwa BGHZ 63, 338 (348) = NJW 1975, 1022; BGHZ 64, 238 (241) = NJW 1975, 1318; BGHZ 66, 82 (86) = NJW 1976, 958; BGHZ 104, 50 (53 ff) = NJW 1988, 1903; BGHZ 125, 74 (79 ff) = NJW 1994, 1156; weit. Nachw. insbes. bei *Krieger* FS Stimpel, 1985, S. 307 (312 ff). Dazu namentlich auch *Stimpel* FS Rob. Fischer, 1979, S. 771 ff.

[15] Vgl. nur *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht § 57, S. 1665 ff; *Kübler/Assmann* Gesellschaftsrecht[6] § 21 III; *U. H. Schneider* ZHR 142 (1978), 228 ff; *Kellermann* FS Stimpel, 1985, S. 259 ff; *Krieger* FS Stimpel, 1985, S. 307 (312 ff); jew. mwN; kritisch vor allem *Kraft* FS Rob. Fischer, 1979, S. 321 ff.

[16] Allgemein zu den Innengesellschaften des bürg. Rechts und ihrer rechtlichen Behandlung vgl. MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 275 ff; zur stillen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (im Unterschied zu derjenigen nach § 230) daselbst Rn 286 ff.

B. Rechtsgrundlagen

I. Wahl der Gesellschaftsform

15 Das deutsche Gesellschaftsrecht lässt den an einem Zusammenschluss interessierten Personen weitgehend **Freiheit** hinsichtlich der Art und Ausgestaltung ihres Zusammenschlusses. Das gilt auch für die Wahl der Rechtsform, allerdings unter Beschränkung auf die vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Organisationsformen; die privatautonome Schaffung beliebiger Zusammenschlussformen oder – bezogen auf die Bildung juristischer Personen – das „System freier Körperschaftsbildung“ [17] sind dem geltenden Recht unbekannt. Die Einschränkung erlangt Bedeutung namentlich auch für die gemeinsame Verfolgung handelsrechtlicher Zwecke: sie ist vorbehaltlich der Sonderfälle vereinsrechtlicher Organisation [18] nur in einer der Rechtsformen der Handelsgesellschaften (Rn 3 f) möglich. Es gilt der **Numerus clausus der Gesellschaftsformen**. Zur Zulassung organisationsrechtlicher Typenverbindung und -vermischung vgl. jedoch Rn 19.

16 **Einschränkungen** gegenüber der freien Rechtsformwahl finden sich **aus Gründen der Wirtschaftsaufsicht** in einer Reihe von Sondergesetzen (vgl. auch § 105 Rn 23). So dürfen *Versicherungsgeschäfte* nur in der Rechtsform der AG (einschließlich der SE) oder des VVaG betrieben werden (§ 7 Abs. 1 VAG). Für private *Bausparkassen* ist die Rechtsform der AG vorgeschrieben (§ 2 Abs. 1 BauspG). *Kreditinstitute*, die einer Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 KWG benötigen, dürfen nicht in der Rechtsform des Einzelkaufmanns betrieben werden (§ 2c Abs. 1 KWG), *Kapitalanlagegesellschaften* dürfen nur in der Rechtsform der AG oder GmbH errichtet werden (§ 6 Abs. 1 Satz 2 InvG), *Unternehmensbeteiligungsgesellschaften* nur in der Rechtsform der AG, GmbH, KG oder KGaA (§ 2 Abs. 1 UBGG), *Apotheken* als Gesellschaften nur in der Form einer OHG oder GbR (§ 8 ApG).

II. Gestaltungsfreiheit und Schranken

17 Das Ausmaß vertraglicher Gestaltungsfreiheit hängt für das **Innenverhältnis** der Beteiligten von der jeweils gewählten Rechtsform ab. Die Privatautonomie ist bei OHG, KG und GmbH im Wesentlichen unbeschränkt; die vertraglichen Abreden haben Vorrang vor dem dispositiven Recht (vgl. §§ 109, 163 HGB, 45 Abs. 1 GmbHG). Auch das Recht der stillen Gesellschaft kennt nur wenige zwingende Vorschriften. Demgegenüber beansprucht das Aktienrecht grundsätzlich zwingende Geltung; es lässt der Satzungsautonomie der Gesellschafter nur wenig Spielraum (§ 23 Abs. 5 AktG). Im **Außenverhältnis** der OHG und KG, hinsichtlich der Vertretung der Gesellschaft im Rechtsverkehr und der Außenhaftung der Gesellschafter, gilt demgegenüber grundsätzlich zwingendes Recht (vgl. Erl. zu § 123 [*Habersack*]). Den Haftungsregelungen bei den Personengesellschaften entsprechen bei der AG und GmbH die Vorschriften über Aufbringung und Erhaltung des Grund-(Stamm-)Kapitals einschließlich seiner Sicherung gegen mittelbare Abflüsse. Auch sie sind zwingender Natur.

---

[17] Vgl. dazu *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. I, § 4 II 1a, S. 206; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 8 II 5, S. 192 f.

[18] Rechtsfähiger Idealverein mit erlaubtem wirtschaftlichem Nebenzweck (§ 21 BGB), wirtschaftlicher Verein (§ 22 BGB), ferner eingetragene Genossenschaft als Rechtsform eines Zusammenschlusses zur Erbringung wirtschaftlicher Hilfstätigkeiten für ihre Mitglieder (§ 1 GenG); zum Ganzen vgl. statt aller *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 23, S. 659 ff mN.

Gegenstand eingehender Erörterung in Rechtsprechung und Literatur ist die Frage nach **ungeschriebenen Schranken der Vertragsgestaltungsfreiheit** in Bezug auf das Innenverhältnis der OHG und KG.[19] Sie dient nicht nur dem Minderheitsschutz gegenüber unangemessenem Gebrauch von Mehrheitskompetenzen, sondern auch dem Schutz vor Selbstentmündigung oder ihr nahekommendem Verzicht auf zentrale Gesellschafterrechte. Im Einzelnen wird dabei zwischen **unbeweglichen und beweglichen Schranken** der Vertragsgestaltungsfreiheit unterschieden (vgl. näher § 109 Rn 20 ff). Während jene den Kreis der *unverzichtbaren*, trotz Zustimmung der betroffenen Gesellschafter nicht zur Disposition der Beteiligten stehenden Rechte und Gestaltungen umschreiben, wozu neben Abspaltungsverbot (§ 717 Satz 1 BGB) und Selbstorganschaft auch der Schutz der Verbandssouveränität und der Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte gehören (§ 109 Rn 30 ff), geht es bei den beweglichen Schranken um die *Begrenzung der Mehrheitsherrschaft* im Hinblick vor allem auf Treupflicht und Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 109 Rn 36 ff). Eine darüber hinausgehende **Inhaltskontrolle** von Gesellschaftsverträgen auf ihre inhaltliche Angemessenheit wird von der Rechtsprechung mit Zustimmung der Literatur nur bei der Publikums-Gesellschaft (KG, GbR) praktiziert (§ 109 Rn 39 f). **18**

III. Typenverbindung, atypische Gestaltung

Eine **Verbindung** verschiedener Gesellschaftstypen findet sich vor allem bei der „typischen" GmbH & Co. KG mit ihrer Verflechtung von Personen- und Kapitalgesellschaft (Rn 13). **Atypische** Gestaltungen begegnen in der Kautelarjurisprudenz häufig, insbesondere in Gestalt der kapitalistischen Personengesellschaft und der Publikums-KG (Rn 13), aber auch bei der Verwendung der Rechtsform von Personengesellschaften als Konzerninstrumente u.a. (vgl. Anh. zu § 105). Entgegen Bestrebungen der Literatur namentlich in den 60er und 70er Jahren[20] hat die Rechtsprechung die Wirksamkeit derartiger Gestaltungen weder im Grundsatz verneint noch ihnen deutliche Schranken gesetzt. Vielmehr hat sie sich in neuerer Zeit zutreffend um die **Herausarbeitung spezifischer,** an die atypische Gestaltung anknüpfender **Rechtsfolgen** bemüht, und der Gesetzgeber ist ihr seit 1976 auf diesem Wege gefolgt (vgl. auch § 109 Rn 23). Dementsprechend ist davon auszugehen, dass vorbehaltlich der erwähnten, allgemein geltenden Schranken der Vertragsgestaltungsfreiheit (Rn 18) die Erstellung von Personengesellschaftsverträgen auch künftig keinen vom Vertragstypus abgeleiteten Wirksamkeitsschranken unterliegt, etwa notwendig erscheinende Korrekturen vielmehr auf der Rechtsfolgenseite eingreifen. **19**

C. Instrumente der Umgestaltung von Handelsgesellschaften

I. Formwechsel, Verschmelzung, Spaltung

Zur Umwandlung von Handelsgesellschaften unter Wechsel der Rechtsform kann es auf zwei nach Voraussetzungen und Rechtsfolgen unterschiedliche **Arten** kommen (vgl. näher § 105 Rn 51 ff). Beim **Formwechsel** besteht die Gesellschaft als solche *fort* und unterliegt hinsichtlich Struktur, Vermögen und Mitgliederkreis keinen über den Wechsel **20**

---

[19] Zur entsprechenden Problematik im GmbH-Recht vgl. Baumbach/Hueck/*Zöllner* GmbHG[18] § 45 Rn 6 ff; für satzungsändernde Mehrheitsbeschlüsse jetzt eingehend *M. Winter* Treubindungen, S. 135 ff.

[20] Vgl. die Nachw. bei § 109 Rn 23 (Fn 32, 33).

der Rechtsform hinausgehenden Änderungen. Seit 1994 anerkennt das UmwG auch den identitätswahrenden Formwechsel (§§ 191 Abs. 1 Nr. 1, 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft, beschränkt ihn nach § 214 UmwG aber auf den **Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft** oder Genossenschaft (bzw. umgekehrt auf den Wechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft, § 226 UmwG). Der Formwechsel zwischen Personengesellschaften vollzieht sich demgegenüber notwendig außerhalb des UmwG. Er kommt nicht nur *zwischen OHG und KG* (unter Eintritt oder Ausscheiden eines Kommanditisten) in Betracht, sondern auch (bei Änderung des Gesellschaftszwecks oder Eintragung in das Handelsregister nach § 105 Abs. 2) *zwischen OHG/KG einerseits, GbR andererseits* (vgl. näher § 105 Rn 56). Je nach Fallgestaltung kann er mit oder ohne vertragsändernden Gesellschafterbeschluss eintreten. Die inneren Rechtsverhältnisse der Gesellschaft bleiben von der formwechselnden Umwandlung im Zweifel unberührt (§ 109 Rn 17 f).

21 Demgegenüber richtet sich die **Verschmelzung** der Personen- auf eine Kapitalgesellschaft (§ 2 UmwG) auf die Ersetzung der Rechtsform der übertragenden Personengesellschaft (OHG oder KG) durch diejenige der aufnehmenden Kapitalgesellschaft (AG, KGaA, GmbH) oder umgekehrt (vgl. § 105 Rn 55). Ihre Voraussetzungen und Rechtsfolgen sind eingehend im **UmwG** geregelt (§§ 2 ff, 39 ff UmwG); Personenhandelsgesellschaften sind ausdrücklich als verschmelzungsfähig anerkannt (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Im Unterschied zum Formwechsel kommt es hier zur *Gesamtrechtsnachfolge* der neuen gegenüber der durch die Umwandlung erlöschenden alten Gesellschaft (§ 20 Abs. 1 UmwG), also um die Vereinigung der Vermögen zweier (oder mehrerer) Personengesellschaften. Eine Gesamtrechtsnachfolge lässt sich bei Personengesellschaften auch dadurch erreichen, dass sämtliche Anteile der übertragenden Personengesellschaft (PG 1) von deren Gesellschaftern an die fortbestehende (übernehmende) Gesellschaft (PG 2) abgetreten werden, ggf. gegen Gewährung von Mitgliedschaftsrechten an dieser.[21] Folge der Vereinigung sämtlicher Anteile der PG 1 in der Hand der PG 2 ist das Erlöschen der PG 1, verbunden mit dem Übergang (der Anwachsung) ihres Gesamthandsvermögens unter Gesamtrechtsnachfolge auf die PG 2; die Praxis spricht hier deshalb gelegentlich auch von einer „anwachsenden Verschmelzung" (vgl. § 105 Rn 57).

22 Das UmwG hat 1994 mit der Spaltung als Gegenstück zur Verschmelzung erstmals die Möglichkeit einer (erleichterten) Umstrukturierung mittels Übertragung von Vermögensteilen geschaffen.[22] Seither sind auch **Personenhandelsgesellschaften** spaltungsfähig (§ 124 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG), d.h. Vermögensteile der OHG/KG können als Sachgesamtheiten auf einen bestehenden oder neu zu gründenden Rechtsträger übertragen werden (§ 123 UmwG). Die **Aufspaltung** (§ 123 Abs. 1 UmwG) einer Personenhandelsgesellschaft auf mehrere (neue oder bestehende) Gesellschaften führt ebenfalls zum liquidationslosen Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers. Demgegenüber bleibt die sich umwandelnde Gesellschaft bei **Abspaltung und Ausgliederung** (§ 123 Abs. 2 und 3 UmwG) als solche erhalten; es werden lediglich Teile ihres Vermögens im Wege der partiellen Universalsukzession auf andere Rechtsträger übertragen, bei denen es sich entweder um unabhängige Gesellschaften (Abspaltung) oder um eine 100 %-Tochter handelt (Ausgliederung). Den Gesellschaftern steht damit ein weiterer Weg offen, das Ver-

---

[21] Vgl. allg. § 105 Rn 51 ff; zur Beteiligung einer Personenhandelsgesellschaft als Gesellschafterin einer anderen OHG/KG vgl. § 105 Rn 96 f, zur Mindestzahl von zwei Gesellschaftern § 105 Rn 70.

[22] Widmann/Mayer/*Schwarz* Umwandlungsrecht § 123 Rn 1; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 6 II 1a, S. 531.

mögen der Gesellschaft aufzuteilen; bis 1994 war dies nur im Weg der **Realteilung**, also durch Einzelrechtsübertragung, möglich.[23]

Um einen Sonderfall der „Abspaltung" handelt es sich bei der **Betriebsaufspaltung.** **23**
Sie ist typischerweise dadurch gekennzeichnet, dass die Gesellschafter der OHG oder KG entweder selbst oder unter Zwischenschaltung der OHG (KG) eine *Betriebsgesellschaft* in der Rechtsform der GmbH oder GmbH & Co. KG gründen, dieser das Anlagevermögen verpachten, das Umlaufvermögen übertragen und das laufende Geschäft auf sie überleiten. Die OHG/KG wird nicht liquidiert, sondern besteht als *Besitzgesellschaft* fort, ggf. verbunden mit der formwechselnden Umwandlung von der OHG/KG zur GbR (§ 105 Rn 56), wenn sie sich (wie meist) auf die Rolle des Verpächters beschränkt (vgl. § 105 Rn 29).

II. Unternehmensverbindungen

Die Rechtsverhältnisse verbundener Unternehmen sind nur im Aktienrecht geregelt; **24**
die Regelung knüpft in erster Linie an die Rechtsform der abhängigen (Tochter-)Gesellschaft als AG an. Zum **Personengesellschafts-Konzernrecht** vgl. Anh. § 105.

D. Geltungsschranken

I. Zeitliche (Intertemporäres Recht)

Schrifttum

Großfeld/Irriger Intertemporales Unternehmensrecht, JZ 1988, 531.

Zeitliche Schranken für die Geltung der Vorschriften des Zweiten Buches des HGB **25**
ergeben sich aus der das intertemporäre Recht der Schuldverträge regelnden Vorschrift des **Art. 170 EGBGB.** Danach gilt für heute allenfalls ganz ausnahmsweise noch zu begegnenden Altverträgen aus der Zeit vor Inkrafttreten des HGB am 1.1.1900 grundsätzlich das alte Recht fort, d.h. im Fall der Personengesellschaften das ADHGB und etwaiges sie ergänzendes altes Landesrecht. Der Rechtsgedanke der Vorschrift lässt sich auf sonstige Änderungen des Schuldvertrags-(Gesellschafts-)rechts übertragen, soweit der Gesetzgeber auf eine besondere Überleitungsvorschrift verzichtet hat.[24] Ein **Altvertrag** in diesem Sinne liegt nur vor, wenn der aus der Zeit vor 1900 stammende Gesellschaftsvertrag ohne Neuabschluss, Vertragsverlängerung, rechtsgeschäftliche Aufnahme neuer Gesellschafter oder sonstige nicht rein formale Vertragsänderungen fortbesteht.[25] Der Anteilsübergang aufgrund erbrechtlicher Gesellschafternachfolge oder die Ausübung eines im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Eintrittsrechts lassen den Charakter als Altvertrag unberührt.[26]

---

[23] Dazu Voraufl. Rn 24 (*Ulmer*).

[24] Std. Rspr., vgl. BGHZ 10, 391 (394) = NJW 1954, 231; BGHZ 44, 192 (194) = NJW 1966, 155; dazu MünchKommBGB[4]/*Grothe* Art. 170 EGBGB Rn 3 mwN.

[25] Vgl. RGZ 84, 136 (138); 109, 56 (57); *Großfeld/Irriger* JZ 1988, 531 (535); zur zeitlichen Reichweite des § 354a: BGH NJW 2001, 1724.

[26] RGZ 145, 289 (291) (vorbehaltlich konkludenter Unterwerfung der Beteiligten unter das neue Recht). Zu den Schranken der Fortgeltung vgl. 3. Aufl. Rn 29 (*Rob. Fischer*).

26 Zur **Handelsrechtsreform 1998** enthielt **Art. 41 EGHGB a.F.** eine bis speziell auf die §§ 131–142 bezogene Übergangsregelung.[27] Eine weitere Übergangsregelung sieht **Art. 31 EGHGB** für die Anwendung des § 160 vor (dazu näher § 160 Rn 38 ff [*Habersack*]).

II. Sachliche (Internationales Gesellschaftsrecht)

Schrifttum

Vgl. die eingehenden *Kommentierungen* des Internationalen Gesellschaftsrechts bei MünchKommBGB[4]/*Kindler* Bd. 11 (2006) Internationales Gesellschaftsrecht; Soergel/*Lüderitz*[12], Bd. 10 (1996), EGBGB Art. 10 Anh.; Staudinger/*Großfeld* (1998), EGBGB Internationales Gesellschaftsrecht; dazu die Gesamtdarstellungen *Eidenmüller* (Hrsg.) Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht (2004); *Habersack* Europäisches Gesellschaftsrecht[3] (2006) (zitiert: *Habersack* EuGesR); *Wiedemann* Gesellschaftsrecht I (1980), § 14. Ferner: *Altmeppen* Schutz vor europäischen Kapitalgesellschaften, NJW 2004, 97; *Altmeppen/Willhelm* Gegen die Hysterie um die Niederlassungsfreiheit der Scheinauslandsgesellschaften, DB 2004, 1083; *Bitter* Flurschäden im Gläubigerschutzrecht durch „Centros & Co."? WM 2004, 2190; *Eidenmüller* Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, ZIP 2002, 2233; *Hoffmann* Die stille Bestattung der Sitztheorie durch den Gesetzgeber, ZIP 2007, 1581; *Hofmeister* Grundlagen und Entwicklungen des Internationalen Gesellschaftsrechts, WM 2007, 868; *Horn* Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit – Inspire Art, NJW 2004, 893; *Kindler* „Inspire Art" – Aus Luxemburg nichts Neues zum internationalen Gesellschaftsrecht, NZG 2003 1086; *ders.* Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft? NJW 2003, 1073; *Leible/Hoffmann* „Überseering" und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, RIW 2002, 925; *Roth* Die deutsche Initiative zur Kodifizierung der Gründungstheorie. FS Harm Peter Westermann (2008), S. 1345; *Sandrock* Sitzrecht contra Savigny? BB 2004, 897; *Schäfer* Das Gesellschaftsrecht (weiter) auf dem Weg nach Europa – am Beispiel der SE-Gründung, NZG 2004, 785; *K. Schmidt* Verlust der Mitte durch „Inspire Art"? ZHR 168 (2004), 493; *Ulmer* Gläubigerschutz bei Scheinauslandsgesellschaften, NJW 2004 1201; *Zimmer* Grenzüberschreitende Rechtspersönlichkeit, ZHR 168 (2004), 355.

27 **1. Überblick.** Das deutsche internationale Gesellschaftsrecht ist als Teildisziplin des Internationalen Privatrechts Gegenstand einer umfangreichen, in neuerer Zeit durch Einflüsse auch des EG-Rechts geprägten Diskussion. In ihrem Mittelpunkt steht die Frage nach dem *Personalstatut der Gesellschaft*, d.h. nach der Bestimmung der für ihre Rechtsverhältnisse nach innen und außen maßgebenden Rechtsordnung: sie beantwortet sich nicht nach der Staatsangehörigkeit oder dem Wohnsitz der Gesellschafter, sondern nach eigenständigen Anknüpfungspunkten der Gesellschaft (Rn 29 f). Weitere, in Art. 11 Abs. 1, Halbsatz 2 EGBGB zugunsten des alternativen Eingreifens der lex fori entschiedene Fragen stellen sich im Hinblick auf die Form des Gesellschaftsvertrags (Rn 32). Die folgende Darstellung beschränkt sich auf eine **Kurzübersicht** über einige zentrale, für das Recht der OHG und KG relevante Probleme des internationalen Gesellschaftsrechts; im Übrigen wird auf das Spezialschrifttum verwiesen.

28 Vom internationalen Gesellschaftsrecht zu unterscheiden sind die Regeln des **Fremdenrechts**. Dabei geht es um inländische Sachnormen über die Betätigung ausländischer Personen und Gesellschaften im Inland; ihr Eingreifen setzt die rechtliche Qualifizierung der Gesellschaft als ausländische (einem ausländischen Personalstatut unterstehende) und ihre Anerkennung im Inland voraus. §§ 28 GebrMG, 58 GeschmMG, 35 WZG über die Stellung ausländischer Schutzrechtsinhaber ohne inländische Niederlassung, §§ 55, 110 ff

[27] Vgl. zu dieser § 131 Rn 4.

ZPO über die Prozessfähigkeit von Ausländern und die Sicherheitsleistung für ihre Prozesskosten u.a.[28] Weitere fremdenrechtliche Bestimmungen finden sich in zwischenstaatlichen Abkommen.

29 **2. Personalstatut.** Das Personalstatut (Gesellschaftsstatut) bezeichnet diejenige **nationale Rechtsordnung,** nach der sich die „persönlichen" Rechtsverhältnisse einer juristischen Person oder Personengesellschaft bestimmen.[29] Es geht um die Voraussetzungen für ihre Gründung und Entstehung (unter Vorbehalt der Formerfordernisse, vgl. Rn 32), um ihre rechtliche Qualifikation als juristische Person oder Personengemeinschaft, um ihre Struktur und Organverfassung, um die Regelung ihres Innenverhältnisses und ihres Außenhandelns, um die Vertretungsbefugnis und die Haftungsverhältnisse, um Auflösung, Liquidation und Beendigung der Gesellschaft (zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung vgl. § 13 Rn 68 [*Koch*]). Das EGBGB enthält bislang keine gesetzliche Regelung über die Bestimmung des Personalstatutes. Bis in die jüngste Vergangenheit war hierfür die **Sitztheorie** vorherrschend.[30] Sie knüpft an den effektiven Verwaltungssitz einer Gesellschaft an und wendet das nationale Gesellschaftsrecht dieses Staates an.[31] Demgegenüber wendet die **Gründungstheorie** immer das Recht des Staates an, in dem die Gesellschaft gegründet wurde, gleich in welchem Land sich ihr Verwaltungssitz befindet.[32] Daneben wurden noch einige vermittelnde Theorien vertreten.[33] Durch die Anwendung der Sitztheorie sollte verhindert werden, dass durch die Wahl einer ausländischen Gesellschaftsform die nationalen Vorschriften des Gläubiger- und Minderheitenschutzes umgangen werden.[34]

30 Seit der EuGH in den Rechtssachen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* entschieden hat, dass mit Rücksicht auf die Niederlassungsfreiheit aus Art. 43 und 48 EG sogar die **Scheinauslandsgesellschaft** im Inland als solche, d.h. mit ihrer ausländischen Rechtsform, **anzuerkennen** sei,[35] wird darüber gestritten, ob dies zwingend auf die Gründungstheorie für Gesellschaften aus dem Bereich der Europäischen Union[36] und aus EWR-Staaten[37] hinausläuft.[38] Demgegenüber wird für Gesellschaften, die aus Drittstaaten zuziehen,

---

[28] Weit. Bsp. vgl. bei MünchKommBGB[4]/*Kindler* IntGesR Rn 881 ff, 888 f; Staudinger/*Großfeld* (1998) IntGesR Rn 961 ff, 963; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. I, § 15 I 1, S. 825 ff; *Ebenroth* JZ 1988, 75 (84 f).

[29] Vgl. statt aller MünchKommBGB[4]/*Kindler* IntGesR Rn 331 ff; Staudinger/*Großfeld* (1998) IntGesR Rn 16 ff, 249 ff.

[30] Statt aller Voraufl. Rn 33 ff (*Ulmer*).

[31] *Eidenmüller* § 1 Rn 4; Staudinger/*Großfeld* (1998) IntGesR Rn 26 ff; *Hofmeister* WM 2007, 868 (869); MünchKommBGB[4]/*Kindler* IntGesR Rn 400 ff.

[32] *Eidenmüller* § 1 Rn 2 ff; Staudinger/*Großfeld* (1998) IntGesR Rn 31 ff; *Hofmeister* WM 2007, 868 (869); MünchKommBGB[4]/*Kindler* IntGesR Rn 339 ff.

[33] Vgl. nur die Übersichten bei *Eidenmüller* § 1 Rn 9; Staudinger/*Großfeld* (1998) IntGesR Rn 34 ff; MünchKommBGB[4]/*Kindler* IntGesR Rn 367 ff.

[34] *Eidenmüller* § 1 Rn 6; Staudinger/*Großfeld* (1998) IntGesR Rn 41 ff; MünchKommBGB[4]/*Kindler* IntGesR Rn 401 ff; Voraufl. Rn 34 (*Ulmer*).

[35] EuGH Slg. 2003, I-10155 = NJW 2003, 3331 – *Inspire Art*; Slg. 2002, I-9919 = NJW 2002, 3614 – *Überseering*; Slg. 1999, I-1459 = NJW 1999, 2027 – *Centros*. Dazu *Habersack* EuGesR § 3 Rn 15 ff; MünchKommBGB[4]/*Kindler* IntGesR Rn 103 ff.

[36] Dazu insbes. BGH NJW 2005, 1648 (1649); BGHZ 154, 185 (190) = NJW 2003, 1461; MünchKommBGB[4]/*Kindler* IntGesR Rn 338; *Horn* NJW 2004, 893 (896); *Ulmer* NJW 2004, 1201 (1209).

[37] Dazu BGHZ 164, 148 (151) = NJW 2005, 3301 (Liechtensteinische AG).

[38] Dafür etwa *Eidenmüller* § 2 Rn 87 ff; *Leible/Hoffmann* RIW 2002, 925 (935) RIW; dagegen z.B. *Sandrock* BB 2004, 897 (901) sowie die in Fn 41 Genannten.

unverändert die Einordnung als GbR vertreten.[39] Indessen ist auch für den EG-Bereich daran festzuhalten, dass Aussagen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit schon aus kompetenziellen Gründen keine kollisionsrechtlichen Vorgaben beinhalten.[40] Maßstab kann allein das Primärrecht, hier die Niederlassungsfreiheit sein. Damit ist zwar die Auslandsgesellschaft als wirksam nach ihrem Heimatrecht gegründet anzuerkennen, doch schließt dies die Anwendung einzelner Bestimmungen des deutschen Gesellschafts- und (erst recht) gesellschaftsbezogenen Insolvenzrechts nicht aus. Insbesondere gläubigerschützende Vorschriften des nationalen Gesellschaftsrechts und entsprechende Verhaltenspflichten der Gesellschafter und deren Geschäftsführer können deshalb durchaus auch auf die EU-Gesellschaft zur Anwendung kommen, sofern sie nicht deren Niederlassungsfreiheit verletzen, sich namentlich nicht zuzugsbeschränkend auswirken.[41] Als Lösung des Streits um das zutreffende Personalstatut würde sich idealerweise die Schaffung einer an das SE-Statut angelehnten europäischen Kollisionsnorm anbieten.[42] Doch schickt sich der deutsche Gesetzgeber derzeit an, zunächst eine nationale Regelung zu verwirklichen. **Art. 10 EGBGB-E** des Referentenentwurfs eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen möchte allgemein die Gründungstheorie im Gesetz verankern.[43]

31 Nach den Urteilen *Daily Mail* und *Überseering* war umstritten, ob die europarechtliche Niederlassungsfreiheit auch den **Wegzug von Gesellschaften** gestattet.[44] Während sich der Generalanwalt in seinem Schlussantrag[45] im Verfahren *Cartesio* hierfür ausgesprochen hatte, entschied der EuGH die Frage unter Anknüpfung an die *Daily Mail*-Entscheidung dahin[46], dass die Artt. 43, 48 EG nationalen Regelungen nicht entgegenstehen, die eine Verlegung des Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedsstaat unter Beibehaltung des Gesellschaftsstatuts des Gründungsstaates verwehren. Jeder Mitgliedsstaat könne nach nationalem Recht nicht nur die Anforderungen aufstellen, die eine Gesellschaft erfüllen müsse, damit sie wirksam gegründet sei, sondern auch solche, die für den Erhalt dieses Status erforderlich seien.[47] Das Urteil ist im Schrifttum unterschiedlich[48] aufgenommen worden, doch hat es definitiv geklärt, dass die Niederlassungsfreiheit nicht auch den freien Wegzug garantiert. Im deutschen Personengesellschaftsrecht existieren zwar keine § 4a Abs. 2 GmbHG a.F. bzw. § 5 Abs. 2 AktG vergleichbaren Regelungen, weshalb GbR, OHG und KG ihren Verwaltungssitz aus Sicht des deutschen Rechts prinzipiell ungehindert in das Ausland verlegen können.[49] Doch führte die Anwendung der Sitztheorie klassischer Prägung bei wegziehenden Gesellschaften zu einem Statuten-

---

[39] BGHZ 151, 204 = NJW 2002, 2359; *Hofmeister* WM 2007, 868 (872); *Horn* NJW 2004, 893 (897).

[40] *Altmeppen* NJW 2004, 97; *Bitter* WM 2004, 2190 (2192); *Kindler* NZG 2003, 1086; *ders.* NJW 2003, 1073 (1077 f); *C. Schäfer* NZG 2004, 785 (787); vgl. auch *Ulmer* NJW 2004, 1201 (1205).

[41] *Altmeppen* NJW 2004, 97 (100); *Bitter* WM 2004, 2190; *C. Schäfer* NZG 2004, 785 (786); ähnlich *K. Schmidt* ZHR 168 (2004), 493 (500).

[42] *C. Schäfer* NZG 2004, 785 (787 f). Ähnl. *Zimmer* ZHR 167 (2004), 355 (362 f).

[43] Vgl. dazu kritisch: *Roth* FS Westermann, 2008, 1345 ff.

[44] Dafür Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* § 105 Rn 213; dagegen MünchKommBGB[4]/*Kindler* IntGesR Rn 498 jew. mwN.

[45] EuGH GA (Generalanwalt Poiares Maduro), Schlussanträge v. 22.5.2008 – Rs C-210/06, ZIP 2008, 1067.

[46] EuGH Große Kammer, Urt. v. 16.12.2008 – Rs C-210/06 (*Cartesio*), NJW 2009, 569.

[47] EuGH (Fn 46), NJW 2009, 569 (571).

[48] Zustimmend: *Kindler* NZG 2009, 130; ablehnend: *Leible/Hoffmann* BB 2009, 58; *Knof/Mock* ZIP 2009, 30.

[49] Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* § 105 Rn 213; einschränkend aber MünchKommBGB[4]/*Kindler* IntGesR Rn 504 f.

wechsel, der nicht durch das primäre EG-Recht überlagert wird. Ob allerdings die Sitztheorie weiterhin auf deutsche Gesellschaften anwendbar bleibt, die ihren Sitz ins Ausland verlegen, bleibt ohne Regelung im (deutschen) Internationalen Gesellschaftsrecht ungeklärt. Freilich geht der deutsche GmbH-Gesetzgeber offenbar davon aus, dass schon die Aufhebung des § 4a Abs. 2 GmbHG a.F., der einen Inlandssitz für zwingend erklärte, der GmbH den Weg zur identitätswahrenden Verlagerung ihres Verwaltungssitzes eröffnet hat (vgl. die Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/1640, S. 29).

32 **3. Formprobleme.** Für die Wahrung der Form von Rechtsgeschäften genügt nach Art. 11 Abs. 1, Halbsatz 2 EGBGB abweichend vom Personalstatut die Beachtung der **Ortsform,** d.h. der nach der lex loci maßgebenden Formvorschriften. Ob die Vorschrift auch für Gesellschaftsverträge gilt, ist umstritten.[50] Da die Gesellschaftsverträge einer OHG und KG grundsätzlich formfrei sind, kommt eine Anwendung des § 11 Abs. 1 EGBGB nur in Betracht, wenn der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages mit Rücksicht auf den Gegenstand der Einlageleistung nach deutschem Recht ausnahmsweise formbedürftig ist (§ 105 Rn 167 ff). Danach kann ein Gesellschaftsvertrag, der die Pflicht eines Gesellschafters zur Einbringung eines Grundstücks oder eines GmbH-Anteils begründet, auch ohne notarielle Form wirksam geschlossen werden, wenn das am Ort des Vertragsschlusses geltende Recht auf diese Form verzichtet; der Vorbehalt des Art. 11 Abs. 4 EGBGB steht mangels entsprechender Regelung im deutschen Recht nicht entgegen.[51] Anderes gilt für die Auflassung des Grundstücks an die Gesellschaft in Erfüllung der Einlageverpflichtung; sie bedarf nach Art. 11 Abs. 5 EGBGB der Form des § 925 BGB.

E. Europäisches Gesellschaftsrecht

Schrifttum

Habersack Europäisches Gesellschaftsrecht[3] (2006); *Grundmann* Europäisches Gesellschaftsrecht (2004); MünchKommBGB[4]/*Kindler* IntGesR V., Rn 32 ff.

I. Rechtsangleichung

33 Abgesehen von der Niederlassungsfreiheit des Art. 43, 48 EG (dazu Rn 30) prägen bislang elf Richtlinien[52] das europäische Gesellschaftsrecht. Sie sind auf die Koordinierung des Gesellschaftsrechts der Mitgliedstaaten gerichtet und haben ausschließlich die Angleichung des Kapitalgesellschaftsrechts (vorwiegend des Aktienrechts) zum Gegenstand.[53] Eine entsprechende Angleichungspflicht für das Personengesellschaftsrecht ist nicht begründet worden. Allerdings hat der deutsche Gesetzgeber der Vorschrift des

---

[50] Vgl. die Übersicht bei MünchKommBGB[4]/*Kindler* IntGesR Rn 532 ff; dafür vgl. nur Soergel/*Kegel*[12] EGBGB Art. 11, 24; dagegen vgl. nur Staudinger/*Großfeld* (1998) IntGesR Rn 467; zum Streit über die Anwendbarkeit der Vorschrift auf formbedürftige Satzungen und Gründungsurkunden von Kapitalgesellschaften vgl. Ulmer/Habersack/Winter/*Behrens* GmbHG Einl. Rn B 133 ff; Scholz/*Westermann* GmbHG[10] Einl. Rn 134 ff.

[51] MünchKommBGB[4]/*Spellenberg* Art. 11 EGBGB Rn 124.

[52] Zusammenstellung bei: MünchKommBGB[4]/*Kindler* IntGesR Rn 33 ff. Z.T. abgedruckt bei *Habersack* EuGesR § 5 Rn 1 ff.

[53] Näher zum Harmonisierungskonzept etwa *Habersack* EuGesR § 4 Rn 5 ff.

Art. 4 der 1. (Publizitäts-)Richtlinie[54] auch für die typische GmbH & Co. OHG/KG (Rn 13) Rechnung getragen; nach §§ 125a, 177a ist sie zur Angabe der Rechtsform, des Sitzes, des Registergerichts (mit Nummer), der Firmen ihrer Gesellschafter und – soweit diese die Rechtsform einer GmbH oder AG haben – der insoweit nach §§ 35a GmbHG, 80 AktG vorgeschriebenen Angaben verpflichtet (vgl. Erl. zu § 125a [*Habersack*]). Daneben bestehen Unternehmensformen des Gemeinschaftsrechts wie die Europäische wirtschaftliche Interessensvereinigung (dazu unten Rn 34 ff), die Europäische (Aktien-)Gesellschaft (SE) und die Europäische Genossenschaft (SEC).

II. Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung

34 Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) ist eine im Kern **supranationale** (europäische) **Gesellschaftsform**.[55] Sie beruht auf einer vom Rat aufgrund von Art. 308 EG erlassenen, am 1.7.1989 in Kraft getretenen Verordnung,[56] dient der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit von Unternehmen oder Angehörigen freier Berufe und gilt als Handelsgesellschaft i.S.v. § 6.[57] Gründungsvoraussetzungen sind die Beteiligung von mindestens zwei unternehmerisch oder freiberuflich tätigen Gesellschaftern (auch juristischer Personen oder Personenvereinigungen) mit Haupttätigkeit oder Hauptverwaltung in mehr als einem Mitgliedstaat und ein auf Unterstützung der wirtschaftlichen (unternehmerischen oder freiberuflichen) Tätigkeit ihrer Mitglieder gerichteter Zweck. Zur Entstehung bedarf es abweichend vom deutschen Personengesellschaftsrecht außer dem Vertragsschluss auch der Eintragung im Handelsregister.[58] Im Übrigen wird die EWIV mit Sitz im Inland **weitgehend der OHG gleichgestellt**; wie bei dieser haften die Mitglieder unbeschränkt und gesamtschuldnerisch für die Schulden der EWIV.[59]

35 Die **Rechtsgrundlagen** der EWIV setzen sich aus drei Rechtsquellen zusammen. Die oberste – innerhalb der EG einheitlich geltende – Rechtsquelle bildet die **Verordnung** über die EWIV; sie befasst sich in erster Linie mit Errichtung, Existenz und Struktur der neuen Rechtsform. Hinzu kommt ein **nationales Ausführungsgesetz**, das dazu bestimmt ist, eine Reihe von Regelungslücken der Verordnung unter Beachtung der darin enthaltenen Vorgaben auszufüllen.[60] Dementsprechend beschäftigt sich das deutsche EWIV-Ausführungsgesetz vom 14.4.1988[61] vor allem mit der *Anmeldung der EWIV zum Handelsregister* einschließlich ihrer Eintragung und Bekanntmachung, mit den Pflichten der *Geschäftsführer* der EWIV, mit Fragen der Auflösung, des Ausscheidens von Mitgliedern, der Abwicklung sowie mit den Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines Konkursverfah-

---

[54] Richtlinie v. 9.3.1968, ABl. EG Nr. L 65 v. 14.3.1968, S. 8 ff.

[55] Vgl. dazu *Abmeier* NJW 1986, 2987 ff; *Ganske* DB 1985 Beilage 20; *Gleichmann* ZHR 149 (1985), 633 ff; *Meyer-Landrut* RIW 1986, 107 ff; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 66, S. 1901 ff.

[56] VO v. 25.7.1985, ABl. EG Nr. L 199 v. 31.7.1985, S. 1 ff, abgedruckt bei *Habersack* EuGesR § 11 Rn 41.

[57] So § 1 des Gesetzes zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV-AusführungsG) vom 14.4.1988, BGBl. I 514.

[58] Nach Art. 1 Abs. 2 VO hat die Vereinigung von der Eintragung an „die Fähigkeit, im eigenen Namen Träger von Rechten und Pflichten jeder Art zu sein, Verträge zu schließen oder andere Rechtshandlungen vorzunehmen und vor Gericht zu stehen"; § 123 Abs. 2 findet also keine Anwendung.

[59] Dazu *Habersack* EuGesR § 11 Rn 28 ff.

[60] Zu den damit verbundenen Regelungs- und Auslegungsproblemen *Abmeier* NJW 1986, 2988 ff; *Meyer-Landrut* Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung, 1988, S. 29 ff; *Habersack* EuGesR § 11 Rn 2.

[61] Vgl. Fundstelle in Fn 57.

rens über das Vermögen der EWIV. Eine dritte Schicht bildet das subsidiär anwendbare **nationale Gesellschaftsrecht;** insoweit verweist das deutsche Ausführungsgesetz auf das **Recht der OHG**.[62] Die in der Verordnung vorgesehene Kombination von europäischem und nationalem Recht als Rechtsgrundlage der EWIV führt dazu, dass ihre Ausgestaltung sich je nachdem, in welchem Mitgliedstaat sie ihren Sitz hat, nicht unwesentlich unterscheiden wird.[63] Der angestrebte supranationale (europäische) Charakter wird dadurch nur teilweise erreicht.

36 **Unterschiede zur OHG** weist die EWIV trotz ihrer Behandlung als Handelsgesellschaft und der subsidiären Geltung des OHG-Rechts in einer Reihe von Punkten auf. Neben dem Erfordernis von Mitgliedern aus mehr als einem Mitgliedstaat und dem nicht auf den gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes, sondern auf die Förderung der Mitgliedsunternehmen gerichteten Zweck gilt das einerseits für die **Einbeziehung der freien Berufe** als Förderungsgegenstand unter Verzicht auf das Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen der §§ 1–3, andererseits für die Einsetzung der – im Grundsatz mehrheitlich entscheidenden[64] – **Mitgliederversammlung** als oberstes Organ und die Zulassung von **Drittgeschäftsführern** unter Verzicht auf den Grundsatz der Selbstorganschaft.

---

[62] So § 1 des Gesetzes (Fn 57).

[63] Vgl. dazu und zu der daraus resultierenden Problematik bei grenzüberschreitender Sitzverlegung der EWIV *Abmeier* NJW 1986, 2989 f; nach Art. 14 VO bedarf es für diese Fälle einstimmiger Beschlussfassung und der Einhaltung detaillierter Verfahrensregeln.

[64] So Art. 16 Abs. 2 VO unter Vorbehalt einer Reihe qualifizierter, nur einstimmig zu fassender Beschlüsse (Änderungen des Unternehmensgegenstands, des Stimmrechts, der Beitrags- und sonstigen Mitgliederpflichten, der Dauer der EWIV u.a.); näher zur Willensbildung – mwN – *Habersack* EuGesR § 11 Rn 20.

ERSTER ABSCHNITT

Offene Handelsgesellschaft

ERSTER TITEL

Errichtung der Gesellschaft

§ 105

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

(2) Eine Gesellschaft, deren Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 Handelsgewerbe ist oder die nur eigenes Vermögen verwaltet, ist offene Handelsgesellschaft, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist. § 2 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.

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

Schrifttum

Vgl. Angaben zu Beginn der Vorbem. zu § 105 sowie vor Rn 38, 51, 58, 72, 77, 84, 102, 109, 114, 228, 239, 247, 256, 288, 315, 373.

Übersicht

	Rn
A. Einführung	1–13
I. Die OHG als Handelsgesellschaft	1–6
1. Die Regelung des § 105	1, 2
2. Abgrenzung von anderen Gesellschaften und Körperschaften	3–6
a) Von sonstigen Personengesellschaften	3
b) Von den Kapitalgesellschaften	4
c) Vom wirtschaftlichen Verein	5, 6
II. Entwicklung des OHG-Rechts	7–11
1. Vom ADHGB zum HGB	7, 8
2. Rechtsentwicklung seit 1900	9–11
a) Novellierung	9
b) Sonstige Entwicklungen	10, 11
III. Rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung	12, 13
1. Verbreitung in der Praxis	12
2. Der Einfluss des OHG-Rechts	13
B. Grundlagen	14–69
I. Begriff und Wesensmerkmale	14–37
1. Allgemeines	14, 15
a) Begriffsbestimmung	14
b) Rechtsformzwang	15
2. Gesellschaft	16–19
a) Gesellschaftsvertrag	16
b) Pflicht zur Beitragsleistung	17–19
3. Gemeinsamer Zweck	20–32
a) Grundlagen	20–22
b) Betrieb eines Handelsgewerbes (§ 105 Abs. 1)	23–27
c) Vermögensverwaltende Gesellschaft (§ 105 Abs. 2 Var. 2)	28–30
d) OHG kraft Eintragung und Schein-OHG	31, 32
4. Gemeinschaftliche Firma?	33–35
5. Keine Beschränkung der Außenhaftung	36, 37

	Rn
II. Rechtsnatur	38–47
1. Personengesellschaft (Gesamthand)	38–42
a) Unterschiede gegenüber Kapitalgesellschaften und sonstigen Körperschaften	38, 39
b) Die OHG als Gesamthand	40–42
2. Handelsgesellschaft	43–45
3. Außengesellschaft	46
4. Dauergesellschaft	47
III. Entstehung (im Innenverhältnis)	48–62
1. Grundlagen	48
2. Entstehung durch Neugründung	49, 50
a) Mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags	49
b) Mit Eintragung im Handelsregister (§ 105 Abs. 2)	50
3. Entstehung der OHG durch Umwandlung	51–57
a) Überblick	51
b) Verschmelzung (UmwG)	52, 53
c) Spaltung (UmwG)	54
d) Formwechsel zwischen Kapitalgesellschaft und Personengesellschaft (UmwG)	55
e) Formwechsel zwischen Personengesellschaften	56
f) „Anwachsende Verschmelzung“	57
4. Umwandlung des Handelsgeschäfts einer Erbengemeinschaft in eine OHG?	58–62
a) Handels- und erbrechtliche Grundlagen	58, 59
b) Umwandlungsvoraussetzungen	60, 61
c) Rechtsverhältnisse in der fortbestehenden Erbengemeinschaft	62
IV. Die Bedeutung von § 105 Abs. 3	63–69
1. Die kraft Verweisung geltenden Vorschriften der §§ 705 bis 740 BGB	63–68
a) Überblick	63
b) Gesellschaftsvertrag und Beiträge	64
c) Geschäftsführungsregelungen	65
d) Gesamthandsvermögen	66
e) Auflösung und Ausscheiden	67
f) Sonstige	68
2. Die Tragweite der Weiterverweisung in § 713 BGB	69
C. Gesellschafter	70–135
I. Allgemeines	70–83
1. Mindest- und Höchstzahl	70, 71
2. Mehrfache oder einheitliche Mitgliedschaft?	72–74
a) Der Grundsatz der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft	72, 73
b) Einmannpersonengesellschaft?	74
3. Mehrere offene Handelsgesellschaften mit denselben Mitgliedern	75, 76
4. Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter?	77–83
a) Zur Fragestellung	77
b) Meinungsstand	78
c) Stellungnahme	79
d) Folgerungen	80–82
e) Gesellschafter als Verbraucher?	83
II. Arten von Gesellschaftern	84–101
1. Natürliche Personen	84–92
a) Allgemeines	84
b) Nicht voll Geschäftsfähige	85–88
c) Ehegatten	89–92
2. Juristische Person	93–95
a) Grundsatz	93
b) Arten	94
c) Vorgesellschaft	95
3. Gesamthandsgemeinschaften	96–101
a) OHG und KG	96, 97
b) Gesellschaft bürgerlichen Rechts	98
c) „Nichtrechtsfähiger“ (nicht eingetragener) Verein	99
d) Erbengemeinschaft	100
e) Eheliche Gütergemeinschaft	101
III. Sonderfälle	102–135
1. Treuhand	102–108
a) Vorkommen, Arten	102, 103
b) Verdeckte Treuhand	104–106
c) Offene Treuhand	107, 108
2. Unterbeteiligung	109–113
a) Allgemeines	109
b) Parallelen und Unterschiede zur Treuhand	110
c) Verdeckte Unterbeteiligung	111, 112
d) Offene Unterbeteiligung	113
3. Nießbrauch	114–130
a) Übersicht	114–118
b) Anteilsnießbrauch	119–128
aa) Grundlagen	119, 120
bb) Vermögensrechte	121–123
cc) Verwaltungsrechte	124–127
dd) Außenhaftung	128
c) Nießbrauch am Gewinn?	129, 130
aa) Die Ansprüche nach § 717 S. 2 BGB	129
bb) Ersatzkonstruktionen?	130
4. Pfändung, Verpfändung	131–133
5. Testamentsvollstreckung, Nachlassverwaltung, -insolvenz	134, 135
D. Gesellschaftsvertrag	136–203
I. Grundlagen	136–153
1. Vertragsschluss als notwendiges Erfordernis	136
2. Rechtsnatur	137–141
a) Schuldvertrag	137, 138
b) Organisationsvertrag	139
c) Dauerschuldverhältnis	140
d) Kein Handelsgeschäft	141
3. Anwendbares Recht	142–153
a) Allgemeiner Teil des BGB	142
b) Schuldrecht	143–153
aa) Grundsatz	143, 144
bb) §§ 320 bis 326 BGB und spezialvertragliches Mängelrecht; Meinungsstand	145–147
cc) Folgerungen	148–153

Rn

II. Vertragsschluss und Änderungen . . 154–191
1. Abschluss 154–166
a) Allgemeines 154–156
b) Mindestinhalt 157, 158
c) Abgrenzung zu anderen Formen des Zusammenwirkens 159
d) Unvollständiger Vertragsschluss 160, 161
e) Bedingter und befristeter Vertrag, Rückdatierung 162–164
f) Abschluss durch Vertreter . . . 165, 166
2. Form 167–178
a) Allgemeines 167–169
b) Formbedürftigkeit nach § 311b Abs. 1 BGB 170–174
aa) Grundlagen 170, 171
bb) Kasuistik 172, 173
cc) Rechtsfolgen des Formmangels 174
c) Unentgeltliche Zuwendung der Beteiligung 175, 176
d) Gewillkürte Form 177, 178
3. Inhalt 179
4. Vertragsmängel, Teilnichtigkeit . . 180–185
a) Überblick 180–182
b) Objektive Teilnichtigkeit (§ 139 BGB) 183
c) Subjektive Teilnichtigkeit (§ 139 BGB) 184, 185
5. Vertragsänderungen 186–191
a) Grundlagen 186, 187
b) Form 188
c) Mitgliederwechsel 189
d) Zustimmungspflicht? 190
e) Mängel 191

III. Die Auslegung des Gesellschaftsvertrags 192–200
1. Auslegungskriterien 192–196
a) Grundlagen 192
b) Besonderheiten bei Gesellschaftsverträgen 193, 194
c) Auslegung von Vertragsurkunden 195
d) Publikums-OHG/KG 196
2. Ergänzende Vertragsauslegung; geltungserhaltende Reduktion . . 197–199
3. Nachprüfung in der Revisionsinstanz 200

IV. Der Vorvertrag 201–203

E. Rechtsverhältnisse in der Gesellschaft 204–314

I. Überblick 204–214
1. Mitgliedschaft 204–206
a) Wesen 204, 205
b) Rechtsnatur 206
2. Die verschiedenen Rechtsbeziehungen in der Gesellschaft 207–212
a) Gesellschafter-(Grundlagen-)ebene 207–209
b) Gesellschafts-(Sozial-)ebene . . 210, 211
c) Schadensersatzansprüche 212
3. Drittbeziehungen 213, 214

II. Mitgliedschaftsrechte und -pflichten . 215–263
1. Arten 215–223
a) Einteilungskriterien 215, 216

Rn

b) Sozialansprüche und -verbindlichkeiten 217
c) Verwaltungsrechte und -pflichten 218–220
d) Vermögensrechte und -pflichten 221–223
2. Beitragspflichten 224–227
a) Überblick 224
b) Arten der Einbringung 225–227
3. Treupflicht 228–246
a) Grundlagen 228–233
aa) Rechtsgrund 228
bb) Entwicklung 229
cc) Inhalt 230, 231
dd) Ausmaß 232, 233
b) Anwendungsbereich 234–238
aa) Treupflicht gegenüber der Gesellschaft 234, 235
bb) Treupflicht gegenüber den Mitgesellschaftern 236–238
c) Vertragsänderung und Treupflicht 239–242
aa) Grundsatz 239, 240
bb) Voraussetzungen 241, 242
d) Rechtsfolgen von Treupflichtverstößen 243–246
aa) Unbeachtlichkeit der Rechtsausübung 243
bb) Zustimmungspflicht 244, 245
cc) Schadensersatz; Gestaltungsklagen 246
4. Gleichbehandlungsgrundsatz . . . 247–255
a) Grundlagen 247–250
b) Einzelausprägungen 251–254
aa) Ordnungsprinzip und Auslegungsgrundsatz 251–253
bb) Minderheitenschutz 254
c) Rechtsfolgen eines Verstoßes . . 255
5. Actio pro socio 256–263
a) Grundlagen 256–261
aa) Gegenstand, Anwendungsbereich 256–258
bb) Mitgliedschaftsrecht 259
cc) Actio pro socio und materielles Recht 260, 261
b) Einzelfragen 262, 263
aa) Zulässigkeitsvoraussetzungen 262
bb) Prozessuale Wirkungen . . 263

III. Die Vermögensordnung in der OHG 264–287
1. Unterscheidung zwischen Gesamthands- und Privat-(Gesellschafter-) Vermögen
a) Allgemeines 264, 265
b) Folgerungen 266–268
2. Begründung von Gesamthandsvermögen 269–274
a) Grundlagen 269, 270
b) Rechtsgeschäftliche Begründung (§ 718 Abs. 1 BGB) 271–274
aa) Leistung der Beiträge 271, 272
bb) Erwerb durch Handeln namens der Gesellschaft . . 273
c) Erwerb durch Surrogation (§ 718 Abs. 2 BGB) 274

Rn

3. Beteiligung der Gesellschafter am Gesamthandsvermögen 275–283
a) Grundsatz 275
b) Zwingende Geltung der Verfügungsverbote des § 719 Abs. 1 BGB 276–278
c) An- und Abwachsung 279, 280
d) Pfändung und Verpfändung des Gesellschaftsanteils 281–283
aa) Pfändung 281
bb) Verpfändung 282, 283
4. Verfügung über Gesamthandsvermögen 284, 285
5. Der Besitz in der OHG 286, 287
a) Die Zuordnung des Besitzes . . 286
b) Rechtsfolgen 287

IV. Gesellschafterwechsel 288–314
1. Grundlagen 288–293
a) Gestaltungsmöglichkeiten . . . 288–291
aa) Überblick 288
bb) Ausscheiden und Eintritt (Doppelvertrag) 289, 290
cc) Übertragung der Mitgliedschaft (des Gesellschaftsanteils) 291
b) Praktische Unterschiede 292, 293
2. Einzelheiten der Anteilsübertragung 294–303
a) Voraussetzungen 294–299
aa) Einverständnis der Mitgesellschafter 294–298
bb) Sonstige Erfordernisse . . . 299
b) Form 300, 301
c) Vollzug und Wirkungen 302, 303
3. Rechtsstellung des Erwerbers . . . 304–311
a) Grundsatz 304
b) Verwaltungsrechte 305, 306
c) Mitgliedschaftliche Vermögensrechte und -pflichten 307–311
aa) Überblick 307
bb) Ansprüche des Veräußerers . 308, 309
cc) Verbindlichkeiten (Sozialansprüche) 310, 311
4. Sonstige Verfügungen über den Anteil 312–314
a) Teilübertragung 312, 313
b) Nießbrauch, Verpfändung . . . 314

F. Die fehlerhafte Gesellschaft (der fehlerhafte Verband) 315–372
I. Grundlagen 315–327
1. Übersicht 315–319
2. Entwicklung in der Rechtsprechung 320, 321
3. Dogmatische Begründung 322–327
a) Überblick 322, 323
b) Lehre von der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen 324
c) „Gesetzestreue“ Ansichten (Einschränkungen der Lehre) . . 325
d) Doppelnatur der Gesellschaft als Schuldverhältnis und Organisation 326
e) Lehre vom fehlerhaften Verband 327

Rn

II. Voraussetzungen 328–345
1. Überblick 328–330
2. Fehlerhafter Vertrag 331–334
a) Grundsatz 331
b) Arten der Mängel 332, 333
c) Keine bloße Teilunwirksamkeit 334
3. Vollzug (Entstehung des Verbands nach außen) 335, 336
a) Kennzeichen 335
b) Keine konkludente Bestätigung durch Vollzug 336
4. Vorrang sonstiger schutzwürdiger Interessen 337–345
a) Allgemeines 337
b) Schutzwürdige Interessen Beteiligter oder Dritter 338–344
aa) Fehlerhafte Beteiligung nicht voll Geschäftsfähiger 338–340
bb) Sonstige Fälle? 341–344
c) Schutz öffentlicher Interessen durch Nichtanwendung der LfV? 345

III. Rechtsfolgen 346–351
1. Überblick 346, 347
2. Volle Wirksamkeit nach innen und außen 348, 349
3. Geltendmachung des Fehlers . . . 350
4. Abwicklung 351

IV. Fehlerhafte Vertragsänderungen . . . 352–366
1. Allgemeines 352–356
a) Fehlergründe 352
b) Voraussetzungen für die Anwendung der LfV 353–355
c) Insbesondere die fehlerhafte Auflösung 356
2. Gesellschafterwechsel 357–366
a) Fehlerhafter Beitritt 357–360
b) Fehlerhaftes Ausscheiden 361–363
c) Fehlerhafte Anteilsübertragung 364
d) Fehlerhafte Gesellschafternachfolge im Todesfall 365, 366

V. Der Sonderfall der Scheingesellschaft 367–372
1. Die Gesellschaft ohne Gesellschaftsvertrag 367–369
2. Der zum Schein geschlossene Gesellschaftsvertrag (§ 117 BGB) . . 370
3. Rechtsscheinhaftung 371, 372

G. Zur Besteuerung der OHG und ihrer Gesellschafter 373–389
I. Steuerrechtsfähigkeit (Übersicht) . . 373, 374
II. Errichtung der OHG 375–378
1. Umsatzsteuer 375, 376
2. Grunderwerbsteuer 377
3. Ertragsteuern 378

III. Die laufende Besteuerung 379–389
1. Einkommensteuer 379–383
2. Gewerbesteuer 384
3. Grunderwerbsteuer 385, 386
4. Umsatzsteuer 387

IV. Erbschaft- und Schenkungsteuer . . . 388, 389

Alphabetische Übersicht

Abfindung
– Anspruch auf 221
– fehlerhafte Abfindungsvereinbarung 361
Abfindungsbilanz 211
Abgrenzung der OHG
– von der GbR 3
– von den Kapitalgesellschaften 4
– von der KG 2 f
– vom wirtschaftlichen Verein 5
Abhängige Personengesellschaft Anh. § 105
Abspaltung 54
Abspaltungsverbot 114
Abwachsung s. An- und Abwachsung
Actio pro socio
– Anwendungsbereich 257
– Aufwendungsersatz 263
– Begriff 256
– Drittgeschäfte 258
– eigene Rechtsverfolgung der Gesellschaft 260, 262, 263
– Einschränkung durch Treupflicht 262
– kein Verfügungsrecht des klagenden Gesellschafters 261
– Klageabweisung 263
– Kostenschuldner 263
– Liquidationsstadium 257
– materielles Recht 260 f
– Mitgliedschaftsrecht 259
– Nebenintervention 263
– Prozessstandschaft 256, 260
– prozessuale Wirkungen 263
– Rechtshängigkeit 263
– Rechtskraftwirkung des Urteils 263
– Schranken 262
– Subsidiarität 262
– Unterlassungsansprüche gegen Geschäftsführer 257
– Vergleich 261
– vorhergehender Gesellschafterbeschluss 261
– Wesen 259
– Zulässigkeit 262 f
ADHGB 7
Aktiengesellschaft
– Abgrenzung von der OHG 4
– Vor-AG 95
akzessorische Haftung 223
Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
– s. ADHGB
Allgemeines Schuldrecht, Anwendbarkeit auf
– Gesellschaftsverträge 142 ff
Anfechtung des Gesellschaftsvertrags
– s. fehlerhafte Gesellschaft
Anteil s. auch Gesellschaftsanteil
– am Gesellschaftsvermögen 276
– an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens 276
– Unterbeteiligung 112
Anteilsnießbrauch s. Nießbrauch
Anteilsübertragung
– fehlerhafte 364 ff
– Form 300 f
– Geschäft zwischen Veräußerer und Erwerber 291 f
– Teilübertragung 312 f
– Voraussetzungen 294 ff
An- und Abwachsung 279 f
Arbeitsgemeinschaften der Bauwirtschaft, s. Arge
Arge 30, 47
arglistige Täuschung 332, 341, 357, 360
Auffangfunktion der OHG-Rechtsform 4, 15, 36
auflösendbedingter Gesellschaftsvertrag 162
Auflösung der Gesellschaft
– anwendbares Recht 67
– fehlerhafte 356
Auflösungsbeschluss
– fehlerhafter 356
– Unbeachtlichkeit des Widerspruchs 237
– Zustimmungspflicht 237, 241
Auflösungsklage 334, 336
aufschiebendbedingter Gesellschaftsvertrag 162
Aufspaltung 54
– des Betriebs 29
Aufwendungsersatzanspruch
– Anspruchsgegner 221
– bei actio pro socio s. dort
– und Treupflicht 235
Auseinandersetzung
– fehlerhafte Gesellschaft 351
Auseinandersetzungsguthaben, Anspruch auf
– Anspruchsgegner 221
– Nießbrauch 123
– Pfändung 281
– und Treupflicht 235
Ausgleichsanspruch
– wegen Inanspruchnahme durch Gesellschaftsgläubiger 223, 311
– Vermögensrecht 221
Ausgliederung 54
Auskunftsanspruch s. auch Informationsrecht
– des Treugebers 105
Auslegung des Gesellschaftsvertrags
– ergänzende Vertragsauslegung 197 f
– Gleichbehandlungsgrundsatz 251 ff
– Kriterien 192 ff
– Nachprüfung in der Revisionsinstanz 200
Ausscheiden
– fehlerhaftes 361 ff
– gesetzliche Regelung 67
– kraft Vereinbarung 289 f
– nicht voll Geschäftsfähiger 87
– notarielle Form 170
– vorletzter Gesellschafter 280
Ausschluss von Gesellschaftern
– fehlerhaft Beteiligter 350, 359
– Treuhänder 107
– Treupflicht 236
– Zustimmungspflicht 241, 244
Außengesellschaft 1, 35, 46, 175
Außenhaftung
– beim Anteilsnießbrauch 128
– bei offener Treuhand 103, 107

– des fehlerhaft beigetretenen Minderjährigen 340
– unbeschränkte 36 f
Ausstattung s. unentgeltl. Zuwendung
Auswechslung aller Mitglieder 291

Bausparkasse 23
bedingter und befristeter Vertrag 162 f
befreiende Schuldübernahme 310
Begriffsbestimmung 14
Beitrag s. auch Einbringung
– Arten 18
– Auswahl 224
– Erhöhung 19, 222
– gerichtliche Geltendmachung 210, 256 ff
– als Gesellschaftsvermögen 271 f
– und Gesellschaftsvertrag 64
– und Gleichbehandlungsgrundsatz 254
– im engeren Sinn s. Einlage
– Leistung 271 f
– und Treupflicht 240
Beitragspflicht s. auch Einbringung
– Allgemeines 224
– Begründung 137
– Formbedürftigkeit 167
– Nicht-, Schlechterfüllung 145 ff
– notwendiger Vertragsinhalt 17
– als Vermögenspflicht 222
Beitritt
– fehlerhafter 357 ff
– nicht voll Geschäftsfähiger 186
Benutzung von Gesellschaftseinrichtungen 253
Besitz der OHG 286 f
Besitzgesellschaft 29
Bestandsschutz 317
Besteuerung
– Einkommensteuer 379 ff
– Erbschaft- und Schenkungsteuer 388 f
– Ertragsteuer 378
– Gewerbesteuer 384
– Grunderwerbsteuer 377, 385 f
– Nießbrauch und Steuerrecht 118
– Schenkungsteuer, 388 f
– Steuerrechtsfähigkeit 373 f
– Umsatzsteuer 375 f, 387
Beteiligung
– der Gesellschafter am Gesamthandsvermögen 275 ff
– schwebend unwirksame 338 f
– unentgeltliche Zuwendung der 175
Betriebsaufspaltung 29
Betriebsvermögensvergleich 382
BGB-Vorschriften, subsidiäre Anwendbarkeit der §§ 705–740 63 ff
Bilanzrichtliniengesetz 9

dispositives Recht 161, 197
Dissens 160, 332
Doppelnatur der Gesellschaft 317, 326
Doppelvertrag bei Gesellschafterwechsel 289 f
Drittbeziehungen 213 f
Drittgeschäfte 17, 213, 258
Drittgläubigerforderungen
– und actio pro socio 258
– bei Anteilsübertragung 308
– Geltendmachung 214
– Haftung der Mitgesellschafter 214
– Treupflicht 214

Ehegatten
– als Gesellschafter 89 ff
– Mitarbeit von 159
eheliche Gütergemeinschaft
– als Gesellschafter 92, 101
eigennützige Gesellschafterrechte 235
Einbringung von Einlagen
– zu Eigentum (quoad dominium) 225
– zur Gebrauchsüberlassung (quoad usum) 227
– des gesamten Vermögens 167
– dem Werte nach (quoad sortem) 226, 377
Eingliederungsbeschluss 237
Einlage s. auch Beitrag, Einbringung
– Art der Einlageleistung 144
– Bestimmung nach §§ 315 ff 144
– Dispositionsfreiheit 18
– Fälligkeit 144
– Gleichbehandlungsgrundsatz 252, 254
– Leistungsbestimmungsrecht 144
– Leistungsort 144
– Leistungspflicht bei Gesellschafterwechsel 310
– Leistungsstörungen 148
– Leistungsverweigerungsrecht 148
– Unwirksamkeit der Einlageverpflichtung 342
– Vollzug des Gesellschaftsvertrags 335
Einstimmigkeitsprinzip 239
Eintragung in das Handelsregister s. Handelsregister
Eintrittsklausel 366
Enthaftung des Anteilsveräußerers 310
Entnahmerecht 122
Entnahmeregelung 253
Entstehung der Gesellschaft
– Grundlagen 48
– im Innen- und Außenverhältnis 48
– durch Neugründung 49 f
– als OHG oder (noch) als GbR 48
– durch Umwandlung 51 ff
– – formwechselnde Umwandlung 51
– – des Handelsgeschäfts einer Erbengemeinschaft 58 ff
– durch Spaltung zur Neugründung 54
– durch Verschmelzung 52 f
Entwicklung des OHG-Rechts
– vom ADHGB zum HGB 7 f
– Rechtsentwicklung seit 1900 9 ff
Erbengemeinschaft
– Fortsetzungsbeschluss 59
– als Gesellschafter 100
– handels- und erbrechtliche Grundlagen 58 f
– Rechtsverhältnisse in der fortbestehenden Erbengemeinschaft 62
– Schutz minderjähriger Erben 62
– Umwandlung des Handelsgeschäfts in OHG 58 ff
Erfolgsbeteiligung 22
ergänzende Vertragsauslegung
– Anwendungsbereich 160 f, 179, 183, 197 ff, 245, 334, 349
– und Auflösungsklage 334
– dispositives Recht 161, 197

Ergänzungspfleger 86
Ergebnisverteilung 68
Ertragsnießbrauch 130
Erweiterung der Kreditgrundlage 18
Erwerb eigener Anteile 97
Erwerbsgeschäft des Minderjährigen 87
essentialia negotii 157, 160

faktische Gesellschaft 323, 331
faktische Vertragsverhältnisse 318
Familiengesellschaft 194
fehlerhafte Gesellschaft 315 ff
– Abwicklung 351
– Anfechtung 347
– Anteilsübertragung, fehlerhafte 364 ff
– Arglisteinwand 349
– arglistige Täuschung 332, 341, 357, 360
– Auflösung, fehlerhafte 356
– Auflösungsklage 336, 350
– Ausscheiden, fehlerhaftes 361 ff
– Ausschlussklage 350
– Beitritt, fehlerhafter 357 ff
– Bestätigung des fehlerh. Vertrags 336
– Dissens 332
– dogmatische Begründung der Lehre 322 ff
– Drohung 332, 341, 357, 360
– Entwicklung in der Rechtsprechung 320 f
– faktische Gesellschaft s. dort
– Fehlergründe 332 f
– fehlerhafter Vertrag 331 ff
– Formmangel 174, 332
– Geltendmachung des Fehlers 350
– gesetzwidriger Gesellschaftszweck 345 f
– Grundlagen der Lehre 315 ff
– Gründungsmängel 332
– Heilung des Mangels 332, 336
– Irrtum 332
– und Kapitalgesellschaften 320
– lückenhafter Gesellschaftsvertrag 334
– nicht voll geschäftsfähiger Gesellschafter 338 ff, 357
– Rechtsfolgen 346 ff
– und Scheingesellschaft 367 ff
– sittenwidriger Gesellschaftszweck 345
– Teilunwirksamkeit 334
– und Treupflicht 348
– unmöglicher Gesellschaftszweck 332
– Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen 334, 349
– verheirateter Gesellschafter 342
– Vertragsänderung, fehlerhafte 352 ff
– Vollzug des Gesellschaftsvertrags 355 f
– Voraussetzungen 328 ff
– Vorrang sonstiger schutzwürdiger Interessen 337 ff
– Wirksamkeit nach innen und außen 348
Firma
– Außengesellschaft ohne Vereinbarung einer Firma 35
– Firmenbildung 32 ff
– gemeinschaftliche Firma s. dort
– Neubildung der Firma 34
– Personenname eines Gesellschafters als Firma 34
– unzulässige Firma 34
Förderungspflicht 20
Form des Gesellschaftsvertrags
– Allgemeines 167 ff
– und Anteilsübertragung 300 f
– gewillkürte Form 177 ff
– unentgeltliche Zuwendung der Beteiligung 175 f
– Vereinbarungen über Grundstücke 170 ff
Freie Berufe 30
Fremdorganschaft 5
Fusion s. Verschmelzung

gemeinsamer Zweck
– Betrieb eines Handelsgewerbes 21, 23 ff
– Betriebsaufspaltung 29
– Erfolgsbeteiligung 22
– Förderungspflicht 20
– Gegenstand 21
– gesetzwidriger 345
– Grenzen der Privatautonomie 22
– Motiv der Gesellschaftsbeteiligung 20
– Rechtsformzwang unter Ausschluss der OHG 27
– societas leonina 22
– sittenwidriger 345
– überindividueller Verbandszweck 20
– Vermietung/Verpachtung 29
– Vermögensverwaltung 29
Gemeinschaft
– eheliche Gütergemeinschaft s. dort
– Gesamthandsgemeinschaft s. dort
– Haftungsgemeinschaft 2
– Zugewinngemeinschaft 90
gemeinschaftliche Firma 1, 33 ff
– s. auch Firma
gemeinschaftlicher Betrieb 46
Gesamtgut 92, 101
Gesamthand
– Auskunftsanspruch 69
– als besondere Rechtsfigur 40 ff
– als kollektive Rechtsperson (Gruppe) 42
Gesamthandsberechtigung
– An- und Abwachsung 279 f
– Berechtigter 275
Gesamthandsgemeinschaft 1 f
– als Gesellschafter 96 ff
Gesamthandsvermögen s. auch Gesamthandsberechtigung
– anwendbare Rechtsnormen 66, 265
– Begriff 264
– Begründung 269 ff
– – rechtsgeschäftliche 271 ff
– – durch Surrogation 274
– Beitragsleistung 271 f
– Besitz in der OHG 286 ff
– Beteiligung der Gesellschafter 275 ff
– Erwerbstatbestände 271 ff
– Inhaber 264
– notwendiger Bestandteil der OHG 266
– Verfügung über Gesamthandsvermögen 284 f
– Verfügungsberechtigte 264, 284

– Verfügungsbeschränkungen einzelner Gesellschafter 267
– zweier Gesellschaften mit identischen Mitgliedern 268
Gesamtnichtigkeit des Gesellschaftsvertrags 183
Gesamtrechtsnachfolge 54, 270
gesamtschuldnerischer Ausgleich 311
Geschäftsführer
– Auskunfts- und Rechenschaftspflicht 69
– Haftung 65
– Pflichten 220
– Regelungen für 65
– Vergütung 221
– – Schuldner 221
– – Anpassung 242
Geschäftsführung
– Gleichbehandlungsgrundsatz 252
– Treupflicht 234, 241
– Übertragung 241
– Unterlassungsklage 257
– Verfügung über Gesellschaftsvermögen 284
– Weisungsbindung 69
– Zustimmungspflicht zu Geschäftsführungsmaßnahmen 244
Geschäftsführungsbefugnis
– Entziehung und Treupflicht 234
– bei Gesellschafterwechsel 307
– Verwaltungsrecht 219
– Zustimmungspflicht 242, 244
Geschäftsfähigkeit 85 ff
– s. auch nicht voll geschäftsfähiger Gesellschafter
Geschäftsgrundlagenänderung 242
Gesellschaft
– Außengesellschaft s. dort
– Begriffsbestimmung 16
– bürgerlichen Rechts s. dort
– Dauergesellschaft 47
– fehlerhafte s. dort
– Gelegenheitsgesellschaft 47
– Handelsgesellschaft 4, 43 ff
– Innengesellschaft s. dort
– Personengesellschaft 38
– Publikumsgesellschaft s. dort
– stille Gesellschaft 3, 329
– Vorgesellschaft s. dort
Gesellschaft bürgerlichen Rechts
– Abgrenzung von der OHG 3
– Anwendung der §§ 705–740 BGB im OHG-Recht 1, 63 ff
– als Gesellschafter 98
– „Gruppe“ 1, 2, 41
– OHG als qualifizierte Form 1
– Umwandlung in/aus OHG 52
– Vorvertrag 201
Gesellschafter
– Arten 84 ff
– Besteuerung s. dort
– Ehegatten 89 ff
– eheliche Gütergemeinschaft 92, 101
– Erbengemeinschaft 100
– fehlerhafte Nachfolge 365 f
– Gesamthandsgemeinschaft 96 ff
– Gesellschaft bürgerlichen Rechts 98
– juristische Person 93 ff
– Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter 77 ff
– KG 96 f
– mehrere OHG mit denselben Gesellschaftern 75 f
– mehrfache Mitgliedschaft 72 ff
– Mindest- und Höchstzahl 70 f
– Nachlassverwaltung 135
– natürliche Personen 84 ff
– nichtrechtsfähiger Verein 99
– nicht voll Geschäftsfähiger 85 ff
– Nießbrauch 114 ff
– OHG 96 f
– Pfändung, Verpfändung 131 ff
– Rechte und Pflichten s. Mitgliedschaftsrechte und -pflichten
– und Rechtsbeziehungen in der Gesellschaft 207 f
– Sonderfälle 102 ff
– Testamentsvollstreckung 134
– Treuhand 102 ff
– Unterbeteiligung 109 ff
– Vermögen s. Privatvermögen
– Vorgesellschaft 95
– Wechsel s. Gesellschafterwechsel
Gesellschafterhaftung 2, 36 f
– akzessorische 223
– Änderung bei Umwandlung 52
– Außenhaftung s. dort
– Beschränkung 2, 38
– gesamtschuldnerische 223, 310
– Rechtsscheinhaftung 371 f
– unbeschränkte Erbenhaftung 58
Gesellschafterwechsel s. auch Mitgliedschaft
– Ansprüche des Veräußerers 308 f
– Ausscheiden und Eintritt 300 f
– Besteuerung der Veräußerung 404
– Doppelvertrag 389 f
– Einzelheiten der Anteilsübertragung 294 ff
– fehlerhafter 357 ff
– Gestaltungsmöglichkeiten 288 ff
– mittelbarer 297
– Nießbrauch, Verpfändung 314
– Rechtsstellung des Erwerbers 304 ff
– Sonstige Verfügungen über den Anteil 312 ff
– Teilübertragung 312 f
– Übertragung der Mitgliedschaft 291 f
Gesellschaftsanteil
– Erwerb eigener Anteile 97
– Nießbrauch 314
– Pfändung durch Privatgläubiger 68, 281
– Verfügung und Treuhand 108
– Verpfändung 314
Gesellschaftsvermögen s. Gesamthandsvermögen
Gesellschaftsvertrag
– Abschluss 1, 16, 44, 136, 154 ff
– Änderung s. Vertragsänderung
– Anwendbares Recht 142 ff
– Auslegung 192 ff
– und Austauschvertrag 138
– Beiträge 64, s. auch Beitrag
– als Dauerschuldverhältnis 140
– Entstehungsvoraussetzung der OHG 47

– erhöhte Leistungspflichten 19
– fehlerhafter 331 ff
– Form s. dort
– als Gemeinschaftsverhältnis 138
– Inhalt 17, 37, 179
– kein Handelsgeschäft 141
– konstitutive Merkmale 20
– Leistungsstörungen 150
– Mängel, Teilnichtigkeit 180 ff, 191, 332 f
– Mindestinhalt 157
– Organisationsvertrag 139 f
– rechtsgeschäftliche Willensübereinstimmung 16
– Schuldvertrag 137 f
– ursprüngliche Nichtigkeit 332
– Vollzug 335 f
– Vorvertrag s. dort
Gesellschaftszweck s. gemeinsamer Zweck
gesetzliches Verbot 345
Gestaltungsklage 150, 245, 246, s. auch Auflösungsklage
Gestaltungsrechte 207
Gewerbe
– Begriff 23
– Betrieb 380
– Handelsgewerbe s. dort
– Vermietung und Verpachtung 28 f
– Vermögensverwaltung 28 ff
– Voraussetzung für OHG 47
Gewerbesteuermessbetrag 384
Gewinn
– Nießbrauch am 122 ff
Gewinnanspruch
– Ausschluss 22
– Schranken der Geltendmachung 235
– als Vermögensrecht 221
– Wesen 221
Gewinnbeteiligung
– Ergebnisverteilung 68
– des nicht wirksam beigetretenen Gesellschafters 339
– Verzicht auf 22
Gewinnerzielung 23
Gewinnrealisierung 378
Gewinnstammrecht
– Begriff 130
– und Nießbrauch 130
Gewinnverteilung
– fehlerhafte Änderung 354
– Gleichbehandlungsgrundsatz 253
– jährliche Gewinnverteilung 221
Gewinnverteilungsschlüssel
– gesetzlicher 221
– Ungleichbehandlung 253
Gleichbehandlungsgrundsatz
– Einzelausprägungen 251 ff
– Grundlagen 247 ff
– Inhalt 249
– Minderheitenschutz 254
– Ordnungsprinzip und Auslegungsgrundsatz 251 ff
– Rechtsfolgen eines Verstoßes 255
– Rechtsgrund 248
– Sozialansprüche und -verbindlichkeiten 217
GmbH
– Abgrenzung von der OHG 4
– Novelle 1980 9
– Vor-GmbH 95, s. auch Vorgesellschaft
GmbH & Co. 9, 93
Grundlagen der OHG 14 ff
Grundlagengeschäfte 82
Grundstück
– als Beitrag 170
– Gesellschaftsgründung zum Erwerb und zur Veräußerung 172
– als Gesellschaftsvermögen
– – Anteilsübertragung 170
– – formwechselnde Umwandlung 56
– – Gesellschafterwechsel 170
Grundstücksgesellschaft 172
Gründungsmängel 328
„Gruppe“ 1, 2, 41, 42
Gütergemeinschaft s. eheliche Gütergemeinschaft
Gütertrennung 89

Haftung s. Gesellschafterhaftung
Haftungsgemeinschaft 2
Handelsgeschäft 44, 81
– einer Erbengemeinschaft s. dort
– eines Gesellschafters 77
Handelsgesellschaft s. Gesellschaft
Handelsgewerbe
– Betrieb 23 ff
– bei Entstehung der Gesellschaft 48
– Firma 26
– Grundhandelsgewerbe s. dort
– vollkaufmännisches 1, 3, 24, 43
Handelsregister
– Anmeldung zum 167, 187
– Eintragung in das 24, 31, 50, 54
– Entstehungsvoraussetzung für jur. Person 4
HGB
– Verhältnis zum BGB 63

Identitätswechsel 2
Informationsrecht 69
Inhaltskontrolle 11, 179
Innengesellschaft
– gemeinsamer Betrieb eines Unternehmens 266
– stille Gesellschaft 3
Innenverhältnis 48, 107
Interessen, schutzwürdige, und fehlerhafte
– Gesellschaft 337 ff
Irrtum 158, 332, 357

juristische Person
– Annäherung der OHG an 39
– ausländische 94
– als Gesellschafter 93 ff
– Kapitalgesellschaft s. dort
– des öffentlichen Rechts 94

Kapitalerhöhung 254
Kapitalgesellschaft
– Abgrenzung von der OHG 4
– fehlerhafte Gesellschaft 320
– Gesellschafter einer OHG 92 ff
– Umwandlung in OHG 51
– Unterschiede zur OHG 38 f
– Vorgesellschaft 95

Kartell 30, 70, 253
Kaufmann
– Behandlung der OHG als 44
– Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter 77 ff
Kautelarjurisprudenz 10
Kommanditgesellschaft s. auch Publikumsgesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien
– Abgrenzung 2
– als Gesellschafter 96 f
– Umwandlung in OHG 51 f
Kommanditgesellschaft auf Aktien 4
Konfusion 267
konkludenter Vertragsschluss 155
Konsortium 30, 47
Kontrollrecht
– Schranken 235
– Treupflicht 235
– als Verwaltungsrecht 219
Konzern Anh. § 105
Kreditgrundlage 18
kündigungsbedingtes Ausscheiden eines Gesellschafters 237
Kündigungsrecht 283

Leistung der Beiträge 271 f
Leistungsstörungen 151 ff
Leistungsverweigerungsrecht 360
Limited, s. Private Limited Company
Liquidation 67
lückenhafter Gesellschaftsvertrag 160 f, 242, 334

Mängel s. Gesellschaftsvertrag, fehlerh. Gesellschaft
Mehrheitsbeschluss
– über Beitragserhöhungen 19
– Gleichbehandlungsgrundsatz 254
Mehrheitsprinzip 5 f
Minderheitenschutz
– actio pro socio 259
– Gleichbehandlungsgrundsatz 254
Minderjährige s. nicht voll geschäftsfähiger Gesellschafter
Miterbengemeinschaft s. Erbengemeinschaft
Mitgliedschaft
– Definition 204
– Deliktsschutz 206
– einheitliche 72 ff
– keine mehrfache 72 ff
– Rechtsnatur 206
– Übertragbarkeit 205, 288
– Verfügung 291
– Wechsel 189, s. auch Gesellschafterwechsel
– Wesen 204 f
Mitgliedschaftsrechte und -pflichten
– actio pro socio 256 ff, s. auch dort
– Arten 215 ff
– Beitragspflichten s. dort
– eigennützige und uneigennützige 216, 230, 232, 234 f
– Gleichbehandlungsgrundsatz 247 ff, s. auch dort
– Leistungsstörungen 151 ff
– Treupflicht 228 ff, s. auch dort
– Unterlassungsansprüche 257
– Unterlassungspflichten 230
– Vermögensrechte und -pflichten s. dort
– Verwaltungspflichten s. dort
– Verwaltungsrechte s. dort
Mitspracherechte s. Verwaltungsrechte
Mitunternehmer 381

Nachfolge s. Gesellschafterwechsel
– fehlerhafte im Todesfall 365
Nachfolgeklausel, fehlerhafte Änderung 353
Nachlassinsolvenz 135
Nachlassverwaltung 135
Nachschusspflicht 19, 222
natürliche Person als Gesellschafter s. dort
Neugründung s. Entstehung
Neuverbindlichkeiten 58
Nichtigkeit s. Gesamtnichtigkeit des Gesellschaftsvertrags, Teilnichtigkeit, ursprüngliche Nichtigkeit
nichtrechtsfähiger Verein s. Verein
nicht voll geschäftsfähiger Gesellschafter
– Änderung des Gesellschaftsvertrags 87
– Ausscheiden 87, 361, 363
– Beteiligung an OHG 85 ff
– fehlerhaftes Ausscheiden 361, 363
– fehlerhafter Beitritt 338 ff, 363
– Genehmigung des Vormundschaftsgerichts 87 f
– Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters 86
– rechtsgeschäftlicher Erwerb 85 ff
– unentgeltlicher Erwerb 87
– Widerrufsrecht 338
– Wohl und Interesse des Kindes 88
Nießbrauch
– Anteilsnießbrauch 114 ff
– – Abgrenzung von Treuhand und Unterbeteiligung 116
– – Abspaltungsverbot 114
– – Anteilsverfügungen 120
– – Außenhaftung 128
– – Beschlussfassung in laufenden Angelegenheiten 126
– – dingliche Berechtigung 114
– – Mitspracherechte bei Grundlagengeschäften 125
– – Nutzungsrecht 114
– – an Rechten 119
– – Übertragbarkeit 314
– – Vermögensrechte 121
– – Versorgungsfunktion 117
– – Verwaltungsrechte 124
– – vorweggenommene Gesellschafternachfolge 117
– – am Gewinn 129 f
– – eigenständige Bedeutung gegenüber dem Anteilsnießbrauch 130
– – am Gewinnstammrecht 130

OHG
– kraft Eintragung 31
– als Gesellschafter 96 f
– Mitglieder 75 f
– Neuerrichtung 151
– Schein-OHG 31
Ordnungsprinzip s. Gleichbehandlungsgrundsatz
Organe der Gesellschaft 76, 139
Organisation, Gesellschaft als 326 f
Organisationsvertrag 139 f

Parteifähigkeit 1
Personengesellschaft 38
Personenverband 41
persönlicher Zusammenschluss der Mitglieder 138
Pfändung
– des Auseinandersetzungsguthabens 131
– des Gesellschaftsanteils 131, 281 f
Pflicht der Gesellschafter, s. auch Mitgliedschaftsrechte und -pflichten
– zur Beitragsleistung 17, 137
– zur Geschäftsführung 220
– zur Zustimmung oder Mitwirkung 220
Pilotfunktion des OHG-Rechts 13
Präsentationsrecht 295
Privatautonomie 22
Private Limited Company 94
Privatvermögen 264 ff
Prozessstandschaft 256
Publikumsgesellschaft
– Austrittsrecht der Gesellschafter 350
– fehlerhafte Anteilsübertragung 364
– fehlerhafter Beitritt 357
– körperschaftlich strukturierter Zusammenschluss 6
– Treuhand 102
– Treupflicht 233
– Vertragsauslegung 196

quoad dominium, sortem, usum s. Einbringung

Rechnungslegung 211
Rechte der Gesellschafter s. Mitgliedschaftsrechte und -pflichten
Rechtsfähigkeit
– der Gesellschafter 85
– der OHG 40 ff
Rechtsform
– Änderung 27, s. auch Umwandlung
– Einigung über 158
– Rechtsformzwang 15
Rechtsfortbildung, höchstrichterliche 11
– actio pro socio 256
– Entwicklung der fehlerhaften Gesellschaft 320 f
Rechtsnatur der OHG 38 ff
Rechtsscheinhaftung 371 f
Rechtsstellung des Anteilserwerbers 304 ff
Rechtstatsachen 12
Rechtsverhältnisse in der Gesellschaft 204 ff
Regress s. Ausgleichsanspruch
Revisibilität der Auslegung 200
richterliche Vertragsergänzung s. ergänzende
– Vertragsauslegung
Rückdatierung der Gesellschaftsgründung 162, 164
Rücktritt 147

Sacheinlage s. Beitrag
salvatorische Klausel 183
Schadensersatzansprüche
– und actio pro socio 257, 262
– als Sozialanspruch 210
– Treupflichtverstoß 246
– Verletzung von Gesellschafterpflichten 212
– Verstoß gegen Gleichbehandlungsgrundsatz 255
Scheingesellschaft 32, 318, 367 ff
Scheingründung 331, 367
Schein-OHG 32
Schenkung von Gesellschaftsbeteiligungen 175 f
Schiedsgerichtsabrede 45, 77, 82
Schlechterfüllung von Beitragspflichten 152 f
Schrankenfunktion s. Treupflicht
Schriftformklausel 178, 188
Schuldübernahme 310
Schuldverhältnis
– Gesellschaft als 326 f
– Gesellschaftsvertrag 16, 137 f
Selbstorganschaft 218
Sicherungstreuhand 102
sicherungsweise Abtretung 297
Sittenwidrigkeit
– und fehlerhafte Gesellschaft 343, 345
– des Gesellschaftszwecks 345
– der Gewinn- und Verlustbeteiligung 22, 343
– als Schranke der Vertragsgestaltung 179, 343
– der Treuhand am Gesellschaftsanteil 104
societas leonina 22
Sondergut s. ehel. Gütergemeinschaft
Sonderrechte 235, 251
Sondervererbung 100
Sondervermögen 264 f
Sozialansprüche
– actio pro socio 257
– Anteilserwerb 310 ff
– und -verbindlichkeiten 302 f, 217
– Verzicht auf 261
Sozialebene 210 f
Sozialverbindlichkeiten s. Sozialansprüche
Statusnormen 77, 80
Sternvertrag 154
Steuer s. Besteuerung
Steuerhinterziehung 164
Stille Gesellschaft 3, 329
Stimmbindung
– des Treuhänders 105
– Unterbeteiligung 112
– Vertrag 107
Stimmrecht 235
Strohmanngründung 369
Subsidiäre Anwendung der §§ 705–740 63 ff
Surrogation s. Gesamthandsvermögen
Synallagma 147

Täuschung s. arglistige Täuschung
Teilnichtigkeit 180 ff, 315
Teilübertragung des Gesellschaftsanteils 312 f
Testamentsvollstrecker 134 f
Treuhand
– Abgrenzung vom Nießbrauch s. Nießbrauch
– Anteilsverfügung 108
– Arten 102
– Außenhaftung des Treugebers 103, 107
– – des Treuhänders 103
– offene 103, 107
– Rechtsstellung des Treugebers 105
– Rechtsstellung des Treuhänders 106
– Sicherungstreuhand 102

– Übertragung der Treugeberstellung 108
– verdeckte 103 ff
– Verwaltungstreuhand 102
– Zustimmungsbedürftigkeit 107
Treupflicht
– Ausmaß 232 f
– bei Drittgeschäften 214
– eigennützige und uneigennützige Mitgliedschaftsrechte 216, 230, 232, 234
– Entwicklung der Lehre 229
– gegenüber der Gesellschaft 234 f
– gegenüber den Mitgesellschaftern 236 ff
– Gewohnheitsrecht 228
– Inhalt 230 f
– Realstruktur der Gesellschaft 233
– Rechtsfolgen von Treupflichtverstößen 243 ff
– Rechtsgrund 228 f
– Schrankenfunktion 235
– Sozialansprüche und -verbindlichkeiten 217
– des Treugebers 107
– Unverzichtbarkeit 234
– und Vertragsänderung 239 ff

Übernahmerechte 237
Umdeutung 174, 277
Umwandlung
– Begriff 51
– Erbengemeinschaft 58 ff
– formwechselnde 51
– Gesamtrechtsnachfolge 55
– keine Identitätsänderung 56
uneigennützige Mitgliedschaftsrechte s. Treupflicht
unentgeltliche Zuwendung der Beteiligung 175 ff
Ungleichbehandlung s. Gleichbehandlungsgrundsatz
Unmöglichkeit 145 ff, 151
Unmöglichkeit des Gesellschaftszwecks 332
Unrentabilität des Unternehmens 237, 241
Unterlassungsansprüche, -pflichten s. Mitgliedschaftsrechte
ursprüngliche Nichtigkeit des Vertrages 332

Verein
– Abgrenzung zur OHG 5, 71
– nichtrechtsfähiger 5, 99
– Struktur 5
– Verfassung 5
– wirtschaftlicher 5
– Zweck 5
Verfügung
– -sbeschränkung einzelner Gesellschafter 267
– über Gesamthandsvermögen 284 f
– über die Mitgliedschaft 291
Verfügungsverbot (§ 719 Abs. 1 BGB) 276 ff
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 235
Verkehrsschutz 317
Verlängerung des Gesellschaftsvertrags 240
Verlustausgleichpflicht 19, s. auch Nachschusspflicht
Verlustbeteiligung 22
Vermietung und Verpachtung als Gewerbe 28 f
Vermögen
– Einbringung 167
– Gesamthandsvermögen s. dort
– Übertragung des Geschäftsvermögens 61
Vermögen der Gesamthand s. Gesamthandsvermögen
Vermögensordnung 264 ff
Vermögensrechte und -pflichten
– des Anteilserwerbers 307 ff
– Anteilsnießbrauch 120 ff
– Geltendmachung 235
– der Mitglieder 221 ff
– und Treupflicht 235
– Übertragbarkeit der Rechte 215
Vermögensverschlechterung 148
Vermögensverwaltung s. Gewerbe
Verschmelzung 52 f
– durch Neugründung 52
Zuständigkeit 186 f
Versorgungsfunktion s. Nießbrauch
Versteigerung, öffentliche 283
Vertrag
– fehlerhafter s. Gesellschaftsvertrag
– Gesellschaftsvertrag s. dort
– Vorvertrag s. dort
– Zustimmung zur Vertragsanpassung 249
Vertragsänderung
– Änderung der personellen Zusammensetzung 289, s. auch Gesellschafterwechsel
– faktische Abweichungen vom Gesellschaftsvertrag 187
– fehlerhafte 352 ff
– Form 188
– Gleichbehandlungsgrundsatz 250, 254
– als Handelsgeschäft 44
– konkludente Änderung 187
– minderjähriger Gesellschafter 87
– Schranken 239 f
– Schriftformklausel 188
– Treupflicht 239 ff
– Zustimmungspflicht 240
Vertragsurkunde 195
Vertragsverletzung 212
Vertrag zugunsten Dritter 144
Verpfändung
– des Gesellschaftsanteils 282 f, 314
– Voraussetzungen 132 f
Vertreter 85 f, 165 f
Vertretung
– Befugnis 234, 242, 306
– durch gesetzlichen Vertreter 85 f
– Vermögenserwerb durch Handeln namens der Gesellschaft 273
Verwaltungspflichten 218 ff
Verwaltungsrechte
– Abspaltungsverbot 215, 219
– Abtretung 219
– und Anteilserwerber 305 f
– beim Anteilsnießbrauch 124 ff
– Arten 215
– Durchsetzung 211
– Geltendmachung gegen Mitgesellschafter 211
– und -pflichten 218 ff
– und Treupflicht 220

Verwaltungstreuhand 102
Verwertung des Pfandrechts 283
Verzug 150
Vollzug 335 f
Vorbereitungsgeschäfte 24
Vorerben 72 f
Vorgesellschaft
– als Gesellschafter 95
– unechte 4
Vormundschaftsgericht 85, 87 f, 186
Vorvertrag 48, 201 ff

Weisungsbindung des Geschäftsführers 69
Wesensmerkmale der OHG 157
Widerrufsrecht 86, 333, 338
Widerspruchsrecht 234
Wirksamkeitskontrolle 179
Wirkungseinheit 41
wirtschaftlicher Verein 5

Zahlenmäß. Verbreitung der OHG 12
Zugewinngemeinschaft 90
Zuordnungssubjekt des Gesamthandsvermögens 275
Zustimmung der Mitgesellschafter 364
Zustimmungspflicht
– aus Treupflicht 244 f
– bei Vertragsänderung 190 f
Zweck
– gemeinsamer 1, 20 ff
– Gesellschaftszweck 3, 345
– überindividueller Verbandszweck 20
– Vereinszweck 5
– des Vertrags 193
Zweipersonengesellschaft 290

A. Einführung

I. Die OHG als Handelsgesellschaft

1. Die Regelung des § 105. Die Vorschrift des § 105 Abs. 1 behandelt die offene Han- **1**
delsgesellschaft als die beim Fehlen besonderer Vereinbarungen eingreifende, **typische Rechtsform für den gemeinschaftlichen Betrieb eines Handelsgewerbes** durch zwei oder mehr Personen. Seit 1998 steht die Rechtsform auch Gesellschaften offen, die ein kleingewerbliches oder vermögensverwaltendes Unternehmen betreiben (Abs. 2); als OHG entsteht eine solche Gesellschaft allerdings erst, wenn sie im Handelsregister eingetragen ist (Rn 25, 28 ff). Nach der gesetzlichen Systematik handelt es sich bei der OHG um eine „qualifizierte" Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB), deren Zweck zwingend entweder auf den Betrieb eines Handelsgewerbes oder die Verwaltung eigenen Vermögens gerichtet ist. Dieser Zusammenhang kommt auch in § 105 Abs. 3 zum Ausdruck, der auf die Vorschriften der §§ 705 bis 740 BGB verweist, soweit das OHG-Recht keine besonderen Vorschriften enthält (vgl. dazu näher Rn 63 ff). Im Einzelnen setzt das Bestehen einer OHG nach § 105 den Abschluss eines **Gesellschaftsvertrags** sowie den darin dokumentierten Willen der Gesellschafter voraus, unter gemeinschaftlicher Firma zum Betrieb eines Handelsgewerbes oder der Verwaltung eigenen Vermögens am Rechtsverkehr teilzunehmen. Aus dem Bezug auf das Handelsgewerbe folgt, dass die OHG notwendig auf Dauer gerichtet ist, aus dem Handeln unter gemeinschaftlicher Firma, dass es sich bei ihr um eine Außengesellschaft im Sinne einer Gesamthandsgemeinschaft der Gründer handelt (vgl. näher Rn 46 f). Ihre Rechts- und Parteifähigkeit ist positivrechtlich in § 124 bestimmt; sie ist damit zwar keine juristische Person, gehört aber zur Gruppe der rechtsfähigen Personengesellschaften (§ 14 Abs. 2 BGB). Die Vorschrift bringt lediglich diejenige Rechtsqualität zum Ausdruck, die sich nach zutreffendem neuerem Verständnis mit der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand („Gruppe") ohnehin verbindet und die daher auch die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts prägt (vgl. Rn 40).

Eine weitere (freilich negative) Voraussetzung einer OHG besteht darin, dass der **2**
Gesellschaftsvertrag bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränken darf (vgl. näher Rn 36 f). Die OHG ist daher nicht nur Handlungs-, sondern auch **Haftungsgemeinschaft** der in ihr zusammengeschlossenen Gesellschafter, wobei systematisch zwischen der Haftung der Gesellschaft und derjenigen der Gesellschafter zu unterscheiden ist (vgl. §§ 124, 128 bis 130, 159, 160). In der *unbeschränkten* Haftung *sämtlicher* Gesellschafter liegt die rechtlich entscheidende **Abgren-**

zung gegenüber der Kommanditgesellschaft; diese kennt nach § 161 Abs. 1 abweichend von der OHG zwei Gruppen von Gesellschaftern mit unterschiedlichem Herrschafts- und Haftungsstatus. Von diesem Unterschied abgesehen weisen die Rechtsformen der OHG und der KG als die zwei gesetzlich geregelten Fälle gemeinschaftlichen Betriebs eines Handelsgewerbes weitgehende Übereinstimmung auf; beide sind auf Vertrag beruhende, nach außen unter gemeinschaftlicher Firma auftretende Personenhandelsgesellschaften in Form von Gesamthandsgemeinschaften. Daher ist auch der identitätswahrende Formwechsel einer OHG in eine KG und umgekehrt problemlos möglich (s. schon Vorbem. Rn 20 ff). Er vollzieht sich stets außerhalb des UmwG und wird allein dadurch bewirkt, dass wenigstens bei einem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag die Haftung auf den Betrag seiner (Haft-)Einlage beschränkt bzw. eine *bestehende* Haftungsbeschränkung durch Ausscheiden des beschränkt Haftenden oder vertragliche Änderung seiner Gesellschafterstellung beseitigt wird (Rn 51, 56).

2. Abgrenzung von anderen Gesellschaften und Körperschaften

3 a) **Von sonstigen Personengesellschaften.** Zur Abgrenzung der OHG von der Kommanditgesellschaft als der anderen Rechtsform einer Personenhandelsgesellschaft vgl. schon Rn 2. Zu den „Gesellschaften" im Sinne des BGB und des HGB gehören weiter die sonstigen auf vertraglicher Grundlage (§ 705 BGB) beruhenden, nicht zur juristischen Person verselbständigten oder in Vereinsform errichteten Personengemeinschaften. Über die Abgrenzung zur **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** (GbR) entscheidet der besondere, in §§ 105 Abs. 1, 2, 161 Abs. 1 geregelte *Gesellschaftszweck* der OHG und KG, d.h. der Betrieb eines Handelsgewerbes oder der Verwaltung eigenen Vermögens unter gemeinschaftlicher Firma. Der gemeinsame Zweck einer GbR kann von den Beteiligten innerhalb der Schranken der §§ 134, 138 BGB zwar grundsätzlich beliebig festgesetzt werden. Eine zwingende Ausnahme hiervon gilt jedoch für die Verfolgung handelsrechtlicher Zwecke; sie macht die Gesellschaft nach Maßgabe der §§ 1 bis 3 auch dann zur Handelsgesellschaft (OHG oder KG), wenn die Parteien eine entsprechende Rechtsformwahl nicht getroffen haben (zum Rechtsformzwang näher Rn 15)[1]. Umgekehrt hat allerdings die Verminderung des Umfangs des Gewerbes oder gar die Änderung des Gesellschaftszwecks zur ausschließlichen Verwaltung eigenen Vermögens wegen Abs. 2 den Formwechsel Gesellschaft kraft Rechtsformzwangs nur dann zur Folge, wenn die Gesellschaft – entgegen § 29 – nicht im Handelsregister eingetragen ist (Rn 15 aE). Ebenfalls zu den „Gesellschaften", wenn auch nicht zu den Handelsgesellschaften (§ 6 Abs. 1 HGB), gehört die **stille Gesellschaft** der §§ 230 ff. Bei ihr handelt es sich um einen Sonderfall der Innengesellschaft bürgerlichen Rechts.[2] Dass ihre Regelung im HGB erfolgt ist, steht nicht entgegen; sie erklärt sich aus der Art des gemeinsamen Zwecks: der (Innen-)Beteiligung des Stillen am Handelsgewerbe des Geschäftsinhabers.

---

[1] Ganz hM, vgl. BGHZ 10, 91 (97) = NJW 1953, 1217; 22, 240 (245) = NJW 1957, 218; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 19; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 3; Baumbach/*Hopt* Rn 7; *K. Schmidt* Stellung der OHG S. 158 ff; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 8 I 1a, S. 678; ebenso für den umgekehrten Fall (GbR entgegen dem auf OHG gerichteten Parteiwillen) BGHZ 32, 307 (310) = NJW 1960, 1664; BGH WM 1962, 10 (11); **aA** zum Ganzen *Lieb* Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, 1970, S. 24 ff; *Battes* AcP 174 (1974), 429 (434 f, 438 f); i.E. auch *Jahnke* ZHR 146 (1982), 595 (609 f).

[2] MünchKommHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn 10; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 282; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 10 I 3, S. 880; vgl. näher Erl. zu § 230.

b) Von den Kapitalgesellschaften. Als Kapitalgesellschaften kennt das geltende Recht die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Europäische (Aktien-) Gesellschaft (SE). Alle diese Rechtsformen sind zwar, ebenso wie die OHG und KG, Handelsgesellschaften i.S.d. § 6 Abs. 1. Hiervon abgesehen weisen sie jedoch nach gesetzlicher Ausgestaltung, Rechtsnatur und Art der Entstehung eindeutige Unterschiede gegenüber OHG und KG auf (vgl. näher Vor § 105 Rn 6 f); das gilt vor allem für ihre Qualität nicht als Gesamthandsgemeinschaft, sondern als juristische Person sowie – damit zusammenhängend – für die von der Erfüllung normativer Erfordernisse abhängige Eintragung im Handelsregister als notwendige Entstehungsvoraussetzung. Es handelt sich überdies durchgehend um Formkaufleute i.S.v. § 6 Abs. 2, so dass es auf den konkreten Unternehmensgegenstand für die Anwendung des Handelsrechts nicht ankommt. Die Wahl einer dieser Rechtsformen setzt somit voraus, dass die Beteiligten sich bewusst hierfür entscheiden und dass sie im notariellen Gründungsakt sowie im anschließenden Eintragungsverfahren den jeweiligen Erfordernissen des AktG oder GmbHG entsprechen. Abgrenzungsschwierigkeiten können sich nur in solchen Fällen ergeben, in denen die Beteiligten zwar bereits ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben, jedoch ohne die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft trotz notariellen Gründungsakts ernsthaft anzustreben oder die Eintragungsabsicht nach erfolgter Gründung, aber vor Eintragung der Gesellschaft weiterzuverfolgen (sog. *unechte* Vorgesellschaft). In derartigen Fällen greifen wegen der Auffangfunktion der Rechtsform der OHG[3] die Vorschriften der §§ 105 ff sofort bzw. nach Wegfall der Eintragungsabsicht ein;[4] die Bezeichnung des Zusammenschlusses durch die Beteiligten als AG, KGaA oder GmbH steht nicht entgegen. **4**

c) Vom wirtschaftlichen Verein. Verein und Gesellschaft sind nach den Regelungen der §§ 21 ff, 705 ff BGB im Grundsatz klar getrennt, auch wenn der Gesetzgeber für den nichtrechtsfähigen Verein durch die strukturwidrige Verweisung des § 54 S. 2 BGB auf das Gesellschaftsrecht für zahlreiche Auslegungsprobleme gesorgt hat[5]. Kennzeichen des Vereins sind der von der Person der jeweiligen Mitglieder losgelöste, am Vereinszweck orientierte Zusammenschluss einer grundsätzlich unbegrenzten Zahl von Personen, die Möglichkeit des Eintritts und Ausscheidens von Vereinsmitgliedern ohne Veränderung des Bestands des Vereins sowie die körperschaftliche, durch Fremdorganschaft und Mehrheitsprinzip geprägte Vereinsverfassung (vgl. Rn 38). Sie bestimmen die **besondere Struktur des Vereins** und unterscheiden ihn von der Gesellschaft unabhängig davon, ob es sich um einen eingetragenen Idealverein (§ 21 BGB), einen durch Konzession (§ 22 BGB) oder spezialgesetzliche Regelung[6] zugelassenen wirtschaftlichen Verein oder einen nicht rechtsfähigen Verein (§ 54 BGB) handelt[7]. **5**

---

[3] Vgl. insbes. *A. Hueck* OHG, § 1 I 4 und II, S. 13 ff; *K. Schmidt* Stellung der OHG, S. 141 ff, 189 ff, 242 ff.

[4] Sog. unechte Vorgesellschaft, vgl. BGHZ 152, 290 (294 f) = NJW 2003, 429; BGH NZG 2004, 663 (nachträglicher Wegfall der Eintragungsabsicht); BGHZ 22, 240 (244) = NJW 1957, 218; BGH NJW 2000, 1193 (1194) (anfängliches Fehlen der Eintragungsabsicht); eingehend *Ulmer*/Habersack/Winter GmbHG § 11 Rn 26 ff.

[5] Vgl. nur MünchKommBGB[5]/*Reuter* § 54 Rn 3 f; Staudinger/*Weick* BGB (2005) § 54 Rn 2, 28; *Flume* ZHR 148 (1984), 503 ff.

[6] Vgl. insbes. §§ 15 ff VAG (Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit). Weit. Bsp. spezialgesetzlicher Normativbestimmungen bei *K. Schmidt* Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, 1984, S. 82 ff, 163 ff.

[7] Zu den Strukturunterschieden zwischen Verein und Gesellschaft (Körperschaft und Personengesellschaft) vgl. die Nachw. in Fn 98; relativierend *Flume* ZHR 148 (1984), 503 ff. Zur zwingenden Behandlung des nichtrechts-

6 Trotz dieser für den Typus von Verein und Gesellschaft kennzeichnenden Unterschiede hat die Rechtsprechung es zugelassen, dass sich körperschaftlich strukturierte Zusammenschlüsse, gekennzeichnet durch eine Vielzahl untereinander nicht bekannter Mitglieder und durch Geltung des Mehrheitsprinzips, aus steuerrechtlichen Gründen als Personenhandelsgesellschaft konstituieren[8]. Bekanntgeworden sind derartige Verbindungen – als sog. **Publikums-KG** – vor allem in der Rechtsform der KG (vgl. näher Voraufl. Anhang zu § 161 [*Schilling*]); sie finden sich aber auch als Gesellschaften bürgerlichen Rechts[9]. Über die Gründung einer „Publikums-OHG" ist demgegenüber in neuerer Zeit nichts bekanntgeworden[10]; hieran dürfte schon wegen der unbeschränkten Haftung aller Gesellschafter kaum jemals Interesse bestehen. Für etwa dennoch in der Rechtsform einer OHG auftretende Publikumsgesellschaften kann wegen der vergleichbaren Struktur im Wesentlichen auf die Erläuterungen zur Publikums-KG (Voraufl. Anh. zu § 161 [*Schilling*]) verwiesen werden, soweit sich nicht aus dem abweichenden Außenrecht der OHG (§§ 123 ff) zwingend etwas anderes ergibt. Zur Behandlung eines nicht rechtsfähigen wirtschaftlichen Vereins im Außenverhältnis als OHG vgl. Rn 15.

II. Entwicklung des OHG-Rechts

7 **1. Vom ADHGB zum HGB.** Zur Entwicklung des Personengesellschaftsrechts bis zum 19. Jahrhundert vgl. die Darstellung von *Robert Fischer* in der 3. Auflage (Rn 1). Die erste einheitliche deutsche Kodifikation des OHG-Rechts findet sich in Art. 85 ff ADHGB[11]. Entsprechend dem Entwurf eines ADHGB von 1848/49[12] knüpfte sie in erster Linie an die Regelung der Société en nom collectif im französischen Code de commerce von 1807 an; ihr war eine entsprechende gesetzliche Regelung in der unter Ludwig XIV. erlassenen Ordonnance sur le commerce von 1673 vorausgegangen. **Kennzeichen der Regelung im ADHGB** sind die klare Unterscheidung zwischen Innen- und Außenverhältnis der Gesellschaft und zwischen Geschäftsführung und Vertretung, die Unbeschränkbarkeit der grundsätzlich jedem Gesellschafter allein zustehenden Vertretungsmacht sowie die Behandlung des Gesellschaftsvermögens als vom Privatvermögen der Gesellschafter getrenntes, auf dem Gesamthandsprinzip beruhendes und dem ausschließlichen Zugriff der Gesellschaftsgläubiger unterliegendes Sondervermögen[13]. Auch die Regelung der Kommanditgesellschaft im HGB geht auf das ADHGB zurück und hat dort eine eindeutige, sie insbes. von einer stillen Gesellschaft zwischen tätigem Gesellschafter und Kapitalgeber unterscheidende Regelung gefunden.[14]

8 Das **HGB** hat das OHG-Recht in seinen Grundzügen unverändert aus dem ADHGB übernommen. Soweit es dabei zu **redaktionellen Änderungen** kam, beruhen diese auf der

---

fähigen wirtschaftlichen Vereins als OHG vgl. BGHZ 22, 240 (244) = NJW 1957, 218; MünchKommBGB[5]/*Reuter* § 54 Rn 13; Soergel/*Hadding*[13] § 54 Rn 3 und 25; Staudinger/*Habermeier* BGB (2002) Vor § 705 Rn 68; *K. Schmidt* Stellung der OHG, S. 212 ff; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. I, § 2 I 1 b, S. 93 f.

[8] Kritisch zu dieser Entwicklung insbes. *Knobbe-Keuk* Das Steuerrecht – eine unerwünschte Rechtsquelle des Gesellschaftsrechts? 1986, S. 7 ff, 10 f.

[9] Vgl. etwa BGH NJW 1979, 2304 (2305) – Forum S; dazu *Flume* ZHR 148 (1984), 503 ff.

[10] Vgl. immerhin den Fall RGZ 36, 60 (OHG mit 159 Gesellschaftern).

[11] Allg. zum ADHGB und seiner Entstehung vgl. *Rehme* in Ehrenberg Handbuch I, S. 237 ff; *Wieland* I, S. 24 ff.

[12] *Baums* Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuchs für Deutschland (1848/49), ZHR-Beiheft 54 (1982).

[13] *Wieland* I, S. 524.

[14] Vgl. *Wieland* I, S. 734 ff.

zugleich mit dem HGB in Kraft getretenen Kodifikation des bürgerlichen Rechts im BGB; sie machte es erforderlich, den Inhalt der beiden Gesetzbücher unter Beachtung der Ergänzungsfunktion des HGB für den kaufmännischen Verkehr aufeinander abzustimmen. Im Zusammenhang mit der Ausgestaltung auch der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesamthandsgemeinschaft wurden daher eine Reihe gesellschaftsrechtlicher Regelungen aus dem ADHGB in das BGB übernommen (vgl. §§ 706 bis 708, 717 bis 719, 738 bis 740), verbunden mit einem neuen Verweisungstatbestand in § 105 Abs. 2. Daneben kam es zu einigen **inhaltlichen Modifikationen** wie dem grundsätzlichen Verzicht auf die Schriftform des Gesellschaftsvertrags oder der Schaffung der Möglichkeit, nicht nur die Geschäftsführungsbefugnis, sondern auch die Vertretungsmacht aus wichtigem Grund zu entziehen[15]. Eine einschneidende Reform des OHG-Rechts war mit der Einführung des HGB jedoch nicht verbunden; seine wesentlichen Grundlagen gehen nach wie vor auf das ADHGB von 1861 zurück.

2. Rechtsentwicklung seit 1900

a) Novellierung. Die erste Novellierung der §§ 105 bis 160 erfolgte erst im Jahr 1976. **9**
Auch seitdem ist es zu Änderungen nur vereinzelt gekommen. Die Neuregelungen betrafen ganz überwiegend den Sonderfall einer **GmbH & Co. OHG,** d.h. solche Personengesellschaften in der Rechtsform der OHG, für deren Verbindlichkeiten *keine* natürliche Person als unmittelbarer oder – über eine andere OHG oder KG – mittelbarer Gesellschafter unbeschränkt haftet (vgl. die Definition in § 125a Abs. 1). Für sie führte das **1. WiKG 1976** in §§ 130a, 130b die Konkursantragspflicht der Geschäftsführer bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ein. Die **GmbH-Novelle 1980** brachte mit den neuen §§ 125a, 129a überdies Vorschriften über bestimmte Pflichtangaben auf Geschäftsbriefen sowie über Gesellschafterdarlehen, jeweils nach dem Regelungsvorbild des GmbH-Rechts. Eine geringfügige Modifikation erfolgte schließlich durch das **Bilanzrichtliniengesetz 1985,** das das Kontrollrecht des § 118 Abs. 1 auf den „Jahresabschluss" ausdehnte und die Regelung dadurch an die neuen, auch die Personenhandelsgesellschaften betreffenden Bilanzierungsvorschriften der §§ 242 ff anpasste. Erwähnung verdient daneben auch das Publizitätsgesetz von 1969; als rechtsformübergreifendes Gesetz ließ es den Inhalt der §§ 105 bis 160 unberührt und beschränkte sich darauf, für Unternehmen ab einer bestimmten Mindestgröße, auch solche in der Rechtsform der OHG (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 PublG), die Prüfung und Offenlegung des Jahresabschlusses anzuordnen. Die **Handelsrechtsreform 1998**[16] hat zu recht weitreichenden Änderungen des Rechts der OHG geführt. Abgesehen von den mittelbaren Auswirkungen des grundlegend reformierten Kaufmannsbegriffs (vgl. dazu Einl. Rn 11, § 2 Rn 1 ff [*Oetker*]) betrafen diese zunächst den erweiterten Kreis zulässiger Gesellschaftszwecke (§ 105 Abs. 2). Seither können zum einen Kleingewerbetreibende i.S.v. § 2 eine OHG betreiben – und damit auch die Haftungsbeschränkung als Kommanditist erreichen (§ 161 Abs. 2),[17] zum anderen steht die Rechtsform sogar Gesellschaften offen, die nur ihr eigenes Vermögen verwalten (näher unten Rn 28 ff). Die zweite größere Änderung betraf die §§ 131 ff mit dem Ziel, die

---

[15] Vgl. näher Denkschrift zum Entwurf eines HGB, S. 80 ff.

[16] Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften vom 22.6.1998, BGBl. I 1998, 1474; vgl. dazu auch die Gesamtüberblicke von *Priester* DNotZ 1998, 691; *K. Schmidt* NJW 1998, 2161.

[17] BegrRegE BT-Drucks. 13/8444, S. 39.

„Unternehmenskontinuität" möglichst zu sichern, so wurden insbesondere personenbezogene Auflösungsgründe in bloße Ausscheidensgründe umgewandelt (dazu näher § 131 Rn 2 ff).

10 **b) Sonstige Entwicklungen.** Im Unterschied zum – dem im Übrigen ohne relevante Änderungen fortbestehenden – Gesetzesrecht hat die Rechtspraxis des OHG-Rechts seit 1900 wesentliche Änderungen, namentlich des Innenrechts, erfahren. Sie beruhen einerseits auf dem Einfluss der **Kautelarjurisprudenz,** die unter Ausnutzung des dispositiven Charakters des OHG-Innenrechts (§§ 109 bis 122, 131 ff) zunehmend zu Abweichungen gegenüber der gesetzlichen Ausgestaltung kam[18]. Anders als im KG-Recht ging es dabei weniger um die Entwicklung einer neuen, auf Typenvermischung von OHG und GmbH beruhenden Rechtsform nach Art der GmbH & Co. KG, auch wenn die GmbH & Co. OHG nicht nur vereinzelt begegnet. Im Vordergrund stand vielmehr die Anpassung des OHG-Rechts an geänderte Bedürfnisse und Vorstellungen der Beteiligten, darunter die stärkere Berücksichtigung unterschiedlicher Kapitalbeteiligung der einzelnen Gesellschafter unter Abweichung von der Berechnung nach Köpfen (§§ 119 Abs. 2, 121 Abs. 3), die unterschiedliche, auf die Besonderheiten der jeweiligen Gesellschaft zugeschnittene Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der einzelnen Gesellschafter und die Entwicklung einer besonderen Kategorie von „Gesellschaftern minderen Rechts"[19], die Absicherung des Familieneinflusses auf die nach Familienstämmen strukturierten Gesellschaften, die Einführung zusätzlicher Gesellschaftsorgane (Gesellschafterversammlung, Beirat) sowie schließlich die Zulassung der Übertragung und Vererbung von Gesellschaftsanteilen unter Abgrenzung des als Erwerber oder Erbe in Betracht kommenden Personenkreises.

11 Neben der Kautelarjurisprudenz und zum Teil in Reaktion hierauf hat die **höchstrichterliche Rechtsfortbildung** in Verbindung mit der Verfeinerung der Gesellschaftsrechtsdogmatik wesentlich zur Rechtsentwicklung im Personengesellschaftsrecht beigetragen und für dessen Anpassung an sich ändernde Bedürfnisse und Gestaltungsaufgaben gesorgt[20]. Unter den zahlreichen, im Lauf der Jahrzehnte zu beobachtenden richterrechtlichen Entwicklungen verdienen Erwähnung vor allem die rechtliche Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft, die stärkere Verselbständigung der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern durch Behandlung der Mitgliedschaft (des Kapitalanteils) als selbständig übertragbares Recht, die Entwicklung der Treupflicht und sonstiger, „beweglicher" Schranken mehrheitlicher Willensbildung in der Gesellschaft, der Übergang zur Inhaltskontrolle bei Regelungen im Gesellschaftsvertrag, die wie das Recht zum Ausschluss einzelner Gesellschafter ohne wichtigen Grund oder die weitgehende Beschränkung des Abfindungsanspruchs in den Kernbereich der Mitgliedschaft eingreifen, die Entwicklung eines Sonderrechts für Publikumsgesellschaften sowie schließlich die Lösung der mit der Kollision von Gesellschafts- und Erbrecht verbundenen Probleme, die in der prinzipiellen

---

[18] Zum Einfluß der Kautelarjurisprudenz auf die Entwicklung des Gesellschaftsrechts vgl. auch *Rob. Fischer* Das Entscheidungsmaterial der höchstrichterlichen Rechtsprechung in: Schriften zur Rechtsvergleichung, Bd. 80 (1976); *Maria Plum* FS 100 Jahre DJT, Bd. 2, 1960, S. 137 ff; *Morck* Die vertragliche Gestaltung der Beteiligung an Personen-Handelsgesellschaften, 1980; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. I, § 1 IV 2, S. 78 ff.

[19] Vgl. dazu näher *Flume* I/1, S. 137 f, 179, 181.

[20] Dazu *Rob. Fischer* Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, 1971; *Stimpel* in Pehle/Stimpel Richterliche Rechtsfortbildung, 1968, S. 15 ff; *Ulmer* Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht 1971–1985, 1986; *Hüffer* ZHR 151 (1987), 396 ff; *K. Schmidt* ZHR 171 (2007) 2 (5 f); *Wiedemann* Gesellschaftsrecht II, S. 38.

Anerkennung der Testamentsvollstreckung gipfelten. Folge dieser einschneidenden Wandlungen des Personengesellschaftsrechts ist dessen weitgehende Ablösung vom geschriebenen Recht, soweit es nicht wie die §§ 105 bis 108, 123 bis 130 zwingende Geltung beansprucht, sowie die Herausbildung eines für den Außenstehenden nur schwer überschaubaren case law, das an die Gestaltungsaufgabe der Kautelarjurisprudenz und an die Erläuterungsfunktion von Kommentaren und Monografien hohe Anforderungen stellt.

III. Rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung

12 **1. Verbreitung in der Praxis.** Die OHG war lange Zeit die am weitesten verbreitete Rechtsform der Handelsgesellschaften. Sie übertraf nicht nur die AG und die GmbH, sondern auch die KG. Ihr typischer Anwendungsbereich lag einerseits bei der Zusammenarbeit tätiger Gesellschafter in mittelständischen Unternehmen, andererseits bei der gemeinsamen Fortführung des Unternehmens eines Einzelkaufmanns unter Aufnahme von Familienangehörigen oder Einbringung des ererbten Handelsgeschäfts in eine OHG. Die sich schon seit längerem abzeichnende **Verlagerung von der OHG zur GmbH & Co. KG** (Voraufl. Rn 12 [*Ulmer*]) hat sich mittlerweile vollzogen. Nach Schätzungen standen schon im Jahre 2002 nur noch 56.100 in der Rechtsform der OHG organisierten Unternehmen 424 .500 in der Rechtsform der KG gegenüber, wovon 345.300 auf die GmbH & Co. KG entfielen[21]. Dass das Aufkommen der OHG weiter rückläufig ist, zeigen die aktuellen Zahlen zu An- und Abmeldungen beim Handelsregister: 2006 standen 4.727 Anmeldungen in der Rechtsform der OHG oder KG (2005: 4.827) 20.105 Anmeldungen einer GmbH & Co. KG (2005: 19.325) gegenüber, während im selben Zeitraum 5.232 OHG und KG (2005: 5.516), aber nur 10.832 GmbH & Co. KG (2005: 12.082) vom Handelsregister abgemeldet wurden.[22] Inwiefern durch die Öffnung des deutschen Marktes für **ausländische Rechtsformen** (vgl. dazu vor § 105 Rn 33 ff) der OHG zusätzliche Konkurrenz durch die englische Private Company Limited by Shares (Ltd.) entsteht, ist noch nicht abzusehen. Aktuelle Untersuchungen beziehen sich auf das Verhältnis zwischen GmbH und Ltd[23]. Gleichwohl wird die Ltd. unverändert, insbes. von unseriösen Gründungsagenturen, speziell für kleine Unternehmern als Alternative zur OHG angedient. Hierauf hat die Bundesregierung im Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) mit der Schaffung eines GmbH-Ablegers, der **Unternehmergesellschaft (UG) haftungsbeschränkt**, reagiert (§ 5a GmbHG). Bei ihr muss die Befreiung von der persönlichen Haftung der Gesellschafter lediglich mit einem Stammkapital von 1 EURO (und gewissen Einschränkungen bei der Gewinnausschüttung) „erkauft" werden, so dass der OHG vermutlich weitere Konkurrenz erwachsen wird.

13 **2. Der Einfluss des OHG-Rechts.** Der bei der Rechtsform der OHG zu beobachtende Rückgang des wirtschaftlichen Gewichts wirkt sich auf das **OHG-Recht** nicht ohne Weiteres aus. Ihm kommt erhebliche, über die Rechtsverhältnisse der OHG weit hinaus-

---

[21] *Kornblum* GmbHR 2003, 1157 (1172). – In späteren Jahren erschienene Beiträge des Autors enthalten hierzu keine Angaben mehr.

[22] Zahlen für 2006 aus: *Angele* Wirtschaft und Statistik 2007, 567, 572. Zahlen für 2005 aus: Statistisches Jahrbuch 2006, 486 ff.

[23] *Bayer/Hoffmann* GmbHR 2007, 414; *Niemeier* ZIP 2006, 2237; *Westhoff* GmbHR 2007, 474.

reichende Bedeutung in erster Linie deshalb zu, weil die OHG die Grundform aller Personenhandelsgesellschaften bildet. Infolge der Verweisung des § 161 Abs. 2 gilt das OHG-Recht in weiten Teilen, insbes. hinsichtlich der Rechtsstellung der persönlich haftenden Gesellschafter, unmittelbar für die Rechtsverhältnisse in der KG. Auch werden die Grundfragen des Personengesellschaftsrechts in erster Linie im Rahmen des OHG-Rechts diskutiert mit der Folge, dass es seit langem eine **Pilotfunktion für die anderen Personengesellschaften** übernommen hat. Entsprechendes gilt in abgeschwächter Form aber auch für seinen **Einfluss auf das Kapitalgesellschaftsrecht,** darunter namentlich das Innenrecht personalistisch strukturierter Kapitalgesellschaften. Derartige Einflüsse sind etwa bei der Diskussion über die Treupflicht der GmbH-Gesellschafter[24] oder zur Geltung der Kernbereichslehre im GmbH-Recht[25] unverkennbar. Deshalb besteht auch unabhängig vom wirtschaftlichen Gewicht der OHG kein Grund, vom OHG-Recht Abschied zu nehmen oder ihm nur noch begrenzte Aufmerksamkeit zu widmen.

B. Grundlagen

I. Begriff und Wesensmerkmale

1. Allgemeines

14 **a) Begriffsbestimmung.** § 105 Abs. 1 bestimmt den Begriff der OHG. Danach ist sie eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist. Nach Abs. 2 kann der Zweck überdies auf die gemeinsame Verwaltung des Gesellschaftsvermögens gerichtet sein (Rn 28 ff). Unter Gesellschaft versteht das HGB entsprechend der Regelung im BGB ein **vertragliches Schuldverhältnis** i.S.d. § **705 BGB,** durch das sich die Gesellschafter verpflichten, den gemeinsamen Zweck durch Beitragsleistung zu fördern. Erforderlich sind also der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags (Rn 16) und die Beitragsleistung der Beteiligten (Rn 17). Dieser Begriffsbestimmung fügt Abs. 1 noch ein weiteres negatives Merkmal hinzu: Die Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern darf nicht beschränkt sein (Rn 36 f).

15 **b) Rechtsformzwang.** Die Begriffsmerkmale der OHG in § 105 Abs. 1 sind **zwingend**[26]. Der Betrieb eines istkaufmännischen Handelsgewerbes (§ 1) unter gemeinsamer Firma macht den Zusammenschluss der Beteiligten daher *ohne Weiteres*, im Unterschied zu den Fällen des Abs. 2 also auch ohne Eintragung im Handelsregister zur OHG, wenn sie sich nicht in rechtlich zulässiger Weise für eine andere Handelsgesellschaftsform (KG, GmbH, AG, KGaA) entscheiden. Entsprechendes gilt für eine auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtete, als nichtrechtsfähiger Verein geplante Personenverbindung (vgl. Nachw. in Fn 7): Ihre Mitglieder haften für die Vereinsverbindlichkeiten unbeschränkt

---

[24] Vgl. nur *M. Winter* Treubindungen, S. 63 ff.

[25] Dazu hier nur *C. Schäfer* Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997, S. 153 ff.

[26] EinhM, vgl. RGZ 155, 75, (82 ff); BGHZ 10, 91 (97) = NJW 1953, 1217; BGHZ 22, 240, (245) = NJW 1957, 218; BGHZ 32, 307, (310) = NJW 1960, 1664; Baumbach/*Hopt* Rn 7; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 10; Röhricht/Graf v. Westphalen/*v. Gerkan/Haas* Rn 1; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 2; *A. Hueck* OHG, § 1 II S. 14 f; *Battes* AcP 174 (1974), 430 mN in Fn 2 und 3; *Jahnke* ZHR 146 (1982), 595 (620 ff). Zur abw. Ansicht von *Battes* und *Jahnke* für den Fall unzutr. Rechtsformwahl vgl. Rn 158 und Fn 507.

persönlich nach § 128. Wegen dieser in § 105 Abs. 1 angelegten Automatik hat die Rechtsform der OHG zugleich eine **Auffangfunktion**; sie greift auch in denjenigen Fällen ein, in denen ursprünglich die Gründung einer Kapitalgesellschaft geplant war, die Beteiligten dann aber die Absicht der Eintragung als GmbH, AG u.a. nicht weiterverfolgen, ohne gleichzeitig den Geschäftsbetrieb einzustellen (unechte Vorgesellschaft, vgl. Rn 4). **Im Einzelnen** folgt aus dem Rechtsformzwang, dass es für die Entstehung der Gesellschaft als OHG oder GbR auf die Vereinbarung der Parteien über die Rechtsform nicht ankommt; eine unzutreffende Rechtsformwahl lässt die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrags unberührt (Rn 158). Richtet sich der gemeinsame Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes i.S.v. § 1, so entsteht die Gesellschaft sofort als OHG (Rn 49); im Falle eines kleingewerblichen oder vermögensverwaltenden Unternehmens entsteht sie hingegen zunächst als GbR und wandelt sich erst mit Eintragung im Handelsregister in eine OHG um (Rn 50). Zur umgekehrten formwechselnden Umwandlung von der OHG zur GbR kommt es nur dann, wenn die Beteiligten durch Änderung des Zwecks den Betrieb eines Gewerbes auf Dauer aufgeben *und* auch keine Vermögensverwaltung mehr betreiben (Rn 27) oder wenn dieser auf kleingewerblichen Umfang zurückgeht und die Firma im Handelsregister gelöscht wird (vgl. Rn 27). In allen diesen Fällen ist die Änderung der Rechtsform vom Parteiwillen unabhängig; sie lässt die Identität der Gesellschaft als Personenvereinigung mit Gesamthandsvermögen unberührt. Zu den Folgen des Rechtsformwechsels für das Innenverhältnis der Beteiligten vgl. § 109 Rn 17 f.

2. Gesellschaft

16 **a) Gesellschaftsvertrag.** Erste Voraussetzung für das Vorliegen einer OHG ist nach § 105 Abs. 1 der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags mit dem auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichteten Zweck (s. schon Rn 14 und näher Rn 23 ff). Der Vertrag bedarf im Regelfall keiner Form; er kann ausdrücklich oder konkludent geschlossen werden (vgl. näher Rn 154 ff). Stets erforderlich ist jedoch eine **rechtsgeschäftliche,** auf den gemeinsamen Betrieb des Handelsgewerbes oder die Verwaltung eigenen Vermögens gerichtete **Willensübereinstimmung** der Beteiligten. Deren Fehlerhaftigkeit (Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit) schließt das Bestehen einer OHG nicht aus, sobald sie nach außen in Erscheinung getreten und dadurch in Vollzug gesetzt ist (vgl. Rn 315 ff, 335). **Ohne** einen auf den gemeinsamen Zweck i.S.v. § 105 Abs. 1, 2 gerichteten, sei es auch fehlerhaften Vertragsschluss kommt eine OHG nicht zur Entstehung; frühere abweichende Ansichten, die entweder nur auf das gemeinsame Auftreten nach außen und die damit verbundene beschränkte Haftung aller Beteiligten abstellten[27] oder das Vorliegen einer „Außengesellschaft" ohne interne gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen zwischen den Beteiligten genügen lassen wollten[28], sind seit langem überholt.[29] In derartigen Fällen einer Scheingesellschaft kommt es zwar aus Rechtsscheingründen zur unbeschränkten Haftung derjenigen Beteiligten, denen der mit dem Handeln der Scheingesellschaft verbundene Rechtsschein zurechenbar ist[30]. Ein Gesellschaftsverhältnis wird hierdurch jedoch nicht begründet; es gibt weder Gesell-

---

[27] So *Laband* ZHR 30 (1885), 469 (508 f) unter Berufung auf den von § 105 Abs. 1 abweichenden Wortlaut des Art. 85 ADHGB; dazu näher noch 3. Aufl. Rn 6 (*Rob. Fischer*).

[28] So noch *Wieland* I, S. 501 ff; vgl. dazu *A. Hueck* OHG, § 1 Id, S. 5 f.

[29] Näher *C. Schäfer* S. 71 ff, 120 f.

[30] Zur Lehre vom Scheinkaufmann und zu den Voraussetzungen einer Rechtsscheinhaftung im Handelsrecht vgl. § 5 Rn 24 ff (*Oetker*), zur Scheingesellschaft vgl. Rn 367 ff.

schaftsorgane noch ein Gesamthandsvermögen, auf das die Gläubiger der Scheingesellschaft zugreifen könnten. Das gilt selbst dann, wenn die Scheingesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist, falls man nicht in der Anmeldung durch alle Beteiligten (§ 108 Abs. 1) einen konkludenten Vertragsschluss sehen kann[31]. Zur Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch eine Erbengemeinschaft ohne Gesellschaftsvertragsschluss vgl. Rn 58 ff, zur Unterscheidung zwischen fehlerhafter Gesellschaft und Scheingesellschaft vgl. Rn 370.

17 **b) Pflicht zur Beitragsleistung.** Die Pflicht aller Gesellschafter, den gemeinsamen Zweck durch Leistung von Beiträgen zu fördern, ist nach § 105 Abs. 3 i.V.m. § 705 BGB **notwendiger Inhalt** des Gesellschaftsvertrags; im Fall des OHG-Beitritts folgt die Beitragsleistung (iwS) freilich schon aus der unbeschränkten Gesellschafterhaftung (§ 128). Art und Umfang der Leistung von Beiträgen ieS (Rn 18) richten sich nach den Vorschriften des **§ 706 BGB**[32], soweit der Gesellschaftsvertrag hierüber nicht – wie regelmäßig – besondere Regelungen enthält. Auch der Grundsatz, dass gleiche Beiträge zu leisten sind (§ 706 Abs. 1 BGB), steht unter dem Vorbehalt abweichender Vereinbarung; die Dispositionsfreiheit der Gesellschafter ist insoweit nicht eingeschränkt[33]. Für die Erbringung der Beiträge gilt in vollem Umfang Gesellschaftsrecht: die Gesellschafter unterliegen der Treupflicht, die Rechtsfolgen von Leistungsstörungen richten sich nicht nach §§ 320 ff BGB, sondern nach allgemeinen Grundsätzen (Rn 145 ff), und den Mitgesellschaftern steht das Recht zu, die Beitragsansprüche der OHG im Wege der actio pro socio geltend zu machen (Rn 256 ff). Durch diese Besonderheiten unterscheiden sich die Beitragspflichten namentlich auch von Verpflichtungen der Gesellschafter aufgrund von sog. *Drittgeschäften*, die sie als Austauschverträge mit der OHG schließen und für deren Erfüllung die gesellschaftsrechtlichen Bindungen der Beteiligten allenfalls beschränkten Einfluss haben (vgl. Rn 213 f).

18 Auch hinsichtlich der **Art der Beiträge** und ihrer Einbringung haben die Gesellschafter abweichend vom Kapitalgesellschaftsrecht[34] volle Dispositionsfreiheit. Der Aufbringung eines bestimmten Haftungsfonds im Interesse der Gläubiger bedarf es bei der OHG schon deshalb nicht, weil die Gesellschafter auch persönlich für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haften. Neben Geld- oder Sachleistungen kommen namentlich auch Dienstleistungen der Gesellschafter in Betracht (vgl. § 706 Abs. 3 BGB); sie bilden wegen der Geschäftsführungspflicht aller Gesellschafter nach § 114 Abs. 1 sogar die Regel. Zu denken ist weiter an sonstige geldwerte Leistungen wie gewerbliche Schutzrechte, Geschäftsverbindungen, Bezugsquellen oder Know-how.[35] Soweit die Einbringung vermögens-

---

[31] Zur Anwendbarkeit des § 15 Abs. 3 in derartigen Fällen, wenn die Beteiligten die Scheingesellschaft zur Eintragung anmelden und sie infolgedessen auch bekanntgemacht wird, vgl. Voraufl. § 15 Rn 60 (*Hüffer*).

[32] Vgl. dazu und zur Unterscheidung zwischen Beiträgen im engeren und solchen im weiteren Sinn näher MünchKommBGB[5]/*Ulmer/C. Schäfer* § 706 Rn 2 f, 7 ff.

[33] Das gilt auch für die Bewertungsmaßstäbe, vgl. Soergel/*Hadding*[12] § 706 Rn 10; MünchKommBGB[5]/*Ulmer/C. Schäfer* § 706 Rn 8. Zur Sittenwidrigkeit einer grob einseitigen Einlagebewertung vgl. BGH WM 1975, 325.

[34] Vgl. nur *Ulmer*/Habersack/Winter GmbHG § 5 Rn 99 zur zwingenden Ausgestaltung der Kapitalaufbringungsvorschriften im GmbH-Recht.

[35] Vgl. MünchKommBGB[5]/*Ulmer/C. Schäfer* § 706 Rn 10; Erman/*Westermann*[12] § 706 Rn 7; Bamberger/Roth/*Timm/Schöne*[2] § 706 Rn 6; Soergel/*Hadding*[12] § 706 Rn 7. Zur Einbringung von Know-how vgl. *Barz* FS W. Schmidt, 1959, S. 157 ff; BGH v. 25.1.1955, I ZR 15/53 („*Geheimverfahren*"), BGHZ 16, 172 (175) (Know-How als betrieblicher Vermögenswert); BFH v. 27.2.1975, I R 11/72, BFHE 115, 518

werter Leistungen unter Rechtsübertragung auf die Gesellschaft (quoad dominium, vgl. Rn 225) erfolgt und zu einer Vermehrung des Gesamthandsvermögens führt, handelt es sich um **Beiträge im engeren Sinne (Einlagen)**[36]. Die in § 705 BGB vorausgesetzte Förderung des gemeinsamen Zwecks kann aber auch in sonstiger Weise, sogar allein durch den Beitritt zur Gesellschaft und durch die damit verbundene, aus § 128 folgende **Erweiterung der Kreditgrundlagen der OHG** bewirkt werden[37]. Auch derartige Beiträge im weiteren Sinne reichen für die Förderungspflicht nach § 705 BGB aus[38]. Wegen dieses weiten Beitragsbegriffs kommt es auf die Frage, ob es auch beitragsfreie Beteiligungen geben kann, im Ergebnis nicht an.

19 Zur **Erhöhung der vereinbarten Beiträge** oder zum Ausgleich von Verlusten sind die Gesellschafter nach der zwingenden Vorschrift des **§ 707 BGB** nicht verpflichtet.[39] Freilich kann somit die stets notwendige Zustimmung der betroffenen Gesellschafter unter engen Voraussetzungen auch im Voraus, namentlich bereits im Gesellschaftsvertrag erklärt werden. Solche Einwilligungen sind freilich nur wirksam, wenn sie limitiert sind, insbesondere eine **Obergrenze** oder sonstige überschaubare Kriterien enthalten, die das Einverständnis der Höhe nach begrenzen.[40] In diesem Falle ist es unerheblich, ob die Fälligkeit der Nachschüsse von einem Mehrheitsbeschluss abhängt. Nicht um einen Fall der Beitragserhöhung handelt es sich, wenn bereits der **Gesellschaftsvertrag** in objektiv bestimmbarer, nicht von zusätzlichen Gesellschafterbeschlüssen abhängiger Weise erhöhte Leistungspflichten der Gesellschafter vorsieht, seien sie auch bedingter oder befristeter Natur, um dadurch künftigen Entwicklungen Rechnung zu tragen, etwa im Sinne aufschiebend bedingter Nachschuss- oder begrenzter Verlustausgleichspflichten[41]. Eine Vertragsbestimmung, wonach Gewinne und Verluste „auf Privatkonto verbucht" werden, gestattet freilich nicht den Schluss auf eine Verlustausgleichspflicht abweichend von § 735 BGB vor Auflösung der Gesellschaft.[42]

(520 f) (zum Know-How als Gegenstand der Vermögenseinlage des stillen Gesellschafters); hierzu auch Kommentierung zu § 230 HGB; weitere BFH-Entscheidungen zu Bewertungsfragen.

[36] Die Terminologie ist nicht einheitlich; wie hier MünchKommBGB[5]/*Ulmer*/*C. Schäfer* § 706 Rn 4; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 20 II 3, S. 572 f; Röhricht/Graf v. Westphalen/*v. Gerkan*/*Haas* Rn 73 sowie eingehend *U. Huber* Vermögensanteil, S. 191 ff, 195 mN zum Diskussionsstand.

[37] Allg. Ansicht seit RGZ 37, 58 (61).

[38] Ganz hM, vgl. BGH WM 1987, 689 (690); *A. Hueck* OHG § 1 I 1c, S. 5; Soergel/*Hadding*[12] § 706 Rn 6; MünchKommBGB[5]/*Ulmer*/*C. Schäfer* § 706 Rn 2 und 10; **aA** nur *Herrmann* ZHR 147 (1983), 313 (317).

[39] Näher MünchKommBGB[5]/*Ulmer*/*C. Schäfer* § 707 Rn 1 und *C. Schäfer* in VGR (Hrsg.) Gesellschaftsrecht in der Diskussion, 2008, S. 137 ff.

[40] Std. Rspr., prägnant etwa BGH WM 2006, 577 (578) und 774 (775) (mit Anm. *C. Schäfer* EWiR § 707 BGB 1/06, 301); vgl. ferner *Abram* MDR 2006, 7 (8 f); *Barfuß* DB 1977, 571 (572); *Wagner* WM 2006, 1273 (1274); *Wiedemann* ZGR 1977, 690 (692); *Leenen* FS Larenz, 1983, S. 371, (386); *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht § 16 III 3b; *ders.* ZGR 2008, 1 (20 f) (Obergrenze muss absolut sein); MünchKommBGB[5]/*Ulmer*/*C. Schäfer* § 707 Rn 7 f; Soergel/*Hadding*[12] § 707 Rn 3; zur Problematik des Bestimmtheitsgrundsatzes und zu Mehrheitsbeschlüssen, die in den Kernbereich der Mitgliedschaft eingreifen, vgl. § 119 Rn 34 ff.

[41] BGH WM 2006, 577 (578); 774 (775); 2005, 1608 (1609); 1979, 1282 (1283). Vgl. MünchKommBGB[5]/*Ulmer*/*C. Schäfer* § 707 Rn 3; großzügiger wohl BGH WM 1961, 32; NJW 1980, 339 (340) und Soergel/*Hadding*[12] § 707 Rn 1, wonach es genügen soll, dass die Beitragshöhe sich aus dem sachlich und wirtschaftlich begrenzten Gesellschaftszweck ergibt.

[42] BGH NJW 1983, 164.

3. Gemeinsamer Zweck

20 **a) Grundlagen.** Der gemeinsame Zweck und die hierauf gerichteten Förderungspflichten der Beteiligten (Rn 17 ff) bilden nach § 705 BGB die **konstitutiven Merkmale** des Gesellschaftsvertrags. Sie kennzeichnen dessen Rechtsnatur als Verhältnis der Interessengemeinschaft und grenzen ihn dadurch von den Austauschverträgen unter Einschluss der partiarischen Rechtsverhältnisse ab[43]. Notwendiger Inhalt des Gesellschaftsvertrags ist danach die Einigung der Parteien auf den von ihnen gemeinsam zu verfolgenden Gesellschaftszweck und dessen Förderung. Für das Verständnis des gemeinsamen Zwecks wesentlich ist seine Qualität als **überindividueller Verbandszweck**[44] und – damit zusammenhängend – seine inzwischen ganz überwiegend anerkannte Unterscheidung von den persönlichen Interessen, die die einzelnen Gesellschafter mit dem Beitritt verfolgen, also von ihren zum Vertragsschluss führenden **Motiven.**[45] Nicht zum Verbandszweck, sondern zu den Zwecken oder Motiven der Gesellschafter gehört namentlich auch das Interesse an der Erfolgsbeteiligung; dessen Fehlen bei einigen oder allen Gesellschaftern – etwa wegen der Verfolgung altruistischer Interessen – steht dem Vorhandensein eines gemeinsamen Zwecks und der Anerkennung als Gesellschaft nicht entgegen (Rn 22).

21 Abgesehen von der Vermögensverwaltung i.S.v. Abs. 2 (dazu Rn 28 ff) ist bei der OHG notwendiger **Gegenstand** des gemeinsamen Zwecks der Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma (vgl. näher Rn 23 ff); seine Konkretisierung auf eine bestimmte *Art* von Geschäften als *Unternehmensgegenstand* (einen für den Vorrang des Gesellschaftsinteresses und für das Wettbewerbsverbot des § 112 Abs. 1 bedeutsamen relevanten Markt, vgl. § 112 Rn 15) erfolgt im Gesellschaftsvertrag[46]. Mit Rücksicht auf diesen in § 105 Abs. 1 vorgeschriebenen Gesellschaftszweck ist die OHG stets Außengesellschaft (Rn 46), hat notwendig ein Gesamthandsvermögen (vgl. dazu Rn 40 ff) und muss jeweils auf Dauer angelegt sein (Rn 47). Abgrenzungsprobleme zu partiarischen Rechtsverhältnissen, wie sie etwa in Bezug auf die stille Gesellschaft häufig auftreten (vgl. Erl. in der Voraufl. zu § 230 [*Zutt*]), sind für die OHG ohne Bedeutung. Auch die aus dem Recht der GbR bekannte Abgrenzung zwischen Gesellschaft und bloßer Gefällig-

---

[43] Zur Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrags als Verhältnis der Interessengemeinschaft vgl. Rn 138; zur Abgrenzung von Gesellschaft und partiarischem Rechtsverhältnis vgl. MünchKommBGB[5]/*Ulmer* Vor § 705 Rn 107 ff; MünchKommHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn 54 ff.

[44] Vgl. dazu näher *Flume* I/1 § 3 I, S. 37 f; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 4 I 2b, S. 60.

[45] BGH NJW 1951, 308; 1960, 145 (147); *Ballerstedt* JuS 1963, 253 (254 f); *Fikentscher* FS Westermann, 1974, S. 87 (94 f); *Westermann* Handbuch Rn I 37; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. I, § 1 I 1b, S. 9 f; wohl auch *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 4 I 2a, S. 59 f. Näher dazu und zu den Folgen für die Bejahung des gemeinsamen Zwecks *U. Lenz* Personenverbände – Verbandspersonen – Kartellverträge, 1987, S. 15 f, 29 ff, 148 ff. Vgl. auch unten Fn 48.

[46] Insofern besteht bei der OHG zumindest partielle Identität zwischen (umfassenderem) Gesellschaftszweck und (konkretisiertem) Unternehmensgegenstand; bestehende Unterschiede sind vor allem für die Änderungsvoraussetzungen bedeutsam (zutr. *Zöllner* Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, 1963, S. 27 f; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 4 II 3a, S. 65). Die deutliche Unterscheidung, die das Kapitalgesellschaftsrecht zwischen Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand trifft (vgl. näher *Ulmer*/Habersack/Winter GmbHG § 1 Rn 5 ff), findet im Personengesellschaftsrecht schon wegen des engeren, in § 105 Abs. 1 vorausgesetzten Gesellschaftszweck, keine Entsprechung.

keit ohne Rechtsbindung[47] ist für die OHG angesichts des klar definierten gemeinsamen Zwecks regelmäßig nicht relevant. Insbesondere der gemeinsame Betrieb eines bestimmten Handelsgewerbes gestattet vielmehr den Rückschluss darauf, dass die Beteiligten sich auf den in § 105 Abs. 1 vorausgesetzten gemeinsamen Zweck geeinigt haben; dieser Schluss kann nur durch den fehlenden Vertragsschluss widerlegt werden, abgesehen vom Fall der Fortführung des ererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft (Rn 62), also durch den Nachweis, dass es sich um eine Scheingesellschaft (Rn 367 ff) handelt.

22 Die **Erfolgsbeteiligung** der Gesellschafter verbindet sich zwar regelmäßig mit ihrer Gesellschafterstellung (vgl. § 120); sie ist jedoch **kein notwendiges Merkmal** der OHG. Das folgt aus der in Rn 20 erwähnten Differenzierung zwischen gemeinsamem Zweck und persönlichen Interessen (Motiven) der Beteiligten. Eine OHG ist nach zutr. Ansicht daher auch dann gegeben, wenn ein Teil der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag von der Beteiligung am Gewinn oder Verlust ausgeschlossen ist[48]. Der Grund für eine derartige Gestaltung kann etwa darin liegen, dass die auf eine Gewinnbeteiligung verzichtenden oder sich mit einem geringen Anteil begnügenden Gesellschafter mit dieser Gestaltung eine Zuwendung an Mitgesellschafter oder dritte Destinatäre erbringen wollen. **Grenzen** für die Privatautonomie ergeben sich insoweit nur aus § 138 BGB, bei grob einseitiger, unter Ausnutzung der Unterlegenheit von Mitgesellschaftern durchgesetzter Regelung über die Ergebnisverteilung i.S. einer *societas leonina*[49]. Dagegen hat ein freiwilliger Verzicht auf die Gewinnbeteiligung das Eingreifen des § 138 BGB nicht schon zur Folge. Allerdings ist der Ausschluss eines Gesellschafters von jeder Gewinnbeteiligung bei der OHG nur selten anzutreffen; für die Annahme einer entsprechenden Ausschlussklausel im Gesellschaftsvertrag bedarf es daher eindeutiger Auslegungskriterien[50]. Entsprechendes gilt für Vereinbarungen, wonach ein Gesellschafter nur mit einem festen Betrag am Gewinn teilnimmt oder wonach er unabhängig vom Erfolg der Gesellschaft jährlich eine feste Summe erhalten soll[51]; auch sie sind zulässig, aber wenig naheliegend. – Auch die Ertragslosigkeit der Gesellschaft hat keine Auswirkungen auf ihren Bestand als OHG, solange nur dadurch das für den Gewerbebegriff erforderliche Erwerbsstreben der Gesamthand nicht in Frage gestellt ist (vgl. dazu näher Rn 23).

23 **b) Betrieb eines Handelsgewerbes (§ 105 Abs. 1).** Nach § 105 Abs. 1 ist eine OHG eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist. Erstes Erfordernis für dieses Begriffsmerkmal der OHG ist ein **Gewerbe** als Gegenstand der gemeinsamen Tätigkeit. Darunter versteht die hM mit Differenzierungen im Einzelnen die selbständige, planmäßige (auf Dauer gerichtete), nicht als freier Beruf zu qualifi-

---

[47] Vgl. dazu MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 17 ff mN.

[48] HM, vgl. BGH WM 1987, 689 (690); *Böhmer* JZ 1994, 982 (989); *A. Hueck* OHG, § 1 I 1b, S. 3 f; *Flume* I/1 § 3 II, S. 42 ff; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 149 ff; Soergel/*Hadding*[12] § 705 Rn 36; *U. Lenz* (Fn 45), S. 30 ff, 46 ff; **aA** noch *Ballerstedt* JuS 1963, 255; *Schulze-Osterloh* Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften, 1973, S. 25, 66; sowie früher RGZ 95, 147 (149); RG JW 1930, 2655; *Düringer/Hachenburg/Flechtheim* Rn 2; *Wieland* I, S. 462, 548.

[49] So auch *Flume* I/1 § 3 V, S. 48 f; *A. Hueck* OHG, § 1 I 1b, S. 3 f; *Böhmer* JZ 1994, 982 (989); Soergel/*Hadding*[12] § 705 Rn 36; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 151; Erman/*Westermann*[12] § 705 Rn 32; **aA** – keine Gesellschaft – noch *Ballerstedt* JuS 1963, 253 (255); Staudinger/*Keßler* BGB (1979) Vor § 705 Rn 179. Für weitgehende Anerkennung der societas leonina vorbehaltlich konzernrechtlicher Unterordnungsverhältnisse *U. Lenz* (Fn 45), S. 36 ff, 38.

[50] So zutr. *A. Hueck* OHG, § 1 I 1b, S. 5.

[51] Vgl. RGZ 90, 14 (16); RG JW 1915, 1470.

zierende entgeltliche Tätigkeit eines Anbieters am Markt (vgl. näher § 1 Rn 18 ff [*Oetker*]). Auf die Absicht zur Gewinnerzielung[52] kommt es nicht an; es reicht die **wirtschaftende Tätigkeit am Markt**, sofern sie im Wettbewerb mit Privatunternehmen nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen erbracht wird und nicht ausschließlich der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient[53]. Für den in der Rechtsform einer Personengesellschaft verfolgten, auf entgeltliche Tätigkeit am Markt gerichteten Zweck dürfte es auf diese Abgrenzung allerdings kaum je ankommen, solange nur die Merkmale des selbständigen, planmäßigen Anbietens am Markt gegeben sind[54]. Das Vorliegen eines Gewerbes ist in diesen Fällen daher regelmäßig zu bejahen, soweit nicht der Vorbehalt für freie Berufe eingreift (vgl. dazu § 1 Rn 27 ff [*Oetker*]). **Ausgeschlossen** ist die OHG nur für wenige gewerbliche Tätigkeiten, darunter einerseits für *Versicherungsgeschäfte*, die nach § 7 Abs. 2 VAG nur in der Rechtsform der AG (bzw. SE) oder des VVaG betrieben werden dürfen, andererseits für bestimmte Arten von Bankgeschäften (*Kapitalanlagegesellschaften* nur als AG oder GmbH, vgl. § 6 Abs. 1 Satz 2 InvG; *Bausparkassen* nur als AG, vgl. § 2 Abs. 1 BauspG). Demgegenüber kann das allgemeine Bankgeschäft vorbehaltlich der hierzu erforderlichen aufsichtsrechtlichen Genehmigung auch in der Rechtsform einer OHG oder KG betrieben werden; gesperrt ist diese Tätigkeit nach § 2c KWG nur für Einzelkaufleute. Auch der Betrieb einer Apotheke ist in der Rechtsform einer OHG zulässig, sofern nur sämtliche Gesellschafter die Apotheker-Approbation besitzen (§ 8 ApG).

24 Die Qualifizierung des Gewerbes als **Handelsgewerbe** bestimmt sich nach §§ 1 bis 3, 5. Seit der Handelsrechtsreform 1998 (Rn 9) ist gem. **Abs. 1** jede Gesellschaft, die ein Gewerbe im Umfang des § 1 Abs. 2 betreibt, OHG schon kraft des Gewerbebetriebs, also unabhängig von ihrer Eintragung im Handelsregister. Bei dem von der OHG betriebenen Handelsgewerbe muss es sich also um ein nach Art und Umfang **istkaufmännisches** Unternehmen handeln; andernfalls ist die Personengesellschaft bis zur Eintragung als GbR zu qualifizieren[55] (Rn 50). Nicht notwendig ist, dass das Handelsgewerbe schon bei Vertragsschluss betrieben wird oder sofort (ist-)kaufmännische Dimensionen[56] erreicht; für das Vorliegen einer OHG genügt es, dass das geplante Handelsgewerbe von vornherein auf den Umfang eines kaufmännischen Unternehmens **angelegt** ist (§ 1 Abs. 2) und genügend Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass das Unternehmen eine entsprechende Ausgestaltung und Einrichtung in Kürze erfahren wird[57]. In derartigen Fällen

---

[52] So noch *A. Hueck* OHG, § 1 I 2a, S. 7; *Winkler* NJW 1970, 449 (450) sowie früher std. Rspr., vgl. noch BGHZ 36, 273 (276) = NJW 1962, 868; BGHZ 53, 222 (223) = NJW 1970, 938. Vgl. auch die Übersichten bei *Röhricht*/Graf v. Westphalen § 1 Rn 24 und BGHZ 95, 155 (157 ff) = NJW 1985, 3063 (Deutsche Bundesbahn als Gewerbebetrieb).

[53] Vgl. § 1 Rn 18 (*Oetker*) sowie *Gierke/Sandrock* I, § 6 II 5, S. 114; *Raisch* Geschichtliche Voraussetzungen, 1965, S. 186 ff; *Th. Raiser* Das Unternehmen als Organisation, 1969, S. 112; *Sack* ZGR 1974, 197; *Canaris* Handelsrecht, § 2 Rn 14; *K. Schmidt* Handelsrecht, § 9 IV 2d, S. 289; *Hopt* ZGR 1987, 145 ff; wohl auch BGHZ 83, 382 (386 f) = NJW 1982, 1815; BGHZ 95, 155 (157 f) = NJW 1985, 3063; offenlassend aber BGHZ 155, 240 (244).

[54] Bei den in der Rspr. behandelten Grenzfällen aus dem Bereich der Daseinsvorsorge (Wasserwerk, Fernsehanstalt, Bundesbahn vor ihrer Umwandlung in die Deutsche Bahn AG u.a.) waren die Unternehmen in aller Regel nicht als Personengesellschaft organisiert.

[55] MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 34; Röhricht/Graf v. Westphalen/*v. Gerkan/Haas* Rn 8a.

[56] Zu den dafür erforderlichen, von Art und Umfang des Geschäftsbetriebs abhängigen Größenverhältnissen vgl. § 1 Rn 100 f (*Oetker*) und OLG Frankfurt WM 1983, 222.

[57] EinhM, vgl. BGHZ 10, 91 (96) = NJW 1953, 1217; BGHZ 32, 307 (311) = NJW 1960, 1664; RGZ 112, 280 (281 f); BayObLG NJW

sind auch schon *Vorbereitungsgeschäfte* für das Handelsgewerbe der Gesellschaft Handelsgeschäfte nach § 343 (zur davon abweichenden Behandlung des Gesellschaftsvertrags vgl. Rn 44).

25 Für **Kleingewerbebetriebe** und **land- oder forstwirtschaftliche Unternehmen** besteht nach § 2 S. 2, 3 bzw. § 3 Abs. 2 ein Eintragungswahlrecht (vgl. näher Erl. zu §§ 2, 3 [*Oetker*]). In diesem Falle entsteht die Gesellschaft gem. **Abs. 2** naturgemäß erst mit der Eintragung, die zugleich das gewerbliche zu einem handelsgewerblichen Unternehmen werden lässt. Die erste Variante des Abs. 2 versteht sich somit lediglich als Konsequenz aus dem geänderten Kaufmannsbegriff, enthält also lediglich **klarstellende Funktion:** Auch die Personengesellschaft (s. § 6 Abs. 1) kann als Trägerin eines gewerblichen Unternehmens gem. § 2 (oder § 3) die Kaufmannseigenschaft durch Eintragung erlangen und dadurch zur OHG (bzw. KG) werden.[58] Wegen der ohnehin bloß deklaratorischen Bedeutung schadet es nicht, dass **land- und forstwirtschaftliche** Unternehmen (§ 3) nicht ausdrücklich in Abs. 2 erwähnt werden; dass auch sie sich als OHG eintragen lassen können, ist nicht zweifelhaft.[59] Zur Frage der Anwendung von OHG-Recht auf das Innenverhältnis schon vor Eintragung vgl. § 109 Rn 15 f. Wird ein bereits im Handelsregister eingetragenes Unternehmen in die Gesellschaft eingebracht oder tritt jemand nach § 28 unter gleichzeitigem Abschluss eines Gesellschaftsvertrags in das Geschäft eines eingetragenen Kaufmanns ein, so ist die Gesellschaft stets von Anfang an OHG, auch wenn die auf die Gesellschaft bezogenen, in § 106 vorgeschriebenen Eintragungen noch nicht erfolgt sind.[60] Entsprechendes gilt auch für die im Wege der Verschmelzung durch Neugründung entstehende OHG (Rn 52). Zur OHG kraft Eintragung (§ 5) und zur Schein-OHG vgl. Rn 31 f.

26 **Betrieben** wird das Handelsgewerbe von der Gesellschaft, wenn sie unter ihrer Firma, **im eigenen Namen,** handelt (§ 1 Rn 51 ff [*Oetker*]). Darauf ob sie die Geschäfte auf eigene Rechnung ausführt oder auf fremde, etwa im Rahmen eines Treuhand- oder eines Betriebsführungsvertrags[61], kommt es nicht an[62]. Tritt nach außen nur *einer* der Gesellschafter als Geschäftsinhaber in Erscheinung, so fehlt es auch dann, wenn die Gesellschaft als Innengesellschaft iwS über Gesamthandsvermögen verfügt, am gemeinschaftlichen Betrieb eines Handelsgewerbes (zum gemeinschaftlichen Handeln unter Fortführung der Firma eines der Gesellschafter vgl. demgegenüber Rn 33 ff). Ebenso liegt kein gemeinschaftlicher Betrieb vor bei Verpachtung des Unternehmens; Betreiber und Kaufmann i.S. der §§ 1 ff ist der Pächter[63]. Der Betrieb des Handelsgewerbes dauert fort bis zu seiner **endgültigen Einstellung,** unabhängig von der Löschung im Handelsregister (§ 1 Rn 106 [*Oetker*]). Eine bloß vorübergehende Betriebsstilllegung mit der Absicht anschließender Fortführung lässt die Kaufmannseigenschaft des Betreibers und damit die

---

1985, 982 (983); *A. Hueck* OHG, § 5 I 2, S. 41; Baumbach/*Hopt* Rn 4. Vgl. auch § 106 Rn 7 ff.

[58] Vgl. nur MünchKommHGB/*K. Schmidt* § 2 Rn 8, § 105 Rn 35, 49.

[59] Vgl. nur MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 37; *Koller*/Roth/Morck Rn 10.

[60] Noch zum alten Recht, insoweit aber übertragbar BGHZ 59, 179 (183) = NJW 1972, 1660 (anders aber bei Übernahme des Unternehmens einer eingetragenen GmbH); BGHZ 73, 217 (220) = NJW 1979, 1361.

[61] Zum Betriebsführungsvertrag vgl. Anh. § 105 Rn 69.

[62] EinhM, vgl. RGZ 99, 158 (159); BGH BB 1976, 1192 (1193); OLG Hamm DNotZ 1964, 421 (423); § 1 Rn 53 (*Oetker*); *Röhricht*/Graf v. Westphalen § 1 Rn 73.

[63] Vgl. OLG Köln NJW 1963, 541; § 1 Rn 53 23 (*Oetker*); *K. Schmidt* Handelsrecht § 5 I 1c, S. 92; *Röhricht*/Graf v. Westphalen § 1 Rn 84.

Rechtsform der Gesellschaft als OHG unberührt[64]; Entsprechendes gilt bei der Abwicklung, solange die Abwicklungsmaßnahmen andauern (§ 156). Zur Betriebsaufspaltung vgl. Vor § 105 Rn 23.

27 **Spätere Änderungen** der Unternehmensdimensionen können zum Formwechsel kraft Rechtsformzwangs führen (Rn 15). Das spätere Herabsinken auf den Umfang eines kannkaufmännischen Unternehmens (§ 2) führt nur dann zu einem Rechtsformwechsel von der OHG zur GbR, wenn die Gesellschaft – entgegen § 29 nicht im Handelsregister eingetragen ist. Anderenfalls bleibt die Kaufmannseigenschaft gem. § 5 erhalten, solange überhaupt noch ein Gewerbe betrieben wird (§ 1 Rn 107 [*Oetker*]). Diese Vorschrift ist entsprechend anwendbar, wenn die Gesellschaft zur Vermögensverwaltung i.S.v. Abs. 2 (Rn 28 ff) übergeht.[65] Zur Rechtslage bei dauernder Einstellung des Geschäftsbetriebs vgl. § 131 Rn 10. Soweit danach ein Rechtsformwechsel in Betracht kommt, also namentlich im umgekehrten Fall (Wechsel in die OHG bei Erreichen (ist-)kaufmännischen Zuschnitts) oder bei fehlender Eintragung, tritt der Formwechsel ein, sobald die fragliche Schwelle auf Dauer über- oder unterschritten ist (Rn 56). Zur Beurteilung des Innenverhältnisses nach erfolgter Rechtsformänderung vgl. § 109 Rn 17 f.

28 **c) Vermögensverwaltende Gesellschaft (§ 105 Abs. 2 Var. 2).** Seit der Handelsrechtsreform 1998 (Rn 9) kann auch eine Gesellschaft, die kein Handelsgewerbe betreibt, in der Rechtsform der OHG geführt werden, sofern sie im Handelsregister eingetragen wird. Zuvor war den nur vermögensverwaltenden Gesellschaften der Weg ins Handelsregister versperrt (dazu Voraufl. Rn 26 [*Ulmer*]). Wie im Falle eines kleingewerblichen Unternehmens (dazu Rn 25) entsteht die OHG erst mit der Eintragung im Handelsregister; zuvor handelt es sich um eine GbR. Anders als die – im Grunde überflüssige – 1. Variante von Abs. 2 (dazu Rn 25) hat **Variante 2 rechtsbegründende Funktion**; denn sie wirkt unabhängig vom Kaufmannsbegriff: Obwohl die Gesellschaft kein Gewerbe betreibt, kann sie durch die Eintragung zur OHG (bzw. KG) und damit zum Kaufmann (§ 6 Abs. 1) werden.

29 Der **Begriff der Vermögensverwaltung** ist umstritten: Die hM hält im Grundsatz am Wortlaut fest,[66] verlangt jedoch im Anschluss an die Gesetzesmotive einen „gewerbeähnlichen Umfang" bzw. einen „berufsmäßigen Betrieb" und reduziert den Begriff deshalb um die Verwaltung im alltäglichen, privaten Bereich.[67] Zum Teil wird hingegen eine solche Einschränkung einerseits abgelehnt[68] oder Abs. 2 gar als Auffangtatbestand für alle unternehmenstragenden – unter Einschluss der freiberuflichen – Gesellschaften verstanden,[69] und andererseits verlangt, dass die Gesellschaft *nur* eigenes Vermögen verwalten

---

[64] BGHZ 32, 307 (312) = NJW 1960, 1664; RGZ 110, 422 (424 f); LG Köln DB 1980, 923; vgl. auch § 1 Rn 47 (*Oetker*).

[65] Dazu § 1 Rn 23 ff (*Oetker*); s. auch § 131 Rn 13; zur Rechtslage bei völliger Einstellung des Geschäftsbetriebs s. § 131 Rn 12.

[66] *Koller*/Roth/Morck Rn 10; Röhricht/Graf v. Westphalen/*v. Gerkan*/*Haas* Rn 9; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 22 ff; *Siems* NZG 2001, 738 (742); *E. Schäfer* DB 1998, 1269 (1273 f); *Priester* DNotZ 1998, 691 (702).

[67] So im Anschluss an Begr. RegE BTDrucks. 13/8444, S. 39 („einem Gewerbe vergleichbar") und 41 (wo das Beispiel der Grundstücksgesellschaft zwischen Eheleuten erwähnt wird); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 23 f; *Koller*/Roth/Morck Rn 10; Röhricht/Graf v. Westphalen/*v. Gerkan*/*Haas* Rn 9.

[68] Baumbach/*Hopt* Rn 13 (für private Vermögensverwaltung).

[69] MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 58, 63; *ders.* NJW 1998, 2161 (2165); tendenziell auch *Schlitt* NZG 1998, 580 (581).

darf, um sich nach Abs. 2 als OHG eintragen zu lassen.[70] – Hierzu ist wie folgt *Stellung* zu *nehmen*: Der Gesetzgeber wollte einerseits nicht sämtlichen unternehmenstragenden Gesellschaften den Weg in die OHG öffnen; denn er hat an der Partnerschaftsgesellschaft, die anderenfalls überflüssig wäre, unverändert festgehalten und mit dem Begriff der Vermögensverwaltung ein durchaus abgrenzbares Tatbestandsmerkmal geschaffen, was eine Auffangfunktion des Abs. 2 ausschließt. Mit der lex lata lässt sich die Erstreckung möglicher OHG-Zwecke auf den Betrieb sämtlicher Unternehmen somit nicht vereinbaren. Im Gegenteil gibt auch die Begründung deutlich zu erkennen, dass der Gesetzgeber den Bereich möglicher Zwecke moderat, nämlich nur um den als praktisch besonders bedeutsam angesehenen Bereich der Vermögensverwaltung (**Immobilienverwaltungs-, Objekt-, Besitz- und Holdinggesellschaften**) erweitern wollte.[71] Es kommt daher insbesondere nicht mehr darauf an, ob die Verwaltung des Beteiligungsbesitzes durch die Holdinggesellschaft oder die Verpachtung des Betriebsvermögens durch eine Besitzgesellschaft im Rahmen der Betriebsaufspaltung[72] als Gewerbe zu qualifizieren sind, worüber häufig Unklarheit herrscht (§ 1 Rn 23 ff [*Oetker*]). Dies spricht im Ausgangspunkt dafür, unter den Tatbestand nur solche Formen der Vermögensverwaltung einzuordnen, die nicht schon als Gewerbe zu erfassen sind, so dass die Fremdverwaltung im Ansatz ausscheidet.[73] Freilich sollte diese Abgrenzungsfunktion des Merkmals nicht überspitzt werden: Einer Gesellschaft, die sowohl eigenes als auch fremdes Vermögen verwaltet, ist der Weg ins Handelsregister nicht deshalb versperrt, weil ihre Verwaltung von Fremdvermögen einerseits keinen gewerblichen Umfang erreicht (dazu § 1 Rn 23 f [*Oetker*])[74], sie aber andererseits nicht „nur" eigenes Vermögen verwaltet.[75] Demgemäß fällt die Holdinggesellschaft gewiss auch dann unter Abs. 2, wenn sie ihren Anteilsbesitz nicht „nur" verwaltet, sondern überdies eine Konzernleitungsfunktion wahrnimmt, und Entsprechendes muss dann auch für die Komplementär-GmbH & Co. KG gelten.[76] In diesem Sinne ist es also für Abs. 2 als ausreichend anzusehen, wenn die Gesellschaft *auch* eigenes Vermögen verwaltet. Deshalb kann man aber andererseits zu Abgrenzungszwecken auf einen – auch mit dem Gewerbebegriff verbundenen – **Mindestumfang** und die **Berufsmäßigkeit** (dazu § 1 Rn 43 [*Oetker*]) nicht verzichten. Das Gesetz möchte in einem bestimmten, zumindest gewerbenahen Bereich die unternehmerische Betätigung auch dann in der Form einer OHG/KG ermöglichen, wenn nach herkömmlicher Abgrenzung der Gewerbebegriff nicht verwirklicht wird, nicht jedoch Privatleuten zu kaufmän-

---

[70] *Schön* DB 1998, 1169 (1174).

[71] BegrRegE, BT-Drucks. 13/8444, S. 40.

[72] Vgl. dazu MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 10. Die Praxis hatte die Besitzgesellschaft trotz Verpachtung des Geschäftsbetriebs an eine hierzu gegründete Betriebs-GmbH in der Regel weiterhin als Handelsgesellschaft (meist KG) behandelt und im Handelsregister belassen, sofern der Umfang ihrer Tätigkeit kaufmännische Einrichtung erforderte (in diesem Sinne etwa noch OLG München NJW 1988, 1036 [1037]; LG Heidelberg BB 1982, 142; Baumbach/*Hopt*[29] § 2 Rn 2; Voraufl. § 17 Rn 20 [*Hüffer*]); dies wurde jedoch - in der Sache zu Recht - kritisiert von *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 12 II 3d; Schlegelberger/*K. Schmidt* § 105 Rn 39; so auch schon *ders.* DB 1971, 2345 (2347); DB 1988, 897 f und DB 1990, 93 (94) (für die doppelstöckige GmbH & Co. KG); ebenso Voraufl. Rn 26 (*Ulmer*).

[73] Im Ansatz überzeugend *Schön* DB 1998, 1969 f.

[74] So hat etwa BGHZ 63, 32 (33) = NJW 1974, 1462; BGHZ 74, 273 (276 f) = NJW 1979, 1650 die Grundstücksvermietung und -verwaltung als i.d.R. nicht gewerblich qualifiziert.

[75] Übereinstimmend Baumbach/*Hopt* Rn 13 („nur" sei typologisch zu verstehen).

[76] Zutr. *K. Schmidt* NJW 1998, 2161 (2165) und MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 60, 64.

nischen Unternehmen verhelfen, die gelegentlich ihren Bargeldbestand von einer Börse in die andere schichten. Es kommt daher zwar nicht darauf an, dass die Gesellschaft anbietend am Markt tätig ist (was beispielsweise für die Besitzgesellschaft nicht gilt) und ebenso ist gewiss nicht erforderlich, dass die Vermögensverwaltung einen „kaufmännischen" Umfang wie nach § 1 Abs. 2 erreicht. Wohl aber ist eine „Berufsmäßigkeit" in dem Sinne erforderlich, dass die Verwaltungstätigkeit eine gewisse Planmäßigkeit und eigenständige wirtschaftliche Bedeutung für das Unternehmen aufweist. Dass die Gesellschaft über ein einzelnes (auch wertvolles) Grundstück verfügt, das von Zeit zu Zeit vermietet wird, reicht demgemäß nicht aus.[77]

30 Mangels Auffangcharakters von Abs. 2 (Rn 29) bleibt es dabei, dass **Kartelle** und **Konsortien,** die sich auf die Koordination der Tätigkeit ihrer Mitglieder beschränken, ohne selbst als Anbieter am Markt aufzutreten, typischerweise **keine OHG** (KG), sondern eine GbR bilden; es fehlt sowohl am Gewerbebetrieb als auch an einer „berufsmäßigen" Vermögensverwaltung.[78] Für **Arbeitsgemeinschaften** (Arge) der Bauwirtschaft, die häufig gemeinsam unter der Arge-Bezeichnung nach außen auftreten und Werkverträge abschließen, ist die Frage hingegen umstritten. Zwar wird die Gewerbsmäßigkeit von der ganz hM mit Recht abgelehnt, weil die Arge regelmäßig zur gemeinsamen Erstellung eines bestimmten Bauwerks gegründet wird, weshalb es sich unabhängig von der Bauzeit um eine Gelegenheitsgesellschaft handelt, so dass hier das Merkmal der planmäßigen, auf Dauer gerichteten Tätigkeit fehlt.[79] Neuerdings ist die hM in Hinblick auf Abs. 2 mit dem Argument bestritten worden,[80] dass eine Arge, die ja gegründet werde, weil das Geschäftsvolumen die Kapazität eines einzelnen Bauunternehmens übersteige, aus Gründen der Gleichbehandlung für die Einbeziehung der Argen in den Bereich der OHG sprächen, damit diese sich nicht dem Handelsrecht entziehen könnten[81]. Hiergegen spricht jedoch, dass eine Arge in der Regel nur einmalig gegenüber einem konkreten Kreis von Bauherren tätig wird.[82] Sie wird zudem nicht selbst unternehmerisch tätig, sondern koordiniert lediglich die unternehmerische Tätigkeit der beteiligten Bauunternehmen.[83] Im Ergebnis bleibt es daher dabei, dass die Arge typischerweise nicht gewerblich tätig wird; auch unter dem Aspekt der Vermögensverwaltung ist ihr mangels Berufsmäßigkeit **kein Wahlrecht** nach Abs. 2 zuzubilligen. Entsprechendes gilt für die **freien Berufe.** Sie können mangels Gewerbebetriebs, aber auch aus berufsrechtlichen Gründen

---

[77] Übereinstimmend Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 23; **aA** wiederum MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 64.

[78] Vgl. hierzu näher MünchKommBGB[5]/*Ulmer* Vor § 705 Rn 51 ff, 65 ff mN.

[79] Vgl. § 1 Rn 20 f (*Oetker*) sowie *Hochstein/Jagenburg* Der Arbeitsgemeinschaftsvertrag, 1974, Einl. Rn 53 f; *Lutz Fischer* Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 1977, S. 201; *K. Schmidt* in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1983, S. 454; aus der Rspr. BGHZ 61, 338 (340 ff) = NJW 1974, 451; BGHZ 72, 267 (271) = NJW 1979, 308; BGHZ 86, 300 (307) = NJW 1983, 1114; BGHZ 146, 341 (342) = NJW 2001, 1056.

[80] Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 15; für Wahlrecht nach Abs. 2 auch *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 7 I 5d, S. 614; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 64; KG BauR 2001, 1790; OLG Dresden NZG 2003, 124; OLG Frankfurt OLGR 2005, 257; LG Bonn BauR 2004, 1170.

[81] OLG Dresden NZG 2003, 124 (125 f).

[82] Gegen ein Wahlrecht aus § 105 Abs. 2 auch OLG Karlsruhe BauR 2006, 1190; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* Vor § 705 Rn 43 mwN; *Schmitz* EWiR 2004, 341; gegen Gewerblichkeit, aber für Wahlrecht dagegen *K. Schmidt* DB 2003, 703 (704 f) und MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 64.

[83] Insoweit übereinstimmend *K. Schmidt* DB 2003, 703 (705) und MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 64 (der aber gleichwohl für ein Wahlrecht plädiert).

grundsätzlich nicht als Handelsgesellschaft, sondern nur als GbR, Partnerschaft oder Kapitalgesellschaft betrieben werden,[84] zumal sie ihr Vermögen typischerweise nicht berufsmäßig verwalten. Ausnahmen gelten nach §§ 27 Abs. 1 WPO, 49 Abs. 1 StBerG für Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften. Ihnen stehen neben den Rechtsformen der AG oder GmbH auch diejenigen der OHG oder KG offen, wenn sie wegen ihrer gleichzeitigen Treuhandtätigkeit in das Handelsregister eingetragen sind (§§ 27 Abs. 2 WPO, 49 Abs. 2 StBerG).

31 **d) OHG kraft Eintragung und Schein-OHG.** Den Fall der OHG kraft Eintragung regelt § 5. Aufgrund der Eintragung fingiert die Vorschrift, dass ein Handelsgewerbe betrieben wird (näher § 5 Rn 3 [*Oetker*]). Diese Fiktion greift freilich nur ein, wenn und solange die Gesellschaft unter der eingetragenen Firma ein **Gewerbe** betreibt (§ 5 Rn 8 ff [*Oetker*]); anderenfalls handelt es sich um eine Schein-OHG (Rn 32). Nachdem die Handelsrechtsreform 1998 (Rn 9) das Handelsregister für sämtliche Gewerbebetriebe geöffnet hat, ist der Anwendungsbereich für die Vorschrift des § 5 beschränkt. Für sie bleibt nur noch Raum, wenn die Eintragung nicht auf einer von § 2 S. 2 vorausgesetzten Auswahlentscheidung der Gesellschafter beruht, namentlich also in Fällen der nachträglichen Reduktion des Gewerbebetriebs und bei irrtümlicher Annahme einer Eintragungspflicht nach § 29. Entsprechendes gilt, wenn der Gesellschaftszweck nachträglich zur Vermögensverwaltung geändert wird (s. schon Rn 27, ferner § 131 Rn 11 und näher § 5 Rn 4 [*Oetker*]). Wegen der **Rechtsfolgen** gelten für die OHG kraft Eintragung keine Besonderheiten: § 5 gilt im Geschäftsverkehr unbeschränkt, ferner für gesetzliche Verbindlichkeiten, zumal es sich nicht um eine Rechtsscheinvorschrift handelt, nach hL jedoch nicht im öffentlichen Recht, so dass namentlich § 238 auf den Kaufmann nach § 5 keine Anwendung findet (§ 5 Rn 22 [*Oetker*]). Deshalb müssen die Gesellschafter entscheiden, ob sie von ihrem Wahlrecht nach § 2 S. 2 bzw. Abs. 2 Gebrauch machen wollen. Verbleiben sie auch über längere Zeit nach Herabsinken des Gewerbebetriebs bzw. nach der Änderung des Gesellschaftszwecks im Register, ist zu vermuten, dass sie eine (rückwirkende) Auswahlentscheidung zugunsten der OHG getroffen haben, so dass auch die öffentlich-rechtlichen Normen des Handelsrechts u.a. in vollem Umfang zur Anwendung kommen. In Anlehnung an § 139 Abs. 3 und § 27 Abs. 2 wird man hierfür grundsätzlich eine Entscheidungsfrist von 3 Monaten zugrunde legen.

32 Demgegenüber ist von einer **Schein-OHG** entsprechend der Lehre vom Scheinkaufmann (§ 5 Rn 24 ff [*Oetker*]) in denjenigen Fällen auszugehen, in denen eine Gesellschaft im Rechtsverkehr als OHG auftritt, *ohne* die Voraussetzungen der § 105 Abs. 1 und 2 oder des § 5 zu erfüllen[85]. Seit der Handelsrechtsreform kann es sich dabei nur um eine im Rechtsverkehr zu Unrecht unter einer (OHG-)Firma auftretende, nicht eingetragene Gesellschaft handeln. Rechtlich liegt in diesen Fällen ein als GbR zu qualifizierender Zusammenschluss vor. Die Beteiligten können sich jedoch denjenigen gegenüber, die auf das Auftreten als OHG vertrauen, nicht auf das Fehlen der OHG-Qualifikation berufen. Sie müssen das Handeln von Mitgesellschaftern namens der Schein-OHG gegen sich gelten lassen, wenn diesen nicht in einer den guten Glauben Dritter beseitigenden Weise, etwa unter Eintragung im Handelsregister, die Vertretungsmacht entzogen war. Nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR und der akzessorischen Gesellschafterhaftung

---

[84] MünchKommBGB[5]/*Ulmer/C. Schäfer* Vor § 1 PartGG Rn 13 ff, § 1 Rn 82 ff; vgl. auch MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 64 aE.

[85] Vgl. zu den Rechtsverhältnissen einer Schein-OHG insbes. *A. Hueck* OHG, § 5 III, S. 46 ff; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 258 f.

analog § 128 durch die höchstrichterliche Rechtsprechung[86] hat die Bedeutung der Schein-OHG freilich abgenommen.[87] Von Bedeutung ist sie seither nicht mehr für die Gesellschafterhaftung, sondern allenfalls noch für die Anwendung des § 126 gegenüber Gutgläubigen, sofern man mit der bisher hM dessen analoge Anwendung auf die GbR ablehnt, so dass interne Beschränkungen der Vertretungsmacht der Geschäftsführer bei der GbR zu Lasten des Rechtsverkehrs zu berücksichtigen sind.[88] Von einer *Scheingesellschaft* i.S.v. § 117 BGB (Rn 367 ff) unterscheidet sich die Schein-OHG dadurch, dass es nicht am Abschluss eines Gesellschaftsvertrags fehlt, sondern nur am Betrieb eines Handelsgewerbes oder Vermögensverwaltung (bzw. an der Wirkung des § 5).

33 **4. Gemeinschaftliche Firma?** Weiteres Erfordernis für das Vorliegen einer OHG ist nach dem *Wortlaut* des § 105 Abs. 1, dass der Betrieb des Handelsgewerbes (Rn 23) oder die Vermögensverwaltung (Rn 28) unter gemeinschaftlicher Firma erfolgt. Gemeint ist damit das für die Außengesellschaft kennzeichnende, die OHG von der stillen Gesellschaft unterscheidende **gemeinschaftliche Auftreten nach außen**; da die OHG – im Unterschied zum Einzelkaufmann – nicht über einen bürgerlichen Namen verfügt, kann sie nach außen nur unter einer besonderen Bezeichnung (ihrer Firma) als notwendigem Teil ihrer Identitätsausstattung[89] in Erscheinung treten. Dass die Beteiligten sich im Gesellschaftsvertrag nicht auf eine gemeinschaftliche Firma geeinigt haben, steht der Qualifikation der Gesellschaft als OHG allerdings nicht entgegen (Rn 35); die Pflicht zur ordnungsgemäßen Bildung einer gemeinsamen Firma ist Folge, nicht Voraussetzung der OHG. Kennzeichnet das Merkmal somit lediglich das Erfordernis einer Außengesellschaft, so ist naturgemäß ein auf das Innenverhältnis beschränkter Zusammenschluss unter je eigenständigem Auftreten der Beteiligten nach außen (vgl. schon RGZ 33 125, 127 f) nicht als OHG, sondern als BGB-Innengesellschaft zu qualifizieren.

34 Die Grundsätze über Bildung und Fortführung der Firma einer OHG bestimmen sich nach allgemeinem **Firmenrecht,** insbes. §§ 18 f, 22, 24 (vgl. Erl. daselbst [*Burgard*]). Für die *Neubildung* der Firma gelten §§ 18, 19; demnach kommt eine zur Kennzeichnung geeignete und unterscheidungskräftige Personen-, Sachfirma- oder Phantasiebezeichnung in Betracht (§ 18 Rn 56 ff [*Burgard*]); zwingend erforderlich ist ein auf die OHG hinweisender Rechtsformzusatz (§ 19 Abs. 1 Nr. 2, vgl. § 19 Rn 9 [*Burgard*]). Die früher in diesem Kontext strittigen Fälle (Voraufl. Rn 35 [*Ulmer*]) haben sich durch die Handelsrechtsreform 1998 im Wesentlichen erledigt. Umstritten ist namentlich noch, ob bei der Bildung einer Personalfirma die namensgebenden Personen einen gesellschaftsrechtlichen Bezug zur Gesellschaft aufweisen müssen (dazu § 18 Rn 59 [*Burgard*]). Die **Zulässigkeit** der von den Beteiligten gewählten Firma ist allerdings ausschließlich ein Problem des Firmenrechts; für die Entstehung der OHG ist sie **ohne Bedeutung**[90]. Auch eine unzulässige Firma oder sonstige Geschäftsbezeichnung[91] ist geeignet, den Rechtsverkehr auf die OHG als Außengesellschaft hinzuweisen und das gemeinschaftliche Handeln der Gesellschafter deutlich zu machen. Ist die gewählte Firma unzulässig, so sind die Gesellschafter

---

[86] BGHZ 146, 341.

[87] MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 259.

[88] Dazu MünchKommBGB[5]/*Ulmer*/*C. Schäfer* § 714 Rn 26.

[89] Vgl. dazu § 17 Rn 7 (*Burgard*) und insbes. *John* Die organisierte Rechtsperson, 1977, S. 92 ff, 242 ff.

[90] EinhM, vgl. BGHZ 22, 240 (243) = NJW 1957, 218; BGH LM § 133 HGB Nr. 3 = NJW 1958, 418; RGZ 82, 24 (25); MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 43; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 29; *A. Hueck* OHG, § 1 I 3b, S. 11; Baumbach/*Hopt* Rn 5; *Koller*/Roth/Morck Rn 11.

[91] Vgl. BGH LM § 133 HGB Nr. 3 = NJW 1958, 418 („*Café K.*“).

zwar zur Beseitigung des Verstoßes durch Änderung der Firma verpflichtet; der Registerrichter hat die Anmeldung (§ 106 Abs. 2 Nr. 2) zurückzuweisen und kann nach § 37 Abs. 1 gegen den unzulässigen Firmengebrauch einschreiten. Für die Wirksamkeit der OHG nach § 105 Abs. 1 ist all dies aber ohne Belang. Da die Firma zugleich der Name der OHG ist, kann diese nur **eine** Firma führen[92]. Erlangt die OHG im Rahmen eines Unternehmenserwerbs eine weitere Firma, so kann sie diese als Firma einer Zweigniederlassung fortführen, sofern darin der Zusammenhang mit der Hauptniederlassung offengelegt wird (vgl. Vor § 17 Rn 47 f [*Burgard*]).

35 Haben sich die Gesellschafter zwar auf den gemeinsamen Betrieb eines **kaufmännischen** Handelsgewerbes nach § 1 als *Außengesellschaft* geeinigt, im Gesellschaftsvertrag aber – etwa wegen Verkennung der Rechtslage – **keine Firma** vereinbart, hat das richtigerweise nicht zur Folge, dass die OHG erst mit der nachträglichen Annahme einer Firma entsteht, zu der die Beteiligten verpflichtet sind[93]. Angesichts des Rechtsformzwangs des § 105 Abs. 1 (Rn 15) haben die Beteiligten es nicht in der Hand, durch Verzicht auf eine Firma das Entstehen der Gesellschaft als OHG und die Anwendung von Handelsrecht zunächst zu vermeiden, wenn sie sich nicht mit einer Innengesellschaft begnügen, sondern gemeinsam am Rechtsverkehr teilnehmen wollen. Das bestätigt zugleich, dass die **gemeinschaftliche Firma** entgegen dem Wortlaut des § 105 Abs. 1 **keine Voraussetzung, sondern notwendige Folge** des gemeinschaftlichen Betriebs eines Handelsgewerbes i.S.v. § 1 ist und dass die Qualifikation der Gesellschaft als OHG hiervon nicht abhängt; der Wortlaut des § 105 Abs. 1 ist insoweit irreführend[94]. In den Fällen des § 105 **Abs. 2**, also bei kannkaufmännischem Gewerbe oder Vermögensverwaltung, ist die Vereinbarung einer gemeinschaftlichen Firma hingegen Teil der Rechtswahl. Die Gesellschaft wird als OHG erst eingetragen, wenn eine gemeinschaftliche Firma angenommen wurde; ein Rechtsformzwang besteht insofern eben nicht.[95]

36 **5. Keine Beschränkung der Außenhaftung.** Dieses **negative,** auf die Rechtsfolge des § 128 verweisende Begriffsmerkmal der OHG grenzt sie von der Kommanditgesellschaft ab. Zugleich macht es die aus dem Rechtsformzwang der §§ 105, 161 für den gemeinschaftlichen Betrieb eines Handelsgewerbes folgende *Auffangfunktion der Rechtsform der OHG* deutlich: Eine OHG liegt immer dann vor, wenn der Zweck der Vereinigung auf den gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, ohne dass die Beteiligten in rechtlich zulässiger Weise eine andere Rechtsform (AG, KGaA, GmbH, KG) gewählt haben (Rn 4, 15). Zu Recht wird dem Merkmal der fehlenden Haftungsbeschränkung daher vor allem **beweisrechtliche Bedeutung** zugemessen[96]: Der Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma führt zum Vorliegen einer OHG und damit zur unbeschränkten Außenhaftung aller Gesellschafter (§ 128), wenn die Beteiligten nicht nachweisen können, dass sie für ihre Vereinigung wirksam eine andere Rechtsform gewählt haben.

---

[92] BGHZ 67, 166 (167 ff) = NJW 1977, 2163; vgl. § 17 Rn 1 ff (*Burgard*).

[93] So aber noch 3. Aufl. Rn 18 a (*Rob. Fischer*); gegen ihn bereits Voraufl. Rn 36 (*Ulmer*).

[94] *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 46 I 1d, S. 1359; Röhricht/Graf v. Westphalen/*v. Gerkan/Haas* Rn 13; Baumbach/*Hopt* Rn 5; **aA** Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 29; offenlassend *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 8 I 1b, S. 679.

[95] MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 43.

[96] So zutr. schon *Wieland* I, S. 520; ihm folgend *A. Hueck* OHG, § 1 4, S. 13 f; *Schlegelberger/Geßler* HGB[4] Rn 20. Ebenso die heute hM, MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 48; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 30.

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

II. Rechtsnatur

1. Personengesellschaft (Gesamthand)

Schrifttum

Flume Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972), 177; *Hadding* Zum Erlangen von Rechtsfähigkeit nach deutschem Zivilrecht, in: FS Kraft (1998), S. 137; *G. Hueck* Drei Fragen zur Gesamthandsgesellschaft, in: FS Zöllner (1998), S. 275; *Mülbert* Die rechtsfähige Personengesellschaft, AcP 199 (1999) 38; *Raiser* Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts, AcP 194 (1994) 495; *ders.* Gesamthandsgesellschaft oder juristische Person. Eine Geschichte ohne Ende, in: FS Zöllner I (1998), S. 469; *ders.* Der Begriff der juristischen Person. Eine Neubesinnung, AcP 199 (1999) 104; *Reuter* Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit, AcP 207 (2007) 673; *K. Schmidt* Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts, AcP 191 (1991) 495; *Ulmer* Die Gesamthandsgesellschaft – ein noch immer unbekanntes Wesen, AcP 198 (1998) 113; *Wächter* Die Aufnahme der Gesamthandsgemeinschaften in das Bürgerliche Gesetzbuch (2002); *Zöllner* Rechtssubjektivität von Personengesellschaften? in: FS Gernhuber (1995), S. 563; *ders.* Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft – ein Sachverstands- oder Kommunikationsproblem? in: FS Kraft (1998), S. 701.

38 **a) Unterschiede gegenüber Kapitalgesellschaften und sonstigen Körperschaften.** Nach der insoweit eindeutigen Regelung der §§ 105 ff HGB i.V.m. §§ 705 ff BGB ist die OHG eine **rechtsfähige Personengesellschaft,** die ihre Grundlage in einem Gesellschaftsvertrag zwischen ihren Mitgliedern findet, nicht zur juristischen Person verselbständigt ist und deren Vermögen (als Gesamthandsvermögen) den Mitgliedern zur gesamten Hand (§§ 718, 719 BGB) zusteht. Nicht nur § 14 BGB und § 11 InsO, sondern auch die Ausgestaltung in verschiedenen Regelungskomplexen lassen eindeutig erkennen, dass der

Gesetzgeber, auch wenn er die Rechtsfähigkeit der Personengesellschaften explizit anerkennt, zwischen rechtsfähigen Verbänden mit und ohne Rechtspersönlichkeit unterscheidet.[97] Von der Kapitalgesellschaft (AG, GmbH, KGaA) und von sonstigen mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Körperschaften (Verein, Genossenschaft u.a.) unterscheidet sich die Personengesellschaft (OHG, KG, GbR, stille Gesellschaft) durch eine Reihe typischer, wenn auch überwiegend dispositiver Merkmale[98]. Zu diesen **Unterschieden** gehört die Abhängigkeit der Existenz der Gesellschaft von den Personen ihrer Mitglieder und die grundsätzliche Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft, das Fehlen einer körperschaftlichen, durch Verselbständigung der Satzung gegenüber den sie errichtenden Gründern und durch Fremdorganschaft gekennzeichneten Verfassung, die Willensbildung nicht nach dem Mehrheits-, sondern nach dem Einstimmigkeitsprinzip, die unmittelbare Verbundenheit der Mitglieder untereinander und die entsprechend gesteigerten mitgliedschaftlichen (Treu-)Bindungen sowie die dem Gesamthandsprinzip folgende Zuordnung des (nur bei der Innengesellschaft ieS fehlenden) Gesellschaftsvermögens (Rn 40 f). In der **Realität** weisen diese scheinbar strikten Gegensätze zwischen (Personen-)Gesellschaft und Körperschaft zwar eine Vielzahl von Überschneidungen auf; sie treten bei der körperschaftlich strukturierten KG einerseits, bei der personalistischen GmbH andererseits am sichtbarsten in Erscheinung[99]. Derartige atypische Gestaltungen oder – wie im Fall der GmbH & Co. KG – Typenvermischungen ändern jedoch nichts an den grundsätzlichen strukturellen Unterschieden zwischen den beiden Verbandsformen.

39 Zwar ist diese Unterscheidung mit Rücksicht auf die Rechtsfähigkeit der Handelsgesellschaft (§ 124) und die verbreitet anzutreffenden Typenvermischungen im Schrifttum immer wieder in Frage gestellt worden.[100] In neuerer Zeit wird das Postulat einer Anerkennung der Personengesellschaft als juristische Person zusätzlich auf die Anerkennung der „formwechselnden" Umwandlung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften in §§ 190, 191 UmwG gestützt.[101] Indessen ist mit der hM an der rechtlichen Differenzierung zwischen juristischer Person und gesellschaftsrechtlicher Gesamthand festzuhalten.[102] Zwar ist die Rechts- und Parteifähigkeit nicht länger ein Unterscheidungskrite-

---

[97] Vgl. dazu auch *Ulmer* ZIP 2001, 585 (588 f).

[98] Vgl. zum Folgenden etwa *A. Hueck* OHG, § 3 I, S. 26; *Kübler/Assmann* Gesesllschaftsrecht, § 3 I, S. 22 f; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 3 I 2, S. 46 f; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. I, § 2 I 1, S. 88 ff; *ders.* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 4 III 1, S. 359 ff (zu den Unterschieden der Vermögensorganisation); *Reuter* AcP 207 (2007), 673 (687 f).

[99] Vgl. außer den Nachw. in Fn 98 insbes. einerseits *Boesebeck* Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, 1938 und *Nitschke* Die kapitalistisch strukturierte Personengesellschaft, 1970; andererseits *Immenga* Die personalistische Kapitalgesellschaft, 1970. S. auch *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 3 I 2c, S. 47.

[100] Vgl. aus dem älteren Schrifttum etwa Schlegelberger/*Geßler* Rn 28; *Lehmann/Dietz* Gesellschaftsrecht S. 131; tendenziell auch 3. Aufl. Rn 8 (*Rob. Fischer*) und *A. Hueck* OHG, § 3 IV, S. 33; weitergehend *Wieland* I, S. 396 ff, 425 und ein Teil der noch älteren Literatur (*Kohler* ArchBürgR 40 [1914], 229 u.a.). Dazu näher schon Voraufl. Rn 40 (*Ulmer*) mit Fn 78.

[101] So insbes. *Raiser* AcP 194 (1994), 495 (499 ff); *ders.* FS Zöllner, 1998, S. 469 (474 ff); ebenso *Timm* NJW 1995, 3209 (3214) und ZGR 1996, 247 (251 f); *Bälz* FS Zöllner, 1998, S. 35 (47 ff); *Hadding* FS Kraft, 1998, S. 137 (142 ff); tendenziell auch *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht § 8 I 3; *Mülbert* AcP 199 (1999), 38 (62 ff).

[102] *Flume* I/1 § 7 I, III, S. 87 ff; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 308 und Vor § 705 Rn 12 f; *Mülbert/Gramse* WM 2002, 2085 (2093 f); *Reuter* AcP 207 (2007), 673 (687 ff); *Habersack* SchiedsVZ 2003, 241 (243); Röhricht/Graf v. Westphalen/*v. Gerkan/Haas* Rn 6; Erman/*Westermann*[12] vor § 705 Rn 18; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. I § 1 II, Bd. II § 1 I 2a b; *Kübler/Assmann* Gesellschafts-

rium zwischen Personengesellschaft und Körperschaft. Wie aber § 14 BGB (ebenso § 11 InsO) unmissverständlich zu erkennen gibt, hat sich die Differenzierung damit keineswegs erledigt. Das ist in der Sache auch zutreffend; denn die in Rn 38 beschriebenen **Strukturunterschiede** bestehen unverändert.[103] Das gilt sowohl für das unterschiedliche Gläubigerschutzsystem als auch für das jeweilige *Innenrecht,* namentlich in Bezug auf die freie Übertragbarkeit der Anteile, die Geltung des Mehrheitsprinzips und die Zulassung der Fremdorganschaft nur bei der Kapitalgesellschaft. Zudem ist die *juristische Person* nach wie vor stärker von ihren Mitgliedern abstrahiert; insbesondere kann ein Mitglied mehrfach beteiligt sein, der Verband nur ein Mitglied haben oder gar eigene Anteile erwerben. Nur bei der juristischen Person verselbständigt sich der Gesellschaftsvertrag zur Satzung – mit Folgen für seine (autonome) Auslegung und Abänderung. Es bleibt daher sinnvoll, diese strukturellen Unterschiede in je eigenen rechtlichen Kategorien zu erfassen. Solange der Gesetzgeber zudem explizit an dem eigenständigen Rechtssubjekt der **rechtsfähigen Personengesellschaft** festhält, besteht kein Grund, diese zugunsten der juristischen Person contra legem preiszugeben. Den Analogieschluss im OHG-Recht zu bestimmten Vorschriften des Körperschaftsrechts schließt das nicht aus.[104]

40 **b) Die OHG als Gesamthand.** Das Verständnis der Gesamthand als besondere Rechtsfigur beschäftigte die gesellschaftsrechtliche Diskussion im vergangenen Jahrhundert stark[105]. Die traditionelle Lehre verstand die Gesamthand als gebundenes Sondervermögen für die Zwecke der GbR, das als Objekt den Gesellschaftern zur gesamten Hand zustehe[106]. Demgegenüber begriff *Flume*[107] – anknüpfend an *Otto v. Gierke*[108] – die gesamthänderische GbR als eine auf personenrechtlicher Verbundenheit beruhende Personenmehrheit, die durch das Gesamthandsprinzip zu einer Personeneinheit werde. Die somit gesellschaftsvertraglich zu einer „Gruppe" (*Flume*) verbundenen Gesellschafter der Gesamthand sind danach als Rechtssubjekt anzusehen, das hinsichtlich seiner Rechtsfähigkeit den Regeln des § 124 unterliegt[109]. Das Gesamthandsprinzip stellt folglich nicht nur eine bloße Bündelung der gemeinsamen Vermögensgegenstände dar, sondern eröffnet der Gesamthand die Teilnahme am Rechtsverkehr. Die „Gruppen-Lehre" ist von *Peter Ulmer*, auch in diesem Kommentar, entscheidend mitgeprägt worden;[110] sie hat sich in der Literatur durchgesetzt.[111] Auch die nachfolgende Darstellung knüpft daran

---

recht § 4 III, IV und V. Aus der traditionellen Lehre *Zöllner* FS Gernhuber, 1993, S. 563 (567 ff); *ders.* FS Kraft, 1998, S. 701 (707); *G. Hueck* FS Zöllner, 1998, S. 275 (287).

[103] Zutr. *Ulmer* AcP 198 (1998), 113 (119 ff); *ders.* ZIP 2001, 585 (588); ebenso unter Betonung der Unterschiede bei Gesellschafterhaftung und Selbst- bzw. Fremdorganschaft auch *Reuter* AcP 207 (2007), 673 (687 ff).

[104] So insbes. zu §§ 31, 35 BGB, vgl. § 124 Rn 14 (*Habersack*). Allgemein zur Herausbildung eines rechtsformübergreifenden Verbandsrechts vgl. auch *Lutter* AcP 180 (1980), 155 f und *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, §§ 1–21.

[105] Überblick über die Entstehung der Gesamthand bei *Wächter* Die Aufnahme der Gesamthandsgemeinschaften in das Bürgerliche Gesetzbuch (2002).

[106] *Zöllner* FS Gernhuber, 1993, S. 563 ff; *ders.* FS Kraft, 1998, S. 701 ff; *G. Hueck* FS Zöllner, 1998, S. 275 ff mit jew. umfangreichen Literaturnachweisen.

[107] *Flume* ZHR 136 (1972), 177 ff und *ders.* I/1 § 4 II.

[108] *Otto v. Gierke* Deutsches Privatrecht I, 1895 (Nachdruck 1936), S. 671 ff.

[109] *Flume* ZHR 136 (1972), 177 (187) und *ders.* I/1 § 4 I und II.

[110] Voraufl. Rn 41 f (*Ulmer*); ferner MünchKommBGB[2]/*Ulmer* § 705 Rn 127 ff, 130; *ders.* AcP 198 (1998) 113 ff.

[111] *Hadding* FS Kraft, 1998, S. 137 ff; *Mülbert* AcP 199 (1999), 66 f; *Raiser* AcP 194 (1994), 495 (498 f); *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 8 III, S. 196 ff; *Wiedemann*

an. Die Vorteile der Gruppen-Lehre liegen in einer deutlicheren Unterscheidung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern sowie in einem einheitlichen zivilrechtlichen Fundament der Personengesellschaften unter Einschluss der Vor-Kapitalgesellschaften[112]. Mit der Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der Außen-OHG – und damit der Gruppen-Lehre – durch den BGH in seinem Grundsatzurteil vom 29.1.2001[113] dürfte die Diskussion einen Abschluss gefunden haben.[114]

41 Demnach ist die Gesamthand eine Verbindung von mindestens zwei Personen zu einer rechtsfähigen **Wirkungseinheit** mit einheitlicher Willensbildung und Organisation, wobei die Umsetzung gemeinsamer Entscheidungen den Geschäftsführern als Organen der Gesamthand obliegt. Teilnehmer am Rechtsverkehr unter der Firma der OHG/KG oder dem ihr funktional entsprechenden Namen der GbR[115] sind nicht die einzelnen Gesellschafter (als Gesamthänder), sondern es ist die durch ihre Organe handelnde Gesamthand oder *Gruppe* als solche. Sie ist somit Zuordnungsobjekt für das Gesamthandsvermögen und steht den Gläubigern der Gesamthand als Haftungsobjekt zur Verfügung[116]. Bestand und Identität der Gesellschaft bleiben durch einen Mitgliederwechsel unberührt (Rn 291). Das Gesamthandsvermögen bildet nicht die Grundlage für die Einheitlichkeit der Gesellschaft,[117] sondern setzt umgekehrt die Existenz eines rechtsfähigen **Personenverbands** voraus und kennzeichnet die Zuordnung des ihm gewidmeten oder durch sein Auftreten im Rechtsverkehr erworbenen Vermögens (§ 718 BGB) zur Gesamtheit der Gesellschafter. Das erklärt zugleich die Figur der „Anwachsung" (§ 738 Abs. 1 S. 1 BGB), d.h. der Vermehrung der quotalen Beteiligung der verbliebenen Mitglieder am Gesellschaftsvermögen beim Ausscheiden eines Gesellschafters[118], sowie die Unübertragbarkeit des – rechtlich gar nicht existenten – „Anteils am Gesellschaftsvermögen" (§ 719 Abs. 1 BGB; dazu Rn 276, 294 ff): Die gesamthänderische Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen steht zwingend nur denjenigen Personen zu, die gemeinsam (als „Gruppe") das Zuordnungssubjekt für das Gesamthandsvermögen bilden. Andererseits ist auch die **Mitgliedschaft** in der Gruppe keine bloße „Teilhaberschaft" am gesamthänderisch gebundenen Vermögen,[119] vielmehr hat sie ebenso eine personenrechtliche Grundlage wie bei der Körperschaft und kann wie diese insgesamt übertragen werden.[120]

42 Das **Verständnis der Gesamthand als** von den Mitgliedern zu unterscheidende **rechtsfähige Gruppe** (*Ulmer:* „kollektive Rechtsperson") ist nicht nur von theoretischem Interesse, sondern hat erhebliche, für OHG und KG allerdings durch § 124 weitgehend

---

Gesellschaftsrecht Bd. II, § 7 III 1, S. 644 f; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 7; Röhricht/Graf v. Westphalen/*v. Gerkan/Haas* Rn 6; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 7 ff; Heymann/*Emmerich* Rn 32; Erman/*Westermann*[12] vor § 705 Rn 18; vgl. auch die Nachweise bei *Ulmer* AcP 198 (1998), 113 (114), Fn 6. **AA** *Zöllner* FS Gernhuber, 1993, S. 563; *ders.* FS Kraft, 1998, S. 701; *G. Hueck* FS Zöllner, 1998, S. 275; *Wächter* (Fn 105), S. 322 f.

112 *Ulmer* AcP 198 (1998), 113 (115).

113 BGHZ 146, 341 (344 ff).

114 MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 301.

115 Zum Gesellschaftsnamen der GbR vgl. MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 270 ff.

116 Ausführliche Übersicht über die Entwicklung s. MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 296 ff.

117 So aber *U. Huber* Vermögensanteil, S. 106; dagegen zutr. *Flume* I/1 § 4, S. 51.

118 So zutr. *Flume* I/1 § 17 VIII, S. 370; *K. Schmidt* BMJ-Gutachten (Fn 79), S. 473; vgl. auch MünchKommBGB[5]/*Ulmer/C. Schäfer* § 736 Rn 8 f.

119 So aber noch v. Gierke ZHR 119 (1956), 141 (150); *Müller-Erzbach* Das private Recht der Mitgliedschaft, 1948, S. 401 ff.

120 Eingehend *Habersack* Die Mitgliedschaft, S. 104 ff; s.a. MünchKommBGB[5]/*Ulmer/C. Schäfer* § 719 Rn 13 ff.

klargestellte **praktische Bedeutung.** Es dokumentiert sich in der ausschließlichen Zuständigkeit der Gesellschaftsorgane (vertretungsbefugte Geschäftsführer) für Rechtshandlungen der Gesamthand und Verfügung über das Gesellschaftsvermögen, in der klaren Unterscheidung zwischen den Verbindlichkeiten der Gesamthand und der akzessorisch ausgestalteten persönlichen Gesellschafterhaftung (§ 128) sowie in der deutlichen Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern im Prozess[121]. Bei all diesen für die gesellschaftsrechtliche Gesamthand charakteristischen Merkmalen handelt es sich nicht etwa um eine nur für die OHG und KG maßgebliche, aus § 124 folgende positivrechtliche Gestaltung, sondern um ein Strukturprinzip der Personengesellschaft mit eigenständigem, gesamthänderisch gebundenem Gesellschaftsvermögen. Es gestattet die weitgehende Gleichbehandlung von OHG und KG einerseits, Außen-GbR andererseits in vermögensrechtlicher Hinsicht und unterstreicht die Möglichkeit identitätswahrender Umwandlung zwischen diesen Rechtsformen je nachdem, ob sich hinsichtlich des für die Handelsgesellschaften notwendigen gemeinsamen Betriebs eines kaufmännischen Handelsgewerbes eine nachträgliche Änderung ergibt (Rn 56).

43 **2. Handelsgesellschaft.** Die OHG ist wie die KG notwendig Handelsgesellschaft (§ 6 Abs. 1). Das folgt anders als bei AG und GmbH (§§ 3 AktG, 13 Abs. 2 GmbHG) nicht aus ihrer Rechtsform; vielmehr richtet sich umgekehrt die Rechtsform als OHG (KG) oder GbR danach, ob die Beteiligten den **gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes** bzw. der gemeinsamen Vermögensverwaltung (Abs. 2) bezwecken (Rn 23 ff, 28 ff). Die Erweiterung des Kreises zulässiger Gesellschaftszwecke durch die Handelsrechtsreform 1998 (Rn 9) hat daran nichts geändert, zumal Abs. 2 die Rechtsform der OHG/KG eben *nicht* sämtlichen unternehmenstragenden Gesellschaften eröffnet (Rn 29 f).[122] Zur Handelsgesellschaft wird eine Personengesellschaft demgemäß nur, aber auch stets dann, wenn entweder der gemeinsame Zweck auf ein Gewerbe im Umfang des § 1 Abs. 2 gerichtet ist (Rn 24) oder wenn es nach § 105 Abs. 2 bzw. § 2 S. 2 zur Eintragung ihres gewerblichen oder vermögensverwaltenden Unternehmens in das Handelsregister kommt (Rn 25, 28). Die Qualität als Handelsgesellschaft besteht nach § 5 fort bis zur Löschung der Handelsregistereintragung, es sei denn, dass der gemeinsame Gewerbebetrieb oder die Vermögensverwaltung schon vorher auf Dauer eingestellt wird (vgl. Rn 27).

44 Als Handelsgesellschaft unterliegt die **OHG** nach § 6 Abs. 1 voll dem Handelsrecht und wird wie ein **Kaufmann** behandelt. Umstritten ist lediglich, ob auch ihre **Gesellschafter** Kaufleute sind (vgl. dazu Rn 77 ff). Anders als bei Einzelkaufleuten gehören sämtliche von der OHG geschlossenen Geschäfte zum Betrieb ihres Handelsgewerbes und sind daher **Handelsgeschäfte** i.S.d. § 343, ohne dass es auf die Vermutung des § 344 ankommt; die OHG hat kein „Privatleben". Dagegen greift § 343 für die von den Gesellschaftern persönlich geschlossenen, die Gesellschaftssphäre betreffenden Geschäfte wie Bürgschaften für Gesellschaftsverbindlichkeiten u.a. auch dann nicht unmittelbar ein, wenn man die Gesellschafter mit der früher hM zu den Kaufleuten rechnet, da das Handelsgewerbe nicht von ihnen persönlich, sondern von der OHG betrieben wird; insoweit kommt nur die analoge Anwendung des § 343 in Betracht (Rn 79, 81). Der **Abschluss oder die Änderung des Gesellschaftsvertrags** ist nur für diejenigen Gesellschafter ein

---

[121] Vgl. Näheres in Erl. zu § 124 sowie für die GbR bei MünchKommBGB[5]/*Ulmer/C. Schäfer* § 718 Rn 39 ff mN zum Diskussions-Stand.

[122] **AA** *K. Schmidt* NJW 1998, 2161 (2166), der Abs. 2 – gegen den Wortlaut – als Auffangtatbestand interpretiert und damit konsequentermaßen bei der Anerkennung der OHG als Formkaufmann landet.

Handelsgeschäft, die die Beteiligung im Rahmen eines *eigenen*, neben demjenigen der OHG bestehenden Handelsgewerbes eingehen. In Bezug auf die OHG ist er ein Grundlagengeschäft, an dem sie nicht beteiligt ist; schon deshalb wird er nicht von § 343 erfasst[123].

Für **gesellschaftsvertragliche Schiedsgerichtsabreden** kommt es hingegen nicht auf die Kaufmanns- bzw. Verbrauchereigenschaft der Gesellschafter an. An die letztere knüpft zwar § 1031 Abs. 5 ZPO ein besonderes Formerfordernis (eigenhändig unterzeichnete Urkunde); richtigerweise unterfällt die Schiedsvereinbarung im OHG/KG-Vertrag indessen entgegen der noch hM[124] nicht den §§ 1029 ff ZPO; sie ist vielmehr infolge des geänderten Verständnisses der Mitgliedschaft aufgrund der Gruppenlehre (Rn 41 aE) ebenso zu behandeln wie die in der Satzung einer Körperschaft enthaltene Vereinbarung (**§ 1066 ZPO**)[125]. Auf diese Weise lässt sich ihre Geltung gegenüber eintretenden und ausscheidenden Gesellschaftern sowie gegenüber Rechtsnachfolgern überzeugender begründen als nach der Rechtsprechung, die insofern § 401 BGB anwendet, dabei aber naturgemäß an Grenzen stößt.[126] Besonderheiten gelten für die in Verträgen von **Publikumsgesellschaften** enthaltenen Schiedsvereinbarungen; sie sind einer Inhaltskontrolle unterworfen, die in der Regel zur Unwirksamkeit der Vereinbarung führt.[127] Auch insofern bedarf es daher nicht des vom Verbraucherrecht vermittelten (überdies zu geringen) Schutzes. **45**

3. Außengesellschaft. Der Zweck der OHG muss auf den **gemeinschaftlichen Betrieb** des Handelsgewerbes durch die Gesellschafter („unter gemeinschaftlicher Firma", vgl. Rn 33) gerichtet sein. Die OHG ist daher notwendig eine Außengesellschaft zwischen sämtlichen Gesellschaftern unabhängig davon, ob diese eine neue gemeinschaftliche Firma annehmen oder sich darauf einigen, im Rahmen von § 22 die Firma eines Gesellschafters fortzuführen (Rn 33 ff). Sollen abweichend hiervon einzelne Gesellschafter nicht nach außen in Erscheinung treten, so können sie auch nicht Mitglieder der OHG (KG) sein[128]. Neben einer Treuhandkonstruktion (vgl. Rn 102 ff) kommt insoweit stattdessen die Vereinbarung einer stillen Gesellschaft zwischen der OHG und dem oder den nur intern beteiligten Personen in Betracht. Denkbar ist auch, dass sich sämtliche Beteiligten unter Verzicht auf gemeinsames Außenhandeln auf eine reine Innengesellschaft beschränken und vereinbaren, dass zwar ihre internen Beziehungen dem OHG-Recht unterliegen, das Handelsgewerbe nach außen aber nur auf den Namen eines von ihnen **46**

---

[123] Vgl. Baumbach/*Hopt* Rn 49; *Zöllner* DB 1964, 795 ff; *Landwehr* JZ 1967, 198 (204 f); *Lieb* DB 1967, 759 (762); *G. H. Roth* FS Nagel, 1987, S. 318 (327 f); **aA** *A. Hueck* OHG, § 3 Fn 9; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 115; nicht eindeutig *Flume* I/1 § 4 II, S. 60; offenlassend BGHZ 45, 282 (284 f) = NJW 1966, 1960; zum älteren Schrifttum vgl. Voraufl. Fn 88 (*Ulmer*).

[124] BGH NJW 1980, 1049; NZG 2002, 955; Baumbach/*Hopt* Vor § 1 Rn 90; *Koller*/Roth/Morck Rn 6; *Schwab*/*Walter* Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, Kap. 32 Rn 3; MünchKommZPO[3]/*Münch* § 1066 Rn 10; *Schütze* BB 1992, 1877 (1880).

[125] So zutr. *Habersack* SchiedsVZ 2003, 241 (243 ff); *K. Schmidt* ZHR 162 (1998), 265 (277 ff); *ders.* BB 2001, 1857 (1862 f) und MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 17, 121 f; *Roth* FS Nagel, 1987, S. 318 (325 ff); Zöller/*Geimer* ZPO[26] § 1066 Rn 1.

[126] *Habersack* SchiedsVZ 2003, 241 (243 f) gegen BGH NZG 2002, 955.

[127] Zutr. *Habersack* SchiedsVZ 2003, 241 (242 f) (dort auch zum Problem der nachträglichen Einführung einer Schiedsabrede); *K. Schmidt* ZHR 162 (1998) 265 (282 f).

[128] BGHZ 10, 44 (48) = NJW 1953, 1548; RGZ 33, 125 (127 f); 165, 260 (265); *A. Hueck* OHG, § 3 V, S. 35; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 5.

betrieben wird, der für Rechnung auch der Übrigen handelt. Eine solche das Innenverhältnis betreffende Vereinbarung ist vorbehaltlich der Einbeziehung der Gestaltungsklagen (§§ 117, 133, 140) zulässig;[129] sie lässt die Rechtsnatur der (Innen-)Gesellschaft als GbR aber unberührt.

47 **4. Dauergesellschaft.** Zum **Gewerbe** als notwendige Voraussetzung für das Vorliegen einer OHG gehört die **planmäßige,** auf Dauer gerichtete Art der geplanten **Tätigkeit** (§ 1 Rn 20 f [*Oetker*] sowie oben Rn 23). Die OHG ist daher stets Dauergesellschaft; ihre Verwendung als Rechtsform für Gelegenheitsgesellschaften scheidet aus[130]. Das gilt etwa für Emissionskonsortien,[131] im Regelfall aber auch für Arbeitsgemeinschaften der Bauwirtschaft. Sie haben auch dann die Rechtsform einer GbR, wenn die Beteiligten eine Außengesellschaft bilden und unter gemeinsamem Namen als Anbieter am Markt auftreten (Rn 30).

III. Entstehung (im Innenverhältnis)

48 **1. Grundlagen.** Hinsichtlich der Entstehung der OHG sind zwei Fragenkreise zu unterscheiden: Der erste betrifft die Rechtsform der neu entstehenden Gesellschaft, namentlich die Frage, ob die **Personengesellschaft** sogleich **als OHG oder** (zunächst) **als GbR** entsteht. Sie beurteilt sich danach, ob der gemeinsame Zweck auf den Betrieb eines *Handelsgewerbes* i.S.v. § 1 oder auf den Betrieb eines kannkaufmännischen Gewerbes (§ 2) bzw. auf Vermögensverwaltung (Abs. 2) gerichtet ist (dazu oben Rn 20 f, 23, 25, 28). Im ersten Fall entsteht die Gesellschaft mit Aufnahme des Geschäftsbetriebs als OHG (§ 123 Abs. 2), im zweiten Fall bedarf es hierfür der Eintragung im Handelsregister (Abs. 2 i.V.m. § 123 Abs. 1). Die zweite Differenzierung betrifft die **Entstehung im Innen- und Außenverhältnis.** Während § 105 für die Entstehung im Innenverhältnis lediglich den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages verlangt, ist nach § 123 für die Entstehung gegenüber *Dritten* entweder die Handelsregistereintragung (§ 123 Abs. 1) oder der ihr vorausgehende Geschäftsbeginn (§ 123 Abs. 2) erforderlich. Hier ist folglich nur die Entstehung im Innenverhältnis zu behandeln, welches die Beziehungen zwischen den Gesellschaftern einschließlich der Begründung von Gesamthandsvermögen betrifft. Hierfür ist der – ausdrückliche oder konkludente – Abschluss eines **Gesellschaftsvertrags** zwischen den Beteiligten **unverzichtbar** (Rn 16). Ein auf Abschluss eines Gesellschaftsvertrags gerichteter *Vorvertrag* (Rn 201 ff) oder der Weiterbetrieb eines vom Erblasser als Einzelkaufmann geführten Handelsgewerbes durch die Erbengemeinschaft (Rn 58 ff) reichen nicht aus. Zur Entstehung im Außenverhältnis vgl. die Erl. zu § 123 (*Habersack*), zur rückwirkenden Entstehung vgl. Rn 164.

---

[129] Zur Unzulässigkeit privatautonomer Vereinbarung von Gestaltungsklagen vgl. *Jauernig* Zivilprozeßrecht[29] § 34 III, S. 111; *A. Hueck* FS Heymanns Verlag, 1965, S. 287 (292 ff); *Nitschke* (Fn 99), S. 207; **aA** *Schlosser* Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, 1966, S. 293.

[130] Zur abweichenden Rechtslage im ADHGB, das in Art. 266 bis 270 eine Sonderregelung für Gelegenheitsgesellschaften kannte, vgl. 3. Aufl. Rn 111 (*Rob. Fischer*).

[131] Siehe dazu MünchKommBGB[5]/*Ulmer* Vor § 705 Rn 52 ff.

2. Entstehung durch Neugründung

49 **a) Mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags.** Unmittelbar als *OHG* entsteht die Personengesellschaft zwischen den Beteiligten dann, wenn der gemeinsame Zweck von Anfang an auf den gemeinschaftlichen Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes gerichtet ist (Rn 23 ff). Den Hauptfall bildet die zum Betrieb eines **Handelsgewerbes** (§ 1) gegründete Gesellschaft (Rn 23 f, 26). Auf den Beginn der Geschäfte unter gemeinschaftlicher Firma bzw. auf das sonstige Auftreten nach außen kommt es nicht an[132]; diese Umstände betreffen nur das Außenverhältnis (§ 123). Als weiterer Fall kommt die **gemeinsame Fortführung eines** sonstigen, im Handelsregister **eingetragenen Unternehmens** in Betracht, sei es durch Aufnahme eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns (§ 28) oder durch sonstige Fortführung des eingetragenen Unternehmens (vgl. Rn 25 aE und Fn 60). In allen diesen Fällen kommt der nach § 106 gebotenen Handelsregistereintragung für die Rechtsnatur als OHG nur deklaratorische Bedeutung zu; die Rechtsverhältnisse der Beteiligten richten sich vom Abschluss des Gesellschaftsvertrags an in vollem Umfang nach OHG-Recht.

50 **b) Mit Eintragung im Handelsregister (§ 105 Abs. 2).** Richtet sich der gemeinsame Zweck auf den Betrieb eines bisher nicht eingetragenen **kannkaufmännischen Unternehmens** oder auf **die Verwaltung eigenen Vermögens,** so entsteht die Personengesellschaft zunächst als GbR[133]. Zur OHG wird sie erst durch – konstitutive – Handelsregistereintragung. Eine früher verbreitete Gegenansicht nahm zwar generell an, im Innenverhältnis bestehe auch in derartigen Fällen von Anfang an eine OHG, wenn nur die Handelsregistereintragung von den Beteiligten gewollt sei[134]. Dies ist jedoch nur insofern zutreffend, als aus dem auf die Eintragung gerichteten Willen der Beteiligten regelmäßig auf die alsbaldige Geltung von OHG-Recht zwischen ihnen kraft konkludenter Vereinbarung zu schließen ist, mögen sich auch die Rechtsverhältnisse in der OHG wie hinsichtlich der Alleingeschäftsführung deutlich von denjenigen in der GbR unterscheiden (vgl. § 109 Rn 16). Indessen begegnen auch im OHG-Innenrecht eine Reihe von Vorschriften, die nicht privatautonom außerhalb der OHG (oder KG) vereinbart werden können, darunter auch heute insbesondere noch die Gestaltungsklagen der §§ 117, 127, 133, 140[135]. Insoweit bleibt die Differenzierung zwischen GbR und OHG für das **Durchgangsstadium zwischen Vertragsschluss und Eintragung** von Bedeutung. Der sofortigen Qualifikation der Gesellschaft als OHG steht in derartigen Fällen entgegen, dass das den Gegenstand des gemeinsamen Zwecks bildende Gewerbe erst durch Eintragung im Handelsregister zum Handelsgewerbe wird.

3. Entstehung der OHG durch Umwandlung

Schrifttum

Kommentare zum UmwG: *Kallmeyer* Umwandlungsgesetz[3] (2006); *Lutter* Umwandlungsgesetz[4] (2009); *Semler/Stengel* Umwandlungsgesetz[2] (2007); *Widmann/Mayer* Umwandlungsrecht, Loseblattausgabe (Stand 08/2007). Lehrbücher: *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, §§ 12 f, S. 331 ff; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht, Band II, § 6 II, S. 530 ff; Westermann/*Heckschen* Handbuch des Personengesell-

---

[132] RGZ 112, 280 (281 f).

[133] MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 65; *ders.* Gesellschaftsrecht, § 46 III 2a, S. 1371; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 8 II 1a, S. 687; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 26. Gegenansichten vgl. in Fn 134.

[134] So namentlich *A. Hueck* OHG, § 5 I 2, S. 40 f und *Schlegelberger/Geßler* HGB[4] Rn 47 sowie früher schon *Düringer/Hachenburg/Flechtheim* Rn 11 und *Wieland* I, S. 526 f.

[135] Zur Unwirksamkeit privatautonomer Vereinbarung von Gestaltungsklagen vgl. Nachw. in Fn 129.

schaftsrechts, Band I, § 58; Materialien: *Ganske* Umwandlungsrecht (1994); Aufsätze: *Kießling* Der Rechtsformwechsel zwischen Personengesellschaften, WM 1999, 2391; *Mülbert* Die rechtsfähige Personengesellschaft, AcP 199 (1999), 38; *Priester* Personengesellschaften im Umwandlungsrecht, DStR 2005, 788; *H. Schmidt* Mehrheitsklauseln für Umwandlungsbeschlüsse in Gesellschaftsverträgen von Personenhandelsgesellschaften nach neuem Umwandlungsrecht, in FS Brandner (1996), S. 133; *Seibt* Gesamtrechtsnachfolge beim gestalteten Ausscheiden von Gesellschaftern aus Personengesellschaften: Grundfragen des Gesellschafter-, Gläubiger- und Arbeitnehmerschutzes, in FS Röhricht (2005), S. 603; *Wiedemann* Identität beim Rechtsformwechsel, ZGR 1999, 568.

51 **a) Überblick.** Bis 1994 kam für eine Personengesellschaft als (damals sog.) „formwechselnde Umwandlung" (Voraufl. Rn 51 f [*Ulmer*]) mangels gesetzlicher Regelung nur der Wechsel in eine andere Personengesellschaft in Betracht. Im UmwG 1965 geregelt war darüber hinaus die übertragende Umwandlung einer Kapitalgesellschaft unter Errichtung einer OHG,[136] nach heutigem Verständnis eine Verschmelzung durch Neugründung. Praeter legem war und ist darüber hinaus die sog. „anwachsende Verschmelzung" anerkannt (dazu Vor § 105 Rn 21 und sogleich Rn 57). Mit dem **UmwG 1994**[137] hat der Gesetzgeber der Personenhandelsgesellschaft weitere Umwandlungsmöglichkeiten eröffnet (s. schon Vor § 105 Rn 20 ff): Namentlich kann sie in die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft wechseln bzw. umgekehrt die Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft (§ 226 UmwG). Der **Formwechsel** zwischen Personengesellschaften vollzieht sich demgegenüber nach wie vor notwendig außerhalb des UmwG (Rn 56). Ferner sind Personenhandelsgesellschaften ausdrücklich als **verschmelzungs-** (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) und **spaltungsfähig** (§ 124 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) anerkannt. Die Vermögensübertragung nach den §§ 174 ff. UmwG ist ihnen dagegen versperrt. Durch sämtliche der erwähnten Umwandlungen kann es **zur Entstehung einer OHG** oder KG kommen, so beim Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine OHG/KG (§§ 190 f, 226 UmwG), bei der Verschmelzung auf eine hierdurch gegründete OHG/KG (§§ 2 Nr. 2, 3 Abs. 1 UmwG) sowie auch bei der Aufspaltung, Abspaltung oder Ausgliederung zur Neugründung einer OHG/KG (§§ 123 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 2; 124 i.V.m. 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Aus diesem Grund wird nachfolgend ein Überblick über das Procedere gegeben; wegen der Einzelheiten ist auf die Kommentare zum Umwandlungsrecht zu verweisen.

52 **b) Verschmelzung (UmwG).** Die hier vor allem interessierende **Verschmelzung durch Neugründung einer OHG** richtet sich im Wesentlichen nach den Vorschriften der Verschmelzung zur Aufnahme (§ 36 Abs. 1 UmwG). Zunächst schließen die Vertretungsorgane der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger einen notariellen **Verschmelzungsvertrag** (§ 4 ff UmwG),[138] der nach § 37 UmwG auch schon den Gesellschaftsvertrag der neu zu gründenden OHG/KG enthalten muss, für den das UmwG aber keine besonderen Anforderungen aufstellt. Nach **§ 40 Abs. 1 UmwG** muss bei der Verschmelzung auf eine OHG/KG der Verschmelzungsvertrag allerdings die Einlagen der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaften festlegen und ggf. bestimmen, wer persönlich haftender Gesellschafter, wer Kommanditist der neuen Gesellschaft werden soll. Nach § 40 Abs. 2 UmwG ist den beschränkt haftenden Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft eine Kommanditistenstellung einzuräumen. Entsprechendes gilt nach § 43

---

[136] Voraufl. Rn 54 (*Ulmer*). Zur Umwandlung von Personengesellschaften vor dem UmwG 1994 *Priester* DStR 2005, 788.

[137] BGBl. 1994 I, 3210; Referentenentwurf und Begründung abgedruckt bei *Ganske* Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts, 1992.

[138] Widmann/Mayer/*Mayer* UmwG § 4 Rn 20.

Abs. 2 Satz 3 UmwG für unbeschränkt persönlich haftende Gesellschafter der übertragenden (Personen-)Gesellschaften, die der Verschmelzung widersprechen (§ 43 Abs. 2 Satz 3 UmwG). Beide Vorschriften folgen dem Rechtsgedanken des § 139 und dienen dem Schutz der Minderheitsgesellschafter.[139] Mit ihrer Zustimmung kann den Gesellschaftern deshalb in beiden Fällen auch die Stellung eines Komplementärs eingeräumt werden (§ 40 Abs. 2 Satz 2 UmwG). Der Verschmelzungsvertrag wird zwischen den – in diesem Falle mindestens – zwei übertragenden Gesellschaften geschlossen, die als Gründer der neuen Gesellschaft anzusehen sind (§ 36 Abs. 2 S. 2 UmwG). Es ist daher davon auszugehen, dass sie bis zur Eintragung der Verschmelzung die Rolle der Gesellschafter der im Entstehen begriffenen OHG/KG übernehmen und dass ihre Mitgliedschaft erst mit ihrem liquidationslosen Erlöschen durch die Eintragung wieder untergeht, während zugleich ihre Anteilsinhaber originär zu Gesellschaftern der neuen OHG/KG werden (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG). Die Fähigkeit, Gründer bzw. Gesellschafter der neuen OHG zu sein, richtet sich nach allgemeinen Regeln (Rn 70 ff).[140] Mit der **notariellen Beurkundung** des Verschmelzungsvertrages (§§ 4 Abs. 1, 6 UmwG) wird zugleich der Gesellschaftsvertrag wirksam, so dass die neue OHG im Innenverhältnis bereits entsteht, sofern die Beteiligten die Wirksamkeit nicht auf die Eintragung der Verschmelzung bedingen. Dies wird freilich häufig ihrem Willen entsprechen, zumal an einer Zwischenexistenz der OHG meist kein Interesse bestehen dürfte. Falls eine solche aufschiebende Bedingung nicht gewollt ist, kann freilich die neue Gesellschaft nach § 123 Abs. 2 HGB mit der – allseits einverständlichen – Aufnahme ihrer Geschäfte schon vor der Eintragung auch nach außen wirksam werden.[141] Ohne den Beginn eigener Geschäfte entsteht die Gesellschaft dagegen nach §§ 36 Abs. 1, 20 Abs. 1 UmwG im Außenverhältnis erst mit der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister, die sich inhaltlich nach § 106 Abs. 2 richtet[142] und zum Übergang der übertragenen Unternehmen bzw. Vermögen auf die neue Gesellschaft führt (§§ 36 Abs. 1, 20 Abs. 1 UmwG).

53 Eine OHG/KG kann (zugleich) auch als **übertragender (oder übernehmender) Rechtsträger** an einer Verschmelzung beteiligt sein. Abgesehen von den auch insofern zu beachtenden §§ 40, 43 UmwG (Rn 52), besteht eine Besonderheit auch darin, dass ein **Verschmelzungsbericht** entbehrlich ist, sofern alle Gesellschafter zur Geschäftsführung berufen sind (§ 41 UmwG), weil sie in diesem Falle über das Umwandlungsvorhaben ohnehin ausreichend informiert sind (vgl. auch § 42 UmwG). Eine **Verschmelzungsprüfung** gem. §§ 9 bis 12 UmwG ist bei der OHG nur dann erforderlich, wenn der Gesellschaftsvertrag für den Verschmelzungsbeschluss eine Mehrheitsentscheidung ausreichen lässt und ein Gesellschafter die Prüfung verlangt (§ 44 Satz 1 UmwG). Die Regelung des § 44 UmwG soll insbesondere die Gesellschafter von Publikumspersonengesellschaften schützen.[143] Der nach § 13 Abs. 1 S. 1 UmwG erforderliche **Verschmelzungsbeschluss** bedarf nach § 43 Abs. 1 UmwG bei OHG/KG grundsätzlich der Zustimmung **aller** Gesellschafter, gleichviel ob sie in der Gesellschafterversammlung anwesend sind oder nicht.

---

[139] Westermann/*Heckschen* Handbuch Rn I 3723; Widmann/Mayer/*Vossius* UmwG § 40 Rn 3, 38; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 6 II 2b, S. 542.

[140] Semler/Stengel/*Bärwaldt* UmwG[2] § 36 Rn 24.

[141] Semler/Stengel/*Bärwaldt* UmwG[2] § 36 Rn 23; Widmann/Mayer/*Mayer* UmwG § 36 Rn 210; gegen die Anwendbarkeit des § 123 Abs. 2 HGB aber Kallmeyer/*Zimmermann* UmwG[3] § 38 Rn 7.

[142] Widmann/Mayer/*Mayer* UmwG § 36 Rn 213; Kallmeyer/*Zimmermann* UmwG[3] § 38 Rn 7.

[143] Semler/Stengel/*Ihrig* UmwG[2] § 44 Rn 1; Kallmeyer/*Müller* UmwG § 44 Rn 1; *H. Schmidt* in Lutter UmwG[3] § 44 Rn 2; Widmann/Mayer/*Vossius* UmwG § 44 Rn 5.

Nach hM ist auch die Zustimmung der stimmrechtslosen Gesellschafter erforderlich.[144] Eine gesellschaftsvertragliche **Mehrheitsklausel** erfordert nach § 43 Abs. 2 S. 2 UmwG wenigstens ein 75 %-Quorum (bezogen auf abgegebene Stimmen); sie muss Umwandlungsmaßnahmen zumindest generell erwähnen.[145] Auch bei wirksamer Mehrheitsklausel kann die Zustimmung aller Gesellschafter gleichwohl erforderlich sein, sofern nämlich die Umgestaltung der Mitgliedschaft als Eingriff in den Kernbereich anzusehen ist.[146] Als übertragender Rechtsträger **erlischt** die Gesellschaft nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG mit der Eintragung liquidationslos; ihr Vermögen geht nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf den übernehmenden oder neuen Rechtsträger im Wege der Universalsukzession über[147]. § 45 UmwG sieht nach dem Vorbild des § 160 eine Haftungsbegrenzung auf fünf Jahre für Gesellschafter vor, die in der neuen Gesellschaft nicht mehr unbeschränkt persönlich haften, was auch auf die KG zutrifft.[148]

54 **c) Spaltung (UmwG).** Durch Spaltung können Teile des Unternehmens im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf einen anderen Rechtsträger übertragen werden;[149] das UmwG stellt dafür die Aufspaltung, die Abspaltung und die Ausgliederung zur Verfügung (s. Vor § 105 Rn 22), die jeweils zur Neugründung einer OHG/KG erfolgen können. Personenhandelsgesellschaften können dabei auf beiden Seiten beteiligt sein (§§ 124 i.V.m. 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Für die Spaltung gelten die Vorschriften des Verschmelzungsrechts mit einigen in den §§ 126 ff UmwG normierten Ausnahmen entsprechend (§ 125 UmwG). Hinsichtlich der Verschmelzung von Personengesellschaften bestehen keine Besonderheiten, so dass auf die Ausführungen zur Verschmelzung (Rn 52 f) verwiesen werden kann.[150]

55 **d) Formwechsel zwischen Kapitalgesellschaft und Personengesellschaft (UmwG).** Ein zur Entstehung einer OHG/KG führender Formwechsel nach dem UmwG ist nur der Kapitalgesellschaft möglich (Rn 51); er funktioniert nach dem Identitätsprinzip (§§ 191 Abs. 1 Nr. 1, 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG), so dass kein Vermögensübergang erforderlich ist.[151] Umstrukturierungsmaßnahmen, die im Wege der Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge durchgeführt werden, stellen keinen Formwechsel dar (vgl. aber Rn 56 zum Formwechsel zwischen Personengesellschaften). Die Durchführung des Formwechsels einer Kapitalgesellschaft in eine OHG richtet sich speziell nach den §§ 226 bis 237 UmwG und allgemein nach den §§ 190 ff UmwG (den umgekehrten Fall regeln die §§ 214 bis

---

144 Semler/Stengel/*Ihrig* UmwG[2] § 43 Rn 17; *H. Schmidt* in Lutter UmwG[3] § 43 Rn 81; Widmann/Mayer/*Vossius* UmwG § 43 Rn 13 f. **AA** Kallmeyer/*Zimmermann* UmwG[3] § 43 Rn 16. Näher zum Zustimmungsrecht bzw. Stimmrechts wegen Eingriffs in den Kernbereich § 119 Rn 42 f.

145 Semler/Stengel/*Ihrig* UmwG[2] § 43 Rn 31; *Priester* DStR 2005, 788 (790); *H. Schmidt* in Lutter, UmwG[3] § 43 Rn 12; Widmann/Mayer/*Vossius* UmwG, § 43 Rn 114 f; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 6 II 2b, S. 541 f; Kallmeyer/*Zimmermann* UmwG[3] § 43 Rn 9. Näher zum sog. „Bestimmtheitsgrundsatz" § 119 Rn 34 ff.

146 Zutr. im Ansatz Widmann/Mayer/*Vossius* § 43 UmwG 118 ff und 69 ff aus Sicht der übertragenden Gesellschaft für den Fall, dass keine Abfindung nach § 29 UmwG anzubieten ist; allgemein zum Kernbereichseingriff bei Umstrukturierungen § 119 Rn 43.

147 Widmann/Mayer/*Vossius* UmwG § 20 Rn 26.

148 *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 13 III 7c, S. 393; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 6 II 2b, S. 542.

149 *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 6 II 1a, S. 531.

150 Zur Spaltung von Personengesellschaften siehe auch *Priester* DStR 2005, 788 (791 f).

151 *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 6 II 1a, S. 531; kritisch zu diesem Begriff *Mülbert* AcP 199 (1999), 38 (56 f).

225 UmwG speziell). Es bestehen zahlreiche Parallelen zur Verschmelzung.[152] Der Formwechsel erfolgt nach §§ 193, 233 UmwG mittels eines **Umwandlungsbeschlusses,** der stets der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf, die in der OHG oder KG unbeschränkt persönlich haften sollen (§ 233 Abs. 1, Abs. 2 Satz 3 UmwG). Beim Wechsel in die KG bedarf es darüber hinaus mindestens einer 3/4-Kapitalmehrheit (§ 233 Abs. 2 Satz 1 UmwG; für den Wechsel in die Kapitalgesellschaft s. §§ 207, 217 UmwG). Mit der Eintragung wechselt der Rechtsträger die Rechtsform und besteht in der neuen Rechtsform weiter (§ 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG).

56 e) **Formwechsel zwischen Personengesellschaften.** Stets außerhalb des Umwandlungsrechts findet der Formwechsel zwischen Personengesellschaften statt; er ist problemlos durch Änderung des Gesellschaftsvertrags oder aufgrund Rechtsformzwangs (dazu Rn 3) möglich[153]. Er liegt immer dann vor, wenn sich der Gesellschaftszweck oder die Haftungsverhältnisse der Gesellschafter ändern. Zum **Wechsel einer GbR in eine OHG** kommt es kraft Rechtsformwahl, wenn das von ihr betriebene kannkaufmännische oder vermögensverwaltende Unternehmen in das Handelsregister eingetragen wird (Rn 25, 28) oder kraft Rechtsformzwangs, wenn die GbR aus sonstigen Gründen (spätere Entwicklung des Handelsgewerbes zu einem istkaufmännischen Unternehmen; Erwerb eines Handelsgeschäfts u.a.) erst nachträglich die Voraussetzungen des § 1 erfüllt (Rn 3, 23 ff). Der **Wechsel einer KG in eine OHG** tritt dann ein, wenn sämtliche Kommanditisten ausscheiden oder ihre Haftung durch nachträgliche Änderung des Gesellschaftsvertrags zur unbeschränkten erweitert wird; häufiger ist aber die umgekehrte Entwicklung von der OHG zur KG, sei es durch nachträgliche Beschränkung der Haftung bei einem Teil der Gesellschafter oder durch Hinzutritt beschränkt haftender Gesellschafter. Allen diesen Fällen ist gemeinsam, dass die *Identität der Personengesellschaft* durch den Rechtsformwechsel *nicht berührt* wird und ein Vermögensübergang im Unterschied zur übertragenden Umwandlung nicht stattfindet[154]. Beim Vorhandensein von Grundstücken ist die Grundbucheintragung zu berichtigen;[155] bei schwebenden Prozessen kommt es im Fall der Umwandlung einer GbR in eine OHG/KG oder umgekehrt zu einem gesetzlichen Parteiwechsel[156]. Zu den Rechtsfolgen der formwechselnden Umwandlung für das Innenverhältnis der Gesellschafter vgl. § 109 Rn 17 f. Sofern der Formwechsel gewillkürt ist, sich also durch Änderung des Gesellschaftsvertrages vollzieht, ist zu erwägen, ob die Vorschriften des UmwG, namentlich in Bezug auf Informationspflichten und Beschlussfassung (§§ 215 bis 217 und § 225 UmwG) entsprechend anzuwenden

---

[152] *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 6 II 3b bb, S. 550.

[153] S. dazu auch *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 44 III 1, S. 1305 ff und eingehend *Freund* Der Rechtsformwechsel zwischen Personengesellschaften, 2005 (insbes. im Falle von Veränderungen des Gewerbeumfangs bzw. beim Wechsel zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung, S. 75 ff, 102 ff).

[154] Ganz hM, vgl. BGHZ 32, 307 (312) = NJW 1960, 1664; BGH NJW 1967, 821; WM 1962, 10 (12); WM 1975, 99; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 13; *Soergel/Hadding*[12] § 705 Rn 3; Schlegelberger/*Martens* § 161 Rn 59; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 109; *ders.* Gesellschaftsrecht § 12 I 4a, S. 335; *Freund* (Fn 153) S. 170 ff. Zu Unrecht zweifelnd BayObLG WM 1983, 1199.

[155] RGZ 155, 75 (85 f); BayObLG NJW 1952, 28 f und BB 1983, 333; OLG Hamm DB 1984, 341. MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 13; Erman/*Westermann*[12] § 705 Rn 4. Dabei handelt es sich nicht um eine Berichtigung nach §§ 894 BGB, 22 GBO, sondern um eine Richtigstellung tatsächlicher Angaben (BayObLG aaO).

[156] Vgl. näher MünchKommBGB[5]/*Ulmer/C. Schäfer* § 718 Rn 65.

sind.[157] Die hM lehnt dies ab.[158] Für den Formwechsel wird man in der Tat die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, nur den Wechsel zwischen Kapitalgesellschaft und Personengesellschaft den Regeln des Umwandlungsrechts zu unterstellen, zu akzeptieren haben (s.a. § 190 Abs. 2 UmwG); der hM ist also insofern zuzustimmen.

57 **f) „Anwachsende Verschmelzung".** Die Übertragung von Vermögen zwischen einer Personengesellschaft und anderen Personen lässt sich auch durch das Ausnutzen der An- und Abwachsung im Recht der Gesamthandsgesellschaften (§ 738 Abs. 1 S. 1 BGB) erreichen (Vor § 105 Rn 21). Bilden A und B eine OHG, so erlischt beim Ausscheiden des A die Gesellschaft liquidationslos und das vormals gesamthändische Vermögen wird alleiniges Vermögen des B. Der gleiche Effekt tritt ein, wenn sämtliche Gesellschafter ihre Anteile gleichzeitig auf einen Erwerber übertragen (§ 131 Rn 9).[159] Diese Form des Vermögensübergangs ist neben den Umstrukturierungsmaßnahmen des UmwG zulässig und gebräuchlich.[160] Es wird in der Praxis hauptsächlich verwandt, um eine „Verschmelzung" des Vermögens einer Personengesellschaft auf eine andere Gesellschaft oder einen „Formwechsel" von einer GmbH & Co. KG auf die Komplementär-GmbH zu erreichen.[161] Hintergrund ist es, die Anwendung der Vorschriften des UmwG – insbesondere die arbeitsrechtlichen Zuleitungspflichten sowie die Vorschriften zum Schutz der Gläubiger und der Arbeitnehmer – zu vermeiden.[162] Zu diskutieren ist daher, ob bestimmte Schutzvorschriften des UmwG analog anzuwenden sind;[163] die Diskussion hierüber hat noch kaum begonnen; der Fall liegt insofern jedenfalls nicht so eindeutig wie hinsichtlich des Formwechsels zwischen Kapitalgesellschaften (Rn 55 aE).

4. Umwandlung des Handelsgeschäfts einer Erbengemeinschaft in eine OHG?

Schrifttum

Vgl. Nachw. zu § 27 (*Burgard*). Ferner *Aicher/Ostheim* OHG und Erbengemeinschaft, ÖJZ 1981, 253; *Damrau* Die Fortführung des von einem Minderjährigen ererbten Handelsgeschäfts, NJW 1985, 2236; *Dauner-Lieb* Unternehmen in Sondervermögen (1998); *John* Urteilsanm. JZ 1985, 246; *K. Schmidt* Die Erbengemeinschaft nach einem Einzelkaufmann, NJW 1985, 2785; *ders.* Gesetzliche Vertretung und Minderjährigenschutz im Unternehmensprivatrecht, BB 1986, 1238, *Strothmann* Einzelkaufmännisches Unternehmen und Erbenmehrheit im Spannungsfeld von Handels-, Gesellschafts-, Familien- und Erbrecht, ZIP 1985, 969.

58 **a) Handels- und erbrechtliche Grundlagen.** Zu den Rechtsverhältnissen beim erbrechtlichen Übergang des Unternehmens eines Einzelkaufmanns auf mehrere Erben und dessen Fortführung durch die Erbengemeinschaft vgl. schon Vor § 27 Rn 91 ff (*Burgard*). Nach std. Rspr. sind die Miterben nicht gehindert, das ererbte Handelsgeschäft ohne

---

157 *Kießling* WM 1999, 2391 (2397 ff); *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 6 II 3a, S. 544 f; *ders.* ZGR 1999, 568.

158 *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 13 I 4c, S. 368 mwN; *Priester* DStR 2005, 788 (793).

159 BGH ZIP 1990, 505 (506) – *Bleyle* („Verschmelzung" der Betriebsgesellschaft auf die Besitzgesellschaft, die dadurch zur OHG wird); weitere Nachw. bei § 131 Fn 20; s.a. MünchKommBGB[5]/*Ulmer/C. Schäfer* § 738 Rn 11.

160 *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 12 I 4b, c, S. 336 f und § 13 I 4a, S. 366 f.

161 *Seibt* FS Röhricht, 2005, S. 603 (604 ff).

162 *Sagasser* in S/B/B, Umwandlungen, H Rn 24; *Seibt* FS Röhricht, 2005, S. 603 (608).

163 Dazu eingehend *Seibt* FS Röhricht (2005), S. 603, der die entsprechende Anwendung der Schutzvorschriften des UmwG 1994 ablehnt. Die Diskussion darüber ist jedoch gerade erst eröffnet.

(Teil-)Auseinandersetzung **in Erbengemeinschaft fortzuführen.**[164] Hierfür kann trotz fehlender Ausrichtung der für die Erbengemeinschaft geltenden Vorschriften an den Erfordernissen des Handelsverkehrs[165] ein praktisches Bedürfnis bestehen;[166] dass die Erbengemeinschaft kein nachlassfremdes Unternehmen betreiben kann, sei es aufgrund Neugründung, Hinzuerwerbs u.a.[167], steht nicht entgegen. Bei Fortführung durch die Erbengemeinschaft sind die Miterben nach § 31 Abs. 1 in das Handelsregister einzutragen (vgl. Voraufl. Vor § 22 Rn 71 [*Hüffer*]); auch die Eintragung der Vertretungsverhältnisse ist zulässig. Über die Erbenhaftung nach §§ 2058 bis 2060 BGB hinaus haften die Miterben für die *alten* Geschäftsverbindlichkeiten nach Maßgabe von § 27 unbeschränkt, wenn sie das Geschäft über die Dreimonatsfrist des § 27 Abs. 2 hinaus fortführen. Für Neuverbindlichkeiten folgt die **unbeschränkte Haftung** im Falle gemeinsamen Handelns oder solchen durch Bevollmächtigte aller Erben aus § 427 BGB, ansonsten aus den Grundsätzen über die Haftung für Nachlasserbenschulden[168], wenn man nicht zur generellen unbeschränkten Haftung der Erben analog § 128 wegen des gemeinsamen Betriebs eines Handelsgewerbes kommt[169]. Zur Fortführung durch einen Testamentsvollstrecker vgl. § 27 Rn 76 ff (*Burgard*).

59 Mit Rücksicht auf die in Rn 58 erwähnten Haftungsfolgen wird zu Recht auf die Notwendigkeit eines **einstimmigen Fortsetzungsbeschlusses der Erben** nach § 2038 Abs. 1 BGB bei Fortführung des Handelsgeschäfts über die Dreimonatsfrist des § 27 Abs. 2 hinaus hingewiesen[170]. Allerdings hat der Beschluss nur Bedeutung für das **Innenverhältnis** der Erben[171]. Sein Fehlen berechtigt die mit der Fortsetzung nicht einverstandenen Erben dazu, die sofortige Einstellung des Geschäftsbetriebs sowie ggf. Schadensersatz von den eigenmächtig die Geschäfte fortführenden Erben zu verlangen. Dagegen wird die Haftung gegenüber Dritten aus § 27 sowie aus sonstigen, für Neuverbindlichkeiten relevanten Rechtsgründen durch das Fehlen des Fortsetzungsbeschlusses nicht berührt; insoweit genügt für Altverbindlichkeiten das Faktum der Fortführung durch die Erbengemeinschaft, für Neuverbindlichkeiten der Fortbestand von Vertretungsverhältnissen aus der Zeit vor dem Erbfall oder das Eingreifen der Grundsätze über die Anscheins- oder Duldungsvollmacht.

---

[164] RGZ 132, 138 (142); BGH NJW 1951, 311; BGHZ 17, 299 (302) = NJW 1955, 1227; BGHZ 30, 391 (394) = NJW 1959, 2114; BGHZ 32, 60 (67) = NJW 1960, 959; BGHZ 92, 259 (262) = NJW 1985, 136; KG DB 1998, 2591 (2592); MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 22; weit. Nachw. § 27 Fn 133 f (*Burgard*). Kritisch zu dieser Rspr. unter Hinweis auf den begrenzten Aussagegehalt der Urteile *Rob. Fischer* ZHR 144 (1980), 4 ff.

[165] So zutr. namentlich *Rob. Fischer* (Fn 164) S. 2 f mwN; vgl. auch *Strothmann* ZIP 1985, 974 f; *K. Schmidt* NJW 1985, 2788 f; *Dauner-Lieb* S. 355, 377, 408 ff.

[166] Vgl. die Hinweise in BGHZ 92, 259 (263 f) auf entsprechende Fallkonstellationen; zu bedenken sind auch die mit der Teilauseinandersetzung des Nachlasses verbundenen Folgen für die Erbenhaftung (§§ 2058, 2059 Abs. 1 BGB).

[167] EinhM, vgl. KG JFG 9, 111 = HRR 1932 Nr. 749; Voraufl. Vor § 22 Rn 71 (*Hüffer*).

[168] Vgl. näher KG JW 1937, 2599; § 27 Rn 74, 91, 34 ff (*Burgard*); *K. Schmidt* NJW 1985, 2790 f; *M. Wolf* AcP 181 (1981), 503 ff; MünchKommBGB[4]/*Heldrich* § 2032 Rn 44; Soergel/*M. Wolf*[13] § 2032 Rn 9; *Canaris* Handelsrecht, § 9 Rn 7 ff.

[169] So MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 22; *ders.* NJW 1985, 2791; tendenziell auch *M. Wolf* AcP 181 (1981), 505 f; **aA** *Sobich* Erbengemeinschaft und Handelsgeschäft, 1974, S. 45 ff.

[170] So schon *Hueck* ZHR 108 (1941), 1 (24); ihm folgend *Rob. Fischer* ZHR 144 (1980), 10 ff; *John* JZ 1985, 246; Soergel/*M. Wolf*[13] § 2038 Rn 7.

[171] So zutr. *K. Schmidt* NJW 1985, 2791.

60 **b) Umwandlungsvoraussetzungen.** Die Umwandlung eines (ererbten) Handelsgeschäfts in eine OHG (KG) und deren Gesamtrechtsnachfolge in das zum Nachlass gehörende Geschäftsvermögen sind dem geltenden Recht unbekannt[172]. Die Erbengemeinschaft ist im Übrigen auch kein umwandlungsfähiger Rechtsträger nach §§ 3, 191 UmwG[173]. Die Entstehung einer OHG setzt vielmehr auch im Falle des gemeinsamen Betriebs eines ererbten Handelsgeschäfts den **Abschluss eines Gesellschaftsvertrags** zwischen den Beteiligten voraus und erfordert zusätzlich die Übertragung des Geschäftsvermögens auf die Gesellschaft. Das Faktum der gemeinsamen Fortführung kann ihn nicht ersetzen[174]. Die abweichend hiervon teilweise vertretene Annahme **automatischer Umwandlung** des auf mehrere Erben übergegangenen und von diesen fortgeführten Handelsgeschäfts in eine OHG[175] ist **erbrechtlich nicht geboten** und **gesellschaftsrechtlich nicht vertretbar.** Das gilt auch dann, wenn die Erben ausdrücklich oder konkludent die gemeinsame Fortsetzung des Handelsgeschäfts beschlossen haben, da ihnen die Fortsetzung in Erbengemeinschaft nicht verwehrt ist und ein Rechtsformzwang in die OHG (oder KG) nicht besteht (ganz hM, vgl. Rn 58). Immerhin mag es in derartigen Fällen nicht selten naheliegen, im Fortsetzungsbeschluss der Erben ein **Indiz** für die Gesellschaftsgründung zu sehen[176]. Das gilt namentlich dann, wenn die Erben gleichzeitig Regelungen über die Ausgestaltung der Geschäftsführung treffen oder für einen Teil von ihnen eine Haftungsbeschränkung vorsehen. Auch in der Veränderung der Firma kann ein Hinweis auf den rechtsgeschäftlichen Willen zum Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinsamer Firma (§ 105 Abs. 1) liegen.

61 Die außer dem Vertragsschluss weiter erforderliche (Teil-)Auseinandersetzung des Nachlasses unter **Übertragung des Geschäftsvermögens** von der Erbengemeinschaft auf die OHG/KG[177] kann auch konkludent erfolgen, soweit sie keiner formgebundenen Verfügungsgeschäfte (§§ 925, 873 BGB; § 15 Abs. 3 GmbHG u.a.) bedarf. Wurden für den Gesellschaftsvertrag Formvorschriften (§§ 311b Abs. 1 BGB, 15 Abs. 4 GmbHG u.a.) nicht beachtet oder wurde die wegen §§ 1629, 1795, 181 BGB erforderliche Bestellung eines Pflegers oder die Einholung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts versäumt, so greifen die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft ein (Rn 328 ff). Ein

---

[172] Vgl. *Rob. Fischer* ZHR 144 (1980), 12 mN in Fn 50. Zur Möglichkeit der Umwandlung erbrechtlichen in gesellschaftsrechtliches Gesamthandsvermögen vgl. Fn 177.

[173] *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 8 II 1b, S. 688.

[174] Ganz hM, vgl. BGH NJW 1951, 311 (312); BGHZ 92, 259 (264) = NJW 1985, 136; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 22; *ders.* NJW 1985, 2787; *M. Wolf* AcP 181 (1981), 482; MünchKommBGB[4]/*Heldrich* § 2032 Rn 45; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 8 II 1b, S. 689.

[175] So – bezogen auf den Ablauf der Dreimonatsfrist des § 27 Abs. 2 – insbes. *Rob. Fischer* ZHR 144 (1980), 12 ff; für das österr. Recht auch *Aicher/Ostheim* ÖJZ 1981, 253 (256) m. Rspr.-Nachw. Ebenso schon *Lion* LZ 1925, 842 (847) und JW 1925, 2105; *Legers* JW 1926, 552; *Sobich* (Fn 169), S. 78 ff. Dagegen zutr. *M. Wolf* AcP 181 (1981), 482 ff; zweifelnd *Buchwald* BB 1962, 1407; *Johannsen* FamRZ 1980, 1074 (1077).

[176] Die Literatur (*John* JZ 1985, 246; *K. Schmidt* NJW 1985, 2787; *M. Wolf* AcP 181 [1981], 482 ff u.a.) hebt in Auseinandersetzung mit den in Fn 175 genannten Gegenansichten vor allem den Unterschied zwischen Fortsetzungsbeschluss und Gesellschaftsvertragsschluss hervor. Zur Frage der Auslegung des Beschlusses äußert sie sich meist nicht. Wie im Text *A. Hueck* OHG, § 6 V 5, S. 70 f.

[177] Sie lässt sich nur dann vermeiden, wenn sämtliche Miterben ihre Erbanteile nach § 2033 BGB auf die OHG (KG) übertragen mit der Folge, dass bei dieser Anwachsung eintritt und das erbrechtliche Gesamthandsvermögen sich dadurch in gesellschaftsrechtliches umwandelt (so zutr. *Aicher/Ostheim* ÖJZ 1981, 256).

Gesellschaftsvertragsschluss unter Teilauseinandersetzung des Nachlasses ist namentlich auch dann anzunehmen, wenn die Miterben übereinkommen, dass das Handelsgeschäft nur durch einen Teil von ihnen fortgeführt wird unter Anrechnung des Wertes auf die Erbquoten; hier kommt es zur Entstehung einer OHG (KG), beschränkt auf die abredegemäß fortführenden Erben.[178]

62 c) **Rechtsverhältnisse in der fortbestehenden Erbengemeinschaft.** Kommt es in Bezug auf das ererbte Handelsgeschäft nicht zur Entstehung einer OHG (KG), so bestimmt sich das Verhältnis zwischen den Beteiligten grundsätzlich nach Erbrecht (§§ 2032 ff BGB). Immerhin ist zumal bei längerer Dauer der gemeinsamen Fortführung nicht ausgeschlossen, ergänzend auf Gesellschaftsrecht zurückzugreifen.[179] Der Umstand, dass die Beteiligten dessen Geltung vereinbaren könnten, steht nicht entgegen.[180] Als methodischer Ansatz bietet sich die Anknüpfung an §§ 2038 Abs. 2, 745 BGB i.V.m. den Grundsätzen über die ergänzende Vertragsauslegung (§ 157 BGB) an. Auf diese Weise lassen sich namentlich Zufallsergebnisse vermeiden, die darauf beruhen, dass die Beteiligten in Unkenntnis der rechtlichen Zusammenhänge die Gründung einer Gesellschaft versäumt haben, ohne dass es der Fiktion eines Vertragsschlusses bedarf. Zur Anpassung des Außenverhältnisses an die für Handelsgesellschaften geltenden Haftungs- und Vertretungsregelungen vgl. Rn 58.[181] Besondere Probleme bei gemeinsamer Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft hat in der Vergangenheit der **Schutz minderjähriger Erben** bereitet, zumal die Genehmigungstatbestände der §§ 1643, 1821, 1822 BGB in diesem Fall nicht eingreifen[182]. Nachdem das BVerfG diesen Rechtszustand für nicht mit Art. 2 Abs. 1 GG vereinbar erklärt hatte,[183] führte der Gesetzgeber durch das Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz schließlich § 1629a BGB ein, wonach der minderjährige Erbe seine Haftung auf das bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandene Vermögen beschränken kann. § 1629a Abs. 1 BGB erfasst sämtliche von den Eltern wirksam für das Kind begründeten Verbindlichkeiten sowie auch solche, die „aufgrund eines … Erwerbs von Todes wegen entstanden sind."

IV. Die Bedeutung von § 105 Abs. 3

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

63 a) **Überblick.** Die generelle Vorschrift über das **Verhältnis des BGB zum HGB** enthält Art. 2 Abs. 1 EGHGB. Danach kommen in Handelssachen die BGB-Vorschriften nur insoweit zur Anwendung, als das HGB keine Sonderregelungen enthält. Für das OHG-(und KG-)Recht bringt die Verweisungsnorm des § 105 Abs. 3 diese **Subsidiaritätsregel** nochmals besonders zum Ausdruck. Zugleich stellt sie klar, dass mit der „Gesellschaft"

---

[178] So auch *M. Wolf* AcP 181 (1981), 488.

[179] So zutr. BGHZ 17, 299 (302) = NJW 1955, 1227; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 22; *ders.* NJW 1985, 2788; Soergel/*M. Wolf*[13] § 2032 Rn 5; Erman/*Schlüter*[12] § 2032 Rn 4. Gegenansichten in Fn 180. Für eine „tiefgreifende Rechtsfortbildung des Gesamtsystems der §§ 2032 ff BGB": *Dauner-Lieb* S. 459 ff.

[180] So aber *M. Wolf* AcP 181 (1981), 491; zurückhaltend auch *Strothmann* ZIP 1985, 975; MünchKommBGB[4]/*Heldrich* § 2032 Rn 45; Staudinger/*Werner* BGB (2002) § 2032 Rn 18.

[181] *K. Schmidt* NJW 1985, 2788 ff; *M. Wolf* AcP 181 (1981), 495 ff.

[182] HM, vgl. BGHZ 92, 259 (265 ff); *Damrau* NJW 1985, 2236 f; *John* JZ 1985, 246; *K. Schmidt* NJW 1985, 139.

[183] BVerfGE 72, 155 = NJW 1986, 1859 unter Aufhebung von BGHZ 92, 259 (263 ff) = NJW 1985, 136.

i.S.d. § 105 Abs. 1 das Schuldverhältnis des § 705 BGB gemeint ist. Über die Frage, **welche Vorschriften** aus dem Recht der GbR von der Verweisung des § 105 Abs. 2 erfasst sind und daher auch für OHG und KG gelten, besteht im Wesentlichen Einigkeit. Es handelt sich um die §§ 705 bis 708, 712 Abs. 2, 713, 717 bis 720, 722 Abs. 2, 725 Abs. 2, 732, 735 und 738 bis 740 BGB (vgl. näher Rn 64 bis 68). Nicht voll geklärt ist angesichts der besonderen Ausgestaltung der Geschäftsführerstellung im OHG- und KG-Recht nur die Tragweite der in § 713 BGB enthaltenen (Weiter-)Verweisung auf die §§ 664 bis 670 BGB (vgl. Rn 69).

64 **b) Gesellschaftsvertrag und Beiträge.** Eine erste Gruppe von Vorschriften, die kraft Verweisung auch für die Personenhandelsgesellschaften gelten, bilden die **§§ 705 bis 707 BGB.** Für die Definition der Gesellschaft als besonderes Schuldverhältnis (§ 705 BGB) und die damit verbundene Notwendigkeit eines Gesellschaftsvertrags (Rn 16) folgt das schon aus dem Begriff „Gesellschaft" in § 105 Abs. 1 und aus dem allgemeinen Verhältnis zwischen umfassender Kodifikation (BGB) und Sonderprivatrecht (HGB). Über Art und Erbringung der Beiträge (§ 706 BGB) sowie über die Erhöhung vereinbarter Beiträge (§ 707 BGB) sind Regelungen im OHG-Recht nicht enthalten. Die Verweisung des § 105 Abs. 3 kommt insoweit voll zum Zuge (vgl. auch Rn 17 ff, 224 ff). Zur Geltung von § 732 BGB über die Rückgabe der der Gesellschaft zur Benutzung überlassenen Gegenstände bei Liquidation der OHG vgl. Rn 67.

65 **c) Geschäftsführungsregelungen.** Die Regelungen über Ausgestaltung, Umfang und Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis in der OHG/KG sind in §§ 114 bis 117 abweichend von den §§ 709 bis 712 Abs. 1 BGB getroffen. Insoweit bleibt für die Verweisung des § 105 Abs. 3 kein Raum. Anderes gilt nur für das in **§ 712 Abs. 2 BGB** vorgesehene Recht des Geschäftsführers, aus wichtigem Grund auch seinerseits die Geschäftsführung niederzulegen; es wird von § 117 nicht verdrängt und steht daher auch dem Geschäftsführer der OHG und KG zu (vgl. Erl. zu § 117). Nicht im HGB geregelt ist demgegenüber der für Geschäftsführer geltende Sorgfaltsmaßstab; insoweit tritt auch im OHG-Recht **§ 708 BGB** als speziellere Norm an die Stelle des § 276 Abs. 1 BGB (vgl. § 109 Rn 12). Zur Tragweite der (Weiter-)Verweisung in § 713 BGB auf §§ 664 bis 670 BGB für das OHG-Recht vgl. Rn 69.

66 **d) Gesamthandsvermögen.** Von wesentlicher Bedeutung in Bezug auf § 105 Abs. 3 sind vor allem die Vorschriften der **§§ 717 bis 720 BGB** über die Bildung von Gesamthandsvermögen, über dessen Bindung zugunsten der Gesellschaft und über die Unzulässigkeit einer Abspaltung von Verwaltungsrechten der Gesellschafter. Das OHG-Recht hat insoweit ganz auf Sonderregelungen verzichtet, sieht man von der (in erster Linie klarstellenden, vgl. Rn 42) Norm des § 124 Abs. 1 über den Rechtserwerb der OHG unter ihrer Firma ab. Ebenfalls zu diesem Regelungsbereich gehört das in **§ 738 Abs. 1 S. 1 BGB** verankerte Anwachsungsprinzip beim Ausscheiden eines Gesellschafters als logische Folge der Rechtsfigur der Gesamthand (Rn 40 f). Es gilt für OHG und KG ebenso wie für die GbR. Zur Möglichkeit und zu den Voraussetzungen einer Übertragung von Gesellschaftsanteilen vgl. Rn 294 ff.

67 **e) Auflösung und Ausscheiden.** Die **Liquidation** der OHG und deren Folgen sind in §§ 145 bis 158 im Grundsatz umfassend geregelt. Für die Verweisung auf das Recht der GbR bleibt daher Raum nur in Bezug auf die Rückgabe der zur Benutzung überlassenen Gegenstände (**§ 732 BGB**) und die Nachschusspflicht der Gesellschafter bei einem nach Liquidation des Gesellschaftsvermögens verbleibenden Verlust (**§ 735 BGB**). Demgegen-

über finden sich zum Ausscheiden einzelner Gesellschafter Sonderregelungen des OHG-Rechts nur hinsichtlich der Voraussetzungen des Ausscheidens (§§ 138, 140), dessen Anmeldung beim Handelsregister (§ 143) und hinsichtlich der Sonderverjährung des § 159. Die Durchführung des Ausscheidens und die Berechnung der daraus resultierenden Ansprüche beider Seiten bestimmen sich nach **§§ 738 bis 740 BGB**.

f) Sonstige. Neben den in Rn 64 bis 67 genannten Regelungsbereichen erfasst die Verweisung des § 105 Abs. 3 noch zwei Vorschriften aus dem Recht der GbR, denen jeweils nur geringe Bedeutung zukommt. Bei der einen geht es um die Auslegungsnorm des **§ 722 Abs. 2 BGB**; sie besagt, dass eine vertragliche Abrede über die Ergebnisverteilung im Zweifel für Gewinn- wie für Verlustbeteiligung der Gesellschafter gilt, auch wenn sie nur auf Gewinn oder Verlust bezogen ist; sie greift nur in den Fällen ein, in denen die Gesellschafter es nicht beim gesetzlichen Verteilungsschlüssel des § 121 belassen haben. Eine weitere kraft Verweisung geltende Norm ist **§ 725 Abs. 2 BGB**, die den selbstverständlichen Grundsatz aufstellt, dass ein nach Anteilspfändung kündigender Privatgläubiger außer dem Gewinnanspruch keine sonstigen Mitgliedschaftsrechte des betroffenen Gesellschafters geltend machen kann (vgl. Erl. zu § 135). **68**

2. Die Tragweite der Weiterverweisung in § 713 BGB. Zur Tragweite der Verweisung in § 713 BGB auf die Vorschriften der §§ 664 bis 670 BGB vgl. näher § 110 Rn 33 ff. Die Geltung der **§§ 667, 669 BGB** für und gegen die Geschäftsführer einer OHG oder KG bereitet insoweit keine Probleme. Allerdings wird die Herausgabepflicht des Geschäftsführers nach § 667 BGB nur selten praktisch relevant werden, da er in aller Regel namens der OHG (KG) handelt und dadurch die Rechte unmittelbar für das Gesamthandsvermögen erwirbt[184]; hinsichtlich der Verzinsung gilt § 111 an Stelle des § 668 BGB[185]. Die Vorschussregelung des § 669 BGB ergänzt den Aufwendungsersatzanspruch, der für die Geschäftsführer einer OHG/KG abweichend von § 670 BGB in § 110 verankert ist. Für die Substitutionsregelung in § 664 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB ist regelmäßig schon deshalb kein Raum, weil der Geschäftsführer seine Funktionen nicht auf Dritte übertragen darf. Ein Rückgriff auf die Auskunfts- und Rechenschaftspflicht des Geschäftsführers nach **§ 666 BGB** kommt schließlich nur insoweit in Betracht, als es um einen der *Gesamthand* zustehenden, insbes. aufgrund Beschlussfassung der Mitgesellschafter geltend gemachten Auskunftsanspruch geht, während hinsichtlich des Informationsrechts der *einzelnen* Mitgesellschafter die Sonderregelungen der §§ 118, 164 vorgehen (str., vgl. Erl. zu § 118 und Voraufl. § 166 Rn 3 [*Schilling*]). Hinsichtlich **§ 665 BGB** hat sich zu Recht die Auffassung durchgesetzt, dass eine **Weisungsbindung** mit der eigenständigen Stellung des Geschäftsführers einer OHG/KG und dem ihm in § 114 Abs. 1 eingeräumten Recht auf Geschäftsführung **nicht** vereinbar wäre[186]. Soweit der Gesellschaftsvertrag nicht ausnahmsweise die Geschäftsführer an Weisungen von Mitgesellschaftern bindet, ist für die Anwendung von § 665 BGB im OHG-Recht daher kein Raum. **69**

---

184 Vgl. § 718 Abs. 1 BGB, dazu MünchKommBGB[5]/*Ulmer*/*C. Schäfer* § 713 Rn 12 und § 718 Rn 18 f.

185 **AA** anscheinend MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 271.

186 HM, vgl. *A. Hueck* OHG, § 10 V 3, S. 138 f; Ebenroth/*Boujong*/Joost HGB[1] Rn 124; MünchKommBGB[5]/*Ulmer*/*C. Schäfer* § 713 Rn 7; Soergel/*Hadding*[12] § 713 Rn 6; Baumbach/*Hopt* § 114 Rn 9; unklar Erman/*Westermann*[12] § 713 Rn 2. Unvereinbarkeit nur hinsichtlich eines am Gesellschaftsvermögen beteiligten Komplementärs und Vereinbarkeit beim angestellten Komplementär MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 271.

C. Gesellschafter

I. Allgemeines

70 **1. Mindest- und Höchstzahl.** Als Personengesellschaft setzt eine OHG (KG) die Beteiligung von **mindestens zwei Gesellschaftern** voraus. Das folgt aus dem Erfordernis eines Gesellschaftsvertrags zwischen den Beteiligten, d.h. eines zwischen ihnen bestehenden Schuldverhältnisses (Rn 16). Die aus dem Kapitalgesellschaftsrecht bekannte Rechtsfigur der Einmann-GmbH[187] (oder -AG) lässt sich auf das OHG-Recht zumindest in der Regel und generell für das Gründungsstadium nicht übertragen (näher Rn 72 ff). Folge des ersatzlosen Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters ist die Umwandlung der OHG in ein einzelkaufmännisches Unternehmen unter Anwachsung des Gesamthandseigentums zu Alleineigentum des letzten Gesellschafters (§ 738 Abs. 1 S. 1 BGB), ggf. verbunden mit der Pflicht zur Abfindung des Ausgeschiedenen oder seiner Erben (s.a. Rn 288 ff). Der Erwerb eines Kommanditanteils durch einen persönlich haftenden Gesellschafter führt zu seiner Einbeziehung in die bestehende Mitgliedschaft unter Wegfall der Haftungsbeschränkung (näher § 131 Rn 111 ff).[188] Soll diese Rechtsfolge vermieden und die Rechtsform der OHG bzw. KG erhalten werden, muss ein neues Mitglied vor oder gleichzeitig mit dem Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters aufgenommen werden. Zur Mitgliedschaft von Gesamthandsgemeinschaften vgl. Rn 96 ff.

71 Eine **Höchstzahl** ist für Gesellschafter einer OHG (KG) **nicht** vorgesehen. Personengesellschaften mit hundert oder mehr Mitgliedern finden sich – abgesehen vom Sonderfall der „Publikums-KG" (Voraufl. Anhang § 161 [*Schilling*]) – zwar nur selten[189]; die Vielzahl der Mitglieder steht der Anerkennung der Personenvereinigung als Gesellschaft jedoch nicht grundsätzlich entgegen[190]. Abgrenzungsprobleme zum *Verein* (vgl. dazu Rn 5 f) können sich in denjenigen Fällen ergeben, in denen die Vereinigung – als „Gesellschaft" – von einer großen Zahl von Mitgliedern gegründet wird und eine deutlich körperschaftliche Verfassung aufweist. Anderes gilt bei „großen" Personengesellschaften, die aus einem ursprünglich überschaubaren, durch Erbfolge oder sonstigen Anteilsübergang zunehmend angewachsenen Mitgliederbestand hervorgegangen sind[191]. Sie haben allein durch die gestiegene Zahl ihrer Mitglieder ihre Rechtsnatur als Gesellschaft nicht verändert. Allerdings ist der geänderten Quantität der Mitglieder auch qualitativ, in Hinsicht auf das Innenverhältnis der OHG (KG), Rechnung zu tragen.[192]

2. Mehrfache oder einheitliche Mitgliedschaft?

Schrifttum

Baumann Die Einmann-Personengesellschaft BB 1998, 225; *ders.* Der Nießbrauch am Anteil einer Einmann-Personengsellschaft NZG 2005, 919; *Bippus* Einheitlichkeit der Mitgliedschaft und Selbständigkeit der Beteiligung in der Personengesellschaft AcP 195 (1995), 13; *Esch* Einheitlichkeit

---

[187] Vgl. § 1 GmbHG, dazu *Ulmer*/Habersack/Winter GmbHG § 1 Rn 51 ff; Scholz/*Emmerich* GmbHG[10] § 1 Rn 26 ff mN.

[188] BGHZ 101, 123 (129) = NJW 1987, 3184. Zur Unmöglichkeit gleichzeitiger Beteiligung als Komplementär und Kommanditist vgl. auch OLG Hamm BB 1981, 1849; Röhricht/Graf v. Westphalen/*v. Gerkan*/*Haas* § 161 Rn 19; Baumbach/*Hopt* § 124 Rn 16.

[189] Vgl. immerhin RGZ 36, 60 (OHG mit 159 Gesellschaftern); RG LZ 1914, 1030 (48 Gesellschafter); BGHZ 85, 350 (358) = NJW 1983, 1056 (145 Gesellschafter).

[190] MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 26.

[191] Vgl. den Fall BGHZ 85, 350: Entwicklung von 18 (1936) zu 145 (1981) Gesellschaftern.

[192] Zur Nichtgeltung des Bestimmtheitsgrundsatzes für die „große" KG vgl. BGHZ 85, 350 (355 ff) = NJW 1983, 1056, dazu § 109 Rn 40 sowie Erl. zu § 119.

der Personengesellschaftsbeteiligung BB 1993, 664; *ders.* Das Dogma der Einheitlichkeit der Personengesellschaft BB 1996, 1621; *Joussen* Die einheitliche Mitgliedschaft in Personengesellschaften DB 1992, 1173; *Kanzleiter* „Mehrfach-Beteiligung" einer Person an Gesamthand oder Rechtsgemeinschaft? „Einmann-Gesamthand"?!, Freundesgabe Weichler (1997), S. 39; *Kießling* Das Gesamthandprinzip bei Personalgesellschaften, FS Hadding (2004), S. 477; *Lamprecht* Die Zulässigkeit der mehrfachen Beteiligung an einer Personengesellschaft (2002); *Lüttge* Die zulässige Mehrfachbeteiligung an einer Personengesellschaft NJW 1994, 5; *Priester* Die zwingende Einheitlichkeit des Personengesellschaftsanteils – ein überholtes Prinzip DB 1998, 55; *Raiser* Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts AcP 194 (1994), 495; *Thorsten Schmidt* Einmann-Personengesellschaften (1998); *Sieveking* Keine Mehrfachbeteiligung an Personengesellschaften, FS Schippel (1996), S. 505; *Steinbeck* Zur „Einheitlichkeit" der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft DB 1995, 761; *Timmann* Vor- und Nacherbschaft innerhalb der zweigliedrigen OHG oder KG (2000); *Ulmer* Die Einheitlichkeit der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft – ein überholtes Dogma? ZHR 167 (2003), 103; *Weimar* Einmann-Personengesellschaften – ein neuer Typ des Gesellschaftsrechts? ZIP 1997, 1769; *Wiedemann* Anteilsumwandlung und Mehrfachbeteiligung in der Personengesellschaft, FS für Zöllner, Band I (1998), S. 635; *ders.* Gesellschaftsrecht, Band II, § 1 VI 2, S. 85 und § 5 II 3 b), S. 454 ff.

72 **a) Der Grundsatz der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft.** Nicht nur für die Gründung, sondern auch für den **Fortbestand** einer von zwei oder mehr Personen gegründeten GbR entsprach es früher einhelliger Ansicht, dass die mehrfache Mitgliedschaft einer Person in einer Personengesellschaft und, darauf aufbauend, die **Einpersonen-Gesellschaft** (dazu Rn 74) mit der vertraglichen Grundlage der Personengesellschaften und ihrer Gesamthandsstruktur **unvereinbar** ist.[193] Grundlage für die früher ausnahmslos als einheitlich angesehene Mitgliedschaft ist der unmittelbare Zusammenhang der Mitgliedschaft mit der Stellung des Mitglieds als Vertragspartner des Gesellschaftsvertrags; an ihm kann das einzelne Rechtssubjekt notwendig nur einmal beteiligt sein. In neuerer Zeit mehren sich indessen **abweichende Stimmen**, die zwar nicht beim einseitigen, zur Anwachsung nach § 738 führenden Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters (Rn 70), wohl aber bei dem auf rechtsgeschäftlichem oder erbrechtlichem Übergang beruhenden Zusammentreffen sämtlicher Anteile in der Hand des letzten verbleibenden Gesellschafters die **Möglichkeit mehrfacher Beteiligung** sowie ggf. des Fortbestands der Gesellschaft trotz Reduktion der Gesellschafterzahl auf eine Person anerkennen wollen.[194] Das soll einerseits dann in

[193] Std. Rspr., BGHZ 24, 106 (108) = NJW 1957, 1026 (1027); BGHZ 58, 316 (318) = NJW 1972, 1755; BGHZ 66, 98 (101) = NJW 1976, 848 (849); BGHZ 91, 132 (137) = NJW 1984, 2104 (2105); BGHZ 101, 123 (129) = NJW 1987, 3184 (3186); ebenso schon RGZ 163, 142 (149); anders dann (für das Innenverhältnis zwischen Alleingesellschafter und Testamentsvollstrecker) BGHZ 98, 48 (57) = NJW 1986, 2431 (IV a-Senat); offen lassend BGHZ 108, 187 (199) = NJW 1989, 3152 (II. Senat); Voraufl. Rn 71 (*Ulmer*) sowie aus neuerer Zeit noch *Joussen* DB 1992, 1773 ff; *Sieveking* FS Schippel, 1996, S. 505 (511 f) und (trotz Anerkennung unterschiedlicher „Beteiligungen" eines Gesellschafters) Bippus AcP 195 (1995), 13 (24 ff).

[194] So – mit z.T. unterschiedlichen Voraussetzungen – namentlich MünchKommHGB/*Grunewald* § 161 Rn 4 f; *Esch* BB 1993, 664 ff und BB 1996, 1621 ff; *Lüttge* NJW 1994, 5 (8); *Kanzleiter* FS Weichler, 1997, S. 39 ff; *Weimar* ZIP 1997, 1769 (1772 ff); *W. Baumann* BB 1998, 225 ff; *Priester* DB 1998, 55 ff; *Kießling* FS Hadding, 2004, S. 477 (493 ff); *Th. Schmidt* Einmann-Personengesellschaften, 1998; *Pfister* Die Einmann-Personengesellschaft – ein interdisziplinärer Ansatz, 1999; für mehrfache Beteiligung in einer Hand insbes. auch *Lamprecht* Die Einheitlichkeit der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft – ein überholtes Dogma? 2002 (dazu kritisch *Ulmer* ZHR 167 (2003), 103 ff); an der hM zweifelnd (ohne konkrete Alternative) auch Stau-

Betracht kommen, wenn der hinzuerworbene Anteil sich von demjenigen des letztverbleibenden Gesellschafters dadurch unterscheidet, dass an ihm zugleich ein *dingliches Recht Dritter* besteht, namentlich **Nießbrauch**[195] (dazu allgemein Rn 114 ff), **Pfandrecht** (dazu allgemein Rn 131 ff)[196] oder qualifizierte (offene) **Treuhand** (dazu allgemein Rn 107).[197] In derartigen Fällen scheide eine Verschmelzung beider Anteile aus; der Grundsatz der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft finde insoweit keine Anwendung.[198] Entsprechendes soll im Fall bestimmter *erbrechtlicher Institute* gelten, namentlich bei Testamentsvollstreckung (§ 2197 BGB),[199] Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenzverfahren (§ 1976 BGB),[200] Vor- und Nacherbschaft (§§ 2139, 2143 BGB)[201] sowie beim Anteilsvermächtnis (§ 2175 BGB);[202] hier sei es geboten, die Gesellschaft trotz Anteilsvereinigung in einer Hand als fortbestehend anzuerkennen.[203] Gelegentlich wird auch auf die

---

dinger/*Habermeier* BGB (2005) § 705 Rn 20 und Vorbem Rn 29a. Für Vor- und Nacherbschaft auch schon *Baur/Grunsky* ZHR 133 (1970), 209 ff; für weitere Sonderfälle (Nießbrauch, Testamentsvollstreckung u.a.) seither auch MünchKommHGB/*K. Schmidt* § 105 Rn 24 f; *H.P. Westermann* Handbuch Rn I 78, 78b; Bamberger/Roth/*Timm/Schöne* Rn 51 und *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II § 1 VI 3 S. 87 f.

195 So jetzt ausdrücklich LG Hamburg NZG 2005, 926. Anders noch OLG Düsseldorf NZG 1999, 26 = NJW-RR 1999, 619.

196 HM; Baumbach/*Hopt* § 135 Rn 15 f; *Bippus* AcP 195 (1995), 13 (31); *Koller*/Roth/Morck Rn 14; *Lüttge* NJW 1994, 5 (8); MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 25 und 78; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 36; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 63; *ders.* ZHR 167 (2003), 103 (114); *Westermann* Handbuch Rn I 78a; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 3b, S. 457.

197 *Koller*/Roth/Morck Rn 14; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 45 I 2b bb, S. 1313; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 78; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 63; *ders.* ZHR 167 (2003), 103 (114 f); *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 3b, S. 457; **aA** Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 34.

198 So insbes. *Baumann* BB 1998, 230; *Kanzleiter* (Fn 194) S. 46, 50; *Lüttge* NJW 1994, 8; *Lamprecht* (Fn 194) insbes. S. 56 ff aber auch MünchKommHGB/*K. Schmidt* § 105 Rn 24 f; *Wiedemann* Gesellschaftrecht Bd. II § 1 VI 2 S. 85 f; *Ulmer* ZHR 167 (2003), 103 (114 f).

199 Vgl. BGHZ 98, 48 (57 f) = NJW 1986, 2431; BGH NJW 1996, 1284 (1286). Wie hier: *Bippus* AcP 195 (1995), 13 (31); *Koller*/Roth/Morck Rn 14; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 45 I 2b bb, S. 1313; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 78; MünchKommBGB[5]*Ulmer* § 705 Rn 64; *ders.* ZHR 167 (2003), 103 (115); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 33; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 3b, S. 457; *T. Schmidt*, S. 51 ff. Offenlassend: BGHZ 108, 187 (199) = NJW 1989, 3152; *Sieveking* FS Schippel, 1996, S. 505 (516) sieht den Testamentsvollstrecker als Treuhänder an und will die Anordnung der Testamentsvollstreckung im Testament als Vermächtnis zugunsten des Testamentsvollstreckers auslegen, kraft dessen er die treuhänderische Übertragung zur Ausübung der Testamentsvollstreckung fordern kann.

200 *Koller*/Roth/Morck Rn 14; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 78; Ebenroth/Boujong/Joost/*Wertenbruch* Rn 34; *Westermann* Handbuch Rn I 78 b; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 3b, S. 457; **aA** Heymann/*Emmerich* Rn 33a; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 65. Offenlassend BGHZ 113, 132 (137) = NJW 1991, 844. Ebenso *T. Schmidt*, S. 53 ff.

201 *Baur/Grunsky* ZHR 133 (1970), 209 ff; *Bippus* AcP 195 (1995), 13 (31); *Esch* BB 1996, 1621 (1625 f); *Koller*/Roth/Morck Rn 14; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 45 I 2b bb, S. 1313; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 78; *Weimar* ZIP 1997, 1769 (1772 f); *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 3b, S. 457; *T. Schmidt*, S. 47 ff, 51.

202 MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 25; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 65.

203 So, bezogen auf Testamentsvollstreckung, Nachlassverwaltung und Vor- und Nacherbschaft, MünchKommHGB/*K. Schmidt*

Privatautonomie der Gesellschafter verwiesen, die es ihnen generell gestatte, an der Anteilstrennung trotz Zusammentreffens in einer Hand festzuhalten (Rn 74).[204]

73 **Stellungnahme:** Am Grundsatz der Einheitlichkeit ist zwar festzuhalten (s. noch Rn 74); doch sind mit der jetzt hM **Ausnahmen** anzuerkennen. Dies gilt vor allem für die Fälle, in denen verschiedene Anteile zwar in einer Person zusammentreffen, infolge **dinglicher Belastung** jedoch in rechtlich gesicherter Weise jenseits der Rechtsträgerschaft von verschiedenen Personen verwaltet werden, wie es bei Nießbrauch, Pfandrecht und offener Treuhand der Fall ist (Rn 72). Eine solche Konstellation, die zur Verteilung der Anteilsverwaltung auf verschiedene Personen führt, kann auch durch bestimmte **erbrechtliche Anordnungen** entstehen. Die pauschale Anerkennung eines Sonderguts durch Übertragung erbrechtlicher Rechtsgedanken (insbes. aus §§ 1976, 2175 BGB) erscheint zwar zweifelhaft.[205] Mit der Situation bei beschränkten dinglichen Rechten am Anteil vergleichbar ist die Rechtslage indessen bei der Belastung eines (KG-)Anteils mit einer **Testamentsvollstreckung** (Rn 134), so dass eine Vereinigung der Anteile auch insofern nicht stattfindet.[206] Entsprechendes gilt bei **Nachlassverwaltung** und für die Eröffnung eines **Nachlassinsolvenzverfahrens**.[207] Der Fortbestand des betroffenen Anteils folgt hier zwar nicht aus § 1976,[208] wohl aber – wie bei Testamentsvollstreckung – aus der selbständigen Dispositionsbefugnis des Nachlass(insolvenz)verwalters über den Anteil.[209] Schließlich kann auch dann vom Fortbestand der Gesellschaft ausgegangen werden, wenn der vorletzte Gesellschaftsanteil, der durch Erbfolge auf den letzten verbliebenen Gesellschafter übergeht, mit einem **Vermächtnis** zugunsten eines Dritten belastet ist. Hier lässt sich die Sondervorschrift des § 2175 BGB mit Rücksicht auf die regelmäßig kurze Zeitdauer bis zur Erfüllung ausnahmsweise schon auf den Erbfall beziehen.[210] Demgegenüber rechtfertigt das Vorhandensein einer **Erbengemeinschaft** schon wegen der Sondervererbung des Anteils (§ 139 Rn 45) nicht dessen isolierten Fortbestand und mithin keine Aufrechterhaltung der Gesellschaft, und Entsprechendes dürfte auch gelten, wenn **Vor- und Nacherbschaft** für einen Nachlass angeordnet ist, zu dem ein Gesellschaftsanteil gehört. Wenn hier alle Anteile in der Hand des Vorerben vereinigt sind, ist der Fortbestand der Gesellschaft nicht erforderlich, um die Rechte des Nacherben zu schützen;[211] es genügt das aus

---

§ 105 Rn 26; *Westermann* Handbuch Rn I 78b; *Kanzleiter* (Fn 194) S. 50; *Lüttge* NJW 1994, 8 f; *Wiedemann* FS Zöllner, 1998, S. 635 (647 f); für Testamentsvollstreckung und Nachlaßverwaltung auch *Ulmer* ZHR 167 (2003), 114 f.

[204] Vgl. insbes. *W. Baumann* BB 1988, 225; *Kanzleiter* FS Weichler, 1997, 39; *Priester* DB 1998, 55 und *Weimar* ZIP 1997, 1769 (1772 ff).

[205] So aber *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 3b, S. 457 f; *ders.* FS Zöllner, Bd. I, 1998, S. 635 (648).

[206] So i.E. bereits BGHZ 98, 48 (57) = NJW 1986, 2431 (IV a-Senat), wenn auch beschränkt auf das Innenverhältnis (insoweit kritisch *Ulmer* JuS 1986, 856 [858 f]); OLG Schleswig ZIP 2006, 615 (617); offen lassend BGHZ 108, 187 (199) (II. Senat).

[207] Ebenso OLG Hamm ZEV 1999, 234 (236); wohl auch OLG Schleswig ZIP 2006, 615 (617).

[208] Näher *Ulmer* ZHR 167 (2003), 103 (114 f) und MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 65; **aA** Soergel/*Stein*[13] § 1976 Rn 2 (als Fiktion?); MünchKommHGB/*K. Schmidt* § 105 Rn 78; *Westermann* Handbuch Rn I 78b; *Kanzleiter* FS Weichler, 1997, S. 39 (50); *Fett/Brand* NZG 1999, 52; offen lassend BGHZ 113, 132 (137) = NJW 1991, 844; **aA** MünchKommBGB[4]/*Siegmann* § 1976 Rn 7 und *Marotzke* ZHR 156 (1992), 17 (32 ff).

[209] Vgl. *Ulmer* ZHR 167 (2003), 103 (114 f); ähnlich auch Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 34.

[210] Ebenso MünchKommHGB/*K. Schmidt* § 105 Rn 78.

[211] **AA** die wohl hM, MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 78; Ebenroth/*Boujong*/Joost

§§ 2139, 2143 BGB folgende Wiederaufleben der Gesellschaft bei Eintritt des Nacherbfalls.[212]

74 **b) Einmannpersonengesellschaft?** Bisweilen wird über die in Rn 72 f erwähnten Ausnahmen hinaus gefordert, den Grundsatz der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft generell zugunsten privatautonomer Gestaltung preiszugeben.[213] Dies hätte letztlich die allgemeine Anerkennung der Einmannpersonengesellschaft, auch für die Gründungsphase, zur Folge.[214] Namentlich, wenn die Anteile mit unterschiedlichen Mitgliedschaftsrechten ausgestattet seien, könne ein anerkennenswertes Interesse hieran bestehen. Hintergrund ist der Streit darüber, ob dem Gesellschafter in einem solchen Falle die Rechte aus beiden ursprünglich selbständigen Anteilen zukommen[215] oder ob die Regelung undurchführbar wird[216]. Insbesondere für KG-Anteile wird überdies auf deren generelle Vererblichkeit (§ 177)[217] und ihre Rechtsähnlichkeit mit GmbH-Anteilen hingewiesen, insbesondere seit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Personengesellschaft.[218] – Demgegenüber ist mit der hM[219] am Grundsatz der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft – abgesehen von den Sonderkonstellationen (Rn 72 f) – **festzuhalten**, so dass auch die Einpersonengesellschaft notwenig **ausgeschlossen** bleibt. Das im Personengesellschaft herrschende **Vertragsprinzip** steht nicht zur Disposition der Gesellschafter. Hieran hat sich auch durch die allgemeine

---

HGB[1] Rn 34; *Koller*/Roth/Morck § 124 Rn 2; *Westermann* Handbuch Rn I 78b; *Marotzke* AcP 187 (1987), 243; *Kanzleiter* FS Weichler, 1997, S. 39 (50); *Lüttge* NJW 1994, 8 f.

212 Näher *Stimpel* FS Rowedder, 1994, S. 477 (481 ff) und *Jan Timmann* Vor- und Nacherbschaft innerhalb der zweigliedrigen OHG oder KG, 2000, insbes. S. 54 ff, 119 ff, 140 ff; so auch *Fett/Brand* NZG 1999, 54; Heymann/*Emmerich* Rn 33a; *Sieveking* FS Schippel, 1996, S. 505 (517); MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 65; Ebenroth/Boujong/Joost/*Wertenbruch* Rn 34; *Westermann* Handbuch Rn I 78b; *Flume* I/1, § 7 III 4.

213 *Baumann* BB 1998, 225; *Bippus* AcP 195 (1995), 13; *Lüttge* NJW 1994, 5; MünchKommHGB/*Priester* § 120 Rn 93; *ders.* DB 1998, 55. Nur für Kommanditisten: *Esch* BB 1992, 664 (668); *ders.* BB 1996, 1621.

214 So denn auch ausdrücklich *Baumann* BB 1998, 225 (230); *Raiser* AcP 194 (1994), 495 (509 f); *Weimar* ZIP 1997, 1769. **Dagegen** aber die hM, Baumbach/*Hopt* Rn 18; *Bippus* AcP 195 (1995), 13 (32); Heymann/*Emmerich* Rn 33; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 24; *ders.* Gesellschaftsrecht, § 8 IV 2b, S. 209; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 62; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 31; *Westermann* Handbuch Rn I 78; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 3b, S. 459; noch zweifelnd hingegen *ders.* FS Zöllner Bd. I, 1998, S. 635 (650).

215 So *Kanzleiter* FS Weichler, 1997, S. 39 (49); *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 45 I 2b cc, S. 1314; *Sieveking* FS Schippel, 1996, S. 505 (515); *Steinbeck* DB 1995, 761 (764 f); MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 183; *ders.* ZHR 167 (2003), 103 (115 f); *Westermann* Handbuch Rn I 78a.

216 So *Joussen* DB 1992, 1173 (1174); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 36.

217 *Esch* BB 1996, 1621; *Priester* DB 1998, 55 (58).

218 *Esch* BB 1992, 664 (667); *ders.* BB 1996, 1621 (1625); *Kanzleiter* FS Weichler, 1997, S. 39 (49). Einschränkend: *Bippus* AcP 195 (1995), 13 (25 f); vgl. ferner MünchKommHGB/*Priester* § 120 Rn 93; *Raiser* AcP 194 (1994), 495 (509) und *T. Schmidt*, S. 28 ff.

219 *Joussen* DB 1992, 1173 (1174); MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 77; *ders.* Gesellschaftsrecht, § 45 I 2 b, S. 1312; *Steinbeck* DB 1995, 761; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 181; *ders.* ZHR 167 (2003), 103 (113 ff); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 32; *Westermann* Handbuch Rn I 78a; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 3b, S. 457; *ders.* FS Zöllner Bd. I, 1998, S. 635 (649 f).

Anerkennung rechtsfähiger Personengesellschaften nichts geändert,[220] zumal zentrale Strukturunterschiede zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft hiervon nicht berührt werden (oben Rn 39).[221] Zusätzlich spricht für den Grundsatz der Einheitlichkeit, dass die Rechtsordnung bei subjektiven Rechten generell bestrebt ist, die Einheit der darin gebündelten Befugnisse zu erhalten; denn Aufspaltung und Absplitterung von subjektiven Rechten oder der Beteiligungen an ihnen beeinträchtigen Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs.[222]

3. Mehrere offene Handelsgesellschaften mit denselben Mitgliedern. Vom Grundsatz einheitlicher Mitgliedschaft in derselben OHG oder KG scharf zu unterscheiden ist die Möglichkeit, mehrere offene Handelsgesellschaften mit jeweils denselben Mitgliedern zu gründen. Rechtliche Grenzen bestehen insoweit nicht. Die jeweiligen Gesellschaften müssen sich jedoch nach ihrer Identitätsausstattung (Firma, Sitz, Gesellschaftszweck)[223] deutlich voneinander unterscheiden und dürfen auch nicht im Verhältnis von Haupt- und Zweigniederlassung zueinander stehen (vgl. dazu § 13 Rn 49 [*Koch*]). Als **Indiz für das Vorliegen paralleler Gesellschaften** bietet sich die Verschiedenheit der Firmen[224] und Geschäftszweige an. Allerdings können mehrere, an verschiedenen Orten bestehende Gesellschaften grundsätzlich auch die gleiche Firma führen (Umkehrschluss aus § 30 Abs. 1); in derartigen Fällen bedarf es daher des Rückgriffs auf zusätzliche Unterscheidungsmerkmale, darunter insbes. das Vorhandensein eines einheitlichen oder verschiedener Gesellschaftsverträge. Zum Konzernrecht der Personengesellschaften vgl. Anh. § 105. **75**

Das Bestehen verschiedener, aus denselben Mitgliedern zusammengesetzter Gesellschaften äußert sich in der **Verschiedenheit der Organe** und des jeder Gesellschaft zugeordneten, jeweils eine selbständige Vermögensmasse bildenden **Gesellschaftsvermögens**[225]. Die Verschiedenheit gestattet es, dass zwischen den Gesellschaften wie zwischen Dritten Rechtsgeschäfte abgeschlossen und Prozesse geführt werden[226]. Im Fall der Insolvenz ist für jede Gesellschaft ein besonderes Konkursverfahren zu eröffnen, soweit dessen Voraussetzungen vorliegen[227]. Die Aufrechnung eines Gesellschaftsgläubigers, der eine Forderung gegen eine der Gesellschaften hat, gegen eine Verbindlichkeit gegenüber einer anderen Gesellschaft ist ausgeschlossen. **76**

---

220 MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 77; *Sieveking* FS Schippel, 1996, S. 505 (512 f); *Steinbeck* DB 1995, 761 (763 f); MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 181; *ders.* ZHR 167 (2003), 103 (104); *Westermann* Handbuch Rn I 78a.

221 Vgl. im vorliegenden Kontext insbes. *Ulmer* ZHR 167 (2003), 103 (114) und *Wiedemann* FS Zöllner, Bd. I, 1998, S. 635 (641); *ders.* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 3b, S. 456.

222 Dazu näher *Wiedemann* FS Zöllner Bd. I, 1998, S. 635 (640 f); vgl. auch *Sieveking* FS Schippel, 1996, S. 505 (508 f).

223 Dazu näher *John* Die organisierte Rechtsperson, 1977, insbes. S. 74 ff, 79 f, 135 ff, 145 f.

224 RGZ 43, 81 (82); *A. Hueck* OHG, § 1 IV 1, S. 17; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 79; zur Unzulässigkeit des Führens von mehr als einer Firma durch die OHG vgl. Rn 34.

225 So zutr. schon RGZ 16, 16 (17); 43, 81 (82); 47, 156 (157); MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 80 f.

226 Vgl. etwa RGZ 47, 156 (157); *A. Hueck* OHG § 1 IV 2, S. 17 f; *Jaeger* FS Sohm, 1915, S. 44; *Rob. Fischer* FS Hedemann, 1958, S. 75 (81); MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 80; **aA** bzgl. der Prozessführung noch *Müller-Erzbach* Handelsrecht, S. 188.

227 Vgl. nur RGZ 43, 81 (82); MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 80; Jaeger/*Ehricke* InsO § 11 Rn 62.

4. Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter?

Schrifttum

Dauner-Lieb/Dötsch DB 2003, 1666; *Häuser* Sind persönlich haftende Gesellschafter einer OHG oder KG i. S. der §§ 29 Abs. 2, 38 Abs. 1 ZPO prorogationsfähig? JZ 1980, 760; *Landwehr* Die Kaufmannseigenschaft der Handelsgesellschafter, JZ 1967, 198; *Habersack* Die Personengesellschaft und ihre Mitglieder in der Schiedsgerichtspraxis, SchiedsVZ 2003, 241; *Lieb* Zur Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter von KG und OHG, DB 1967, 759; *Karsten Schmidt* Zur „Kaufmannsfähigkeit" von Gesamthandsgemeinschaften, JZ 1973, 299; *ders*. Formfreie Bürgschaften eines geschäftsführenden Gesellschafters, ZIP 1986, 1510; *Zöllner* Die Formbedürftigkeit von Schiedsklauseln in OHG-Verträgen, DB 1964, 795.

77 a) **Zur Fragestellung.** Die sowohl im Handels- wie im Gesellschaftsrecht ausführlich diskutierte Frage nach der Kaufmannseigenschaft von Gesellschaftern einer OHG (vgl. Rn 44 und § 1 Rn 65 [*Oetker*]) ist in dieser Form zu undifferenziert gestellt. Auch wird ihre Bedeutung meist überschätzt, wie der Blick auf das für die Anwendung von Handelsrecht zusätzlich erforderliche Vorliegen eines Handelsgeschäfts (§ 343) lehrt; mangels eigenen Handelsgewerbes lässt sich dieses Merkmal bei Gesellschaftern einer OHG oder KG nur im Analogiewege bejahen (Rn 81). Für eine sachgerechte Diskussion bedarf es der Unterscheidung zwischen **drei Fragen**. Die erste bezieht sich auf sog. *Statusnormen*, die wie § 109 GVG, §§ 29, 38 ZPO nicht an das Vorliegen eines Handelsgeschäfts, sondern nur an die Kaufmannseigenschaft anknüpfen, und auf ihre Anwendung gegenüber Gesellschaftern einer OHG oder KG (Rn 80). Bei der zweiten Frage geht es um die Voraussetzungen, unter denen „unternehmensbezogene" Geschäfte eines Gesellschafters *Handelsgeschäften* i.S. des § 343 gleichgestellt werden können (Rn 81). Die dritte Frage betrifft – als Sonderproblem – die Qualifikation des *Gesellschaftsvertrags* und der im Zusammenhang damit getroffenen *Schiedsabrede* als privates oder Handelsgeschäft der Gesellschafter (Rn 82).

78 b) **Meinungsstand.** In der **Rechtsprechung** herrscht immer noch die Ansicht vor, **Gesellschafter einer OHG** seien stets Kaufleute, weil sie, wenn auch in ihrer Verbundenheit als Gesellschafter, ein Handelsgewerbe betrieben.[228] Die Tragweite dieser Aussage wurde freilich nicht selten dahin eingeschränkt, ein Gesellschafter sei nur in dieser Eigenschaft Kaufmann (sog. „Gesellschafter-Kaufmann")[229]. Auf von ihm geschlossene Rechtsgeschäfte soll Handelsrecht danach nur dann zur Anwendung kommen, wenn er als Vertreter der OHG in deren Namen handelt[230]; indessen folgt für derartige Rechtsgeschäfte die Geltung von Handelsrecht bereits aus der Kaufmannseigenschaft der OHG (Rn 43 f). Den OHG-Gesellschaftern stellt die Rechtsprechung die Komplementäre einer KG gleich, während sie für **Kommanditisten** die Kaufmannseigenschaft mit Rücksicht auf dessen geringeren Mitwirkungsrechte verneint[231]. Aus der Sicht des Kaufmannsbegriffs kann

---

[228] So insbes. BGHZ 34, 293 (296 f) = NJW 1961, 1022; ähnl. BGHZ 45, 282 (284) = NJW 1966, 1960; BGH NJW 1960, 1852; BB 1968, 1053; NJW 2006, 917 (918); OLG Karlsruhe DB 1991, 903; umfassende Nachw. zur früheren Rspr. (RG u.a.) bei *Landwehr* JZ 1967, 198 Fn 2.

[229] Vgl. BGH NJW 1960, 1852; BB 1968, 1053; NJW 1980, 1049.

[230] So für § 406 BGH NJW 1960, 1852; für § 350 BGH BB 1968, 1053.

[231] BGHZ 45, 282 (285) = NJW 1966, 1960; BGH NJW 1980, 1049; NJW 1980, 1572 (1574); NJW 1982, 569 (570); NJW 2006, 917 (918).

dies jedoch nicht entscheidend sein.[232] So verweist die heute hL[233] denn auch auf den grundlegenden Unterschied zwischen der OHG (KG) als Gesamthand (Gruppe) und den in ihr zusammengeschlossenen Gesellschaftern und rechnet das gemeinsam betriebene Handelsgewerbe nicht diesen (je persönlich) zu, sondern nur der Gesellschaft als solcher.

79 c) **Stellungnahme.** Der heute hL ist im Ansatz zuzustimmen, erst recht, seit BGHZ 146, 241 die Gesamthandspersonengesellschaft auch allgemein als rechtsfähig anerkannt hat.[234] Soweit die Rechtsprechung (auch) die unbeschränkt haftenden Gesellschafter als Kaufleute ansieht, setzt sie sich über die notwendige Trennung zwischen Gesamthand und Gesellschaftern (Rn 40 ff) hinweg; auch vermag sie die abweichende Behandlung der Kommanditisten nicht plausibel zu begründen. In Frage steht nicht die – nur der OHG (KG) als solcher zukommende – Kaufmannseigenschaft nach §§ 1 bis 5, sondern das Normanwendungs- oder **Analogieproblem** einer Gleichstellung der Gesellschafter mit Kaufleuten. Dabei hat die Lösung zwar grundsätzlich bei den einzelnen, auf Kaufleute bezogenen Normen des Handelsrechts und der sonstigen Sondergesetze anzusetzen[235]. Jedoch zeigt sich vorbehaltlich der Unterscheidung zwischen Statusnormen (Rn 80) und Normen für Handelsgeschäfte (Rn 81) Übereinstimmung in Bezug auf den Analogieschluss im Wesentlichen darin, dass die Sonderregelungen für Kaufleute durchweg auf ihrer **besonderen Geschäftserfahrung,** im Hinblick auf die Handelsgeschäfte auch auf ihrer **geringeren Schutzbedürftigkeit** beruhen.[236] Hieran ist auch für die Behandlung der Gesellschafter als Kaufleute und die Anwendung von Handelsrecht anzuknüpfen. Gesellschafter einer OHG (KG) sind deshalb immer dann Kaufleuten gleichzustellen, wenn sie wie diese die Geschäfte der OHG (KG) betreiben, d.h. als **geschäftsleitende Gesellschafter** tätig sind. Dies gilt für die organschaftlichen Vertreter der OHG (KG), nicht dagegen für sonstige, nicht selbst an der Unternehmensführung beteiligten unbeschränkt haftenden Gesellschafter;[237] die unbeschränkte Haftung ist nicht etwa Ausdruck für das persönliche Betreiben des Handelsgewerbes, sondern nach § 128 gesetzliche Folge der Gesellschafterstellung. Auch hinsichtlich der Kommanditisten ist die Gleichstellung mit Kaufleuten trotz § 170 nicht schlechthin ausgeschlossen. Maßgebend ist vielmehr die Art ihrer Tätigkeit im Unternehmen; insbesondere bei Kommanditisten, die zugleich Geschäftsführer der Komplementär-GmbH sind, spricht viel für ihre Behandlung als Kaufleute.[238]

---

[232] So zutr. insbes. *Landwehr* JZ 1967, 199 ff; *Lieb* DB 1967, 759 f; *Dauner-Lieb/Dötsch* DB 2003, 1666 (1668) sowie – vom umgekehrten Standpunkt aus – *Ballerstedt* JuS 1963, 259.

[233] *Zöllner* DB 1964, 795 ff; *Landwehr* JZ 1967, 198 ff; *Lieb* DB 1967, 759 ff; *Wagner* Die Kaufmannseigenschaft des OHG-Gesellschafters, S. 18 ff; ihnen folgend Baumbach/*Hopt* Rn 19 ff; *Dauner-Lieb/Dötsch* DB 2003, 1666 (1668); MünchKommHGB/*K. Schmidt* § 1 Rn 67, § 105 Rn 14; *ders.* JZ 1973, 299 f; *ders.* Handelsrecht, § 5 I 1b, S. 90 f; Koller/*Roth*/Morck § 1 Rn 23; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 37; *Westermann* Handbuch Rn I 237; zu älteren abweichenden Ansichten vgl. Voraufl. Rn 76 (*Ulmer*).

[234] So auch Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 37; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 14.

[235] Ebenso – unter Bezug auf § 350 – eingehend *K. Schmidt* ZIP 1986, 1510 (1512 ff).

[236] Vgl. etwa *Müller-Freienfels* FS v. Caemmerer, 1978, S. 583 (597 ff); Schlegelberger/*Hefermehl* HGB[4] Vor § 348 Rn 1; einschränkend *Dauner-Lieb* Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983, S. 30 ff, 46 ff.

[237] Abw. *K. Schmidt* ZIP 1986, 1515 und die früher hL (vgl. die Nachweise in Voraufl. Rn 76 bei Fn 140 [*Ulmer*]), die ein wesentliches Kriterium für die Behandlung von Gesellschaftern als Kaufleute in der unbeschränkten Haftung sieht.

[238] So im Grundsatz auch Schlegelberger/*Martens* HGB[4] § 161 Rn 46 und *K. Schmidt* ZIP 1986, 1515.

80 **d) Folgerungen.** Soweit Normen – als **Statusnormen** – nur auf die Kaufmannseigenschaft des Normadressaten und nicht auf das Vorliegen eines Handelsgeschäfts abstellen, bestehen keine Bedenken, sie im Analogieweg auf geschäftsleitende Gesellschafter und geschäftsführende Kommanditisten (Rn 79) anzuwenden.[239] Das gilt namentlich für **§ 109 GVG,** der den Kreis der Handelsrichter über die Kaufleute hinaus ausdrücklich auch auf Vorstandsmitglieder einer AG und Geschäftsführer einer GmbH, d.h. in der Geschäftsleitung einer Handelsgesellschaft tätige Personen ausdehnt.[240] Ebenso stellt die Befreiung der Kaufleute vom Prorogationsverbot in **§§ 29, 38 ZPO** nach zutr. hM nicht darauf ab, dass die betreffenden Rechtsgeschäfte einen Bezug zum Handelsgewerbe des Kaufmanns haben, sondern beruht auf dessen fehlender Schutzbedürftigkeit;[241] sie kann daher analog auf Rechtsgeschäfte geschäftsleitender Gesellschafter angewandt werden.[242]

81 Bei Normen, die zusätzlich auf das Vorliegen eines **Handelsgeschäfts** auf Seiten des Kaufmanns abstellen (§§ 346 ff u.a.), setzt die Anwendung auf Gesellschafter einer OHG (KG) einen **doppelten Analogieschluss** voraus. Da geschäftsleitende Gesellschafter als solche kein (eigenes) Handelsgewerbe betreiben, können die von ihnen *persönlich* geschlossenen Geschäfte die Qualifikation von Handelsgeschäften (§ 343) nicht erfüllen. Eine Gleichstellung ihrer Rechtsgeschäfte mit Handelsgeschäften ist jedoch dann veranlasst, wenn diese einen **Bezug zur Geschäftstätigkeit der Gesellschaft** aufweisen, d.h. in einem sachlichen Zusammenhang mit ihrer Gesellschafterstellung stehen und der Förderung des gemeinsamen Zwecks dienen.[243] Diese Voraussetzung liegt jedenfalls vor bei einer Bürgschaft oder einer Vertragsstrafe, die der geschäftsleitende Gesellschafter zur Absicherung einer Leistungspflicht der Gesellschaft übernimmt[244], sowie bei Geschäften von Gesellschaftern, die als mittelbarer Stellvertreter oder sonst im Interessenkreis der Gesellschaft tätig werden.[245] Auch bei sog. Drittgeschäften zwischen Gesellschaft und Gesellschafter (Rn 213) liegt die Gleichstellung mit Handelsgeschäften auf Seiten des Gesellschafters nahe.[246] Demgegenüber ist die Frage einer Gleichstellung für innergesellschaftliche (sozialrechtliche) Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschafter und Gesellschaft meist ohne Interesse (vgl. aber § 113 Rn 26): für sie gelten die handelsrechtlichen Sonder-

---

[239] Zustimmend MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 16; *Westermann* Handbuch Rn I 237 aE.

[240] Für Analogie bzgl. vertretungsberechtigter Gesellschafter auch *Landwehr* JZ 1967, 204 und *Wagner* (Fn 233), S. 79; weitergehend (Einbeziehung aller OHG-Gesellschafter) die früher h.L. (vgl. die Nachweise in Voraufl. Rn 76 bei Fn 140 [*Ulmer*]); aber auch Baumbach/*Hopt* Rn 20; *Zöllner* DB 1964, 796 und aus der verfahrensrechtlichen Lit. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* ZPO[65] § 109 Rn 4 GVG.

[241] Vgl. etwa Stein/Jonas/*Bork* ZPO[22] § 38 Rn 10; *Thomas/Putzo* ZPO[27] § 38 Rn 9; Zöller/*Vollkommer* ZPO[26] § 38 Rn 2 mwN; **aA** *Canaris* Handelsrecht, § 24 Rn 6; *Diederichsen* BB 1974, 379.

[242] Gegen die analoge Anwendung der §§ 29, 38 ZPO aus Gründen der Rechtsklarheit allerdings *Hopt* AcP 183 (1983), 608 (675 f); *Kornblum* ZHR 138 (1974), 478 (490).

[243] Ähnlich stellt *K. Schmidt* ZIP 1986, 1516 auf einen wirtschaftlichen Sachzusammenhang dergestalt ab, dass das Geschäft Bestandteil der handelsgewerblichen Tätigkeit ist.

[244] So auch Ebenroth/Boujong/Joost/*M. Hakenberg* HGB[1] § 350 Rn 11; MünchKommHGB/*K. Schmidt* § 105 Rn 17, § 350 Rn 10; *ders.* ZIP 1986, 1516; **aA** Voraufl. § 350 Rn 8 (*Koller*); Schlegelberger/*Hefermehl* HGB[4] § 350 Rn 21; Baumbach/*Hopt* Rn 21, § 350 Rn 7; Heymann/*Horn* § 350 Rn 5; *Lieb* DB 1967, 762; wohl auch die BGH-Rspr. (vgl. Nachw. in Fn 230).

[245] *Kurz* Die Kaufmannseigenschaft des Gesellschafters der OHG, S. 65 f mN aus dem älteren Schrifttum; **aA** *Zöllner* DB 1964, 796; *Wagner* (Fn 233), S. 68.

[246] **AA** *Wagner* (Fn 233), S. 67; *Kurz* (Fn 245), S. 70. Siehe dazu auch OLG Rostock NJW-RR 1999, 42.

vorschriften der §§ 110 bis 122.[247] – Für die Anwendung der Vermutungsregel des § 344 Abs. 1 ist im Analogiebereich kein Raum.[248]

Einen Sonderfall stellen schließlich die sog. **Grundlagengeschäfte,** insbes. Abschluss **82**
oder Änderung des Gesellschaftsvertrags dar. Sie weisen keinen ausreichenden Bezug zur laufenden Geschäftstätigkeit im eben genannten Sinne auf, sondern sind für die Gesellschaft von konstitutiver Bedeutung.[249] Eine Anwendung von Handelsrecht kommt insoweit daher nur in Betracht, wenn die Gesellschafter die Beteiligung an der OHG (KG) im Rahmen eines eigenen, von demjenigen der Gesellschaft zu unterscheidenden Handelsgewerbes eingehen (str., vgl. Rn 44 mN). Seit der Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts kommt es für die Beurteilung gesellschaftsvertraglicher **Schiedsklauseln** nicht mehr auf die Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter an; im Übrigen unterfällt die Schiedsklausel richtigerweise § 1066 ZPO, so dass es auch auf die für § 1031 ZPO erhebliche Verbrauchereigenschaft der Gesellschafter nicht ankommt (oben Rn 45).

e) Gesellschafter als Verbraucher? Eine inhaltlich eng verwandte Frage betrifft die **83**
Geltung von **Verbraucherschutzvorschriften** für die Gesellschafter einer OHG.[250] Wie § 343 das Handelsgeschäft (subjektiv) definiert, so beschreiben die §§ 13, 14 BGB den Begriff des Verbrauchergeschäfts. Insofern steht fest, dass die Gesellschafter jedenfalls dann als Verbraucher i.S.v. § 13 BGB einzuordnen sind, wenn sie außerhalb ihrer Gesellschaftertätigkeit handeln.[251] Der **Bundesgerichtshof** behandelt aber **GmbH-Geschäftsführer** auch dann als Verbraucher, wenn sie im Zusammenhang mit ihrer Gesellschafterstellung handeln.[252] Nur die GmbH selbst sei Unternehmer bzw. Kaufmann, während sogar der geschäftsführende Mehrheitsgesellschafter nur sein eigenes Vermögen verwalte.[253] Der Geschäftsführer einer GmbH sei zudem nicht selbständig, sondern bloß als Angestellter beruflich tätig.[254] Ferner sei die „Privilegierung des Kaufmanns" eine Folge der persönlichen Haftung und komme daher für GmbH-Gesellschafter nicht in Frage.[255] Die geschäftliche Erfahrenheit eines Gesellschafter-Geschäftsführers begründe nicht die Versagung der Verbrauchereigenschaft, anderenfalls auch der berufserfahrene Fremdgeschäftsführer als Unternehmer behandelt werden müsste.[256] – **Ungeklärt** ist jedoch, ob diese Rechtsprechung **auf die Gesellschafter einer OHG** zu übertragen ist.[257]

---

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

[248] HM, vgl. BGH NJW 1960, 1852.

[249] Nur für Gesellschaftsvertrag: Baumbach/*Hopt* Rn 21.

[250] Dazu, in Bezug auf § 8 AbzG, Voraufl. Rn 79 (*Ulmer*); Schlegelberger/*K. Schmidt* Rn 15.

[251] Palandt/*Heinrichs/Ellenberger*[67] § 13 Rn 3; *Westermann* Handbuch Rn I 237c.

[252] BGHZ 133, 71 (77 f) = NJW 1996, 2156; BGHZ 220, 223 = NJW 1996, 2865; BGH NJW 1997, 1443 f; BGHZ 144, 370 (380 f) = NJW 2000, 3133; BGH NJW 2004, 3039; NJW 2006, 431 (432 f); (jeweils zu GmbH-Geschäftsführern); kritisch MünchKomm-BGB[5]/*Ulmer* § 491 Rn 41; *Canaris* AcP 200 (2000), 273 (355 ff); *Dauner-Lieb/Dötsch* DB 2003, 1666 (1667); *Kurz* NJW 1997, 1828; *Hänlein* DB 2001, 1185; *Wackerbarth* DB 1998, 1950 (1951 ff); tendenziell zustimmend dagegen MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 17a (vgl. aber auch *dens.* ZIP 1986, 1510 [1515]).

[253] BGHZ 133, 71 (78); 220, 223 (VIII. Senat); BGH NJW 2006, 431 (432) (XI. Senat).

[254] BGHZ 133, 71 (78); 220, 223 (VIII. Senat).

[255] BGH NJW 2006, 431 (432) (XI. Senat).

[256] BGH NJW 2006, 431 (433) (XI. Senat).

[257] **AA** anscheinend MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 17a, der dies ohne weiteres annimmt; wie hier im Ansatz *Dauner-Lieb/Dötsch* DB 2003, 1666 (1668 f).

Wenn die Rechtsprechung entscheidend auf die fehlende persönliche Haftung abstellt, so spricht dies *gegen* eine Übertragung und für die Annahme, dass Gesellschafter, die in eigenem Namen, aber im Zusammenhang mit ihrer Beteiligung Geschäfte schließen, nicht als Verbraucher anzusehen sind. Andererseits rechtfertigt die persönliche Haftung als solche gerade nicht, die Gesellschafter wie Kaufleute (bzw. Unternehmer) zu behandeln; dieses Kriterium ist vielmehr irrelevant (Rn 79). Im Ergebnis sprechen gleichwohl die besseren Gründe dafür, die in Rn 81 erwähnten Grundsätze entsprechend anzuwenden, zumal wenn man den für die GmbH nicht gültigen Grundsatz der Selbstorganschaft berücksichtigt: Demnach sind die Gesellschafter einer OHG/KG **nicht als Verbraucher** zu betrachten, soweit sie als Geschäftsführer nicht schutzbedürftig sind *und* das fragliche Geschäft einen Bezug zur Geschäftstätigkeit der Gesellschafter aufweist.[258]

II. Arten von Gesellschaftern

Schrifttum

Maier-Reimer/Marx NJW 2005, 3025 ff; *Rust* DStR 2005, 1942 f.

1. Natürliche Personen

84 **a) Allgemeines.** Für die Beteiligung natürlicher Personen an einer OHG oder KG bestehen nach deutschem Gesellschaftsrecht **keine Schranken.** Als Teil der Privatautonomie steht der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags oder der Beitritt zu einer bestehenden Gesellschaft allen Menschen jedes Alters oder Nationalität frei; auch die Insolvenz begründet kein Beteiligungshindernis, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens allerdings einen Ausscheidensgrund (§ 131 Abs. 3 Nr. 2, dazu § 131 Rn 89 ff). Es gibt keine Höchstgrenzen für die Beteiligung einer Person an verschiedenen Gesellschaften (zur Möglichkeit der Gründung oder des Bestehens von zwei oder mehr Gesellschaften unter Beteiligung derselben Personen vgl. Rn 75). Auf die *ausländerrechtliche* Problematik der Unternehmenstätigkeit von Ausländern im Rahmen inländischer Gesellschaften ist hier nicht näher einzugehen.[259]

85 **b) Nicht voll Geschäftsfähige.** Die Beteiligung nicht voll geschäftsfähiger Personen an einer OHG oder KG unterliegt gesellschaftsrechtlich keinen Schranken. Entscheidend ist die **Rechtsfähigkeit** der Gesellschafter; sie beginnt unabhängig von der Geschäftsfähigkeit mit der Vollendung der Geburt (§ 1 BGB). Daher können auch geschäftsunfähige (§ 104 BGB) und beschränkt geschäftsfähige Personen (§§ 106, 114 BGB) Gesellschafter werden. Soweit die Beteiligung nicht erbrechtlich erworben (dazu § 139 Rn 38), sondern **kraft Rechtsgeschäfts** eingegangen wird, bedarf es zu ihrer wirksamen Begründung im Regelfall sowohl der Mitwirkung des *gesetzlichen Vertreters* (oder bei seiner Verhinderung eines Ergänzungspflegers, § 1909 BGB) als auch der Genehmigung des *Familiengerichts* (vgl. näher Rn 86, 87). Zwischen beiden Akten ist scharf zu unterscheiden; das Fehlen des einen kann nicht durch den anderen ersetzt werden. Zur Rechtslage im Fall

---

[258] Ähnlich auch *Dauner-Lieb/Dötsch* DB 2003, 1666 (1668 f).

[259] Vgl. dazu vor § 105 Rn 32; MünchKommBGB[4]/*Kindler* IntGesR Rn 881 ff, 888 f; Staudinger/*Großfeld* IntGesR (1998) Rn 961 ff, 963; Ulmer/Habersack/Winter/*Behrens* GmbHG Einl. Rn B 156 ff; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. I, § 15 I 1, S. 825 ff; *Ebenroth* JZ 1988, 84 ff, jew. mwN.

unwirksamer Beteiligung nicht voll Geschäftsfähiger an einer OHG/KG (fehlerhafte Gesellschaft) vgl. Rn 338 ff. Zur Haftungsbeschränkung nach § **1629a BGB** kommt es auf das bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandene Vermögen des Minderjährigen an vgl. § 128 Rn 9 (*Habersack*).

86 Der rechtsgeschäftliche Erwerb der Mitgliedschaft in einer OHG/KG, sei es durch Beteiligung an der Gesellschaftsgründung, sei es durch späteren Beitritt oder Anteilserwerb, bedarf in aller Regel der **Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters,** bei nicht volljährigen Kindern also der Eltern (§ 1629 Abs. 1 S. 1 BGB). Bei Geschäftsunfähigen handeln sie an deren Stelle. Soweit beschränkt Geschäftsfähige die auf den Beitritt gerichtete Willenserklärung selbst abgeben, bedürfen sie nach § 107 BGB der Einwilligung. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn Minderjährigen nach § 112 BGB die Ermächtigung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erteilt ist: Diese erstreckt sich nach § 112 Abs. 1 S. 2 BGB nicht auf solche Geschäfte, zu denen der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Familiengerichts bedarf (vgl. dazu und zum Sonderfall unentgeltlichen Anteilserwerbs Rn 87). Ist der gesetzliche Vertreter oder sein Ehegatte selbst Gesellschafter, so sind sie an der Vertretung verhindert, soweit nicht einer der Ausnahmefälle des § **181 BGB**[260] vorliegt (vgl. §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB). In diesen Fällen bedarf es der Bestellung eines **Ergänzungspflegers** durch das Familiengericht nach § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB; das gilt auch für spätere Änderungen des Gesellschaftsvertrags oder das Ausscheiden des nicht voll Geschäftsfähigen, nicht dagegen für die Beschlussfassung der Gesellschafter in laufenden Angelegenheiten der OHG oder KG. Betrifft die Verhinderung mehrere nicht voll Geschäftsfähige als (künftige) Gesellschafter, so muss ein Ergänzungspfleger für *jeden* von ihnen bestellt werden[261]. Das nach § 109 BGB dem anderen Teil eingeräumte Widerrufsrecht bis zur Genehmigung der Gesellschaftsbeteiligung oder der sonstigen Vertragsänderung steht jedem der übrigen Gesellschafter zu[262]. Zu den Folgen des Widerrufs bei in Vollzug gesetzter Gesellschaft vgl. Rn 338.

87 Zusätzlich zur Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters (Pflegers) bedarf es nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB der **Genehmigung des Familien- (oder Vormundschafts-)gerichts,** wenn es um die *rechtsgeschäftliche* Beteiligung eines nicht voll Geschäftsfähigen an einem Gesellschaftsvertrag zum Betrieb einer OHG oder KG geht. Das gilt sowohl für die Mitwirkung bei der Gründung als auch für den späteren Beitritt und den rechtsgeschäftlichen Anteilserwerb (Rn 299). Daran hat sich durch die Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung nach § 1629a BGB nichts geändert[263]. Zweifelhaft ist nur der *unentgeltliche* Erwerb eines Gesellschaftsanteils. Er ließe sich bei wörtlicher Auslegung des § 1822 Nr. 3 BGB dem (nach Hs. 1 nicht genehmigungsbedürftigen) unentgeltlichen (Teil-)Erwerb eines Erwerbsgeschäfts gleichstellen[264]; dagegen spricht jedoch die funktionelle Ver-

---

[260] Vertragsschluss in Erfüllung einer Verbindlichkeit des Vertreters (vgl. BGH NJW 1961, 724) oder mit ausschließlich rechtlichen Vorteilen für den Minderjährigen (BGHZ 59, 236 [240] = NJW 1972, 2262).

[261] BayObLGZ 1958, 373 (376); OLG Hamm MDR 1972, 783; OLG Zweibrücken NZG 1999, 717 f; MünchKommBGB[4]/*Schwab* § 1909 Rn 40; Palandt/*Diederichsen*[67] § 1909 Rn 6; *Stöber* RPfleger 1968, 2 (13).

[262] *A. Hueck* OHG, § 7 I 2, S. 77, Soergel/*Hadding*[12] § 705 Rn 20; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 69.

[263] MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 145; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 70; MünchKommBGB[5]/*Wagenitz* § 1822 Rn 28.

[264] So KG NJW 1962, 54 (55); *Fortun* NJW 1999, 754 (755); Staudinger/*Engler* BGB (2004) § 1822 Rn 52 ff; MünchKommBGB[5]/*Wagenitz* § 1822 Rn 14; Soergel/*Zimmermann*[13] § 1822 Rn 14. Für die unentgeltliche Übertragung eines GmbH-Anteils BGHZ 107, 23 (28 f).

gleichbarkeit von Beitritt und Anteilserwerb (Rn 288 ff), auch abgesehen von der Genehmigungsbedürftigkeit der Haftungsübernahme nach § 1822 Nr. 10 BGB[265]. Bezog sich die Beteiligung ursprünglich auf eine nicht zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gegründete GbR und war sie deshalb genehmigungsfrei, so bedarf der spätere Übergang zu einem erwerbswirtschaftlichen Zweck der Genehmigung[266]. Anderes gilt für sonstige **Änderungen des Gesellschaftsvertrags** einschließlich des Beitritts oder des Ausscheidens von Mitgesellschaftern; sie sind aus Gründen der Rechtssicherheit nach zutr. hM auch dann nicht genehmigungspflichtig, wenn sie die Rechtsstellung des nicht voll geschäftsfähigen Gesellschafters inhaltlich verändern[267]. Nicht genehmigungspflichtig sind auch solche Rechtsgeschäfte der Gesamthand, für die der nicht voll Geschäftsfähige bei Vornahme im eigenen Namen einer Genehmigung nach §§ 1821, 1822 BGB bedürfte[268] sowie allgemein Gesellschafterbeschlüsse **in laufenden Angelegenheiten**, zumal § 181 BGB der mehrfachen Stimmabgabe eines Vertreters nicht entgegensteht.[269] – Wird die Rechtsstellung eines nicht voll geschäftsfähigen Kommanditisten in diejenige eines Komplementärs umgewandelt, so folgt die Genehmigungsbedürftigkeit aus § 1822 Nr. 10 BGB[270]. Die Genehmigungsbedürftigkeit des einvernehmlichen **Ausscheidens** des nicht voll Geschäftsfähigen folgt aus § 1822 Nr. 3, 1. Hs. BGB (auf die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts gerichteter Vertrag)[271]; der Fall kündigungsbedingten Ausscheidens wird hiervon allerdings nicht erfasst[272]. Für das Widerrufsrecht der Mitgesellschafter

---

265 Zu Recht OLG Hamm OLGZ 1974, 158; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 56, 161 f; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 145; *Wiedemann* Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 245 f; *Winkler* ZGR 1973, 177 (186).

266 So auch Soergel/*Hadding*[12] § 705 Rn 21; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 70; *Hilsmann* Minderjährigenschutz durch das Vormundschaftsgericht bei der Änderung von Gesellschaftsverträgen, 1993, S. 93 f und für den Fall der (Rück-)Umwandlung einer aufgelösten Gesellschaft *Winkler* ZGR 1973, 200.

267 Std. Rspr., vgl. BGHZ 17, 160 (163) = NJW 1955, 1067; BGHZ 38, 26 (28) = NJW 1962, 2344; BGH NJW 1961, 724 (725); NJW 1992, 300 (301); DB 1968, 932; WM 1972, 1368 (1370); so auch Staudinger/*Engler* BGB (2004) § 1822 Rn 68, Soergel/*Hadding*[12] § 705 Rn 21; *A. Hueck* OHG, § 6 IV, S. 63 f; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 145, 159; Baumbach/*Hopt* Rn 26; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 68; Heymann/*Emmerich* Rn 36; *Michalski* OHG Rn 50; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 71; *Wiedemann* Übertragung, S. 250 f; *ders.* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 2 II 5a, S. 113; *Winkler* ZGR 1973, 193 ff; **aA** Erman/*Saar*[12] § 1822 Rn 16; Soergel/*Zimmermann*[13] § 1822 Rn 26; MünchKommBGB[5]/*Wagenitz* § 1822 Rn 28; *Beitzke* JR 1963, 182; *Knopp* BB 1962, 939 (942); *Stöber* RPfleger 1968, 2 ff.

268 EinhM, vgl. *Winkler* ZGR 1973, 211 f. Für *Verfügungen der Gesellschaft über Grundstücke* oder andere von § 1821 erfasste Gegenstände ist ein Genehmigungserfordernis auch dann abzulehnen, wenn der Zweck der OHG auf Vermögensverwaltung gerichtet ist, vgl. – zur entspr. Frage bei der GbR – MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 70; MünchKommBGB[5]/*Wagenitz* § 1821 Rn 9 mwN; s.a. OLG Koblenz NJW 2003, 1401 (1402).

269 Näher MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 72; aus der Rspr. nur BGHZ 112, 339 (341) = NJW 1991, 691.

270 MünchKommBGB[5]/*Wagenitz* § 1822 Rn 28; Soergel/*Zimmermann*[13] § 1822 Rn 43; Heymann/*Emmerich* Rn 35a; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 159; *Michalski* OHG Rn 50.

271 BGHZ 17, 160 (164 f) = NJW 1955, 1067; RGZ 122, 370 (372 f); OLG Karlsruhe NJW 1973, 1977; Soergel/*Zimmermann*[13] § 1822 Rn 20; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 71; *Winkler* ZGR 1973, 202 f.

272 So zutr. auch *Winkler* ZGR 1973, 204 f; Soergel/*Zimmermann*[13] § 1822 Rn 19; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 145; **aA** *Wiedemann* Übertragung, S. 246 f.

nach § 1830 BGB bis zur Erteilung der Genehmigung gilt Entsprechendes wie zu § 109 BGB (Rn 86 aE). Zur Genehmigungsbedürftigkeit des Erwerbs der Treugeberstellung im Fall der offenen Treuhand vgl. Rn 107 Fn 342.

88 Wenig Klarheit herrscht über die Frage, welche **Kriterien für die Erteilung der familiengerichtlichen Genehmigung** bestimmend sind.[273] Eindeutig ist, dass *Wohl und Interesse des Kindes* entscheiden[274]. Die Anwendung dieses Maßstabs führt jedoch nicht selten zu Schwierigkeiten, zumal das **Gesamtbild** der mit der Mitgliedschaft verbundenen Vor- und Nachteile zu zeichnen ist.[275] Neben Wertungsgesichtspunkten finanzieller (ggf. auch ideeller) Art sollen bei einer vernünftigen Abwägung der für das Kindesinteresse relevanten Umstände die Vermögensverhältnisse der gesetzlichen Vertreter und der Mitgesellschafter sowie Einschätzungen über deren fachliche und charakterliche Eignung zum Betrieb der Gesellschaft einfließen.[276] Haftungsrisiken oder die interne Verlustbeteiligung bilden für sich genommen keinen Ablehnungsgrund. Sie fallen jedoch um so stärker ins Gewicht, je größer das Geschäftsrisiko der Gesellschaft insgesamt ist, auf je längere Dauer die Beteiligung unkündbar ist und je geringere Mitspracherechte dem nicht voll Geschäftsfähigen bzw. seinem Vertreter zustehen.[277] Andererseits muss das Familiengericht auch die Rechtslage in Betracht ziehen, die sich für den nicht voll Geschäftsfähigen bei Nichtgenehmigung ergibt; die Erlangung der Haftungsbeschränkung als Kommanditist kann sich etwa als deutlich vorteilhaft gegenüber den Haftungsrisiken aus der Fortführung eines Handelsgeschäfts in ungeteilter Erbengemeinschaft erweisen[278]. Mit zu berücksichtigen sind auch offensichtliche Wirksamkeitsschranken des Gesellschaftsvertrags, insbes. Verstöße gegen §§ 134, 138 BGB.[279] Dagegen scheidet eine Berücksichtigung von Belangen des öffentlichen Interesses im Rahmen der Genehmigungsentscheidung aus[280]. Die Entscheidung des Familiengerichts ist eine Ermessensentscheidung[281].

89 **c) Ehegatten.** Für die Beteiligung von Ehegatten an einer OHG (KG) bestehen **gesellschaftsrechtlich** keine Schranken; eine Ausnahme gilt für die – als solche ausgeschlossene – gesamthänderische Beteiligung von in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten (Rn 92, 101). Im Grundsatz unbedenklich ist auch die Gründung einer OHG (KG) zwischen Ehe-

---

273 Vgl. immerhin Palandt/*Diederichsen*[67] § 1828 Rn 8; Staudinger/*Engler* BGB (2004) § 1828 Rn 15 ff; MünchKommBGB[5]/*Wagenitz* § 1828 Rn 16 ff; Soergel/*Zimmermann*[13] § 1828 Rn 8 ff; *Haarländer* Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nach § 1822 Nr. 3, 2. Alt. BGB, 1971; *Stöber* RPfleger 1968, 11 und die Rspr.-Nachw. in Fn 274.

274 So neben den Nachw. in Fn 273 auch BGH NJW 1986, 2829 (2830); BayObLG FamRZ 2003, 631; OLG Hamm FamRZ 2001, 373; BayObLGZ 1976, 281 ff = BB 1977, 669 und DB 1979, 2314 f; OLG Hamm BB 1983, 791.

275 Vgl. OLG Zweibrücken NJW-RR 2001, 145; OLG Hamm NJW-RR 2001, 1086; OLG Bremen NZG 1999, 588 = NJW-RR 1999, 876; sowie *Behnke* NJW 1998, 3078; *ders.* NZG 1999, 245; *Fortun* NJW 1999, 754.

276 BayObLGZ 1976, 281 (283 f); *Haarländer* (Fn 273), S. 89 f.

277 So in zutr. Abwägung OLG Hamm BB 1983, 791 (792).

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

279 Staudinger/*Engler* BGB (2004) § 1828 Rn 13; MünchKommBGB[5]/*Wagenitz* § 1828 Rn 22; Soergel/*Zimmermann*[13] § 1828 Rn 10.

280 Soergel/*Zimmermann*[13] § 1828 Rn 9; MünchKommBGB[5]/*Wagenitz* § 1828 Rn 18.

281 HM, BGH NJW 1986, 2829 (2830); Palandt/*Diederichsen*[67] § 1828 Rn 8 mwN; **aA** MünchKommBGB[5]/*Wagenitz* § 1828 Rn 17.

gatten zum gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes[282]; Abgrenzungsprobleme treten hier im Unterschied zu konkludent vereinbarten Ehegatteninnengesellschaften[283] in aller Regel nicht auf. **Familienrechtlich** ist nach dem jeweiligen zwischen den Ehegatten geltenden Güterstand zu unterscheiden[284]. Aus der Sicht der Mitgesellschafter am unproblematischsten ist es, wenn verheiratete Gesellschafter mit ihrem Ehegatten Gütertrennung vereinbaren, da der Gesellschaft in diesem Fall Risiken weder im Hinblick auf einen Zugewinnausgleich bei Beendigung der Ehe[285] noch auch mit Rücksicht auf die Schranken des § 1365 BGB (Rn 90) drohen. Nicht selten finden sich daher Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag, die den Gesellschaftern die Vereinbarung der Gütertrennung zur Pflicht machen und die Nichtbeachtung als Ausschlussgrund qualifizieren. Rechtliche Bedenken gegen die Wirksamkeit solcher Klauseln bestehen nicht.

90 Die Geltung des gesetzlichen Güterstands der **Zugewinngemeinschaft** (§§ 1363 ff BGB) lässt das Dispositionsrecht jedes Ehegatten über sein Vermögen und seine Fähigkeit, rechtsgeschäftliche Verpflichtungen einzugehen, im Grundsatz unberührt. Jeder Ehegatte kann sich daher ohne Mitwirkung des anderen an einer OHG (KG) beteiligen oder über den Anteil verfügen. Auch der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zwischen den Ehegatten begegnet keinen Bedenken. **Schranken** gelten nach **§ 1365 BGB** und der für seine Auslegung maßgeblichen „subjektiven Einzeltheorie“[286] nur dann, wenn die Gesellschaftsbeteiligung (bzw. der Gegenstand der Einlagepflicht) tatsächlich das *wesentliche Vermögen* des Ehegatten-Gesellschafters bildet und diese Vermögensverhältnisse den übrigen Gesellschaftern *bekannt* sind. Liegt diese doppelte Voraussetzung ausnahmsweise vor, so ist nach § 1365 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB sowohl das Verpflichtungsgeschäft (der Beitrittsvertrag) als auch das Erfüllungsgeschäft (die Einbringung der Einlage in das Gesamthandsvermögen) ohne Einwilligung des anderen Ehegatten schwebend unwirksam[287]; lehnt dieser die Genehmigung ab, tritt endgültige Unwirksamkeit ein (vgl. näher § 1366 BGB; zu den Folgen für die in Vollzug gesetzte Gesellschaft vgl. Rn 342). Zur Anwendbarkeit von § 1365 BGB auf die Kündigungserklärung eines Ehegatten-Gesellschafters, dessen wesentliches Vermögen in der Gesellschaftsbeteiligung besteht, vgl. § 132 Rn 8.

91 Im Fall der ehevertraglichen Vereinbarung von **Gütertrennung** (§ 1414 BGB) bestehen familienrechtlich keine Besonderheiten für die Gesellschaftsbeteiligung. Die Eheschließung und deren Folgen wirken sich auf die Mitgliedschaft in der OHG oder KG nicht aus. Darauf beruht das Interesse der Mitgesellschafter daran, dass Gesellschafter im Fall ihrer Eheschließung diesen Güterstand vereinbaren (vgl. Rn 89 aE).

92 Schwierigkeiten bereitet die Gesellschaftsbeteiligung von Ehegatten, die im Güterstand der **Gütergemeinschaft** (§§ 1415 ff BGB) leben, soweit sie die Beteiligung nicht mit

---

[282] Zum Sonderfall einer OHG zwischen Ehegatten, die in Gütergemeinschaft leben, vgl. BGHZ 65, 79 (81) = NJW 1975, 1774 und unten Rn 90.

[283] Dazu vgl. näher MünchKommBGB[5]/*Ulmer* Vor § 705 Rn 73 ff; *Lipp* Die eherechtlichen Pflichten und ihre Verletzung, 1988, S. 119 ff.

[284] Vgl. Rn 88 bis 90. Zu etwaigen Schranken ausländischen Familienrechts bei Beteiligung von verheirateten Ausländern vgl. Staudinger/*Großfeld* IntGesR (1998) Rn 755 mN.

[285] Vgl. dazu und zur Möglichkeit des Risikoausschlusses etwa *Fasselt* Ausschluss von Zugewinnausgleichs- und Pflichtteilsansprüchen bei Beteiligungen an Familienunternehmen, DB 1982, 939.

[286] HM, vgl. näher MünchKommBGB[4]/*Koch* § 1365 Rn 11, 13 ff und 27 ff; Soergel/*H. Lange*[12] § 1365 Rn 9 ff jew. mwN.

[287] Kasuistik bei MünchKommBGB[4]/*Koch* § 1365 Rn 70 ff und Soergel/*H. Lange*[12] § 1365 Rn 52 ff; Staudinger/*Thiele* BGB (2007) § 1365 Rn 58 ff.

Mitteln des nicht gesamthänderisch gebundenen, ihrer selbständigen Verwaltung unterliegenden Vorbehaltsguts (§ 1418 BGB) eingehen. Die Schwierigkeiten beruhen auf dem Surrogationsprinzip des § 1416 Abs. 1 S. 2 BGB. Danach würde eine **Beteiligung mit Mitteln des Gesamtguts** grundsätzlich dazu führen, dass auch der Gesellschaftsanteil zum Gesamtgut gehört; dies ist aber unvereinbar mit der mangelnden Fähigkeit der Gütergemeinschaft, Gesellschafter einer OHG oder KG zu sein (Rn 101).[288] Sofern die Ehegatten nicht in der Form des § 1410 BGB die Beteiligung nach § 1418 Abs. 1 Nr. 1 BGB zum Vorbehaltsgut erklären, ist die Kollision zwischen Familien- und Gesellschaftsrecht daher so zu lösen, dass der Gesellschaftsanteil als *Sondergut* (§ 1417 BGB) behandelt, d.h. vom Gesellschafter selbständig gehalten und für Rechnung des Gesamtguts verwaltet wird[289]. Für diese Lösung spricht auch, dass die Umqualifizierung zu Sondergut nach § 1417 Abs. 2 BGB bereits kraft Gesetzes eintritt, wenn – wie meist – der Gesellschaftsanteil nicht ohne Zustimmung der Mitgesellschafter übertragbar ist. Mit Rücksicht auf die aus § 1417 BGB folgende Aussonderung des Gesellschaftsanteils aus dem Gesamtgut ist sogar der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zwischen in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten als einzigen Gesellschaftern möglich.[290] Bedenken gegen diese Lösung sind zwar unter Hinweis auf § 1410 BGB in der höchstrichterlichen Rechtsprechung geäußert worden.[291] Sie vermögen jedoch schon deshalb nicht zu überzeugen, weil die Umwandlung von Gesamtgut in Sondergut[292] nicht Gegenstand, sondern gesetzliche Folge der Gesellschaftsbeteiligung der Ehegatten ist.

2. Juristische Personen

93 **a) Grundsatz.** Die Fähigkeit juristischer Personen, Gesellschafter einer OHG oder KG zu sein, ist seit vielen Jahrzehnten anerkannt. Die Entwicklung hierzu begann im Jahr 1912 mit der Anerkennung einer GmbH als Komplementärin einer KG (GmbH & Co. KG) durch das BayObLG (OLGE 27, 331) und der Bestätigung dieser Rechtsprechung im Jahr 1922 durch RGZ 105, 101[293]. Aufgrund der Einführung einer Reihe von **Sondervorschriften für die GmbH & Co. OHG/KG** seit 1976 hat die Beteiligung juristischer Personen an einer OHG oder KG inzwischen auch ihre gesetzliche Anerkennung gefunden, dies freilich in Verbindung mit verschärften Regelungen betr. Verkehrsschutz und

---

288 So auch MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 105; s.a. BayObLG NZG 2003, 431 = NJW-RR 2003, 899; mit Anm. *Grziwotz* ZIP 2003, 848.

289 Vgl. insbes. *Reuter/Kunath* JuS 1977, 378 ff. So i.E. auch BGHZ 57, 123 (128) = NJW 1972, 48; BGH LM § 260 Nr. 1 BGB; RGZ 146, 282 (283); BayObLG DB 1981, 519 (520); Soergel/*Gaul*[12] § 1416 Rn 6; Erman/*Gamillscheg*[12] § 1417 Rn 2; Staudinger/*Thiele* BGB (2007) § 1408 Rn 24; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 75; Baumbach/*Hopt* Rn 25; *Michalski* OHG Rn 53; *Gernhuber/Coester-Waltjen* FamR[5] § 38 Rn 16; i.E. auch MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 105 („automatisches Sondergut"); **aA** (Zugehörigkeit zum Gesamtgut) noch BFH BB 1969, 571 (572); MünchKommBGB[4]/*Kanzleiter* § 1416 Rn 10; *Tiedtke* FamRZ 1975, 676 ff. – Das ist mit der fehlenden Eignung der Gütergemeinschaft, Gesellschafter zu sein, unvereinbar.

290 So auch *Lutter* AcP 161 (1962) 163 (170); *Beitzke* FamRZ 1975, 575; *Reuter/Kunath* JuS 1977, 376 (381); Soergel/*Hadding*[12] § 705 Rn 23 und i.E. (jedoch unter Zuordnung der Anteile zum Gesamtgut) *Tiedtke* FamRZ 1975, 675 (676 f); Gegenansicht in Fn 291.

291 BGHZ 65, 79 (82 ff) = NJW 1975, 1774; zust. *Schünemann* FamRZ 1976, 138; Gegenansicht vgl. in Fn 290.

292 Nicht aber in Vorbehaltsgut, wie der BGH (BGHZ 65, 79 [81]) zu Unrecht befürchtete.

293 Vgl. zur Entwicklung der GmbH & Co. KG näher Voraufl. § 161 Rn 29 ff (*Schilling*).

Haftung für diejenigen Gesellschaften, bei denen keine natürliche Person unbeschränkt für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet (vgl. §§ 19 Abs. 2, 125a Abs. 1 S. 2, 130a, 172 Abs. 6, 177a).

94 b) **Arten.** Aus der Sicht des Personengesellschaftsrechts bestehen für die Zulassung juristischer Personen als Gesellschafter **keine Schranken.** Das gilt nicht nur für juristische Personen des *Privatrechts* (AG, KGaA, e.V., rechtsfähige Stiftung u.a.), sondern auch für juristische Personen des *öffentlichen Rechts*[294]. Für die Beteiligung einer **ausländischen** juristischen Person an einer inländischen OHG oder KG kommt es neben der nach deutschem internationalen Gesellschaftsrecht zu beurteilenden Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit im Inland auch darauf an, dass sie nach ihrem ausländischen Personalstatut fähig ist, sich an Gesellschaften nach Art der OHG oder KG zu beteiligen[295], was aber nicht bedeutet, dass das ausländische Recht deshalb eine Kapitalgesellschaft und Co. erlauben muss. Schon das BayObLG hatte deshalb mit Rücksicht auf die Grundfreiheiten des EG keine Bedenken, die Beteiligung einer *Private limited company* britischen Rechts als Komplementärin einer deutschen KG trotz der damit verbundenen Möglichkeit der Umgehung innerstaatlichen Rechts zuzulassen[296]. Berücksichtigt man die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit aus Artt. 43, 48 EG[297], so hat sich dies im Ansatz als vorausschauend erwiesen. Unabhängig davon, welche international-gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen aus den EuGH-Judikaten im Einzelnen zu ziehen sind (dazu Vor § 105 Rn 27 ff, 30), ist jedenfalls die EU/EWR-ausländische und US-amerikanische Gesellschaft im Inland als wirksame juristische Person der jeweiligen ausländischen Rechtsform anzuerkennen. Freilich betrifft dies allein die Gesellschaftereigenschaft als solche. Eine andere, tendenziell zu verneinende Frage – des deutschen KG-Rechts – ist es nämlich, ob eine Gesellschaft ohne Gesellschafterhaftung und ohne Garantiekapital in einer KG komplementärfähig sein kann;[298] sie wird demnächst in Bezug auf den durch das MoMiG eingeführten GmbH-Subtypus der Unternehmergesellschaft (UG) erneut zu diskutieren sein.

95 c) **Vorgesellschaft.** Die Fähigkeit einer **Vor-GmbH,** sich an einer OHG oder KG zu beteiligen, war früher umstritten[299]. Die Frage stellte sich insbesondere im Hinblick auf die Gründung einer GmbH & Co. KG mit einer noch nicht im Handelsregister eingetra-

---

294 RGZ 163, 142 (149); Soergel/*Hadding*[12] § 705 Rn 27; Röhricht/Graf v. Westphalen/*v. Gerkan/Haas* Rn 57. Hiervon unabhängig ist die Frage etwaiger Beteiligungsschranken nach öffentl. Organisationsrecht.

295 Sog. besondere Rechtsfähigkeit, vgl. BayObLG WM 1986, 968 (970); *Ebenroth/Eyles* DB 1988, Beil. 2, S. 18 f; MünchKommBGB[4]/*Kindler* IntGesR Rn 548, 550; Staudinger/*Großfeld* IntGesR (1998) Rn 303 ff, jew. mwN. Allg. zur Anerkennung ausländischer jur. Personen im Inland vgl. MünchKommBGB[4]/*Kindler* aaO Rn 296 ff; Staudinger/*Großfeld* IntGesR (1998) Rn 162 ff.

296 BayObLG WM 1986, 968 (970); dazu krit. *Großfeld* IPrax 1986, 351 ff; *Ebke* ZGR 1987, 245 ff; *Ebenroth/Eyles* (Fn 295), S. 16 ff. Für Zulassung ausländischer jur. Personen als Komplementäre einer inländischen KG auch schon *Bokelmann* BB 1972, 1426.

297 EuGH NJW 1999, 2027 – *Centros*; NJW 2002, 3614 – *Überseering*; NJW 2003, 3331; weit. Nachw. Vor § 105 Rn 30.

298 So zu Recht MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 89; kritisch zur Komplementärfähigkeit der Ltd. außer den in Fn 296 Genannten und *K. Schmidt* aaO auch Ebenroth/*Boujong*/Joost HGB[1] Rn 98; Röhricht/Graf v. Westphalen/*v.Gerkan/Haas* Rn 59; *Westermann* Handbuch Rn I 163b; *Süß* GmbHR 2005, 673; *Werner* GmbHR 2005, 288.

299 Vgl. Nachw. bei *Ulmer*/Habersack/Winter GmbHG § 11 Rn 160 Fn 347, 349; s.a. Vorauflage Rn 93 (*Ulmer*).

genen (Vor-)GmbH als Komplementärin. Durch das Grundsatzurteil BGHZ 80, 129 (132 ff, 143) = NJW 1981, 1373 wurde die Komplementärfähigkeit der Vor-GmbH unter einhelliger Zustimmung der Lit. zum GmbH-Recht[300] anerkannt. Voraussetzung für die Wirksamkeit der Beteiligung ist allerdings, dass die GmbH-Gründer dem Geschäftsführer eine über die notwendigen Gründungsgeschäfte hinausgehende, erweiterte Vertretungsmacht eingeräumt haben[301]. Wird die GmbH im Handelsregister eingetragen, so geht das Vermögen der Vor-GmbH im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf sie über. Damit erwirbt sie auch die Beteiligung an der OHG oder KG. Entsprechende Grundsätze gelten für die **Vor-AG**[302] und andere im Entstehen begriffene juristische Personen vergleichbarer Struktur, falls bei ihnen die Beteiligung an einer OHG oder KG ausnahmsweise praktisch wird.

3. Gesamthandsgemeinschaften

96 **a) OHG und KG.** Die Zulässigkeit der Beteiligung einer Personenhandelsgesellschaft (OHG oder KG) an einer anderen OHG oder KG wurde in der Rechtsprechung der Instanzgerichte auch nach Inkrafttreten des HGB lange Zeit verneint, während das Reichsgericht und zunächst auch der Bundesgerichtshof keine Gelegenheit zu einer Stellungnahme hatten[303]. Der ablehnende Standpunkt war schwer verständlich angesichts der in § 124 zum Ausdruck kommenden Verselbständigung der OHG (KG) gegenüber ihren Mitgliedern, aber auch angesichts der Zulassung der OHG (KG) als Gesellschafter einer GbR[304]; er stieß bei der im Schrifttum hM zu Recht auf Widerspruch[305]. Der Streit hat spätestens dadurch seine Erledigung gefunden, dass der **Gesetzgeber** im Zuge der Einführung der Sondervorschriften für die GmbH & Co. OHG/KG in das HGB (vgl. Rn 93), aber auch in § 4 Abs. 1 MitbestG die Existenz der „doppelstöckigen" OHG oder KG ausdrücklich **anerkannt** hat[306]. Haftungsrechtliche Bedenken gegen derartige

---

[300] Vgl. nur *Ulmer*/Habersack/Winter GmbHG § 11 Rn 160; Baumbach/*Hueck*/*Fastrich* GmbHG[18] § 11 Rn 70; Scholz/*K. Schmidt* GmbHG[10] § 11 Rn 162 mwN; ebenso auch die HGB-Kommentare, s. nur MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 86; Ebenroth/*Boujong*/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 94; Baumbach/*Hopt* Rn 23.

[301] Vgl. näher *Ulmer*/Habersack/Winter GmbHG § 11 Rn 66, 68 ff, 122; Baumbach/*Hueck*/*Fastirch* GmbHG[18] § 11 Rn 70; **aA** Scholz/*K. Schmidt* GmbHG[10] § 11 Rn 26, 63 f, 162.

[302] Vgl. dazu GroßkommAktG/*Röhricht*[4] § 29 Rn 5; KölnerKomm-AktG[2]/*Kraft* § 41 Rn 18 ff, 35 ff; MünchKommAktG[3]/*Pentz* § 41 Rn 52.

[303] Vgl. die Rspr.-Nachw. in 3. Aufl. Rn 27 (*Rob. Fischer*). Abw. dann – wohl erstmals – OLG Stuttgart DR 1944, 575; LG Göttingen NJW 1949, 789 f und LG Lüneburg BB 1971, 1076. In BGH GmbHR 1973, 263 und NJW 1973, 2198 hatte dann auch der BGH mit Fällen einer doppelstöckigen KG zu tun, ohne ihre Zulässigkeit in Frage zu stellen.

[304] Vgl. RGZ 136, 236 (240); 142, 13 (21); **aA** wohl (obiter) BGHZ 46, 291 (296) = NJW 1967, 826.

[305] Vgl. schon *Düringer*/*Hachenburg*/*Flechtheim* Anm. 22; *Wieland* I, S. 837; *Boesebeck* Die kapitalistische KG, 1938, S. 78; *Geiler* JW 1924, 1113. Heute einhM, vgl. nur *A. Hueck* OHG, § 2 I 3a, S. 22; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 92 f; Röhricht/Graf v. Westphalen/*v. Gerkan*/*Haas* Rn 62.

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

Gestaltungen bestehen nicht[307]. Auch der Umstand, dass der Rechtsverkehr sich im Fall der Mitgliedschaft einer OHG/KG bei einer anderen Gesellschaft Kenntnis über die dahinterstehenden Gesellschafter durch Einblick in das Handelsregister auch jener Gesellschaft verschaffen muss, bildet ebenso wie im Fall juristischer Personen als Gesellschafter einer OHG/KG kein ernstliches Hindernis. Soweit sich mit der Konstruktion der doppelstöckigen OHG oder KG wegen des mehrstufigen Willensbildungsprozesses und der Möglichkeit eines von der (Unter-)Gesellschaft nicht kontrollierten Mitgliederwechsels bei der beteiligten OHG/KG Schwierigkeiten für das *Innenverhältnis* der (Unter-)Gesellschaft verbinden, ist es Sache der Mitgesellschafter dieser Gesellschaft, auf eine geeignete Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags hinzuwirken. Zu mehrstufigen Unternehmensverbindungen im Konzernrecht der Personengesellschaften vgl. Anh. § 105 Rn 51 f.

97 Eine Einschränkung erfährt der in Rn 96 dargelegte Grundsatz allerdings dadurch, dass die Rechtsnatur der OHG/KG als auf einem Schuldvertrag beruhende Gesamthand (Rn 16, 38 f) den **Erwerb eigener Anteile** durch die OHG/KG **ausschließt:** diese kann nicht Vertragspartner des ihre Grundlage bildenden Gesellschaftsvertrags sein. Die „Übertragung" des Gesellschaftsanteils an die OHG/KG führt zum Wegfall der Mitgliedschaft unter Ausscheiden des Veräußerers und Anwachsung des Gesamthandsvermögens bei den verbleibenden Gesellschaftern. Parallelen zur Figur des Erwerbs eigener Anteile im Kapitalgesellschaftsrecht (§§ 71 AktG, 33 GmbHG) scheitern an der unterschiedlichen Rechtsnatur von juristischer Person und gesellschaftsrechtlicher Gesamthand. Wohl aber ist es konstruktiv möglich, dass Personenhandelsgesellschaften sich aneinander **wechselseitig beteiligen,** d.h. dass die OHG/KG A auch ihrerseits Gesellschafter der an ihr beteiligten OHG/KG B wird. Eine Grenze bildet insoweit nur das Erfordernis von mindestens je *zwei* Gesellschaftern für den Bestand der OHG/KG (Rn 70); es schließt eine wechselseitige Beteiligung zu je 100 % aus.

98 **b) Gesellschaft bürgerlichen Rechts.** Wurde früher die Fähigkeit einer GbR, Gesellschafter einer OHG oder KG zu werden, von der ganz hM abgelehnt[308], ist mittlerweile die Kommanditisten-Fähigkeit einer Außen-GbR außer Zweifel. Sie wurde zunächst durch den BGH,[309] und im Anschluss an seine Rechtsprechung durch das Gesetz in **§ 162 Abs. 1 S. 2** ausdrücklich anerkannt. Das Problem der fehlenden Handelregisterpublizität der GbR, die auch ihrer Kommandisteneigenschaft nach früher hM entgegenstand (Voraufl. Rn 96 [*Ulmer*]), regelt § 162 Abs. 1 S. 2 jetzt dahin, dass bei einer GbR nicht nur diese selbst, sondern auch ihre Gesellschafter (in jeweils aktueller Zusammensetzung) einzutragen sind. Nach wie vor **offen** ist indessen, ob eine GbR auch **persönlich haftende Gesellschafterin** einer OHG oder KG sein kann[310]. Die Frage ist mit der inzwischen wohl hM zu

---

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

[308] Nachw. in Voraufl. Rn 96 (*Ulmer*).

[309] BGHZ 148, 291 (293) = NJW 2001, 3121.

[310] Dafür: LG Berlin BB 2003, 1351 ff; *Bergmann* ZIP 2003, 2331 ff; Baumbach/*Hopt* Rn 28; Röhricht/Graf v. Westphalen/*v. Gerkan*/*Haas* Rn 64; *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht § 46 I 1b, S. 1356 f; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 99; *R. Schmidt*/*Bierly* NJW 2004, 1210 ff; *Wälzholz* DStR 2003, 1585; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 97; Erman/*Westermann*[12] § 705 Rn 21; *Westermann* Handbuch Rn I 166; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 7 III 2c, S. 650; *ders.* JZ 2001, 661 (663); **aA:** *Koller*/Roth/Morck Rn 19; *Michalski* OHG Rn 56; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 317; *ders.* ZIP 2001, 585 (596). Offenlassend: Soergel/*Hadding*[12] § 718 Rn 6.

bejahen. Nachdem BGHZ 146, 341 die Gesellschafterhaftung in der als rechtsfähig anerkannten Außen-GbR auf eine Analogie zu § 128 gestützt und BGHZ 154, 370 die Haftung ausdrücklich auf Altverbindlichkeiten (§ 130) erstreckt hat, greifen auf mangelnde Haftungskongruenz zwischen GbR und OHG gestützte Bedenken nicht mehr durch[311]. Aber auch die fehlende Registerpublizität der GbR sollte heute kein unüberwindliches Problem mehr darstellen.[312] Nicht nur sind analog § 162 Abs. 1 S. 2 die aktuellen OHG-Gesellschafter im Register anzumelden;[313] entsprechend §§ 106 Abs. 2 Nr. 4, 107 ist die Eintragungspflicht vielmehr auf die Vertretungsverhältnisse in der GbR zu erstrecken, damit aus dem Register hervorgeht, welche Gesellschafter vertretungsberechtigt sind[314]. Auf diese Weise lässt sich die gegenüber der KG zusätzlich bestehende, von § 161 Abs. 1 S. 2 wegen § 170 nicht zu bedenkende Publizitätslücke wirksam schließen. Dass der Gesetzgeber sich mit § 161 Abs. 1 S. 2 zunächst darauf beschränkt hat, den schon erreichten Stand der Rechtsprechung in Gesetzesform zu gießen, rechtfertigt im Übrigen keinen Umkehrschluss.

99 c) **„Nichtrechtsfähiger" (nicht eingetragener) Verein.** Auch dem nicht eingetragenen Verein versagte die früher hM wegen der fehlenden Registerpublizität die Fähigkeit, Mitglied einer OHG oder KG zu sein[315]. Mittlerweile mehren sich jedoch die Stimmen, die parallel zu der Entwicklung bei der GbR (Rn 98) und unter Hinweis auf das von § 54 BGB zur Anwendung berufene Recht der GbR[316] den „nichtrechtsfähigen", in Wahrheit wie die GbR rechtsfähigen Verein als **tauglichen Gesellschafter** einer Personenhandelsgesellschaft ansehen[317]. Dem ist im Ansatz zu folgen: Probleme bereitet zwar auch hier die mangelnde Publizität des nicht eingetragenen Vereins.[318] Sie lassen sich aber im Prinzip ebenso lösen wie bei der GbR (Rn 98), namentlich durch Eintragung der jeweils aktuellen Vereinsmitglieder wie auch der Vertretungsverhältnisse im Handelsregister. Dies ist freilich vor allem für größere Vereine praktisch mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden und wäre überdies nur zu akzeptieren, wenn alle Mitglieder für die sich aus der Gesellschafterhaftung ergebenden Verbindlichkeiten ohne Rücksicht auf sonst bestehende Haftungsbeschränkungen persönlich einzustehen hätten.[319] Deshalb dürfte die

---

311 Insoweit übereinstimmend MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 317; anders noch Heymann/*Emmerich* Rn 46; *Westermann* Handbuch Rn I 166.

312 Ausführlich MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 100, 102.

313 Ebenso LG Berlin 2003, 1351 (1352); Baumbach/*Hopt* Rn 28; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 99; **aA** *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 7 III 2c, S. 650 (wg. eines Umkehrschlusses zu § 161 Abs. 1 S. 2).

314 Ebenso MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 102; *Bergmann* ZIP 2003, 2231 (2237); anders aber Soergel/*Hadding*[12] § 718 Rn 6; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 317 aE (wg. verbleibender Unklarheiten für den Rechtsverkehr).

315 Nachweise in Voraufl. Rn 96 (*Ulmer*).

316 MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 87; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 98.

317 Röhricht/Graf v. Westphalen/*v. Gerkan*/*Haas* Rn 65; Baumbach/*Hopt* Rn 28; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 98; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 87 (mit Einschränkung für Großvereine); **aA** *Koller*/Roth/Morck Rn 19; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 80; *Westermann* Handbuch Rn I 167.

318 Vgl. *Westermann* Handbuch Rn I 167 und MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 87, der die Zusammenfassung der Mitglieder unter dem Namen des Vereins bei Großvereinen (Gewerkschaften und Parteien) als möglich erachtet (dazu auch MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 80). **AA** unter Verweis auf Publikumspersonengesellschaften Baumbach/*Hopt* Rn 28.

319 MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 87; die für Idealvereine grundsätzlich anzuerkennende Beschränkung der Gesellschafterhaftung (MünchKommBGB[5]/*Ulmer*/*C. Schäfer* § 714 Rn 60) könnte also insoweit keine Geltung beanspruchen.

Frage auch künftig kaum praktische Relevanz gewinnen. Soweit Großvereine (Gewerkschaften u.a.) am Erwerb der Mitgliedschaft interessiert sind, können sie für diese Zwecke einen Treuhänder einschalten. Irgendwelche Abstriche an der erforderlichen Registerpublizität sind deshalb nicht veranlasst.[320]

100 **d) Erbengemeinschaft.** Eine Erbengemeinschaft kann nach std. Rspr. und im Schrifttum ganz hM **nicht** Gesellschafter einer **werbenden OHG/KG** sein[321]. Als Hinderungsgründe werden die auf Auseinandersetzung gerichtete Struktur der Erbengemeinschaft (§ 2042 Abs. 2 BGB), das Verfügungsrecht der Mitglieder über ihren Erbanteil (§ 2033 Abs. 1 BGB) sowie die bis zur Auseinandersetzung bestehende Haftungsbeschränkung der Miterben auf den Nachlass (§ 2059 Abs. 1 BGB) genannt: Sie seien unvereinbar mit der Struktur der OHG/KG als einer auf persönlichen Zusammenschluss gegründeten Arbeits- und Haftungsgemeinschaft. Auf diesen Gründen beruht die von der Rechtsprechung in Abweichung von § 2032 BGB seit rund 100 Jahren anerkannte **Sondervererbung** eines vererblich gestellten Gesellschaftsanteils unmittelbar an den oder die nachfolgeberechtigten Erben persönlich (§ 139 Rn 45). Angesichts dieser wohl etablierten höchstrichterlichen Rechtsfortbildung besteht einstweilen kein Anlass, ihre Prämissen in Frage zu stellen, auch wenn die Sondererbfolge in Kommanditanteile nach dem heute erreichten Stand nicht unzweifelhaft erscheint. Anderes gilt schon seit jeher wg. § 146 Abs. 1 S. 2 für die durch den Tod aufgelöste Gesellschaft (§ 139 Rn 6). – Zur davon zu unterscheidenden Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft vgl. Rn 58 ff.

101 **e) Eheliche Gütergemeinschaft.** Für die eheliche Gütergemeinschaft gelten nach hM entsprechende Grundsätze wie für die Erbengemeinschaft (Rn 100): auch sie (bzw. die Ehegatten als Gesamthänder) kann als solche nicht Gesellschafterin einer OHG/KG sein[322]. Das schließt die Beteiligung von in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten an einer OHG/KG, ja sogar die Gründung einer OHG/KG ausschließlich zwischen ihnen, zwar nicht aus[323]. Jedoch fällt der Gesellschaftsanteil nicht in das Gesamtgut, sondern wird zum Sondergut des (der) beteiligten Ehegatten (§ 1417 BGB), soweit er im Ehevertrag nicht zum Vorbehaltsgut (§ 1418 BGB) erklärt oder mit Mitteln des Vorbehaltsguts erworben worden ist (vgl. näher Rn 92).

---

[320] Erwogen für Großvereine bei MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 87 aE.

[321] So schon RGZ 16, 40 (56); vgl. weiter BGHZ 22, 186 (192) = NJW 1957, 180; BGHZ 68, 225 (237) = NJW 1977, 1339; auch § 139 Rn 45.

[322] So auch *A. Hueck* OHG, § 2 I 3d, S. 24; *Westermann* Handbuch Rn I 168; *Wiedemann* Übertragung, S. 205 ff; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 105; eingehend *Reuter/Kunath* JuS 1977, 376 (380). Unklar BayObLG DB 1981, 519 (520) (gegen Gesellschafterbeteiligung, aber für Zuordnung eines übertragbaren Anteils zum Gesamtgut) sowie diejenigen Autoren, die sich für Zugehörigkeit des Anteils zum Gesamtgut aussprechen (Nachw. in Fn 289 aE).

[323] **AA** BGHZ 65, 79 (81) = NJW 1975, 1774; vgl. dagegen Rn 90 und Fn 290, 291.

III. Sonderfälle

1. Treuhand

Schrifttum

Armbrüster Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften (2001); *Bälz* Treuhandkommanditist, Treuhänder der Kommanditisten und Anlegerschutz – Für eine organschaftliche Publikumstreuhand, ZGR 1980, 1; *Beuthien* Treuhand an Gesellschaftsanteilen, ZGR 1974, 26; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen (1981); *Coing* Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts (1973); *Eden* Treuhandschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen[2] (1989); *John* Die treuhänderische Übertragung von Anteilen an einer handelsrechtlichen Personengesellschaft, in: *Hadding/U. H. Schneider* (Hrsg.) Gesellschaftsanteile als Kreditsicherheit (1979), S. 83; *Kapitza* Die Rechtsstellung der Treugeber in geschlossenen Immobilienfonds in der Form der kupierten Publikumskommanditgesellschaft (1995); *Kötz* Trust und Treuhand (1963); *Kraft* Beendigung des Treuhandverhältnisses bei der treuhänderisch organisierten Publikums-KG – Besprechung der Entscheidung BGHZ 73, 294, ZGR 1980, 399; *Kümmerlein* Erscheinungsformen und Probleme der Verwaltungstreuhand bei Personenhandelsgesellschaften (1971); *Markwardt* Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnisse bei Personengesellschaften (1973); *Maulbetsch* Beirat und Treuhand in der Publikumspersonengesellschaft (1984); *ders.* Die Unabhängigkeit des Treuhandkommanditisten von der Geschäftsführung bei der Publikums-Personengesellschaft, DB 1984, 2232; *Mathews/Liebich* Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft[2] (1983); *Waltraud Müller* Die Sicherungsübertragung von Anteilen an Personengesellschaften (1968); *Tebben* Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen (1999); *ders.* Die qualifizierte Treuhand im Personengesellschaftsrecht, ZGR 2001, 586; *Ulmer* Zur Treuhand an GmbH-Anteilen, FS Odersky (1996), S. 873; *Vossius* Sicherungsgeschäfte bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen, BB 1988, Beil. 5; *Wank* Missbrauch der Treuhandstellung und der Vertretungsmacht, JuS 1979, 402; *Hans-Jürgen Wolff* Der Treuhänderkommanditist (1966).

102 **a) Vorkommen, Arten.** Treuhandverhältnisse sind – in der Form der fiduziarischen Vollrechtstreuhand[324] – bei Gesellschaftsanteilen einer OHG oder KG nicht selten anzutreffen.[325] Entsprechend umfangreich ist die Literatur zur gesellschaftsrechtlichen Treuhand.[326] Für die Vereinbarung einer Treuhand kann es eine **Vielzahl von Gründen** geben, angefangen von der Nichtoffenlegung der Berechtigung des Treugebers als des wirtschaftlich Beteiligten über die Ausübung der Gesellschafterrechte durch einen Dritten (Testamentsvollstrecker u.a., vgl. Erl. zu § 139) anstelle des „wahren" Inhabers bis hin zu Vereinfachungszwecken wie im Fall des einheitlichen Treuhänders für zahlreiche Treugeber bei der Publikums-KG (vgl. Voraufl. Anh. § 161 Rn 3 [*Schilling*]). Insoweit handelt es sich jeweils um Fälle einer fremdnützigen oder *Verwaltungstreuhand*. Von ihr unterscheidet sich die ebenfalls nicht selten vorkommende eigennützige oder *Sicherungstreuhand*, bei der der Treugeber den Gesellschaftsanteil zur Absicherung eines Kredits oder

---

[324] Im Unterschied zur Ermächtigungs- und zur Vollmachtstreuhand, bei denen die dingliche Berechtigung (= Mitgliedschaft) beim Treugeber verbleibt. Vgl. MünchKommBGB[5]/*Schramm* Vor § 164 Rn 31; *Coing* Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973, S. 88 ff; *Beuthien* ZGR 1974, 29; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen, 1981, S. 123; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 35. Den Fall einer – wegen „Selbstentmündigung" des Treugebers nach § 138 BGB nichtigen – Ermächtigungstreuhand behandelt BGHZ 44, 158 (161) = NJW 1965, 2147.

[325] Vgl. nur *Armbrüster* S. 49 ff; *Wiesner* FS Ulmer, 2003, S. 673 ff.

[326] Vgl. außer den Literatur-Angaben vor Rn 101 insbes. auch MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 33.

sonstiger Verbindlichkeiten auf ein Kreditinstitut o.Ä. als Treuhänder überträgt[327]. Zur Abgrenzung von Treuhand und Unterbeteiligung und zu den Parallelen zwischen beiden Instituten vgl. Rn 110.

103 Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ist wesentlich, dass die **Mitgliedschaftsrechte und -pflichten** grundsätzlich den **Treuhänder** als (formalen) Inhaber des Gesellschaftsanteils betreffen. Das gilt jedenfalls für die Fälle der *verdeckten* Treuhand, in denen die Treuhandbeziehung – meist ein Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 662, 675 BGB)[328] – sich auf das Innenverhältnis zwischen Treuhänder und Treugeber beschränkt, während ein unmittelbares Rechtsverhältnis des Treugebers zur Gesellschaft nicht besteht (vgl. Rn 104 ff). Demgegenüber kann bei der *offenen*, im Gesellschaftsvertrag zugelassenen oder mit Zustimmung der Mitgesellschafter eingegangenen Treuhand nach außen neben dem Treuhänder als Gesellschafter auch der Treugeber in Erscheinung treten; er ist ggf. im Handelsregister einzutragen (str., vgl. § 106 Rn 16). Dementsprechend finden sich in diesen Fällen nicht selten Gestaltungen, die dem Treugeber eigene Mitspracherechte in der Gesellschaft einräumen und ihn auf diese Weise in den Gesellschaftsverband einbeziehen (vgl. näher Rn 107 f). Demgegenüber **lehnt die hM** eine **persönliche** (**Außen-**) **Haftung** des Treugebers für Gesellschaftsschulden nach §§ 128, 171 mit Rücksicht auf die Haftung des Treuhänders auch bei der offenen Treuhand zu Recht **ab** und verweist auf Regressansprüche des Treuhänders gegen den Treugeber aus §§ 675, 670 BGB, auf welche die Gläubiger ggf. zugreifen können.[329]

104 **b) Verdeckte Treuhand.** Den Regelfall der fiduziarischen Vollrechtstreuhand bildet die sog. verdeckte Treuhand, die vom Treuhänder nicht offengelegt oder jedenfalls ohne Zustimmung der Mitgesellschafter eingegangen ist. Insoweit bewendet es bei dem in Rn 103 betonten Grundsatz, wonach gegenüber Gesellschaft und Mitgesellschaftern aus dem Anteil berechtigt und verpflichtet nur der Treuhänder ist, nicht aber der Treugeber oder Hintermann[330]. Die **Eingehung des Treuhandverhältnisses** begründet nur obligatorische Bindungen zwischen Treugeber und Treuhänder; sie gewährt dem Treugeber keine unmittelbar gegenüber der Gesellschaft wirkenden Rechte (Rn 105). War der Treuhänder schon bisher Gesellschafter und unterwirft er sich nunmehr unter Fortbestand der Mit-

---

[327] Näheres zur Sicherungstreuhand an Gesellschaftsanteilen von Personengesellschaften in den Beiträgen von *John, Pick, Rümker, U. Wagner* im Sammelband von *Hadding/Schneider* (Hrsg.) Gesellschaftsanteile als Kreditsicherheit, 1979; ferner *Eden* Treuhandschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen, 1989, S. 285 ff; *Armbrüster* S. 42 ff; *W. Müller* und *Vossius* BB 1988 Beil. 5; aus der Rspr. etwa BGHZ 77, 392 = NJW 1980, 2708.

[328] Zum Inhalt des Treuhandvertrags vgl. näher MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 51 m.N.

[329] BGHZ 178, 271 = ZIP 2008, 2354 (2355 f; XI. Senat); für PublikumsGbR, in der richtigerweise aber auch den Treuhänder keine Haftung trifft, vgl. MünchKommBGB[5]/*Ulmer/C. Schäfer* § 714 Rn 62 ff; bestätigt von BGH DB 2009, 1397 (1398); MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 60; Baumbach/*Hopt* Rn 34; *Tebben* ZGR 2001, 586, (612 f); *Wiesner* FS Ulmer, 2003, 673 (677 f); *Weipert* ZHR 157 (1993), 513 (515); **aA** noch Voraufl. Rn 102 (*Ulmer*); *Schiemann* FS Zöllner, 1998, S. 503 (511); *Kindler* ZIP 2009, 1146 (1147); *ders.* FS K. Schmidt, 2009, S, 871 ff (allerdings mit der Begründung, dass der Treugeber bei Einräumung gesellschaftlicher Rechte selbst zum Gesellschafter werde).

[330] Ganz hM, vgl. BGHZ 3, 354 (360) = NJW 1952, 178; BGHZ 32, 17 (29) = NJW 1960, 866; RGZ 138, 106 (108); 159, 272 (281); *Beuthien* ZGR 1974, 47 ff; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 43 und 57; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 108.

gliedschaft einer Treuhandbeziehung, so bedarf sie nicht der Zulassung durch die Mitgesellschafter[331]. Die verbreitet anzutreffende Gegenansicht[332] ist wenig praktikabel, da die Durchsetzung des Erfordernisses einer besonderen Zulassung meist schon an der mangelnden Offenlegung der Treuhand scheitern dürfte. Sie setzt sich aber auch dem Einwand aus, nicht hinreichend zwischen den verschiedenen Vertragsbeziehungen zu unterscheiden und die Unwirksamkeit des Treuhandvertrages aus einem Rechtsverhältnis zu Dritten (dem Gesellschaftsvertrag) abzuleiten. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass Gegenstand der Treuhand der Gesellschaftsanteil einschließlich der damit verbundenen Verpflichtungen ist[333]; er führt nicht etwa zur Erstreckung dieser Pflichten auf den Treugeber oder zur Einschränkung der Verpflichtungsfähigkeit des Treuhänders gegenüber Dritten. Wohl aber sind Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen den Treuhänder wegen Treupflichtverletzung denkbar, wenn nach Lage des Falles eine Interessenkollision zwischen Treugeber und Gesellschaft unvermeidlich ist, etwa wegen eines bestehenden Konkurrenzverhältnisses[334]. Sittenwidrigkeit des Treuhandvertrages kommt nach § 138 BGB nur in den seltenen Fällen eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen Treuhänder und Treugeber zum Schaden der Mitgesellschafter oder der Verleitung des Gesellschafter-Treuhänders durch den Treugeber zum Vertragsbruch in Betracht[335].

105 Der strikten Trennung zwischen Gesellschaft und Treuhandvertrag bei der verdeckten Treuhand entspricht das Fehlen unmittelbarer Beziehungen des Treugebers gegenüber der Gesellschaft. Für die **Rechtsstellung des Treugebers** ist kennzeichnend, dass ihm Einwirkungen auf die Gesellschaft nur auf dem Weg über den Treuhänder möglich sind; ihre Durchsetzung wird begrenzt durch die für den Treuhänder geltenden, geschriebenen und ungeschriebenen gesellschaftsrechtlichen Schranken[336]. Demgemäß ist eine ohne Zulassung durch die Mitgesellschafter eingegangene uneingeschränkte **Stimmbindung** des Treuhänders unwirksam[337]; sie kann nicht nach § 894 ZPO vollstreckt werden. **Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche** stehen dem Treugeber nur gegen den Treuhänder zu, und auch das nur, soweit nicht das vorrangige Geheimhaltungsinteresse der Gesell-

---

331 So auch *Armbrüster* S. 117 ff, 121; *Beuthien* ZGR 1974, 39; *Markwardt* S. 46 f; *Tebben* S. 236 ff, 241; *Koller*/Roth/Morck Rn 20; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 88; Gegenansicht vgl. in Fn 332. – Zur Zustimmungsbedürftigkeit der treuhänderischen Abtretung vgl. BGHZ 24, 106 (114) = NJW 1957, 1026.

332 So *Blaurock* S. 153; Heymann/*Emmerich* Rn 50; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 54; *Kümmerlein* S. 30 f und die im GmbH-Recht für den Fall der Genehmigungsbedürftigkeit der Anteilsübertragung hM (vgl. Ulmer/Habersack*Winter*/*Löbbe* GmbHG § 15 Rn 212; *Wiedemann* Übertragung, S. 84 mwN).

333 Hierauf stellt etwa *Blaurock* S. 134 ab.

334 Für mögliche Treupflichtverletzung schon bei Nichtoffenlegung des Treuhandverhältnisses *Beuthien* ZGR 1974, 41 ff; vgl. auch BGH WM 1971, 306 (rechtl. Interesse der Mitgesellschafter an Feststellung der Treuhändereigenschaft eines Gesellschafters) und BGH WM 1982, 234 (235) (Treupflichtverstoß durch Anteilsübertragung an einen Wettbewerber).

335 BGH WM 1977, 525 (527); allg. vgl. auch Soergel/*Hefermehl*[13] § 138 Rn 35, 142 ff, 155; MünchKommBGB[5]/*Armbrüster* § 138 Rn 96 ff mwN.

336 HM, vgl. BGHZ 3, 354 (360) = NJW 1952, 178; *Blaurock* S. 134; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 73; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 91; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 103.

337 Vgl. näher Erl. zu § 119; zur abw. Beurteilung bei der offenen Treuhand vgl. Rn 107. Allgemein für Zulässigkeit uneingeschränkter Stimmbindung des Treuhänders aber *Blaurock* S. 189 ff; *Eden* S. 62 ff; *Markwardt* S. 63 ff; Heymann/*Emmerich* Rn 53; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 63.

schafter entgegensteht[338]. Keinen Schranken unterliegt zwar die Geltendmachung der mit dem Anteil verbundenen, nach § 717 S. 2 BGB selbständig übertragbaren **Vermögensrechte** (Gewinn, Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben). Anderes gilt jedoch für den Anspruch auf Übertragung des Treuguts (des Gesellschaftsanteils) auf den Treugeber bei Beendigung des Treuhandverhältnisses; er kann nur mit Zustimmung der Mitgesellschafter erfüllt werden[339], soweit nicht der Gesellschaftsvertrag die Anteilsübertragung gestattet (Rn 294 f).

106 Die **Rechtsstellung des Treuhänders in der Gesellschaft** wird durch das Bestehen der verdeckten Treuhand grundsätzlich nicht berührt. Er ist nach außen und innen uneingeschränkt Gesellschafter; für die Eintragung eines Treuhandvermerks im Handelsregister ist kein Raum[340]. Bei Eingehung der Treuhand und Befolgung von Wünschen oder Weisungen des Treugebers hat er die Treupflicht in der Gesellschaft zu respektieren und eine Schädigung oder Gefährdung der Gesellschaft zu vermeiden. Verstöße hiergegen können zu seiner Schadensersatzhaftung führen und einen wichtigen Ausschlussgrund ihm gegenüber bilden[341]; eine Rechtfertigung durch die bestehende Treuhandbeziehung scheidet als Einwand aus einem Rechtsverhältnis zu Dritten aus. Seine **Ansprüche gegen den Treugeber** richten sich nach §§ 669, 670 BGB: Neben dem Ersatz der Aufwendungen kann er vom Treugeber grundsätzlich auch Freistellung von den ihn nach §§ 128, 171 treffenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft verlangen,[342] ohne dass aber den Treugeber selbst eine unmittelbare Haftung trifft (Rn 103). In den durch die Treupflicht in der OHG/KG gesetzten Grenzen ist er dem Treugeber zu sorgfältiger Amtsführung verpflichtet und hat ihm das aus dem Treugut (der Mitgliedschaft) Erlangte herauszugeben.

107 c) **Offene Treuhand.** Im Unterschied zur verdeckten kann die im Gesellschaftsvertrag als solche zugelassene oder mit **Zustimmung der Mitgesellschafter** eingegangene offene (qualifizierte) Treuhand im **Innenverhältnis** der Gesellschaft zur Einbeziehung des Treugebers in den Gesellschaftsverband und zu dessen interner Mitberechtigung führen[343]; im Fall eines nicht voll geschäftsfähigen Treugebers oder Treuhänders ergibt sich daraus die Notwendigkeit familien- bzw. vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB[344]. Das Treuhandverhältnis geht dadurch über eine obligatorische Beziehung

---

338 HM, vgl. *Armbrüster* S. 304 ff; *Blaurock* S. 134; *Eden* S. 74; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 74.

339 Soweit nicht die Zustimmung zur Begründung des Treuhandverhältnisses erteilt war und hierin zugleich die vorweggenommene Zustimmung zur Rückübertragung zu sehen ist (vgl. Rspr.-Nachw. in Fn 353).

340 HM, vgl. *Blaurock* S. 159 f; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 57; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 103. Zur verwandten Problematik eines Testamentsvollstreckervermerks vgl. Erl. zu § 139.

341 Vgl. BGHZ 32, 17 (33) = NJW 1960, 866; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 56; Baumbach/*Hopt* Rn 31; näher dazu in den Erl. zu § 140.

342 So zutr. *Kapitza* S. 79 ff; *Markwardt* S. 74; *Maulbetsch* S. 168 f; Heymann/*Emmerich* Rn 52; *Koller*/Roth/Morck Rn 20; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 59 und 75. Vgl. auch BGHZ 76, 127 (130 f) = NJW 1980, 1163 zu den Rechten des Treuhänders in der Publikums-KG.

343 BGHZ 10, 44 (49 f) = NJW 1953, 1548; BGH WM 1987, 811; *Armbrüster* S. 276 ff, 281; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 43 und 78; *Tebben* ZGR 2001, 586 (612 f); MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 92.

344 So auch *Armbrüster* S. 124; *Beuthien* ZGR 1974, 37 f; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 102; *Koller*/Roth/Morck Rn 20; zur abw. Ansicht des BGH (in NJW 1968, 1471 nicht abgedruckt) vgl. *U. Huber* JZ 1968, 792.

zum Treuhänder u.U. deutlich hinaus[345]. Das gilt namentlich dann, wenn dem Treugeber gesellschaftsvertraglich **Kontrollrechte oder Anweisungsbefugnisse** gegenüber der OHG/KG eingeräumt sind[346], um ihm auf diese Weise das „wirtschaftliche Eigentum" am Anteil zu verschaffen. Das für Mitverwaltungsrechte geltende Abspaltungsverbot (§ 717 S. 1 BGB, vgl. dazu § 109 Rn 25, 28) steht derartigen Vereinbarungen mit Rücksicht auf die (Teil-)Einbeziehung des Treugebers in den Gesellschaftsverband nicht entgegen[347]. Aus denselben Gründen bestehen, anders als bei der verdeckten Treuhand, auch keine Schranken für **Stimmbindungsverträge** zwischen Treugeber und Treuhänder[348]. Gefahren für die Gesellschaft sind hieraus schon deshalb nicht zu befürchten, weil auch der Treugeber als mittelbar Beteiligter der **Treupflicht** unterliegt[349]. Die Mitgesellschafter haben auch ihrerseits die zwischen ihnen und dem Treugeber begründeten Beziehungen zu respektieren. Der Treuhänder kann ihnen gegenüber nicht mit Wirksamkeit für den Treugeber gegen dessen Willen Vertragsänderungen zustimmen, die eine einseitige Verschlechterung von dessen Rechtsposition zur Folge haben[350]. Zur Möglichkeit des Ausschlusses des Treuhänders aus Gründen in der Person des Treugebers vgl. § 140 Rn 7; zur Eintragung nur des Treuhänders auch bei offener Treuhand im Handelsregister vgl. § 106 Rn 16 (str.), zur Außenhaftung des Treugebers vgl. Rn 103, zur Stellung eines Gesellschafters als Treuhänder eines weiteren Anteils vgl. Rn 106 .

108 Hinsichtlich der **Anteilsverfügung** ist im Fall der offenen Treuhand zu unterscheiden. **Zustimmungsbedürftig** seitens der Mitgesellschafter ist vorbehaltlich abweichender Regelungen im Gesellschaftsvertrag[351] die Begründung der offenen Treuhand und die Einräumung damit verbundener Mitverwaltungsrechte gegenüber der Gesellschaft, und zwar unabhängig davon, ob sie sich mit der Übertragung des Gesellschaftsanteils auf den Treuhänder verbindet oder auf der Umwandlung seiner bisherigen Vollrechtsstellung durch vertragliche Unterwerfung gegenüber dem Treugeber beruht. Zustimmungsbedürftig ist auch die **Übertragung der Treugeberstellung** ohne Auswechslung des Treuhänders, da sie die Mitwirkungsrechte des Treugebers in der Gesellschaft auf den Erwerber über-

---

345 Das entspricht der allgemein für die „offene" Treuhand zu beobachtenden Tendenz, Treuhandbeziehungen abweichend von der formalen Rechtsstellung in gewissem Umfang Drittwirkung zu verleihen (vgl. etwa Soergel/*Leptien*[13] Vor § 164 Rn 63 ff).

346 BGHZ 10, 44 (50) = NJW 1953, 1548; ebenso *Fleck* FS Rob. Fischer, 1979, S. 107 (127); *Blaurock* S. 181 f; *Reuter* ZGR 1978, 633 (642); *A. Hueck* OHG, § 2 I 4, S. 25; *Tebben* ZGR 2001, 586 (613); Erman/*Westermann*[12] § 705 Rn 27; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 78. Vgl. dazu und zu abw. Ansichten MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 92 und Fn 244, 245.

347 So zutr. insbes. *Fleck* FS Rob. Fischer, 1979, S. 107 (118 ff) (für die GmbH); im Grundsatz auch *Blaurock* S. 181 f; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 67, 78 mwN; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 93; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 108; Soergel/*Hadding*[12] § 705 Rn 29. Vgl. auch BGH WM 1976, 1247 (1249 f) zur Stimmrechtsabspaltung bei treuhänderisch gehaltenen GmbH-Anteilen.

348 So auch *Beuthien* ZGR 1974, 43 (45) und *Flume* I/1 § 14 IV, S. 232; zur abw. Beurteilung bei der verdeckten Treuhand (str.) vgl. Rn 105 und Fn 337.

349 Vgl. näher *Fleck* FS Rob. Fischer, 1979, S. 107 (118 ff); so auch *Blaurock* S. 202 und MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 78; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 93. Im Ergebnis auch *Armbrüster* S. 340 ff.

350 Vgl. den Fall BGH NJW 1968, 1471 (einseit. Verminderung der Gesellschaftsbeteiligung), dazu *U. Huber* JZ 1968, 791.

351 Die Zulassung der Verfügung über Anteile (bzw. Treugeberpositionen) findet sich typischerweise in Gesellschaftsverträgen von Publikums-Kommanditgesellschaften, vgl. *Blaurock* S. 152 f; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 85.

gehen lässt[352]. War bei Begründung der Treuhandschaft der Gesellschaftsanteil mit Zustimmung der Mitgesellschafter vom Treugeber auf den Treuhänder übertragen worden, so umfasst die Zustimmung regelmäßig auch die spätere Rückübertragung des Anteils bei Beendigung der Treuhandschaft[353]; sie kann nur aus wichtigem Grund widerrufen werden[354]. Der **Treuhänder** selbst kann – als formeller Anteilsinhaber – mit Zustimmung der Mitgesellschafter zwar noch über den Anteil verfügen; jedoch müssen sich Anteilserwerber, die den Missbrauch der Verfügungsbefugnis kennen, diese Kenntnis nach den Grundsätzen über den Vollmachtsmissbrauch entgegenhalten lassen[355].

2. Unterbeteiligung

Schrifttum

Bender Nießbrauch und Unterbeteiligung an Personengesellschaftsanteilen, DB 1979, 1445; *Bilsdorfer* Gesellschafts- und steuerrechtliche Probleme bei Unterbeteiligung von Familienangehörigen, NJW 1980, 2785; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen (1981); *Böttcher/Zartmann/Faut* Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung[3] (1978); *Esch* Die Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen, NJW 1964, 902; *Friehe* Die Unterbeteiligung bei Personengesellschaften (1974); *Gerd Meyer* Die Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen (1971); *Merkel* Zur Problematik der Unterbeteiligung an einer OHG-Beteiligung, NJW 1966, 1552; *Petzold* Die Unterbeteiligung im Gesellschafts- und Steuerrecht, NWB 1974, Fach 18, S. 2195 ff; *Tebben* Die Unterbeteiligungsgesellschaft an Personengesellschaftsanteilen (2000); *Ulbrich* Die Unterbeteiligungsgesellschaft an Personengesellschaftsanteilen (1982); *Udo Wagner* Die Unterbeteiligung an einem OHG-Anteil (1975); *Winterstein* Die Unterbeteiligung an OHG- und KG-Anteilen als stille Gesellschaft (1969).

109 **a) Allgemeines.** Unter Unterbeteiligung versteht man die vertraglich eingeräumte Mitberechtigung einer oder mehrerer Personen an einem dem „Hauptbeteiligten" zustehenden Gesellschaftsanteil, insbes. an dessen Erträgen, je nach Vertragsgestaltung auch an dem auf den Anteil entfallenden Verlust und an dessen Wertzuwachs[356]. Die **Gründe für die Eingehung** der Unterbeteiligung sind vielfältiger Natur.[357] Sie reichen von der verdeckten Beteiligung eines Dritten am Erfolg der Gesellschaft über die Befriedigung zusätzlichen Kapitalbedarfs des Hauptgesellschafters oder die teilweise interne Vorwegnahme der Gesellschafternachfolge bis hin zur Beteiligung „weichender" Erben am Erfolg des Unternehmens zur Vermeidung von Abfindungszahlungen des Nachfolger/Erben.[358] Meist geht es darum, die wirtschaftliche Mitberechtigung eines Dritten am

---

[352] So für Treugeberrechte an GmbH-Anteilen auch BGH NJW 1965, 1376 (1377); RGZ 159, 272 (280 ff); Ulmer/Habersack/*Winter/Löbbe* GmbHG § 15 Rn 216 (hM).

[353] BGHZ 77, 392 (395) = NJW 1980, 2708; BGH NJW 1965, 1376; WM 1985, 1143 (1144).

[354] Weitergehend – für Unwiderruflichkeit der Zustimmung im Fall der Sicherungsabtretung – BGHZ 77, 392 (397 f); anders noch BGH NJW 1965, 1376.

[355] Str., wie hier *Coing* S. 167; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Gehrlein* § 230 Rn 91; *Kötz* NJW 1968, 1471 f; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 69; *Tebben* S. 188 ff; *Blaurock* S. 130 ff. **AA** BGH NJW 1968, 1471 und WM 1977, 525 (527); so auch *Armbrüster* S. 163; *Beuthien* ZGR 1974, 60 f; *U. Huber* JZ 1968, 791 ff; Soergel/*Hadding*[12] § 705 Rn 29.

[356] Vgl. etwa MünchKommBGB[5]/*Ulmer* Vor § 705 Rn 92; MünchKommHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn 191 f; *Blaurock* S. 54; *Tebben* S. 36 f; Staudinger/*Habermeier* BGB (2003) Vorbem zu §§ 705–740 Rn 64.

[357] Vgl. näher MünchKommHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn 206; *Blaurock* S. 55 ff.

[358] Vgl. den Fall von BGHZ 50, 316 = NJW 1968, 2003 und dazu *Rüthers* AcP 168 (1968), 263 (281 ff).

Anteil auch ohne die zur (Teil-)Übertragung erforderliche Zustimmung der Mitgesellschafter zu ermöglichen. Insgesamt dürfte der Unterbeteiligung an Personengesellschaftsanteilen nicht unerhebliche praktische Bedeutung zukommen, auch wenn sie bisher nicht in größerem Umfang Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen war[359]. Auf Einzelheiten sowie auf das Rechtsverhältnis zwischen Haupt- und Unterbeteiligtem ist hier nicht näher einzugehen.[360] In Bezug auf das Recht der OHG/KG ist wesentlich, dass der **Unterbeteiligte** im Regelfall in keiner direkten Beziehung zur (Haupt-)Gesellschaft steht, insbes. **kein Mitglied der OHG/KG** ist, sondern auf obligatorische Rechte gegenüber dem Hauptgesellschafter beschränkt ist. Zum Sonderfall der offenen Unterbeteiligung vgl. Rn 113.

110 **b) Parallelen und Unterschiede zur Treuhand.** Von der Treuhand am Gesellschaftsanteil wird die Unterbeteiligung üblicherweise scharf unterschieden.[361] Überschneidungen werden nur für solche Fälle anerkannt, in denen der Ertrag der Beteiligung im Innenverhältnis voll dem Unterbeteiligten zusteht und der Hauptbeteiligte sich dessen Weisungen unterwirft[362]. Nach der Rechtsprechung schließen Treuhand und Unterbeteiligung sich nicht zwangsläufig aus; auch wenn Haupt- und Unterbeteiligter gesellschaftsrechtlich verbunden seien, so der BGH im Anschluss an die Voraufl., könne das Rechtsverhältnis als „eine Art Treuhand" verstanden werden.[363] In der Tat unterscheidet sich das **Innenverhältnis** zwischen Haupt- und Unterbeteiligtem – regelmäßig eine GbR in Form der Innengesellschaft[364] – zwar typischerweise deutlich von dem „vertikalen" Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis als üblicher Rechtsnatur der Treuhand (Rn 103). Anderes gilt jedoch, wenn man zusätzlich das hier im Mittelpunkt stehende **Verhältnis des Unterbeteiligten oder Treugebers zur OHG/KG** berücksichtigt. Insofern sind die bestehenden Parallelen zur Treuhand auch dann unverkennbar, wenn man davon ausgeht, dass wegen des typischen Eigeninteresses des Hauptbeteiligten am Gesellschaftsanteil die Gefahr von Interessenkollisionen im Fall der Unterbeteiligung geringer ist als im Fall der Treuhand. Wegen dieser Parallelen ist es geboten, die rechtliche Beurteilung der beiden Rechtsinstitute in ihrem Verhältnis zur OHG/KG eng aufeinander abzustimmen. Das gilt nicht zuletzt für die zentrale, Treuhand und Unterbeteiligung in gleicher Weise betreffende Unterscheidung zwischen *verdeckter* und *offener*, mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter der (Haupt-)Gesellschaft erfolgender Eingehung der Bindung durch den Hauptgesellschafter (Treuhänder).

---

[359] Vgl. insbes. BGHZ 50, 316 (323 ff) = NJW 1968, 2003; ferner BGH WM 1966, 188; 1967, 685; NJW 1994, 2886 (2887).

[360] Zu verweisen ist auf die Kommentierungen zur stillen Gesellschaft (Voraufl. § 230 [*Zutt*]); MünchKommHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn 191 ff; vgl. ferner MünchKommBGB[5]/*Ulmer* Vor § 705 Rn 92 ff. Aus dem Spezialschrifttum (Nachw. vor Rn 108) vgl. insbes. die Monografien von *Blaurock, Friehe, Tebben, Ulbrich* und *U. Wagner*.

[361] Vgl. insbes. *Armbrüster* S. 24; *Eden* S. 29 f; *Tebben* S. 51 ff; *Wiedemann* Übertragung, S. 387; im Grundsatz auch *Blaurock* S. 108, 115 und *Ulbrich* S. 84 ff; zu Recht stärker relativierend *Hüffer* JuS 1979, 460 und MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 45.

[362] So MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 45 und § 230 Rn 198, 202 und 210.

[363] BGH NJW 1994, 2886; NJW-RR 1995, 165; s.a. MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 198, 202 und 210. **AA** *Tebben* S. 65 ff, 75.

[364] Vgl. dazu und zur Anwendbarkeit des Rechts der stillen Gesellschaft (§§ 230 bis 238) auf diese untypische GbR: MünchKommBGB[5]/*Ulmer* Vor § 705 Rn 92 und 98 ff sowie MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 204 jew. mwN (hM).

111 c) **Verdeckte Unterbeteiligung.** Die Eingehung einer „verdeckten", keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen zu den übrigen Gesellschaftern der OHG/KG begründenden Unterbeteiligung bedarf ebenso wie diejenige eines Treuhandverhältnisses (str., vgl. Rn 104) **nicht** der **Zulassung** durch die Mitgesellschafter des Hauptbeteiligten[365]. Es handelt sich um eine schuldrechtliche Beziehung des Hauptgesellschafters zu einem Dritten, die vorbehaltlich sittenwidriger Abreden[366] in Entstehung und Bestand von dem Rechtsverhältnis der OHG/KG klar getrennt ist. Auch ein etwaiges **Verbot** von Unterbeteiligungen im Gesellschaftsvertrag oder die Verletzung einer vertraglichen Offenlegungspflicht steht der Wirksamkeit der Unterbeteiligung im Grundsatz nicht entgegen[367]. Jedoch kann sich der Hauptbeteiligte gegenüber den Mitgesellschaftern schadensersatzpflichtig machen oder einen wichtigen Grund zu seinem Ausschluss setzen, wenn er derartigen Vertragspflichten zuwiderhandelt. Der verbreitet vertretene, **angebliche Vorrang der Hauptgesellschaft** gegenüber der Unterbeteiligung[368] trifft im Ergebnis zwar zu, soweit das Schicksal des den Gegenstand der Unterbeteiligung bildenden Gesellschaftsanteils auf die Unterbeteiligung ausstrahlt, da Änderungen der Mitgliedschaftsrechte des Hauptbeteiligten in der OHG/KG mittelbar auch die Unterbeteiligung betreffen und insbes. der Ausschluss des Hauptbeteiligten aus der OHG/KG oder deren Auflösung zur Beendigung auch der Unterbeteiligung nach § 726 BGB führen. Auch sind Pflichten, die der Hauptbeteiligte gegenüber dem Unterbeteiligten übernimmt, wegen Unmöglichkeit undurchsetzbar, wenn sie auf eine nach dem Recht der Hauptgesellschaft unzulässige Bindung oder auf einen Treupflichtverstoß des Hauptgesellschafters hinauslaufen[369]. Unmittelbare Auswirkungen kommen dem Inhalt des OHG/KG-Vertrags im Verhältnis zum Unterbeteiligungsvertrag jedoch nicht zu; die Regelungen des letzteren sind nicht schon deshalb unwirksam, weil sie mit denjenigen in der Hauptgesellschaft kollidieren.[370] Die Ausstrahlung des OHG/KG-Vertrags auf den Unterbeteiligungsvertrag beschränkt sich insoweit vielmehr darauf, seine *Auslegung* zu beeinflussen, da die Beteiligten bei seinem Abschluss Kollisionen mit dem OHG/KG-Vertrag im Zweifel vermeiden wollten[371]. Aus entsprechenden Gründen kann auch für die *Schließung von Lücken* des Unterbeteiligungsvertrags der Inhalt des OHG/KG-Vertrags mit herangezogen werden[372]. Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen den beiden Rechtsverhältnissen wird hierdurch jedoch nicht berührt.

---

[365] Für die Begründung der Unterbeteiligung ganz hM, vgl. BGHZ 50, 316 (325) = NJW 1968, 2003; *Blaurock* S. 153; *Friehe* S. 52; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Gehrlein* § 230 Rn 93; MünchKommHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn 221; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* Vor § 705 Rn 97; zweifelnd jedoch *Großfeld* JZ 1982, 163. Zur überw. abw. Beurteilung bei der verdeckten Treuhand vgl. Rn 104 und Fn 332.

[366] Vgl. dazu Nachw. in Fn 335.

[367] Zutr. MünchKommHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn 221.

[368] So etwa, *H. Schneider* FS Möhring, 1965, S. 120; *Ulbrich* S. 112 f; tendenziell auch MünchKommHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn 233 und *Friehe* S. 44 ff, 46 f. **AA** *Tebben* S. 175 ff, 187 f; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* Vor § 705 Rn 95; Staudinger/*Habermeier* BGB (2003) Vorbem zu §§ 705–740 Rn 64. Offenlassend: *Ulmer* FS Odersky, 1996, S. 873 (887).

[369] Vgl. BGHZ 50, 316 (324 f) = NJW 1968, 2003 (zum Auskunftsanspruch) und die in Fn 368 Genannten, insoweit zutr. Stimmen.

[370] Unter Vorbehalt besonderer Umstände auch MünchKommBGB[5]/*Ulmer* Vor § 705 Rn 95; näher *Tebben* S. 184 ff.

[371] Für eine dem Hauptgesellschaftsvertrag konforme Auslegung des Unterbeteiligungsvertrags zutr. *Friehe* S. 49 f; ähnlich *Ulbrich* S. 114 f.

[372] Die Berücksichtigung abweichender Interessen des Unterbeteiligten ist dadurch freilich nicht ausgeschlossen; vgl. auch *Friehe* S. 50; *Ulbrich* S. 115.

Im Einzelnen setzen sich uneingeschränkte **Stimmbindungen** des Hauptbeteiligten gegenüber dem Unterbeteiligten denselben Bedenken aus wie im Fall der verdeckten Treuhand (Rn 105 und § 119 Rn 72). Ein **Treupflichtverstoß** des Hauptbeteiligten gegenüber dem Unterbeteiligten durch eine für diesen nachteilige Stimmabgabe in der Hauptgesellschaft ist zwar nicht ausgeschlossen, setzt jedoch voraus, dass der Hauptbeteiligte ohne Verletzung seiner Treupflicht in der OHG/KG in abweichendem, dem Unterbeteiligten günstigen Sinn hätte abstimmen können[373]. **Auskunfts- und Kontrollrechte** des Unterbeteiligten bestehen nur gegenüber dem Hauptbeteiligten, nicht auch gegenüber der OHG/KG. Ihr Inhalt beschränkt sich entsprechend § 233[374] darauf, vom Hauptbeteiligten jährlich einen „Jahresabschluss" über dessen Gesellschaftsanteil zu verlangen, aus dem der Unterbeteiligte die auf den Anteil entfallenden Erträge und deren Zusammensetzung (Gewinnanteil, Kapitalzinsen, Geschäftsführergehalt u.a.) sowie die Entwicklung der Kapitalkonten ersehen kann[375]; die Kontrolle dieser Informationen durch den Unterbeteiligten richtet sich nach §§ 259, 260 BGB. Die Überlassung des Jahresabschlusses der OHG/KG kann der Unterbeteiligte vom Hauptbeteiligten nur verlangen, wenn der Unterbeteiligungsvertrag einen solchen über § 233 hinausgehenden Anspruch gewährt *und* der OHG/KG-Vertrag oder die Mitgesellschafter die Weitergabe gestatten[376]; dabei kann der Inhalt des OHG/KG-Vertrags zur Auslegung des Umfangs des vertraglichen Auskunftsanspruchs des Unterbeteiligten herangezogen werden[377]. **112**

d) Offene Unterbeteiligung. Entsprechend der Rechtslage bei der offenen Treuhand (Rn 107 f) kann auch die Unterbeteiligung als „offene" (qualifizierte) in der Weise ausgestaltet werden, dass dem Unterbeteiligten mit **Zustimmung der Mitgesellschafter** unmittelbare Mitverwaltungsrechte in der Hauptgesellschaft eingeräumt werden[378]. In Betracht kommen direkte Auskunfts- und Kontrollrechte, aber auch das Stimmrecht in Gesellschaftsangelegenheiten. Es handelt sich um die durch die Privatautonomie (§ 109) gedeckte, auf das Innenverhältnis der Gesellschafter beschränkte **Einbeziehung des Unterbeteiligten in den Gesellschaftsverband;** ihr korrespondiert eine Treupflicht des Unterbeteiligten gegenüber OHG/KG und Mitgesellschaftern. Das Abspaltungsverbot greift in derartigen Fällen nicht ein. Auch Stimmbindungsverträge sind im Rahmen offener Unterbeteiligungsverhältnisse abweichend vom Regelfall unbedenklich zulässig. Wegen der Einzelheiten vgl. Rn 107. **113**

---

[373] BGH WM 1977, 525 (528 f); ähnlich *Ulbrich* S. 117; gegen grundsätzlichen Vorrang des Interesses des Hauptgesellschafters aber umgekehrt – für Treupflicht auch des Unterbeteiligten gegenüber der Hauptgesellschaft – MünchKommHGB/*K. Schmidt* § 230 Rn 233.

[374] HM, vgl. BGHZ 50, 316 (323) = NJW 1968, 2003; *Paulick* ZGR 1974, 271; *Friehe* S. 60 f; *Ulbrich* S. 125; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Gehrlein* § 230 Rn 100; MünchKommHGB/*K. Schmidt* § 233 Rn 33 ff. **AA** – für Anwendung von § 716 BGB – *Blaurock* S. 183 f; Heymann/*Emmerich* Rn 63; *Tebben* S. 276 ff und *U. Wagner* S. 105 ff.

[375] BGHZ 50, 316 (323) = NJW 1968, 2003.

[376] So zutr. BGHZ 50, 316 (325) = NJW 1968, 2003 und *Esch* NJW 1964, 905; weitergehend (unter Abstellen nur auf den OHG/KG-Vertrag) MünchKommHGB/*K. Schmidt* § 233 Rn 34; *Ulbrich* S. 139.

[377] So zutr. BGH aaO (Fn 376).

[378] So grds. auch *Blaurock* S. 184 f; vgl. auch und *Ulbrich* S. 128 f zur Möglichkeit direkter Beziehungen zwischen Unterbeteiligtem und Hauptgesellschaft.

3. Nießbrauch

Schrifttum

Bender Nießbrauch und Unterbeteiligung an Personengesellschaftsanteilen, DB 1979, 1445; *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen (1981); *Bunke* Der Nießbrauch an der Beteiligung an einer Personengesellschaft, DNotZ 1968, 5; *Finger* Der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil einer Personengesellschaft, DB 1977, 1033; *Göbel* Der Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen (2004); *Hadding* Pfandrecht und Nießbrauch an der Mitgliedschaft in einer OHG oder KG als Kreditsicherheit, in: *Hadding/U. H. Schneider* (Hrsg.), Gesellschaftsanteile als Kreditsicherheit (1979), S. 37; *Haas* Nießbrauch an Gewinnanteilen an Personengesellschaften, FS L. Schmidt (1993), S. 315; *Hepp-Schwab* Die Mitgliedschaft des Personengesellschafters und der Nießbrauch an seinem Gesellschaftsanteil (1998); *Hoyer* Der Nießbrauch an einem Gesellschaftsanteil, BB 1978, 1459; *Kreifels* Nießbrauch am Anteil von Personengesellschaften, in Freundesgabe für Hengeler (1972), S. 158; *Langmaack* Nießbrauch an Anteilen von Personengesellschaften (1960); *Lohr* Der Nießbrauch an Unternehmen und Unternehmensteilen (1989); *Petzoldt* Zum Nießbrauch an dem „Gewinnstammrecht", GmbHR 1980, 197; *ders.* Nießbrauch an Kommanditanteilen und GmbH-Geschäftsanteilen, GmbHR 1987, 381 und 433; *ders.* Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen, DStR 1992, 1171; *Reichert/Schlitt* Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen, FS für Flick (1997), S. 217 ff; *Rohlff* Die Verwendung des Nießbrauchs am Anteil einer Personenhandelsgesellschaft zur Ersparung von Schenkungs- und Erbschaftsteuer, NJW 1971, 1337; *K. Schmidt* Stimmrecht beim Anteilsnießbrauch, ZGR 1999, 601; *Schön* Der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil, ZHR 158 (1994), 229; *Schüller*, Nießbrauch und Pfandrecht am Anteil einer Personengesellschaft, MittRhNotK 1980, 97; *Siebert* Nießbrauch am Gewinnrecht des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, BB 1956, 1126; *Sudhoff* Der Nießbrauch am Anteil einer Personengesellschaft, NJW 1971, 481; *ders.* Nochmals: Der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil, NJW 1974, 2205; *Teichmann* Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen – gesellschaftsrechtlicher Teil, ZGR 1972, 1; *ders.* Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen – Probleme der praktischen Gestaltung, ZGR 1973, 24; *ders.* Ausstrahlungen des Umwandlungsgesetzes auf den Nießbrauch am Unternehmen und an Gesellschaftsanteilen, FS Lutter (2000), S. 1261; *Ulmer* Zur Bedeutung des gesellschaftsrechtlichen Abspaltungsverbots für den Nießbrauch am OHG-(KG-)Anteil, FS Fleck (1988), S. 383; *Vossius* Sicherungsgeschäfte bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen, BB 1988, Beil. 5, S. 13; *Weber/Luther* Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen – Steuerrechtliche Behandlung – 2. Teil: Personengesellschaften, ZGR 1973, 45.

114 **a) Übersicht.** Die Bestellung des Nießbrauchs an einem Gesellschaftsanteil soll dem Nießbraucher das Recht verschaffen, die **Nutzungen** des Anteils zu ziehen (§§ 1068, 1030 Abs. 1 BGB). Zu den Nutzungen (§ 100 BGB) gehören im Fall eines Gesellschaftsanteils insbes. die Rechtsfrüchte, d.h. die Erträge, die das belastete Recht seiner Bestimmung nach gewährt (§ 99 Abs. 2 BGB); das sind mangels abweichender Abrede im Bestellungsvertrag die nach dem Gesellschaftsvertrag entnahmefähigen Gewinne (Rn 120). Die mit dem Nießbrauch verbundene **dingliche Berechtigung** kommt im Fall des Anteilsnießbrauchs darin zum Ausdruck, dass der Nießbraucher die Rechte aus dem Nießbrauch (vgl. näher Rn 120 ff) nicht nur gegen den Besteller (Gesellschafter), sondern auch unmittelbar gegen die OHG/KG und die Mitgesellschafter des Bestellers geltend machen kann und dass die Aufhebung oder Änderung des mit dem Nießbrauch belasteten Gesellschaftsanteils nach § 1071 BGB im Grundsatz seiner Zustimmung bedarf (vgl. Rn 124 f). Das *Abspaltungsverbot* (§ 109 Rn 25, 28) greift wegen der Mitberechtigung des Nießbrauchers am Anteil und seiner daraus folgenden Einbeziehung in den Gesellschafterverband unter Einschluss der Treupflicht nicht ein.[379]

---

[379] Vgl. insbes. *Fleck* FS Rob. Fischer, 1979, S. 107 ff (125) (für die Stimmrechtsabspaltung in der GmbH); *Ulmer* FS Fleck, 1988, S. 383 (387 ff); MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 14; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 96; Wester-

Rechtliche Zulässigkeit und Ausgestaltung des Nießbrauchs an Personengesellschaftsanteilen waren lange Zeit **umstritten** und bildeten den Gegenstand eines umfangreichen Schrifttums.[380] Neben dem Fehlen richtungsweisender höchstrichterlicher Entscheidungen hatte das seinen Grund vor allem darin, dass die Besonderheiten des Gesellschaftsrechts, darunter die höchstpersönliche Natur der Mitgliedschaft und das Abspaltungsverbot, der Anwendung des Nießbrauchsrechts unter Aufteilung der Mitgliedschaftsrechte zwischen Nießbraucher und Besteller entgegenzustehen schienen (Voraufl. Rn 115 [*Ulmer*]). Inzwischen besteht Einigkeit darüber, dass der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil einer OHG/KG **im Grundsatz zulässig** ist, sofern nur die Mitgesellschafter im Gesellschaftsvertrag oder ad hoc seiner Bestellung zugestimmt haben (vgl. Rn 119). Des Ausweichens auf einen Nießbrauch an den übertragbaren Vermögensrechten (§ 717 S. 2 BGB, vgl. dazu Rn 129 f) oder auf die zur Vollrechtsübertragung führende Treuhandlösung[381] bedarf es daher nicht. Die eigentlichen Schwierigkeiten liegen aus heutiger Sicht nicht im Ob, sondern im Wie des Nießbrauchs, d.h. in der Ausgestaltung der Rechtsstellung des Nießbrauchers und der genauen Aufteilung der Mitgliedschaftsrechte zwischen ihm und dem Besteller. **115**

Die **Abgrenzung** des Nießbrauchs von ähnlichen Rechtsinstituten, insbes. der Treuhand und der Unterbeteiligung, bereitet im Grundsatz keine Schwierigkeiten. Gegenüber der **Treuhand** unterscheidet sich der Nießbrauch dadurch, dass die Nießbrauchsbestellung nach zutr., heute hM (Rn 119) nicht die treuhänderische Übertragung des Vollrechts auf den Nießbraucher erfordert, sondern sich auf die Einräumung einer dinglichen Mitberechtigung des Nießbrauchers an dem beim Besteller verbleibenden Anteil beschränkt; die formale Rechtsstellung des Nießbrauchers bleibt somit hinter derjenigen des Treuhänders zurück. Die umgekehrte Feststellung gilt für den Vergleich des Nießbrauchs mit der **Unterbeteiligung,** da diese sich im Regelfall auf die Begründung obligatorischer Rechte des Unterbeteiligten gegenüber dem Hauptbeteiligten beschränkt, nicht aber zu unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen dem Unterbeteiligten und der OHG/KG oder den Mitgesellschaftern des Hauptbeteiligten führt (Rn 111). **Übergänge** sind demgegenüber je nach Ausgestaltung denkbar im Hinblick auf die Sonderfälle der *offenen* (qualifizierten) Treuhand oder Unterbeteiligung, die ähnlich wie der Nießbrauch die Einbeziehung eines Dritten (Treugeber; Unterbeteiligter) in den Gesellschaftsverband der OHG/KG zur Folge haben kann (vgl. Rn 107, 113). Darin zeigt sich eine zutr. Auflockerung des **116**

---

mann/*Wertenbruch* Handbuch Rn I 677a; ähnlich schon *Wiedemann* Übertragung, S. 411; *Rohlff* NJW 1971, 1339; *Teichmann* ZGR 1972, 6; der Sache nach auch *Flume* I/1 § 17 VI, S. 363. Zur vergleichbaren Lage bei der *offenen* (qualifizierten) Treuhand und Unterbeteiligung vgl. Rn 106, 113. **AA** noch *Bunke* DNotZ 1968, 7 f; *Petzoldt* GmbHR 1987, 383; *Sudhoff* NJW 1971, 481.

[380] Vgl. außer den Angaben zum Spezialschrifttum (vor Rn 114) aus neuerer Zeit insbes. *Flume* I/1 § 17 VI, S. 359 ff; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 8 ff; MünchKommBGB[4]/*Pohlmann* § 1068 Rn 19 ff; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 94 ff; Soergel/*Stürner*[13] § 1068 Rn 7 ff; Staudinger/*Frank* BGB (2002) Anh. §§ 1068 f Rn 47 ff.

[381] Darauf verwies die früher hM, vgl. 3. Aufl. § 109 Rn 20 (*Rob. Fischer*); *A. Hueck* OHG § 27 II 8, S. 400 f; *Sudhoff* NJW 1974, 2205 (2207 ff); so auch aus neuerer Zeit noch MünchKommBGB[2]/Petzoldt § 1068 Rn 14; Soergel/*Baur*[11] § 1068 Rn 7; *Staudinger/Keßler* BGB (1979) § 717 Rn 27; *Petzoldt* GmbHR 1987, 381 (383) (aufgegeben in DStR 1992, 1171 [1173]); heute wird die Treuhandlösung nurmehr als Alternative empfohlen von MünchKommHGB[2]/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 12; MünchKommBGB[4]/*Pohlmann* § 1068 Rn 30; Soergel/*Stürner*[13] § 1068 Rn 7d.

formalen Abspaltungsverbots unter stärkerer Berücksichtigung materiell-inhaltlicher Gesichtspunkte (vgl. Rn 114 aE).

117 In der Gesellschaftspraxis ist der **Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen** allem Anschein nach **verbreitet** anzutreffen[382]. Die lange Zeit herrschende Unsicherheit hinsichtlich seiner rechtlichen Anerkennung stand seiner Durchsetzung offenbar nicht entgegen. Neben steuerrechtlichen Motiven (Rn 118) waren und sind dafür vor allem **erb- und gesellschaftsrechtliche Gründe** maßgebend. Von den Sonderfällen eines Sicherungsnießbrauchs abgesehen[383], wird der Anteilsnießbrauch einerseits als Instrument *vorweggenommener Gesellschafter-Nachfolge* eingesetzt, indem Eltern ihren Kindern den Anteil ganz oder zum Teil schenkweise übertragen, sich selbst aber den Nießbrauch hieran vorbehalten; in diesen Fällen sind mit dem Nießbrauch regelmäßig auch die Mitspracherechte in laufenden Angelegenheiten verbunden (vgl. Rn 126). Einen zweiten Anwendungsbereich bildet die Vererbung des Anteils an die Abkömmlinge, verbunden mit der letztwilligen Anordnung eines Nießbrauchsvermächtnisses, meist zugunsten des überlebenden Ehegatten. In derartigen Fällen hat der – von den Erben in Vollzug des Vermächtnisses zu bestellende – Nießbrauch in erster Linie *Versorgungsfunktion,* während die Mitspracherechte typischerweise den Gesellschafter-Nachfolgern zustehen sollen. Gegenüber der alternativ in Betracht kommenden Vor- und Nacherbschaft am Anteil (vgl. § 139 Rn 37) hat diese Gestaltung den Vorteil, dem mit dem Nießbrauch belasteten Erben die Gesellschafterstellung sofort zu verschaffen und ihm dadurch eine im Vergleich zum Nacherben stärker gesicherte, nicht durch das Wahlrecht des Vorerben nach § 139 bedrohte Rechtsstellung einzuräumen.

118 In **steuerrechtlicher** Hinsicht bestanden die Vorteile des Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen bis1974 vor allem darin, mit Rücksicht auf die Nießbrauchsbelastung den Anfall von **Schenkung- oder Erbschaftsteuer** bei unentgeltlicher Übertragung oder Vererbung des Anteils zu vermeiden (vgl. Voraufl. Rn 118 [*Ulmer*]). Sie waren mit der Erbschaftsteuerreform 1974 durch das in § 25 Abs. 1 S. 1 ErbStG enthaltene Abzugsverbot im Wesentlichen entfallen. Durch das Erbschaftssteuerreformgesetz (ErbStRG) vom 24. Dezember 2008 (Rn 388) ist indes § 25 ErbStG mit Wirkung zum 1. Januar 2009 ersatzlos gestrichen worden. Dadurch können vorbehaltene Nießbrauchsrechte bei Übertragung der Gesellschafterstellung, sei es im Wege der Schenkung oder der Erbfolge, wertmindernd in Ansatz gebracht werden. Nießbrauchsgestaltungen haben hierdurch wieder deutlich an Attraktivität gewonnen[384] (näher zu den erbschaft- und schenkungsteuerlichen Konsequenzen der Übertragung der Gesellschafterstellung Rn 388 f). Auch im **Einkommensteuerrecht** kann die mit dem Nießbrauch verbundene Übertragung eines Teils der Einkommensquelle[385] je nach den sonstigen Einkommensverhältnissen des Nießbrauchers zu einer geringeren Besteuerung aus Gründen des progressiven Steuersatzes führen. Für die einkommensteuerlich maßgebliche Anerkennung als Mitunternehmer ist darauf abzustellen, ob der Nießbraucher Mitunternehmer*risiko* trägt und Mitunternehmer*initiative* entfaltet (vgl. dazu Rn 381). Dies gilt weitgehend unabhängig von der zivilrechtlichen Ausgestaltung des Nießbrauchs.[386] Dabei ist zu beachten, dass das Unternehmerrisiko beim Nießbraucher relativ gering ausfällt. Wird die Gesellschaft nämlich liquidiert oder veräußert, so partizipiert er nicht an der Realisierung stiller Reserven oder des Geschäfts-

---

[382] MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 8.

[383] Vgl. dazu näher *Hadding* S. 66 ff.

[384] *Hannes/Onderka/v. Oertzen* ZEV 2009, 289.

[385] Zur einkommenssteuerrechtlichen Aufteilung der Gewinne zwischen Nießbraucher und Besteller vgl. *Petzoldt* GmbHR 1987, 436 f; *ders.* DStR 1992, 1172 (1175) mN.

[386] *Stuhrmann* in *Blümich* EStG[95] § 15 Rn 364.

werts. Um eine Mitunternehmerstellung zu begründen, muss daher dieses Minus an Unternehmerrisiko durch ein Plus an Unternehmerinitiative kompensiert werden. Hierfür wird allerdings als ausreichend angesehen, dass der Nießbraucher zusammen mit oder für den Gesellschafter das Stimmrecht ausübt.[387] Der Nießbrauch am Gewinnanspruch oder am „Gewinnstammrecht" (Rn 129 f) wird dagegen einkommensteuerrechtlich wegen fehlender Verwaltungsrechte nicht anerkannt.[388]

b) Anteilsnießbrauch

119 **aa) Grundlagen.** Nach zutr. hM ist die Bestellung eines Nießbrauchs am Anteil an einer OHG/KG zulässig; sie beurteilt sich nach den für den **Nießbrauch an Rechten** (§§ 1068 ff BGB) geltenden Vorschriften[389]. Da die Mitgliedschaft durch Vertrag zwischen Veräußerer und Erwerber mit Zustimmung der Mitgesellschafter übertragen werden kann (Rn 294 ff), kann sie nach § 1069 Abs. 2 BGB auch Gegenstand eines Nießbrauchs sein. Voraussetzung hierfür ist, dass die Mitgesellschafter ihre **Zustimmung zur Nießbrauchsbestellung** erklären oder dass diese im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist[390]; die allgemeine Zulassung der Anteilsübertragung reicht wegen der – zu Erschwerungen auch für die Mitgesellschafter führenden – regelmäßigen Aufspaltung der Mitverwaltungsrechte zwischen Nießbraucher und Besteller (Rn 124 ff) nicht aus[391]. Liegt diese Voraussetzung vor, so bestehen auch gesellschaftsrechtlich keine Hindernisse für die

---

387 BFHE 224, 144; dazu Anm. *Jülicher* ZErb 2009, 128; vgl. auch *Stuhrmann* in *Blümich* EStG[95] § 15 Rn 365.

388 BFHE 119, 63 (66) = NJW 1976, 1656; so auch *L. Schmidt* EStG[26] § 15 Rn 314; *Stuhrmann* in *Blümich/Falk* EStG[97] § 15 Rn 370; *Fichtelmann* FR 1977, 244 ff; *Hoyer* BB 1978, 1459 (1460); *Kruse* AG 1980, 216 ff (220); *Petzoldt* GmbHR 1987, 438 (einhM). Zur Möglichkeit abw. Beurteilung bei Anteilsübertragung unter Vorbehalt des Nießbrauchs am Gewinn vgl. BFHE 137, 481 (485) = DB 1983, 1181 (1182) (offenlassend).

389 So insbes. Baumbach/*Hopt* Rn 44; *Flume* I/1 § 17 VI, S. 359 ff; *Kreifels* Freundesgabe Hengeler, 1972, S. 158 ff; *Rohlff* NJW 1971, 1337 (1339 ff); MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 14; Palandt/*Bassenge*[67] § 1068 Rn 4 f; Heymann/*Emmerich* Rn 65; *Michalski* OHG Rn 74; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 96; MünchKommBGB[4]/*Pohlmann* § 1068 Rn 23; Soergel/*Stürner*[13] § 1068 Rn 7 ff; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 110; *Goebel* S. 32 ff; Westermann/*Wertenbruch* Handbuch Rn I 676; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 2a, S. 441 f; im Grundsatz ebenso, wenn auch unter Verneinung unmittelbarer Mitspracherechte des Nießbrauchers gegenüber der Gesellschaft *U. Huber* Vermögensanteil, S. 413 ff; *Wiedemann* Übertragung, S. 411 ff; *Blaurock* S. 143 f; *Teichmann* ZGR 1972, 10 f; *ders.* FS Lutter, 2000, S. 1261 (1273); Staudinger/*Frank* BGB (2002) Anh. §§ 1068 f Rn 57, 70 f. Rspr.-Nachw. vgl. in Fn 392.

390 So zutr. Baumbach/ *Hopt* Rn 44; Heymann/*Emmerich* Rn 65; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 16; MünchKommBGB[4]/*Pohlmann* § 1068 Rn 32 f; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 97; Soergel/*Stürner*[13] § 1068 Rn 7; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 111; *Wiedemann* Übertragung, S. 400, *ders.* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 2a bb, S. 442; *Flume* I/1 § 17 VI, S. 366; *Petzoldt* GmbHR 1987, 382; *Haas* FS L. Schmidt, 1994, S. 315 (316); *Teichmann* FS Lutter, 2000, S. 1261 (1275).

391 MünchKommBGB[4]/*Pohlmann* § 1068 Rn 33; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 97; *ders.* FS Fleck, 1988, S. 383 (399); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 111; *Lohr* S. 57; *Wiedemann* Übertragung, S. 400, *ders.* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 2a bb, S. 442; *Flume* I/1 § 17 VI, S. 366; *Petzold* DStR 1992, 1171 f; *Schön* ZHR 158 (1994), 229 (239, 253 f); **aA** MünchKommHGB[2]/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 16.

Anerkennung des Anteilsnießbrauchs[392]; insbes. steht ihm das Abspaltungsverbot nicht entgegen[393]. Der Nießbrauch am Anteil eines **Minderjährigen** muss vom Familien- bzw. Vormundschaftsgericht genehmigt werden[394].

120 **Verfügungen** über den Anteil, die den **Bestand des Nießbrauchs** betreffen, bedürfen zu ihrer Wirksamkeit nach **§ 1071 BGB** neben der Zustimmung des Bestellers auch diejenige des Nießbrauchers; sie kann – als Einwilligung (§ 183 BGB) – auch schon im Voraus erteilt werden[395]. Der Zustimmungsvorbehalt ist Ausdruck der dinglichen, grundsätzlich unentziehbaren Position des Nießbrauchers. Er erfasst nur solche Verfügungen, die – wie die Aufhebung oder inhaltliche Änderung des Rechts – sich auf dessen Bestand auswirken, nicht dagegen die Übertragung des belasteten Anteils auf einen Dritten (vgl. näher Rn 125).

121 **bb) Vermögensrechte.** Wesentlicher Inhalt des Anteilsnießbrauchs ist der auf den Anteil entfallende **bestimmungsgemäße Ertrag** (Rn 114). Er umfasst den nach Gesetz oder Gesellschaftsvertrag *entnahmefähigen* Gewinn, soweit er nicht als Geschäftsführungsvergütung dem Besteller zusteht[396], nicht dagegen die von der Verteilung unter den Gesellschaftern ausgeschlossenen Gewinnanteile[397]. Diese kommen als Substanzmehrung dem Besteller zugute; er hat umgekehrt auch etwaige Verluste ohne Beteiligung des Nießbrauchers zu tragen[398]. Außerordentliche Erträge können durch Gesellschafterbeschluss

---

[392] BGHZ 58, 316 (319 ff) = NJW 1972, 1755; BGH BB 1975, 295 f; NJW 1999, 571.

[393] Str., vgl. Nachw. in Fn 379.

[394] Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 111.

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

[396] Vgl. RGZ 170, 358 (369) (für die GmbH); Heymann/*Emmerich* Rn 67a; Baumbach/*Hopt* Rn 45; *Michalski* OHG Rn 78; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 18; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 112; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 103; MünchKommBGB[4]/*Pohlmann* § 1068 Rn 50; *Wiedemann* Übertragung, S. 405; *ders.* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 2a cc, S. 443; *Teichmann* ZGR 1972, 9; *Reichert/Schlitt* FS Flick, 1997, S. 217 (233); *Petzold* DStR 1992, 1171 (1175); *Lohr* S. 80; *Goebel* S. 305; *Hepp-Schwab* S. 163, 173.

[397] HM, vgl. BGHZ 58, 316 (320) = NJW 1972, 1755; BGH BB 1975, 295; NJW 1981, 1560 (1561); Staudinger/*Frank* BGB (2002) Anh. §§ 1068 f Rn 77 f, 87; Heymann/*Emmerich* Rn 67a; Baumbach/*Hopt* Rn 45; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 18; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 112; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 103; Westermann/*Wertenbruch* Handbuch Rn I 682a; *Wiedemann* Übertragung, S. 404 f; *ders.* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 2a cc, S. 443; *Reichert/Schlitt* FS Flick, 1997, S. 217 (233); *Lohr* S. 80 f; *Hepp-Schwab* S. 164, 173; *Blaurock* S. 139 f; *Bunke* DNotZ 1968, 15; *Petzoldt* GmbHR 1987, 384; *Stimpel* ZGR 1973, 99; einschränkend *Schön* ZHR 158 (1994), 229 (241 ff): Beteiligung des Nießbrauchers an nicht entnommenen Gewinnen (*Schön* aaO, 242); **aA** – voller bilanzmäßiger Gewinn – *Sudhoff* NJW 1971, 483 und NJW 1974, 2209; wohl auch *Finger* DB 1977, 1036 ff; *Haas* FS L. Schmidt, 1994, S. 315 (320); offenlassend MünchKommBGB[4]/*Pohlmann* § 1068 Rn 51.

[398] Heymann/*Emmerich* Rn 67c; *Michalski* OHG Rn 78; MünchKommBGB[4]/*Pohlmann* § 1068 Rn 67; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 23; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 103; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 113; Staudinger/*Frank* BGB (2002) Anh. §§ 1068, 1069 Rn 86; *Lohr* S. 89; *Goebel* S. 371 ff; *Petzoldt* GmbHR 1987, 384; *ders.* DStR 1992, 1171; *Teichmann* ZGR 1972, 13 f; **aA** *Sudhoff* NJW 1971, 483; wohl auch *Schön* ZHR 158 (1994), 229 (247 f), für den Fall, dass der Nießbraucher eine Unternehmerposition inne hat.

von der Verteilung ausgenommen und den Rücklagen überwiesen werden; eine Verkürzung der Rechte des Nießbrauchers ist hierin nicht zu sehen[399]. Eine aus Gesellschaftsmitteln bewirkte Erhöhung des Kapitalanteils steht ebenso wie eine solche durch Erbringung von Einlagen dem Besteller zu[400]. Hinsichtlich der auf das erhöhte Kapital entfallenden Erträge ist danach zu differenzieren, ob es sich um eine nominelle (aus Gesellschaftsmitteln bewirkte) oder eine echte Kapitalerhöhung handelt; im letzteren Fall stehen die Erträge im Zweifel dem Besteller zu, der die Erhöhung aus eigenen Mitteln bewirkt hat[401]. Die Beteiligten können im Rahmen der Nießbrauchsbestellung **abweichende Vereinbarungen** über die Aufteilung der Erträge treffen, insbes. den Nießbrauch auf einen Teil des Anteils (und des hierauf entfallenden Ertrags) beschränken, solange sie dadurch die Wesensmerkmale des Nießbrauchs (§ 1030 BGB) unberührt lassen. **Lasten**, die im Außenverhältnis auf den Nießbraucher entfallen, hat dieser nach §§ 1047, 1068 BGB auch im Innenverhältnis vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung zwischen ihm und dem Besteller zu tragen.[402]

122 Das in § 122 Abs. 1 vorgesehene, gesellschaftsvertraglich meist modifizierte gewinnunabhängige **Entnahmerecht** unterliegt als solches nicht dem Zugriff des Nießbrauchers, auch wenn man es als besonderes, mit der Mitgliedschaft verbundenes Vermögensrecht ansieht (§ 122 Rn 5, 15). Das folgt aus der Beschränkung der Rechte des Nießbrauchers auf den *Ertrag* des Anteils, während gewinnunabhängige Entnahmen zu Lasten der Substanz gehen[403]. Hat freilich der Besteller in ertraglosen Jahren Entnahmen getätigt und führen diese in den Folgejahren dazu, dass an sich entnahmefähige Gewinne zur Wiederauffüllung des um die Entnahme verminderten Kapitalkontos verwendet werden, so ist er dem Nießbraucher zum Ersatz verpflichtet.

123 Scheidet der Besteller aus der Gesellschaft aus oder wird sie liquidiert, so setzt sich der Nießbrauch am **Auseinandersetzungsguthaben** des Bestellers fort[404]; es bildet das

---

399 BGH BB 1975, 295 (296); vgl. ferner die in Fn 402 Genannten. **AA** *Schön* ZHR 158 (1994), 229 (241 f).

400 BGHZ 58, 316 (319) = NJW 1972, 1755; *Michalski* OHG Rn 79; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 112.

401 Ebenso BGH GmbHR 1983, 148; Heymann/*Emmerich* Rn 67b; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 104; *Blaurock* S. 145 f; *Petzoldt* GmbHR 1987, 385; *Teichmann* ZGR 1972, 17 ff mwN; wohl auch MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 20; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 112; offenlassend BGHZ 58, 316 (319) = NJW 1972, 1755 und Staudinger/*Frank* BGB (2002) Anh. §§ 1068 f Rn 87; *Goebel* S. 318 ff.

402 § 1047 ist gem. § 1068 auf den Nießbrauch an Rechten entsprechend anwendbar, vgl. OLG Karlsruhe BB 1988, 2128; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 104; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 113 einschränkend Voraufl. Fn 265 (*Ulmer*).

403 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 112; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 2a cc, S. 443; ähnlich *Blaurock* S. 141 f und wohl auch Staudinger/*Frank* BGB (2002) Anh. §§ 1068 f Rn 81 ff, 84; freilich mit der Einschränkung, dass auch der Besteller das Entnahmerecht nicht geltend machen könne. **AA** *Michalski* OHG Rn 78.

404 *Hepp-Schwab* S. 188; *Koller*/Roth/Morck Rn 22; die rechtliche Konstruktion ist umstritten: für entsprechende Anwendung der §§ 1074, 1075 BGB: *Bunke* DNotZ 1968, 13; *Michalski* OHG Rn 80; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 105; wohl auch *Petzoldt* GmbHR 1987, 385; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 2a cc, S. 444; für eine Surrogation entsprechend §§ 1077 ff Staudinger/*Frank* BGB (2002) Anh. §§ 1068 f Rn 88; für Notwendigkeit der Neubegründung eines Nießbrauchs am Liquidationserlös – *Wiedemann* Übertragung, S. 403 f; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 19; **aA** *Schön* ZHR 158 (1994), 229 (246 f) (dem Nießbraucher steht der seit Bestellung ent-

Surrogat des belasteten Anteils. Der Nießbraucher kann danach die auf das Guthaben entfallenden Zinsen beanspruchen, während die Substanz dem Besteller verbleibt. Er kann vom Besteller auch Mitwirkung bei der wirtschaftlich gesicherten Wiederanlage des Guthabens verlangen[405].

124 **cc) Verwaltungsrechte.** Schwierigkeiten bereitet beim Anteilsnießbrauch vor allem die **Aufteilung** des mit dem Anteil verbundenen **Stimmrechts** zwischen Nießbraucher und Besteller. Vom Sonderfall der Aufgabe oder Änderung des Anteils abgesehen, für die § 1071 BGB dem Nießbraucher ausdrücklich ein Mitspracherecht einräumt (vgl. Rn 125), sind in den Vorschriften über den Nießbrauch an Rechten Regelungen hierüber nicht enthalten. Insbesondere sollte als Ausgangspunkt feststehen, dass sich die Verwaltungsrechte nicht ohne weiteres als *Nutzungen* des Anteils (Gebrauchsvorteile, § 100 BGB) beurteilen lassen, die nach §§ 1068, 1030 Abs. 1 BGB dem Nießbraucher zustehen.[406] Wegen der unklaren Rechtslage ist die Aufteilung des Stimmrechts naturgemäß umstritten. Die Ansichten reichen von einem völligen Ausschluss des Nießbrauchers vom Stimmrecht[407] über eine Teilung zwischen Nießbraucher und Gesellschafter[408] bis zur gemeinschaftlichen Zuordnung mit der Folge, dass das Stimmrecht bei Unstimmigkeiten überhaupt nicht ausgeübt werden kann.[409] Die besseren Gründe sprechen indessen dafür, an der in der Voraufl. von *Ulmer* vertretenen Auffassung festzuhalten. Einerseits stößt die theoretisch begründbare These von der gemeinschaftlichen Rechtsausübung auf erhebliche praktische Schwierigkeiten,[410] andererseits widerspräche eine Alleinzuständigkeit des Gesellschafters den mittels Nießbrauch angestrebten wirtschaftlichen Zielen wie auch dessen dinglichen Wirkungen. Namentlich folgt aus § 1071 BGB zumindest die Zuständigkeit des Nießbrauchers für Änderungen des Gesellschaftsvertrags (Rn 125), so dass jedenfalls ein völliger Ausschluss des Nießbrauchers von jeder Mitsprache mit dem Gesetz nicht vereinbar wäre. Damit hat es indessen nicht sein Bewenden; vielmehr entspricht es der Wertung der §§ 1036, 1066 BGB, die Verwaltungsrechte im Zweifel dem Nießbraucher zuzuweisen.[411] Demgemäß bleibt der *Besteller* nur für solche (Grundlagen-)Beschlüsse

---

standene, nicht ausgeschüttete Überschuss i.S.d. § 734 sowie daneben die Nutzung der dem ausgeschiedenen Gesellschafter zufließenden Kapitaleinlage zu).

405 Vgl. § 1079 BGB; so auch *Wiedemann* Übertragung. S. 403; einschränk. MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 19.

406 Vgl. nur MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 99 und näher *Schön* ZHR 158 (1994), 229 (248 f) mN auch zur Gegenansicht.

407 MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 21; *ders.* ZGR 1999, 601 (607 f); Soergel/*Stürner*[13] § 1068 Rn 7g; Staudinger/*Frank* BGB (2002) Anh. §§ 1068 f Rn 70; MünchKommBGB[4]/*Pohlmann* § 1068 Rn 81; *Blaurock* S. 142 ff; *Wiedemann* Übertragung, S. 412 f; *ders.* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 2a dd, S. 446; *Reichert/Schlitt* FS Flick, 1997, S. 217 (226); im Ergebenis ebenso *Teichmann* FS Lutter, 2000, S. 1261 (1269 ff) (mit sachenrechtlicher Argumentation).

408 *Flume* § 17 VI, S. 364; Baumbach/*Hopt* Rn 46; Koller/Roth/*Morck* Rn 22; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 99; *ders.* FS Fleck, 1988, S. 383 (394); *Petzold* DStR 1992, 1171 (1173); tendenziell auch BGH NJW 1999, 571; modifizierend *Goebel* S. 88 ff, 274 f (Aufteilung ist abhängig von Vereinbarung zwischen Gesellschafter und Nießbraucher); *Hepp-Schwab* S. 181 (für Stimmrecht des Nießbrauchers nur bei Gewinnfeststellung, -verwendung).

409 So *Schön* ZHR 158 (1994), 229 (260 ff).

410 Dazu *K. Schmidt* ZGR 1999, 601 (608 f); *Reichert/Schlitt* FS Flick, 1997, S. 225.

411 Vgl. MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 99; vorbehaltlich eines wichtigen Grundes auch *Göbel* S. 274 f; **aA** MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 21.

zuständig, die seine Rechtsstellung innerhalb der Gesellschaft tangieren,[412] vor allem also bei *Eingriffen in den Kernbereich* der Mitgliedschaft. Gesellschaftsrechtliche Schranken stehen dem nicht entgegen, insbesondere greift das Abspaltungsverbot nicht ein (Rn 114 aE) und die Mitgesellschafter sind schon deshalb nicht schutzbedürftig, weil sie auf die Nießbrauchsbestellung und deren Ausgestaltung Einfluss nehmen können.

125 Die Mitspracherechte des Nießbrauchers bei **Änderungen des Gesellschaftsvertrags und sonstigen Grundlagengeschäften** richten sich nach § **1071 BGB**;[413] sie verdrängen nicht etwa das Verfügungsrecht des Bestellers, sondern lassen die Wirksamkeit der Änderung in bestimmten Fällen **zusätzlich** von der **Zustimmung des Nießbrauchers** abhängen. Damit ist weder eine Verdoppelung des Stimmrechts verbunden noch kann der Nießbraucher verhindern, dass der Gesellschafter in einer Grundlagenangelegenheit überstimmt wird, sofern nicht der **Kernbereich** der Mitgliedschaft betroffen ist und der Beschluss aus diesem Grund nicht ohne die Zustimmung des Gesellschafters wirksam wird (§ 119 Rn 38 ff).[414] Denn es lässt sich nicht begründen, dass die Nießbrauchsbestellung zu einem erweiterten Vetorecht führen soll. Soweit gesagt wird, dass auch solche Änderungen vom Zustimmungsvorbehalt auszunehmen sind, die nicht nur den belasteten Anteil, sondern die Gesellschaft als Ganzes betreffen,[415] ist dem nur mit der Einschränkung zu folgen, dass nicht der Kernbereich der Mitgliedschaft betroffen ist. Zwar wird ein Eingriff in den Kernbereich bei gleichmäßiger Betroffenheit aller Gesellschafter häufig zu verneinen sein (§ 119 Rn 41, 44); doch ist dies nicht zwingend, wie das Beispiel des Fortsetzungsbeschlusses zeigt (§ 131 Rn 66). Entgegen der Voraufl. Rn 125 (*Ulmer*) fällt allerdings der Auflösungsbeschluss nicht in diese Kategorie, denn er stellt keinen Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaft dar (§ 131 Rn 22) und ist deshalb auch vom Nießbraucher hinzunehmen. Hinzunehmen hat der Nießbraucher schließlich die Ausübung derjenigen außerordentlichen Gestaltungsrechte durch den Besteller oder seinen Rechtsnachfolger, die zum Schutze der Gesellschafter zwingend ausgestaltet sind, so im Falle der §§ 133, 139.[416] – Von diesen Sonderfällen abgesehen greift das *Zustimmungserfordernis* des § 1071 BGB jedoch bei allen Rechtsgeschäften ein, die sich unmittelbar nachteilig auf den belasteten Anteil auswirken. Insoweit müssen auch die Mitgesellschafter das Recht des Nießbrauchers auf Mitwirkung respektieren[417]; sie können die Auf-

---

412 So tendenziell BGH NJW 1999, 571 (572); ebenso schon BGHZ 108, 187 (199) = NJW 1989, 3 (obiter); MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 99; *ders.* FS Fleck, 1988, S. 383 (394 f); *Flume* I/1 § 17 VI, S. 366 f; *Rohlff* NJW 1971, 1337 (1339 ff).

413 Vgl. MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 22; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 102; **aA** MünchKommBGB[4]/*Pohlmann* § 1068 Rn 76, § 1071 Rn 10; wohl auch *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 2a dd, S. 446 f.

414 So zutr. *Wiedemann* Übertragung, S. 417; *ders.* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 2a ee, S. 447; *Flume* I/1 § 17 VI, S. 364; *Teichmann* ZGR 1972, 15; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 22; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 102; *Schön* ZHR 158 (1994) 229 (266 ff); *Hepp-Schwab* S. 184.

415 *Flume* I/1 § 17 VI, S. 364; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 22; Staudinger/*Frank* BGB (2002) Anh. §§ 1068 f Rn 74; *Hepp-Schwab* S. 184 f; i.E. ähnlich – auf unmittelbare Schädigungen des Nießbrauchers als Voraussetzung für sein Mitspracherecht nach § 1071 BGB abstellend – *Wiedemann* Übertragung, S. 419.

416 MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 22; *Ulmer* FS Fleck, 1988, S. 394; *Flume* I/1 § 17 VI, S. 364; *Teichmann* ZGR 1972, 15 f; *Hepp-Schwab* S. 184; weitergehend *Wiedemann* Übertragung, S. 417; *ders.* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 2a ee, S. 447 f, der das einseitige Lösungsrecht des Bestellers insgesamt von den Beschränkungen des § 1071 BGB ausnehmen will.

417 *Schön* ZHR 158 (1994), 229 (267); einschränkend MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 22 und *Goebel* S. 153 ff, 158;

nahme neuer Gesellschafter oder sonstige für den Nießbraucher relevante Vertragsänderungen nicht ohne seine und des Bestellers Zustimmung beschließen.

126 Hinsichtlich der **Beschlussfassung in laufenden Angelegenheiten** kommt es abweichend von § 1071 BGB nicht zur Verdoppelung der mit dem Anteil verbundenen Mitspracherechte. Vielmehr steht das Stimmrecht insoweit nach den Wertungen der §§ 1036, 1066 BGB (Rn 124) im Zweifel allein dem **Nießbraucher** zu. Er hat dabei die ihn als Mitberechtigten in der OHG/KG treffende Treupflicht zu beachten, muss aber auch auf das Interesse des Bestellers Rücksicht nehmen und darf ihn nicht willkürlich schädigen. Ein für den Anteilsnießbrauch unverzichtbares Kriterium ist in der Zuweisung der laufenden Mitspracherechte an den Nießbraucher allerdings nicht zu sehen, da sie die ihm zustehenden Nutzungen nur am Rande berührt[418]. Daher bestehen keine Bedenken gegen eine **vertragliche Ausgestaltung** des Anteilsnießbrauchs, die die Mitspracherechte in laufenden Angelegenheiten dem Besteller vorbehält oder zu ihrer Aufspaltung zwischen Nießbraucher und Besteller je nach dem Gegenstand der Beschlussfassung kommt[419]. Die Ausgestaltung kann entweder – mit bindender Wirkung für die Beteiligten – im Gesellschaftsvertrag getroffen werden. Sie kann aber auch im Rahmen der Nießbrauchsbestellung vereinbart werden[420].

127 Das in Rn 126 Ausgeführte gilt – vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen – auch für die mit dem Anteil verbundenen **Geschäftsführungsrechte**[421]. Freilich gelingt die Abgrenzung zwischen Beschlüssen in laufenden und in Grundlagenangelegenheiten nicht

---

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

418 Gegen die Anerkennung von Verwaltungsrechten des Nießbrauchers, weil sie nicht zu den „Nutzungen" gehören insbes. *Huber* Vermögensanteil, S. 416; ähnlich auch *Wiedemann, Blaurock* und Staudinger/*Frank* BGB (2002) Anh. §§ 1068 f Rn 74. Dagegen zutr. *Flume* I/1 § 17 VI, S. 360, 362 f; ähnlich *Kreifels* Freundesgabe Hengeler, 1972, S. 158 ff; *Rohlff* NJW 1971, 1337 (1339 ff); *Michalski* OHG Rn 78; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 14; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 96; *Teichmann* FS Lutter, 2000, S. 1261 (1269 ff); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 114. Offenlassend BGH BB 1975, 295 (296); für Wiederaufleben des Stimmrechts des Bestellers bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, *Goebel* S. 274 f.

419 Für eine vertragliche Aufteilung zur Vermeidung der Rechtsunsicherheit auch Westermann/*Wertenbruch* Handbuch Rn I 683c; allg. zur Problematik der Stimmrechtsaufteilung zwischen Nießbraucher und Besteller vgl. auch *Flume* I/1 § 17 VI, S. 362 f; *Rohlff* NJW 1971, 1340 f; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 21; *Fleck* FS Rob. Fischer, 1979, S. 107 (125 f) (für den Nießbrauch am GmbH-Anteil) sowie *Langmaack*.

420 Die sachenrechtliche Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen steht außer Zweifel, solange dadurch der Nießbrauch nicht in seinem Wesensgehalt als Nutzungsrecht berührt wird. Vgl. § 1030 Abs. 2 BGB, dazu MünchKommBGB[4]/*Petzoldt* § 1030 Rn 57 und Staudinger/*Frank* BGB (2002) § 1030 Rn 54 ff; zur Möglichkeit von Modifikationen des Besitzrechts des Nießbrauchers (§ 1036 Abs. 1 BGB) vgl. auch MünchKommBGB[4]/*Petzoldt* § 1036 Rn 4 f und Staudinger/*Frank* BGB (2002) § 1036 Rn 3.

421 Für grundsätzliche Ausübung der „Herrschaftsrechte" durch den Nießbraucher auch *Flume* I/1 § 17 VI, S. 363; weitergehend (sämtliche Verwaltungsrechte beim Nießbraucher) *Sudhoff* NJW 1971, 482; *Michalski* OHG Rn 78; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 100; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 114; *Goebel* S. 275 f; **aA** etwa *Teichmann* ZGR 1972, 13; Staudinger/*Frank* BGB (2002) Anh. §§ 1068 f Rn 70, 73; wohl auch MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 21; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 2a ee, S. 447 und für den Nießbrauch am GmbH-Anteil RGZ 170, 358 (359). *Schön* ZHR 158 (1994), 229 (262 f): Förderpflicht fällt Nießbraucher, Arbeitspflicht fällt Besteller zu.

immer trennscharf (vgl. dazu § 119 Rn 46 f).[422] Zu den laufenden Angelegenheiten gehören jedenfalls auch *außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen*, während die Überschreitung des Gesellschaftszwecks (Unternehmensgegenstands) als materielle Änderung des Gesellschaftsvertrags den Grundlagenbereich betrifft. Auch die für den Nießbraucher besonders wichtige Beschlussfassung über die jährliche *Rechnungslegung und Gewinnverwendung* ist nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH (§ 120 Rn 41) den laufenden Angelegenheiten zuzurechnen;[423] allerdings muss der Nießbraucher bei seiner Stimmabgabe auch auf das (Thesaurierungs-)Interesse von Gesellschaft und Mitgesellschaftern Rücksicht nehmen. Empfehlenswert ist in jedem Fall eine **vertragliche Regelung** zwischen Besteller und Nießbraucher über die Aufteilung der Verwaltungsrechte, sei es im Zusammenhang mit der Nießbrauchsbestellung, sei es durch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag unter Beteiligung sämtlicher Gesellschafter und des Nießbrauchers.[424] Häufig wird das Interesse der Mitgesellschafter, die Geschäftsführung den Gesellschaftern selbst vorzubehalten, sogar dazu führen, den Nießbraucher von der Geschäftsführung ganz auszuschließen. In Bezug auf die **Informations- und Kontrollrechte** ist für die Rechtsausübung in laufenden Angelegenheiten nach §§ 118 Abs. 1, 166 Abs. 1 regelmäßig von der Zuständigkeit des Nießbrauchers auszugehen. Dem Besteller verbleiben als unverzichtbarer Mindestbestand die Rechte aus §§ 118 Abs. 2, 166 Abs. 3. Sind die mitgliedschaftlichen Kontrollrechte im Gesellschaftsvertrag oder im Rahmen der Nießbrauchsbestellung dem Besteller vorbehalten, so hat der Nießbraucher doch ein seiner dinglichen Berechtigung entsprechendes, eigenes Auskunfts- und Kontrollrecht hinsichtlich der auf ihn entfallenden Erträge[425].

dd) Außenhaftung. Der **Besteller** haftet wegen seiner trotz Nießbrauchsbestellung **128**
fortbestehenden Gesellschafterstellung wie bisher für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nach § 128 oder §§ 171, 172[426]. Das gilt unabhängig vom Übergang der Mitverwaltungsrechte auf den Nießbraucher. Zur Vermeidung unerwünschter Haftungsrisiken mag es sich empfehlen, die Mitgliedschaft vor Nießbrauchsbestellung in eine Kommanditbeteiligung umzuwandeln[427]; die Umwandlung kann etwa von dem mit einem Nießbrauchsvermächtnis belasteten Gesellschafter-Erben (Rn 117) nach § 139 betrieben wer-

---

[422] So namentlich *Schön* ZHR 158 (1994), 229 (261 f); dem zust. *K. Schmidt* ZGR 1999, 601 (608).

[423] BGHZ 170, 283 (289 Rn 13) = NJW 2007, 1685 (1687) – *Otto* (anders noch BGHZ 132, 263 [266] = NJW 1996, 1678). Ebenso bereits *K. Schmidt* ZGR 1999, 606.

[424] Vgl. hierzu eingehend *Reichert/Schlitt* FS Flick, 1997, S. 227 ff, bezogen auf das Stimmrecht in der GmbH. Für zwingende Alleinzuständigkeit des Bestellers gegenüber den Mitgesellschaftern aber *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 2a dd, S. 446.

[425] So auch *Blaurock* S. 147 f; *Goebel* S. 277 ff; *Teichmann* ZGR 1972, 9; *Wiedemann,* S. 419 f; *ders.* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 2a ee, S. 447; *Petzold* DStR 1992, 1171 (1174); Heymann/*Emmerich* Rn 68; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 21; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 100. **AA** Westermann/*Wertenbruch* Handbuch Rn I 683d; vgl. auch *Schön* ZHR 158 (1994), 229 (263 f), der, wie beim Stimmrecht, für eine Vergemeinschaftung eintritt; ebenso *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 2a ee, S. 447.

[426] MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 24; für die GbR: MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 106; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 114, 116; *Goebel* S. 369 ff.

[427] Dafür spricht auch die ansonsten drohende Gefahr, die Nießbrauchsbestellung könnte wegen des damit verbundenen Übergangs der laufenden Mitspracherechte auf den Nießbraucher einer „Selbstentmündigung" des Bestellers gleichgestellt werden (vgl. dazu BGHZ 44, 158 [161] = NJW 1965, 2147).

den. Zweifelhaft ist die Rechtslage des **Nießbrauchers.** Seine mit derjenigen des Bestellers konkurrierende Außenhaftung ist insbes. von *Flume*[428] bejaht worden. Dafür spricht seine dingliche Mitberechtigung am Anteil und die regelmäßige Zuständigkeit hinsichtlich der Verwaltungsrechte in laufenden Angelegenheiten, die man auch im Rahmen der §§ 128, 171 f zur Geltung bringen könnte. Höchstrichterliche Rechtsprechung und hL lehnen indessen bei der offenen Treuhand eine Haftung des Treugebers im Ergebnis zu Recht ab (Rn 103), was konsequentermaßen auch für den Nießbraucher zu berücksichtigen ist. Gleichwohl sprechen gute Gründe dafür, den Nießbraucher neben dem Besteller als Mitinhaber des Anteils im **Handelsregister** einzutragen[429]. Die Anmeldepflicht folgt aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 106 bis 108, 162; neben den Gesellschaftern trifft sie auch den Nießbraucher (vgl. § 106 Rn 16).

c) Nießbrauch am Gewinn?

129 **aa) Die Ansprüche nach § 717 S. 2 BGB.** Neben dem Anteilsnießbrauch wird vielfach die Bestellung eines auf die nach § 717 S. 2 BGB übertragbaren Vermögensrechte, insbes. auf den Gewinnanspruch beschränkten Nießbrauchs für möglich gehalten[430]. Ein solcher Nießbrauch ist unproblematisch, wenn er sich nur auf die nach § 717 S. 2 BGB selbständig übertragbaren Vermögensrechte als solche, darunter insbes. die **Gewinnansprüche für die einzelnen Geschäftsjahre** bezieht[431]. Er kann nach § 1069 BGB ohne Zustimmung der Mitgesellschafter bestellt werden, wenn nicht im Gesellschaftsvertrag die Abtretung der Vermögensrechte nach § 399 BGB ausgeschlossen ist. Allerdings beschränkt sich die Berechtigung des Nießbrauchers in diesem Fall auf die *Nutzung* des ausgezahlten Gewinns, d.h. auf seinen Einsatz durch den Nießbraucher zu Finanzierungszwecken bzw. auf die darauf entfallenden Zinsen; die Gewinne selbst bilden die Substanz des Nießbrauchsgegenstands und sind daher bei Beendigung des Nießbrauchs nach § 1067 BGB an den Besteller herauszugeben[432]. Auch die *dingliche Absicherung* des Nießbrauchs am Gewinnanspruch ist derjenigen beim Anteilsnießbrauch nicht vergleichbar. Vom Nießbrauchsrecht erfasst und nach § 1071 BGB geschützt, wird nur

---

[428] *Flume* I/1 § 17 VI, S. 364 f; *Koller*/Roth/Morck Rn 22; *Schön* ZHR 157 (1994), 256; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 100; *ders.* FS Fleck, 1988, S. 396; **aA** *Blaurock* S. 148 f; *Goebel* S. 366 ff; *Hepp-Schwab* S. 185 f; Staudinger/*Frank* (2002) Anh. §§ 1068 f Rn 91; Heymann/*Emmerich* Rn 68; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 24; MünchKommBGB[4]/*Pohlmann* § 1068 Rn 67; *Michalski* OHG Rn 78; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 116; Westermann/*Wertenbruch* Handbuch Rn I 681a; *Staudinger*/Frank (2002) Anh. §§ 1068, 1069 Rn 91.

[429] Zutr. *Flume* I/1 § 17 VI, S. 366; *Koller*/Roth/Morck Rn 22; *Schön* ZHR 158 (1994), 256; *Ulmer* FS Fleck, 1988, S. 396 und MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 106; **aA** Heymann/*Emmerich* Rn 68; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 16; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 116.

[430] Vgl. etwa *Michalski* OHG Rn 81; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 107; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 117; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 2a bb, S. 442; *Haas* FS L. Schmidt, 1994, S. 315 (317 f); Soergel/*Baur*[13] § 1068 Rn 7a; Soergel/*Hadding*[12] § 717 Rn 18 f; *Bunke* DNotZ 1968, 5 ff; *Petzoldt* GmbHR 1987, 385 ff. **AA** (wegen eines Verstoßes gegen das Abspaltungsverbot) *Schön* ZHR 158 (1994), 229 (264 ff, 266).

[431] Zur Frage eines Nießbrauchs am Auseinandersetzungsguthaben vgl. Rn 123; er greift erst beim Ausscheiden des Bestellers oder bei Liquidation der OHG/KG ein.

[432] So zutr. *Finger* DB 1977, 1033; Staudinger/*Frank* BGB (2002) Anh. §§ 1068 f Rn 65; ähnlich schon *Wiedemann* Übertragung, S. 400.

der jeweils aufgrund eines Bilanzfeststellungsbeschlusses (§ 122 Rn 4) *entstandene* Anspruch auf den entnahmefähigen Gewinn[433]. Künftige Ansprüche unterfallen nur dann der Nießbrauchsbestellung, wenn der Besteller im Zeitpunkt ihrer Entstehung den Anteil weder veräußert noch durch Kündigung oder vereinbartes Ausscheiden liquidiert hat[434]. Anders als beim Anteilsnießbrauch ist in Bezug auf derartige künftige Rechte das Verfügungsrecht des Bestellers nicht durch § 1071 BGB zugunsten des Nießbrauchers beschränkt.

130 **bb) Ersatzkonstruktionen?** Um die dem Nießbrauch am Gewinnanspruch offenkundig anhaftenden Schwächen zu vermeiden und zu einem vermögensrechtlich dem Anteilsnießbrauch entsprechenden, wenn auch nicht auf die Verwaltungsrechte erstreckten Ertragsnießbrauch zu kommen, sind in der Literatur verschiedene Ersatzkonstruktionen entwickelt worden. Von ihnen zielt die eine unter Hinweis auf die dispositive Natur des § 1067 BGB[435] darauf ab, im Fall des Nießbrauchs am Gewinnanspruch dem Nießbraucher nicht nur die Nutzungen des Gewinns, sondern diesen selbst auf Dauer zu belassen und die Wertersatzpflicht des § 1067 BGB **abzubedingen**[436]. Die Lösung vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil sie der Sache nach nicht zu einem Nutzungsrecht, sondern zu einer (Voraus-)Abtretung der Gewinnansprüche führt[437]. Mit dem in §§ 1068, 1030 BGB definierten Nießbrauch an Rechten hat sie nichts mehr gemein; der Hinweis auf den dispositiven Charakter des § 1067 BGB ist irreführend[438]. Im Übrigen ist die Konstruktion auch nicht geeignet, die fehlende dingliche Sicherung des „Nießbrauchers" hinsichtlich der künftigen Gewinnansprüche (Rn 129) zu kompensieren. Sie erweist sich daher insgesamt als untauglich. Auch die auf *Siebert* (BB **1956**, 1126) zurückgehende Konstruktion eines Nießbrauchs am **Gewinnstammrecht** als einem zentralen, die Grundlage der einzelnen Gewinnansprüche bildenden vermögensrechtlichen Mitgliedschaftsrecht, hat sich zu Recht nicht durchsetzen können (näher Voraufl. Rn 130 [*Ulmer*])[439]. Letztlich kann die Frage nach Ersatzkonstruktionen dahinstehen. Denn

---

[433] So auch *Sudhoff* NJW 1971, 483; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 107.

[434] Zur Unwirksamkeit der Abtretung künftiger Gewinnansprüche im Fall zwischenzeitlicher Anteilsveräußerung durch den Zedenten vgl. Rn 309, zum Zeitpunkt der Entstehung des Gewinnanspruchs vgl. § 121 Rn 5.

[435] HM, vgl. MünchKommBGB[4]/*Petzoldt* § 1067 Rn 7; Staudinger/*Frank* BGB (2002) § 1067 Rn 10 ff.

[436] So Soergel/*Hadding*[12] § 717 Rn 19; *Hadding* S. 73; *Bunke* DNotZ 1968, 9 f; *Petzoldt* GmbHR 1987, 386; offenlassend *ders.* DStR 1992, 1171 (1176 f).

[437] MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 107.

[438] Das zeigen die sonstigen für Abweichungen von § 1067 BGB angeführten Beispiele, bei denen es nicht etwa um den Ausschluss des Wertersatzanspruchs geht, sondern um dessen inhaltliche Modifizierung (vgl. nur Staudinger/*Frank* BGB [2002] § 1067 Rn 14 ff mN). Ähnlich auch *Bökelmann* Nutzungen und Gewinn beim Unternehmensnießbrauch, 1971, S. 212. S.a. MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 107 aE.

[439] Dagegen *Flume* I/1 § 17 VI, S. 360 f; *Huber* Vermögensanteil, S. 414 f, *Wiedemann* Übertragung, S. 400 f; *Teichmann* ZGR 1972, 21; MünchKommBGB[4]/*Pohlmann* § 1068 Rn 29; Soergel/*Hadding*[12] § 717 Rn 19; Staudinger/*Frank* BGB (2002) Anh. §§ 1068 f Rn 66; *Michalski* OHG Rn 77; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 14; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 112; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 108; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 5 II 2a bb, S. 442; *Blaurock* S. 139 f; *Rohlff* NJW 1971, 1341; dafür noch 3. Aufl. § 139 Rn 88 (*Rob. Fischer*); *Sudhoff* NJW 1971, 483 f; offenlassend BGH BB 1975, 295 und Staudinger/*Habermeier* BGB (2003) § 717 Rn 7: „Stellung des Nießbrauchers […] mitgliedschaftlicher Art".

eigenständige Bedeutung gegenüber dem Anteilsnießbrauch kommt ihnen **nicht** zu[440]; sie scheinen daher ohne weiteres verzichtbar (näher Voraufl. Rn 132 [*Ulmer*]).

131 **4. Pfändung, Verpfändung.** Die **Pfändung** des OHG/KG-Anteils durch Gläubiger des Gesellschafters ist entsprechend § 859 Abs. 1 ZPO unabhängig davon zulässig, ob im Gesellschaftsvertrag die Übertragung des Anteils zugelassen ist; der Anwendungsbereich des § 859 Abs. 1 ZPO beschränkt sich entgegen seinem Wortlaut nicht auf Anteile an einer GbR (Rn 281). Allerdings ist die Anteilspfändung ungewöhnlich, da Privatgläubigern eines Gesellschafters nach § 135 der für die Realisierung des Anteilswerts einfachere und direktere Weg einer Pfändung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben mit anschließender Kündigung der Gesellschaft offensteht, während Gesellschaftsgläubiger unmittelbar in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken können, statt den Umweg über § 128 i.V.m. § 859 Abs. 1 ZPO zu gehen.

132 Die **Verpfändung** eines OHG/KG-Anteils richtet sich nach § 1274 BGB: Voraussetzung ist die Zulassung der Anteilsübertragung im Gesellschaftsvertrag oder die Zustimmung der Mitgesellschafter zur Verpfändung (Rn 282). Davon zu unterscheiden ist die Verpfändung der nach § 717 S. 2 BGB übertragbaren Vermögensrechte: sie ist auch ohne Zustimmung der Mitgesellschafter möglich. Da sie aber erst mit Entstehung der betroffenen Ansprüche wirksam wird[441], verschafft sie dem Pfandgläubiger keine entsprechend gesicherte Stellung wie die Verpfändung des Anteils.

133 Die **Rechtsstellung des Pfandgläubigers** beschränkt sich im Fall von Pfändung und Verpfändung gleichermaßen auf das Recht zur *Verwertung* des Anteils, ggf. auf dem Wege über die Kündigung nach § 135. Mitgliedschaftliche Verwaltungsrechte stehen ihm im Unterschied zum Nießbraucher nicht zu; eine Ausnahme gilt für die zu seinem Schutze erforderlichen Informations- und Kontrollrechte (vgl. näher Rn 281 aE, 282 aE).

134 **5. Testamentsvollstreckung, Nachlassverwaltung, -insolvenz.** In die seit Jahren – vor allem für die Personen*handels*gesellschaften – geführte Diskussion über die Zulassung der **Dauer-Testamentsvollstreckung** an Gesellschaftsanteilen ist, vor allem durch ein Grundsatzurteil des BGH aus dem Jahr 1989,[442] Bewegung geraten. Seither sieht die hM die Testamentsvollstreckung am *Kommanditanteil* als zulässig an, während hinsichtlich des Anteils eines persönlich haftenden Gesellschafters wegen dessen unbeschränkter Haftung für die Gesellschaftsschulden die Bedenken unverändert vorherrschen. Denn der Testamentsvollstrecker kann durch sein rechtsgeschäftliches Handeln den Erben wirksam nur mit Bezug auf den Nachlass, nicht aber mit dessen Privatvermögen verpflichten (§§ 2206–2208 BGB). Zu Recht hat die höchstrichterliche Rechtsprechung unter Zustimmung der hL (s. § 139 Rn 58) daraus gefolgert, dass diese TV-Schranke nicht nur der unmittelbaren persönlichen Verpflichtung des Erben durch das rechtsgeschäftliche Handeln des Testamentsvollstreckers, sondern auch der Einbeziehung des *OHG-Anteils* in den Machtbereich des Testamentsvollstreckers entgegensteht. Wegen der Einzelheiten ist auf § 139 Rn 57 ff zu verweisen.

---

[440] So auch *Blaurock* S. 140; MünchKomm-HGB/*K. Schmidt* Vor § 230 Rn 14; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 108 und früher schon *Wiedemann* S. 400 f; *Huber* Vermögensanteil, S. 414 f; *Teichmann* ZGR 1972, 21; *Petzold* DStR 1992, 1171 (1177).

[441] Vgl. näher MünchKommBGB[5]/*Ulmer*/*C. Schäfer* § 717 Rn 31 und 45.

[442] BGHZ 108, 187 = NJW 1989, 3152 und dazu *Brandner* FS Kellermann, 1991, S. 37; *Flume* ZHR 155 (1991), 501; *D. Mayer* ZIP 1990, 976; *Stodolkowitz* FS Kellermann, 1991, S. 439; *Ulmer* NJW 1990, 73.

Angesichts der durch BGHZ 108, 187 geklärten Nachlasszugehörigkeit des Anteils wird dieser auch von der einer **Nachlassverwaltung oder -insolvenz** erfasst. Der Nachlass(insolvenz)verwalter ist jedoch auf die Ausübung der Vermögensrechte beschränkt, hat allerdings ein eigenes Kündigungsrecht analog § 135, um den Anteilswert zu liquidieren (§ 139 Rn 35). Die Verwaltungsrechte bleiben seinem Zugriff schon deshalb entzogen, weil es für diesen Fall regelmäßig an der Zustimmung der Mitgesellschafter fehlt; diese kann auch nicht aus der generellen Übertragbarkeit der Anteile abgeleitet werden. Außerdem rechtfertigt die auf Abwicklung des Nachlassvermögens beschränkte Funktion nicht die Übertragung der Verwaltungsrechte (§ 139 Rn 35). Für die Wahrnehmung der Vermögensrechte bedarf der Nachlass(insolvenz)verwalter, wie der Abwicklungs-Testamentsvollstrecker, keiner Zustimmung der Mitgesellschafter. **135**

D. Gesellschaftsvertrag

I. Grundlagen

1. Vertragsschluss als notwendiges Erfordernis. Das Vorliegen einer „Gesellschaft", d.h. eines vertraglichen Schuldverhältnisses i.S.d. § 705 BGB (Rn 16), ist nach § 105 Abs. 1 notwendige Voraussetzung für die Entstehung einer OHG (KG). Der Gesellschaftsvertrag bedarf grundsätzlich keiner Form (Rn 167). Er kann ausdrücklich oder konkludent geschlossen werden (Rn 154 f) und muss die Wesensmerkmale einer OHG (gemeinsamer Zweck; Beitragspflichten; Haftungsbeschränkung bei keinem der Beteiligten; vgl. Rn 17 ff) enthalten. **Ohne** rechtsgeschäftliche Grundlage kommt eine OHG **nicht zur Entstehung** (einhM). Das gilt auch bei gemeinsamer Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft (Rn 59). Auch die rechtliche Anerkennung einer *fehlerhaften* Gesellschaft setzt neben deren Invollzugsetzung den auf einen Vertragsschluss gerichteten, wenn auch fehlerhaften Willen der Beteiligten voraus (Rn 331). Ein Scheinvertrag (§ 117 BGB) oder das bloß äußerliche Zusammenwirken der Beteiligten in Kenntnis der fehlenden Vertragsgrundlage reichen für die Anerkennung einer – sei es auch fehlerhaften – Gesellschaft nicht aus (Rn 370). **136**

2. Rechtsnatur

a) Schuldvertrag. Nach der Einteilung des BGB gehört der Gesellschaftsvertrag zu den „Einzelnen Schuldverhältnissen" des besonderen Schuldrechts; er bildet dort den 14. Titel. Die Einteilung geht auf die römischrechtliche *societas* als bloßes Schuldverhältnis der Beteiligten zurück; sie ist trotz Einbeziehung von Gesamthandselementen in die Regelung der §§ 705 bis 740 BGB während der Gesetzesberatungen des BGB beibehalten worden[443]. Diese Systematik verdient insoweit Zustimmung, als der Gesellschaftsvertrag unbeschadet der darin enthaltenen Organisationselemente (Rn 139) und der mit seinem Abschluss verbundenen Begründung von Gesamthandsvermögen (Rn 269 f) allein durch **rechtsgeschäftliche Einigung der Beteiligten** zustande kommt und für sie zur Begründung obligatorischer **Beitragspflichten** (Rn 18) führt. **137**

---

[443] Zum Einfluss von societas und Gesamthand auf die Ausgestaltung der §§ 705 bis 740 BGB und zum Gang des Gesetzgebungsverfahrens vgl. *Flume* ZHR 136 (1972), 177 f; *dens.* I/1 § 1 II, S. 2 ff und *Hadding* FS zum 100-jährigen Gründungstag des Reichsjustizamts, 1977, S. 263 (270 ff).

138 Über die **Rechtsnatur** des Gesellschaftsvertrags als gegenseitiger Vertrag, Gemeinschaftsvertrag, personenrechtlicher Vertrag, Organisationsvertrag u.a. wurde früher viel gestritten.[444] Für die Ableitung konkreter Rechtsfolgen war diese heute überholte Diskussion von vornherein wenig geeignet. Fest steht, dass der Gesellschaftsvertrag **nicht** zu den **Austauschverträgen** nach Art des Kauf-, Miet- oder Werkvertrags gehört, auf die die Vorschriften der §§ 320 ff BGB über gegenseitige Verträge angewandt werden könnten (Rn 145 ff). Soweit § 705 BGB von „gegenseitigen" Verpflichtungen spricht, sind damit *wechselseitige*, nicht den Mitgesellschaftern, sondern der Gesamthand gegenüber eingegangene Verpflichtungen der Beteiligten gemeint.[445] Zutreffend wird daher auch der auf Begründung einer **Interessengemeinschaft** gerichtete Charakter der Gesellschaft im Unterschied zu den Typen eines Austausch- und Interessenwahrungsvertrags betont.[446] Für das Innenverhältnis bedeutsam sind das *Gemeinschaftselement* und der für den Gesellschaftsvertrag kennzeichnende *persönliche Zusammenschluss* der Mitglieder. Sie beeinflussen die Auslegung des Vertrags und führen zur Anerkennung bestimmter ungeschriebener, das Gesellschaftsverhältnis prägender Rechtsgrundsätze, darunter vor allem des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Rn 247 ff) und der Treupflicht (Rn 228 ff). Sie überlagern das allgemeine Schuldrecht und bestimmen das Innenverhältnis der Beteiligten. Zum Gesellschaftsvertrag als Organisationsvertrag vgl. Rn 139.

139 b) **Organisationsvertrag.** Anders als sonstige Schuldverträge beschränkt sich der Gesellschaftsvertrag in der Regel nicht darauf, obligatorische Beziehungen zwischen den Beteiligten zu begründen. Vom Sonderfall der Innengesellschaft ohne Gesamthandsvermögen abgesehen[447], bildet er vielmehr zugleich die Grundlage für die Gesamthand (Gruppe) als gemeinsame Handlungsorganisation (Wirkungseinheit) der Beteiligten und eigenständiges Rechtssubjekt, wie es in § 124 zum Ausdruck kommt (Rn 40 ff). Kennzeichen dieser Handlungsorganisation sind die **Organe** der Gesellschaft und das der gemeinsamen Zweckverfolgung dienende, gesamthänderisch gebundene **Gesellschaftsvermögen**[448]. Organisationsrechtliche und schuldvertragliche Elemente lassen sich bei der Außengesellschaft nicht trennen:[449] der **schuldvertraglichen Stellung** als Vertragspartner **entspricht die Mit-**

---

444 Vgl. nur MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 158 und *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 2 I 1, S. 90 ff.

445 Heute hM, vgl. Baumbach/*Hopt* Rn 48; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 161; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 114; *ders.* Gesellschaftsrecht, § 20 III 2, S. 580 ff; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 2 I 1, S. 97; Soergel/*Hadding*[12] § 705 Rn 44; *Michalski* OHG Rn 2; für Beurteilung des Gesellschaftsvertrags als „gegenseitiger Vertrag iwS" die früher hM, vgl. *Enneccerus/Lehmann*[15] § 176 III 1, S. 732; *A. Hueck* OHG, § 6 II 3, S. 52 f; ähnlich noch 3. Aufl. Rn 47b (*Rob. Fischer*); Heymann/*Emmerich* Rn 5 und Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 77, der den Gesellschaftsvertrag als gegenseitigen Vertrag ansieht, allerdings ohne dass die §§ 320 ff BGB pauschal Anwendung finden sollen.

446 Vgl. insbes. MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 162; *Esser/Schmidt* Schuldrecht AT, § 12 III 3, S. 188 f.

447 Vgl. dazu MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 275 ff, 286 ff.

448 Der Begriff „Organisationsvertrag" geht zurück auf *Würdinger* Gesellschaften I, 1937, § 8 II 3. Der Sache nach ist er heute für die Personengesellschaften (mit Ausnahme der reinen Innengesellschaft) allgemein akzeptiert; vgl. etwa *Flume* I/1§ 1, S. 4, § 4, S. 61; Soergel/*Hadding*[12] Vor § 705 Rn 24; Baumbach/*Hopt* Rn 48; Heymann/*Emmerich* Rn 3; *Michalski* OHG Rn 2; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 114; *ders.* Gesellschaftsrecht, § 59 I 2c, S. 1733 (für die GbR); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 39; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 2 I 1a, S. 91 f; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 158.

449 MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 158.

gliedschaft in der Organisation als ein mit Zustimmung der Mitgesellschafter übertragbarer Inbegriff der mit der Gesellschafterstellung verbundenen Rechte und Pflichten (Rn 204). Eine weitere Konsequenz dieser, auf die Hervorbringung eines eigenen Rechtssubjekts gerichteten Gesellschaftsvertrages gegenüber sonstigen vertraglichen Schuldverhältnissen zeigt sich in der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bzw. vom fehlerhaften Verband (LfV), d.h. in der rechtlichen Anerkennung des Verbands trotz mangelhafter (nichtiger oder angefochtener) Vertragsgrundlage (vgl. näher Rn 315 ff).

140 c) **Dauerschuldverhältnis.** Die Rechte der Beteiligten aus dem Gesellschaftsvertrag und die von ihnen übernommenen Pflichten, insbes. die Förderpflicht, betreffen nicht eine klar umgrenzte, auf die Erbringung einer oder mehrerer bestimmter Leistungen gerichtete Leistungsbeziehung nach Art eines Kauf- oder Werkvertrags, deren Erfüllung das Schuldverhältnis beendet. Die Partner schulden sich vielmehr eine **dauernde Pflichtenanspannung.** Sie wird durch die vertraglich festgelegte oder mittels Kündigung gestaltbare Zeitdauer eingegrenzt und besteht während dieser Zeit unabhängig von den einzelnen Erfüllungshandlungen. Das gilt im Grundsatz auch für die versprochenen Einlagen; sie sind zwar typischerweise nur einmal zu bewirken, müssen der Gesellschaft aber während der ganzen Vertragsdauer belassen werden. Diese Besonderheiten machen die OHG/KG zum Dauerschuldverhältnis, und zwar auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht auf unbestimmte Zeit eingegangen ist, sondern eine feste Zeitdauer vorsieht[450]. Seine Eigenart besteht darin, dass das Instrument der Kündigung (bzw. der Gestaltungsklagen nach §§ 133, 140) eine Reihe von Funktionen übernimmt, für die bei einfachen Schuldverhältnissen der Rücktritt, die Anfechtung[451] und die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage zur Verfügung stehen[452].

141 d) **Kein Handelsgeschäft.** Obwohl der Gesellschaftsvertrag der OHG/KG auf den gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes abzielt, ist er nicht etwa stets oder regelmäßig ein Handelsgeschäft (§ 343) der Beteiligten[453]. Wegen seines Grundlagencharakters würde das selbst dann gelten, wenn man die unbeschränkt haftenden Gesellschafter mit der früher hM als Kaufleute qualifizieren wollte (vgl. näher Rn 44, 77 ff). Eine andere Beurteilung ist nur in solchen Fällen veranlasst, in denen Gesellschafter außerhalb ihrer Beteiligung an der OHG ein eigenes Handelsgewerbe betreiben und in denen sich für sie der Erwerb der Mitgliedschaft an der OHG aus diesem Grunde nach §§ 343, 344 Abs. 1 als Handelsgeschäft erweist[454]. Zur analogen Anwendung von Handelsrecht auf Rechtsgeschäfte, die Gesellschafter im sachlichen Zusammenhang mit ihrer Beteiligung an der OHG und in deren Interesse Dritten gegenüber eingehen, vgl. Rn 81.

3. Anwendbares Recht

142 a) **Allgemeiner Teil des BGB.** Der Vertragsnatur der Personengesellschaft entspricht die grundsätzliche Anwendbarkeit der Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB auf

---

[450] Zum Dauerschuldverhältnis als besondere Vertragskategorie vgl. näher *Beitzke* Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, 1948; *Wiese* FS Nipperdey I, 1965, S. 837 ff; *Larenz* Schuldrecht I, § 2 VI; MünchKommBGB[5]/*Kramer* Vor § 241 Rn 97 ff; *Ulmer* Der Vertragshändler, 1969, S. 252 f.

[451] Zu ihrer Ersetzung durch die Auflösungsklage nach den Grundsätzen für die fehlerhafte Gesellschaft vgl. Rn 361.

[452] So auch BGHZ 10, 44 (51) = NJW 1953, 1548; Staudinger/*Habermeier* BGB (2003) § 723 Rn 24.

[453] So auch Baumbach/*Hopt* Rn 49; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 115.

[454] Heymann/*Emmerich* Rn 3b.

die OHG/KG. Das gilt **uneingeschränkt** für die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit, ferner für diejenigen über Fristen, Termine und Verjährung. Gewisse **Modifikationen** in ihrer Anwendung auf Außengesellschaften nach Art der OHG und KG erfahren demgegenüber die Vorschriften über Willenserklärungen und Verträge. Für den Vertragsschluss ergeben sich bei Beteiligung von mehr als zwei Gesellschaftern gewisse Abweichungen von den auf das Zweipersonenverhältnis zugeschnittenen Vorschriften der §§ 145 ff BGB (Rn 154). An die Stelle der Anfechtung nach §§ 119, 123 BGB bzw. an diejenige der Berufung auf einen der Nichtigkeitsgründe des BGB tritt grundsätzlich die Erhebung der Auflösungsklage (§ 133), wenn die Gesellschaft in Vollzug gesetzt ist (vgl. näher Rn 315 ff, 350). Die gesetzlichen Auslegungsregeln der §§ 139, 154 BGB sind auf Gesellschaftsverträge nicht unverändert anwendbar (Rn 183, 160). Vereinbarungen über Bedingung oder Zeitbestimmung (§§ 158, 159 BGB) sind im Gesellschaftsvertrag nur eingeschränkt zulässig (Rn 162 ff). Für die ergänzende Vertragsauslegung zur Schließung von Lücken des Gesellschaftsvertrags gilt der Vorrang des hypothetischen Parteiwillens vor dem dispositiven Recht (Rn 198).

b) Schuldrecht

143 **aa) Grundsatz.** Die Vorschriften der §§ 241 ff BGB sind nach dessen Systematik auch auf die Gesellschaft **anwendbar,** soweit sie sich der Sache nach hierzu eignen (zum Sonderfall der §§ 320 ff vgl. Rn 145 ff) und **soweit nicht** in §§ 105 ff HGB bzw. §§ 705 bis 740 BGB **Sonderregelungen** enthalten sind. Derartige Sondervorschriften finden sich etwa in den §§ 128 ff, 171 ff im Verhältnis zu §§ 420 ff BGB; Entsprechendes gilt für den Haftungsmaßstab des § 708 BGB in Abweichung von § 276 BGB. Weitere Besonderheiten ergeben sich aus Gleichbehandlungsgrundsatz und Treupflicht als ungeschriebenen, auf dem Gemeinschaftscharakter des Gesellschaftsvertrags beruhenden gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen (Rn 138). Hiervon abgesehen bestehen im Grundsatz keine Bedenken dagegen, für die Rechtsverhältnisse der Beteiligten auf das allgemeine Schuldrecht zurückzugreifen. Zum Sonderproblem der Leistungsstörungen vgl. Rn 150 ff.

144 **Im Einzelnen** greifen die Vorschriften der **§§ 241 ff** BGB mangels abweichender Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag jedenfalls insoweit ein, als es um die Art (Gegenstand, Zeit, Ort) der Einlageleistung geht; für die kaufrechtliche Modifikation in § 447 BGB ist kein Raum[455]. Die **§§ 311b, 311c** BGB über Inhalt, Form und Umfang bestimmter vertraglicher Leistungsversprechen gelten auch für Einlagevereinbarungen in Gesellschaftsverträgen[456]. Vereinbarungen über das Recht zu einseitigen Vertragsänderungen können nach Maßgabe der **§§ 315, 317** BGB im Gesellschaftsvertrag getroffen werden[457]. Soweit sich damit Eingriffe in den Kernbereich der Mitgliedschaft verbinden, muss die Ermächtigung als Wirksamkeitserfordernis zugleich die Grenzen der Bestimmungsmacht fixieren (vgl. § 109 Rn 35). Gesellschaftsverträge zugunsten Dritter (§ 328 BGB) scheitern im Regelfall daran, dass die Gesellschafterstellung neben Rechten auch Pflichten begründet; Verträge zu Lasten Dritter ohne entsprechende Ermächtigung durch den Dritten sind dem geltenden Recht unbekannt[458]. Der Anwendbarkeit der Regelun-

---

[455] HM, vgl. Soergel/*Hadding*[12] § 706 Rn 22; nach dem Ort der Versendung differenzierend *A. Hueck* OHG, § 14 II, S. 207.

[456] Vgl. Rn 170, 173 zu den Formvorschriften der §§ 311b, 311c BGB.

[457] MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 156. Zur Einordnung einer auf Vertragsänderungen bezogenen Mehrheitsklausel vgl. § 119 Rn 31; s.a. BGH NJW 1960, 963 (964) zur Übertragung von Gesellschaftsangelegenheiten an Dritte entsprechend § 317 BGB.

[458] Statt aller Palandt/*Heinrichs*[67] Einf. vor § 328 Rn 10. Die Frage hat Bedeutung für rechtsgeschäftliche Nachfolgeklauseln,

gen über das Erlöschen der Schuldverhältnisse (§§ 362 bis 397 BGB) schließlich steht der Dauerschuldcharakter des Gesellschaftsvertrags entgegen. Gleiches gilt nach Vollzug der Gesellschaft für das Rücktrittsrecht (§§ 346 ff BGB); an seine Stelle tritt die Auflösungsklage (§ 133).

bb) §§ 320 bis 326 BGB und spezialvertragliches Mängelrecht; Meinungsstand. Die zur Anwendung einzelner Vorschriften des §§ 320 bis 327 BGB a.F. auf Personengesellschaftsverträge vertretenen Meinungen war schon bis zur Schuldrechtsreform 2002 vielfältig. Die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 320 bis 327 BGB a.F. (§§ 320–326 BGB n.F.) auf Gesellschaftsverträge wurde vom **Reichsgericht** unter Hinweis auf deren Charakter als gegenseitiger Vertrag in std. Rspr. bejaht[459]. Der **BGH** hat hingegen die Grundfrage bisher jeweils offen gelassen, sich im Einzelfall aber stets *gegen* die Anwendung dieser auf gegenseitige Verträge zugeschnittenen Vorschriften ausgesprochen[460]. Das **Schrifttum** war zunächst davon ausgegangen, dass die Vorschriften der §§ 320 ff BGB insoweit anwendbar seien, als sich das mit den Besonderheiten der Gesellschaft vereinbaren lasse.[461] Demgegenüber stand die *neuere Lehre* vor der Schuldrechtsreform der Anwendbarkeit jedenfalls der §§ 320 bis 322 BGB überwiegend ablehnend gegenüber;[462] nur für Zweipersonengesellschaften wurde sie überwiegend bejaht.[463] Auch hinsichtlich der §§ 323 bis 327 BGB a.F. überwogen diejenigen Stimmen, die sich unter Hinweis auf die besondere Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrags gegen die Anwendbarkeit dieser Vorschriften aussprachen.[464] Dies entspricht auch nach der Schuldrechtsreform unverändert der hM.[465] Demgegenüber haben sich seit einiger Zeit vereinzelte Stimmen gegen die grundsätzliche Unanwendbarkeit der Regeln über gegenseitige Verträge gewandt. So differenziert *Karsten Schmidt*[466] zwischen dem gestörten Beitragsverhältnis und dem Organisationsverhältnis im Ganzen. Die Anwendung schuldrechtlicher Regeln könne zwar **145**

---

die – im Unterschied zu erbrechtlichen – nur zugunsten (und zu Lasten) von *Mitgesellschaftern* vereinbart werden können; vgl. § 139 Rn 11 ff.

459 RGZ 76, 276 (279); 78, 303 (305); 100, 1 (3); 147, 340 (342); 163, 385 (388).

460 BGH BB 1954, 92; WM 1959, 53 (54 f); NJW 1983, 1188 (1189); vgl. auch die Analyse bei *Wertenbruch* NZG 2001, 306.

461 Vgl. namentlich *A. Hueck* OHG, § 6 II 3; näher dazu 3. Aufl. Rn 47c ff (*Rob. Fischer*) mwN; aus dem neueren Schrifttum noch *Heymann*/Emmerich § 105 Rn 5 und Bamberger/Roth/*Timm*/*Schöne* Rn 67.

462 Vgl. aus der Zeit vor 2002 insbes. die früheren Auflagen von Baumbach/*Hopt* Rn 48; *Soergel*/Hadding[12] § 705 Rn 44; ungeachtet ihres die Anwendbarkeit der §§ 320 ff grundsätzlich bejahenden Ansatzes auch Heymann/*Emmerich* § 105 Rn 6; mit Einschränkungen auch Erman/*Westermann* § 705 Rn 41 („nicht gänzlich unpassend"); *Flume* I/1 § 2 IV, S. 29 ff.

463 HM, Nachw. zum älteren Schrifttum in Vorauflage Rn 148 (*Ulmer*); vgl. ferner unten Fn 480 sowie MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 169; *Koller*/Roth/Morck Rn 31; so i.E. auch *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 20 III 2b bb, S. 582; **aA** Baumbach/*Hopt* § 105 Rn 48 („u.U. § 242").

464 So vor 2002 Erman/*Westermann* § 705 Rn 43; Soergel/*Hadding*[12] § 705 Rn 44 f; Staudinger/*Keßler* BGB (1979) Rn 11 ff; *Larenz* Schludrecht II, § 60 Ib; **aA** noch Soergel/*Schultze-v. Lasaulx*[10] § 705 Rn 35 ff; vorbehaltlich gesellschaftsrechtlicher Besonderheiten auch *A. Hueck* OHG, § 6 II 3, S. 52 ff; *Flume* I/1 § 2 IV, S. 29 ff; für Zulässigkeit von privatautonom vereinbarter Geltung des § 326 a.F. an Stelle von § 723 *Wertenbruch* NZG 2001, 306 (307 f).

465 Röhricht/Graf v. Westphalen/*v.Gerkan*/*Haas* Rn 74; Baumbach/*Hopt* Rn 48; Ebenroth/*Boujong*/Joost HGB[1] Rn 78; *Koller*/Roth/Morck Rn 31.

466 MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 186; *ders.* Gesellschaftsrecht, § 20 III, S. 578 ff; sympathisierend *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 2 I 2, S. 96 f; *Westermann* Handbuch Rn I 136 aE.

immer nur das Beitrags-, nicht das Gesellschaftsverhältnis betreffen, sei insofern aber zu befürworten. Aus § 323 BGB sei einerseits zu folgern, dass bei einer nicht (vertragsgemäß) erbrachten Beitragsleistung das Beitragsverhältnis durch einseitige Erklärung gegenüber dem Schuldner beendet werden könne; andererseits stehe aber fest, dass eine Gesellschaft nicht durch Einrede nach § 320 BGB außer Volllzug gesetzt oder durch Rücktritt (bzw. im Schadensersatzwege) aufgehoben werden könne. *Hüttemann*[467] zufolge hat der Gesetzgeber bewusst auch den Gesellschaftsvertrag als gegenseitigen Vertrag angesehen[468]. Die demnach grundsätzlich zu befürwortende Anwendung der §§ 320 ff BGB dürfe allerdings nicht pauschal, sondern nur von Fall zu Fall unter Beachtung der Besonderheiten des Gesellschaftsvertrages erfolgen.[469] Hierbei sei einerseits die Gegenseitigkeit zwischen den Beitragspflichten, andererseits die Teilhabe am Gesellschaftsergebnis zu berücksichtigen und mit den gesellschaftsrechtlichen Sonderregelungen abzustimmen.

146 **Stellungnahme.** Die **Schuldrechtsreform** hat die Problematik zwar vereinfacht. Denn sie hat den Unterschied zwischen anfänglicher objektiver Unmöglichkeit und sonstigen Fällen anfänglicher oder nachträglicher Leistungsstörungen wie auch die Differenzierung zwischen den verschiedenen Arten von Leistungsstörungen nivelliert. Geblieben sind allerdings die teilweise unterschiedlichen Rechtsfolgen, die an eine Pflichtverletzung anknüpfen. Dementsprechend gestaltet auch § 437 BGB n.F. die Rechtsfolgen für Sach- und Rechtsmängel im Ansatz einheitlich aus und stimmt die Rechtsfolgen einer mangelhaften Leistung auf das allgemeine Leistungsstörungsrecht ab. Die Grundfrage, ob sich das an Austauschverträgen orientierte Leistungsstörungs- oder Kaufmängelrecht für die Anwendung auf die Nicht- oder Schlechterfüllung von Beitragspflichten eignet und welche gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten zu berücksichtigen sind, hat sich damit jedoch nicht erledigt. Sie ist für das neue Schuldrecht nicht anders zu beantworten als für das bisherige Recht.[470]

147 Deshalb bleibt es dabei, dass die Vorschriften über gegenseitige Verträge, die auf der synallagmatischen Verknüpfung vertraglicher Leistungen beruhen, nicht ohne weiteres auf die aus dem Gesellschaftsvertrag folgenden Beitragspflichten passen; denn der Gesellschaftsvertrag ist durch die Verpflichtung auf den gemeinsamen Zweck geprägt. Insbesondere lässt sich nicht sagen, dass die einzelnen Gesellschafter ihre Beitrags- und sonstigen Förderpflichten wegen der entsprechenden Leistungen der *Mitgesellschafter* übernehmen; auch zwischen Beitragspflichtigen und Gesellschaft besteht kein Gegenseitigkeitsverhältnis, das etwa auf den Austausch von Beitragsleistungen gegen Gewinn hinausliefe. Daher ist für die unmittelbare Anwendung der **§§ 320 bis 326 BGB und** (inbes.) **das kaufvertragliche Mängelrecht im Grundsatz kein Raum,** was die Berücksichtigung einzelner Vorschriften oder ihrer Wertungen nicht ausschließt (näher Rn 148 ff). Eine grundsätzliche **Ausnahme** von der grundsätzlichen Unanwendbarkeit kommt nur für Zweipersonen-Innengesellschaften des BGB einschließlich der stillen Gesellschaft in Betracht, bei denen die Übergänge zu den gegenseitigen Verträgen fließend sind[471]. Die in Rn 145 referierten neueren Ansichten geben keinen Anlass zu einer grundsätzlichen Revision der hM. Dass sich das Schicksal der gestörten Beitragsleistung im Ansatz, namentlich hinsichtlich des

---

[467] *Hüttemann* Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998, S. 37 ff, 48 ff.

[468] *Hüttemann* (Fn 467), S. 37 ff, 48 ff; auch Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 77.

[469] Zusammenfassend *Hüttemann* (Fn 467), S. 485 f.

[470] MünchKommBGB[5]/*Ulmer/C. Schäfer* § 706 Rn 23.

[471] Nachw. in Fn 463, speziell zur Ausnahme für § 320 BGB vgl. Rn 149 und Fn 480.

Tatbestands der Leistungsstörung, nach den §§ 275 ff, 434 BGB richtet, ist unstreitig; problematisch ist allein das Schicksal des Gesamtvertrages (*K. Schmidt:* des „Organisationsverhältnisses") und die Abstimmung der allgemeinen Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen hierauf, namentlich soweit sie zur Gesamtabwicklung des Vertrages führen (Rücktritt, Schadensersatz statt der Leistung). Insofern bestreiten auch *Karsten Schmidt* und *Hüttemann* nicht, dass die §§ 323 ff BGB nur unter Berücksichtigung der gesellschaftsrechtliche Sonderregelungen über Auflösung (§ 133), Ausschluss (§ 140) und in Bezug auf eine Anpassung des Gesellschaftsvertrages angewandt werden können,[472] weshalb sie bei der Lösung von Einzelfragen zu weitgehend gleichen Ergebnissen gelangen. Auch erkennen die Verfechter der Alternativkonzepte im Prinzip an, dass die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) nur im Rahmen des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu berücksichtigen bzw. durch diesen zu ersetzen ist.[473]

148 cc) **Folgerungen.** Die §§ **320 bis 322** BGB passen nach ihrem über den Zusammenhang zwischen Leistungserbringung und Gegenleistung nicht auf die andersartige Struktur der Personengesellschaft, denn zwischen den Einlageleistungen der verschiedenen Gesellschafter besteht kein Synallagma[474]. Ein Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich der versprochenen **Einlagen** steht den Gesellschaftern auch dann nicht zu, wenn Mitgesellschafter sich mit ihrer Einlagepflicht in Verzug befinden[475]. Wohl aber können Gesellschafter sich Einredeweise auf den *Gleichbehandlungsgrundsatz* berufen, wenn ausstehende Einlagen ohne sachlichen Grund nicht auch von Mitgesellschaftern eingezogen werden[476]. In Ausnahmefällen kommt auch der Missbrauchseinwand in Betracht[477]. Dem Eintritt einer wesentlichen Vermögensverschlechterung bei Mitgesellschaftern nach Vertragsschluss (§ 321 BGB) kann durch Erhebung der Auflösungs- oder Ausschlussklage (§§ 133, 140) Rechnung getragen werden[478]. Auch für **laufende Verpflichtungen** der Gesellschafter einer OHG/KG scheidet die Berufung auf die §§ 320 bis 322 BGB aus. Weder die Pflicht zur Geschäftsführung noch diejenige zur Mitwirkung an im Interesse

---

[472] *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 20 III 5, S. 586; *Hüttemann* (Fn 467), S. 234 ff, 381 ff, 488 f, 491 und passim (abweichend von der hM will *Hüttemann* [Fn 467], S. 455 ff, 492 allerdings die Wandlung wegen mangelhafter Beitragsleistung nach §§ 493, 462 a.F. unbeschränkt zulassen; dagegen zu Recht MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 167).

[473] *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 20 III 2b aa, S.581; *Hüttemann* (Fn 467), S. 87 ff, 487.

[474] Baumbach/*Hopt* Rn 48; Heymann/*Emmerich* Rn 6; Staudinger/*Habermeier* BGB (2003) § 706 Rn 18; Soergel/*Hadding*[12] § 705 Rn 45; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 168; MünchKommBGB[5]/*Ulmer*/*C. Schäfer* § 706 Rn 20; Erman/*Westermann*[12] § 705 Rn 43; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 2 I 2, S. 97; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 79. So im Ergebnis auch: *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 20 III 5, S. 586 und *Hüttemann* (Fn 467), S. 87 ff, 486 f.

[475] So für die mehrgliedrige Gesellschaft ganz hM, vgl. Nachw. in Fn 461.

[476] So zutr. auch Soergel/*Hadding*[12] § 705 Rn 45; Staudinger/*Keßler* BGB (1979) § 705 Rn 12; MünchKommBGB[4]/*Ulmer* § 705 Rn 168; MünchKommBGB[5]/*Ulmer*/*C. Schäfer* § 706 Rn 20.

[477] Vgl. BGHZ 26, 330 (335) = NJW 1958, 668 (offenlassend); *A. Hueck* OHG, § 6 II 3b, S. 55 mwN.

[478] So auch Soergel/*Hadding*[12] § 705 Rn 45; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 169; Erman/*Westermann*[12] § 706 Rn 10; anders die auf § 321 BGB abstellende bisher hM, vgl. 3. Aufl. Rn 47d (*Rob. Fischer*); *A. Hueck* OHG, § 6 II 3c, S. 56 f; RGRK/*von Gamm* BGB[12] § 705 Rn 9; Soergel/*Schultze-v. Lasaulx*[10] § 705 Rn 39; auf die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft abstellend *Westermann* Handbuch Rn I 89.

der Gesellschaft notwendigen Beschlüssen darf davon abhängig gemacht werden, dass auch die Mitgesellschafter ihren mitgliedschaftlichen Pflichten nachkommen[479].

149 Eine **Ausnahme** ist für **Zweipersonengesellschaften** anzuerkennen;[480] die wechselseitigen Beitragspflichten nähern sich hier den Leistungen in einem Austauschverhältnis so weitgehend an, dass der entsprechenden Anwendung der §§ 320, 322 BGB keine Bedenken entgegenstehen[481]. Der Erfüllung verlangende Mitgesellschafter, dessen Beitrag ebenfalls noch aussteht, kann also nur Verurteilung des säumigen Gesellschafters auf Leistung gleichzeitig mit der Erbringung des eigenen Beitrags in das Gesellschaftsvermögen verlangen. Ob diese Ausnahme auch auf Mehrpersonengesellschaften ohne besondere Organverfassung zu erstrecken ist[482], lässt sich nicht generell beantworten, sondern hängt von der Vergleichbarkeit der jeweiligen Konstellation mit den von §§ 320, 322 BGB erfassten Schuldverhältnissen ab.

150 Die Vorschriften der **§§ 323 bis 326 BGB** regeln die Folgen von Leistungsstörungen für die Gegenleistung; sie enthalten insoweit teils Ergänzungen, teils Modifikationen der allgemeinen Vorschriften der §§ 275 ff BGB. Bei der Verletzung von *Mitgliedschaftspflichten* ist für ihre Anwendung kein Raum. Vielmehr bestimmen sich die Rechtsfolgen solcher Leistungsstörungen für den Gesellschaftsvertrag und die Rechte der Mitgesellschafter nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen.[483] Neben den Instrumenten der **Auslegung** und der **Anpassung des Gesellschaftsvertrags** an veränderte Umstände ist in schwerwiegenden Fällen auch an die **Gestaltungsklagen** der §§ 133, 140 (Auflösung, Ausschließung) zu denken. Die Frage, ob die anfängliche Unmöglichkeit einer Beitragsverpflichtung zur Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags oder der betroffenen Beitrittserklärung führen kann, hat sich durch Aufhebung der Nichtigkeitsvorschrift des § 306 BGB a.F. erledigt. Demgegenüber bleiben die **unterschiedlichen Rechtsfolgen** einer Verletzung der Beitragspflicht eines Gesellschafters zu bedenken; insoweit ist trotz grundsätzlicher Vereinheitlichung zwischen den verschiedenen Arten von Erfüllungsmängeln zu differenzieren. Für die – anfängliche oder nachträgliche – **Unmöglichkeit** der Beitragsleistung gelten grundsätzlich die Vorschriften der §§ 275, 280, 281, 283 bis 285 BGB. Hat der Gesellschafter nach Maßgabe von § 708 BGB die Unmöglichkeit zu vertreten, so haftet er auf *Schadensersatz* (§ 283 Abs. 1 BGB)[484]. Einen seinerseits erlangten Ersatz hat er der Gesellschaft nach § 285 BGB herauszugeben. Die Mitgesellschafter haben bei ersatzlosem Ausfall der vereinbarten Beitragsleistung[485] einen Anspruch auf Vertrags-

---

[479] BGH LM HGB § 105 Nr. 11 = BB 1954, 52; BGH WM 1987, 841 (zur Zustimmungspflicht kraft Treupflicht in der GmbH); Lit.-Nachw. vgl. in Fn 461.

[480] Im Ergebnis ganz hM: MünchKommBGB[5]/*Emmerich* § 320 Rn 21; Heymann/*Emmerich* Rn 6; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 169; MünchKommBGB[5]/*Ulmer*/*C. Schäfer* § 706 Rn 20. So auch *A. Hueck* OHG, § 6 II 3b; wohl auch *Flume* I/1 § 2 IV, S. 30. **AA** *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 2 I 2, S. 98.

[481] So i.E. auch *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 20 III 2a, S. 580.

[482] Dafür *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 20 III 2b bb, S. 582.

[483] Zutr. OLG München ZIP 2000, 2255 (2256 f); so im Ergebnis auch *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 20 III 2, 3, S. 580 ff, freilich auf Grund seines abweichenden Ansatzes.

[484] So auch *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 2 I 2, S. 97.

[485] Zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen eines in der Gesellschaft tätigen Gesellschafters gegen einen Dritten wegen des ihm persönlich durch den Ausfall seiner Arbeitskraft entstandenen Schadens als Gesellschafter vgl. BGH VersR 1963, 433 (434) und 585 (586); DB 1972, 2201 (2202), dort akzeptierte der BGH im Wege der hypothetischen Schadensberechnung die Geltendmachung der (fiktiven) Aufwendungen für eine Ersatzkraft. Ebenso OLG Karls-

anpassung insbesondere hinsichtlich der Kapital- und Gewinnbeteiligung des Beitragsschuldners; maßgebend hierfür sind nicht die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)[486], sondern diejenigen über die treupflichtbedingte Zustimmungspflicht zu Vertragsänderungen[487]. Je nach Lage des Falles kann stattdessen auch entweder die Auflösung der Gesellschaft nach § 133 oder die Ausschließung des Schuldners nach § 140 in Betracht kommen, wenn die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Schuldner wegen des Ausfalls von dessen Beitragsleistung den übrigen Gesellschaftern nicht zumutbar ist[488]. Der **Verzug** des Beitragsschuldners und seine Folgen regeln sich nach §§ 286 bis 290 BGB. Auch hier kommt bei Unzumutbarkeit der Fortsetzung mit dem Beitragsschuldner die Ausschließung nach § 140 in Betracht.

151 Hinsichtlich der besonderen **Mängelvorschriften des Kauf-, Miet- oder Dienstvertragsrechts** wegen mangelhafter Erbringung von Sacheinlagen zu Eigentum oder zum Gebrauch der Gesellschaft[489] oder fehlerhafter Dienste[490] gilt Folgendes: Wegen des Mangeltatbestands ist wiederum an die spezialvertraglichen Regeln anzuknüpfen, deren Rechtsfolgen aber an die gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten anzupassen sind[491]. Dies führt zu folgenden Konsequenzen: Bei Sach- oder Rechtsmängeln der in das **Eigentum** der Gesellschaft geleisteten Einlage fragt sich zunächst, ob die Leistung überhaupt **Erfüllungswirkung** hat. Hier hat das seit 2002 geltende Schuldrecht insofern eine Änderung gebracht, als für Rechts- und Sachmängel nach §§ 435, 437 BGB jetzt einheitliche Rechtsfolgen gelten,[492] welche die allgemeinen Leistungsstörungsregeln verdrängen. Ist jedoch der Inferent im Zeitpunkt des vorgesehenen Rechtserwerbs der Gesellschaft gar nicht Eigentümer einer von ihm geschuldeten **Sache**, so liegt nach wohl überwiegend vertretener Auffassung kein Rechtsmangel, sondern Unmöglichkeit vor, sofern nicht die Gesellschaft gutgläubig erwirbt.[493] Entsprechendes wird für den Fall angenommen, dass der Inferent die Übertragung eines in Wahrheit nicht existenten **Rechts**, insbesondere

---

ruhe FamRZ 1975, 341 (343) (Kosten einer Ersatzkraft, selbst einer nicht eingestellten, als liquidationsfähiger Schaden des Gesellschafters) m. kritischen Anm. *Fenn*.

[486] So aber noch BGH DB 1972, 2201 (2202), vorbehaltlich einer im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu erzielenden Lösung (hier: Geldersatz für den unfallbedingten Arbeitsausfall?).

[487] So zutr. *Lettl* AcP 202 (2002), 3 (16 f, 23, 39) unter Differenzierung zwischen Störungen bei Verfolgung des Gesellschaftszwecks als Gegenstand treupflichtbedingter Vertragsanpassung und nachteiligen Änderungen in der Sphäre einzelner Gesellschafter als Gegenstand des § 313 (dazu vgl. Rn 239 ff); MünchKommBGB[5]/*Ulmer/C. Schäfer* § 706 Rn 25; für Vertragsanpassung auch OLG München NZG 2001, 558 (560). Ähnlich Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 82; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. II, § 2 I 2, S. 98.

[488] Vgl. näher MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 164. So auch Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 82; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht II, § 2 I 2, S. 98.

[489] Vgl. §§ 434 ff, §§ 536 ff BGB.

[490] §§ 616 f, 626 ff BGB.

[491] So zum Kaufrecht; *A. Hueck* OHG, § 14 II 1, S. 206 f; MünchKommBGB[5]/*Ulmer/C. Schäfer* § 706 Rn 27; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 82; Soergel/*Hadding*[12] § 706 Rn 19 ff; Staudinger/*Habermeier* BGB (2003) § 706 Rn 23 aE; zum Mietrecht Soergel/*Hadding*[12] § 706 Rn 27; Staudinger/*Habermeier* BGB (2003) § 706 Rn 23; einschränkend *A. Hueck* OHG, § 14 II 2, S. 208; zum Dienstvertragsrecht Staudinger/*Habermeier* aaO, wenn auch mit z.T. deutlichen Einschränkungen; Soergel/*Hadding*[12] § 706 Rn 31. **AA** Baumbach/*Hopt* Rn 48; MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 187; *ders.* Gesellschaftsrecht, § 20 III 3 d, S. 583 f.

[492] MünchKommBGB[5]/*Westermann* § 435 Rn 1.

[493] Vgl. MünchKommBGB[5]/*Westermann* § 435 Rn 7; **aA** etwa Jauernig/*Chr. Berger*[12] § 435 Rn 5; *Canaris* JZ 2003, 832.

einer Forderung, schuldet.[494] Hier sind also die für die **Unmöglichkeit** geltenden Grundsätze anwendbar (Rn 150).

152 Für die **Fälle mangelhafter Einlageleistung** können die **kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln** hingegen in weiterem Umfang herangezogen werden, als dies vor 2002 der Fall war (dazu Voraufl. Rn 154 [*Ulmer*]), zumal § 438 BGB die Verjährung der Rechtsbehelfe des Käufers an die allgemeine Verjährungsregelung angeglichen hat.[495] Für nicht behebbare **Rechts- oder Sachmängel**, die schon bei Vertragsschluss vorlagen, ergibt sich hieraus eine Schadensersatzpflicht nach § 311a Abs. 2 BGB, sofern nicht die Voraussetzungen des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB vorliegen, der Inferent hinsichtlich des Mangels also nicht einmal fahrlässig ohne Kenntnis war[496]. Auch die bei nachträglichen Mängeln eingreifenden Schadensersatzansprüche aus § 281 BGB (bei Behebbarkeit des Mangels) bzw. § 283 BGB (im Falle der Unbehebbarkeit) kommen bei zu vertretendem Mangel prinzipiell in Betracht, sofern sie nach der Differenzmethode berechnet werden. Das Nacherfüllungsrecht aus § 439 BGB gerät ebenfalls nicht in Konflikt mit gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten. Lediglich die Rechte des Käufers zum Rücktritt (§§ 323, 326 Abs. 5 BGB) und zur Minderung (§ 441 BGB) bleiben aus gesellschaftsrechtlichen Gründen unverändert ausgeschlossen.[497] Hat der Inferent die Mangelhaftigkeit nicht zu vertreten und ist eine Nacherfüllung ausgeschlossen, so bleibt vielmehr nur der Weg der treupflichtbedingten Vertragsanpassung oder der Kündigung bzw. des Ausschlusses wegen Unzumutbarkeit unveränderter Fortsetzung der Gesellschaft. Demgegenüber führte die früher oft vertretene Lösung, den Beitragsschuldner unter Berufung auf §§ 459, 462 BGB a.F. auch bei nicht zu vertretenden Mängeln stets entweder auf Zahlung der Wertdifferenz oder – im Fall der Rückgabe der Sache („Wandelung") – des vollen Geldwerts in Anspruch zu nehmen, nicht selten zu für den Schuldner unzumutbaren Lösungen (Voraufl. Rn 154 [*Ulmer*]). Auch nach neuem Recht ist einer solchen auf Rücktritt oder Minderung (nur scheinbar) gestützten Ansicht daher nicht zu folgen.[498]

153 Die in Rn 151 f dargelegten Grundsätze finden auch Anwendung bei Mängeln einer Sache oder eines Rechts, die der Gesellschaft **dem Werte nach** oder **zum Gebrauch überlassen** werden sollen. Sind die Mängel vom Beitragsschuldner zu vertreten, so bedarf es eines Rückgriffs auf § 536a BGB (= § 538 BGB a.F.) schon deshalb nicht, weil die Schadensersatzfolge sich bereits aus §§ 280, 281 BGB ergibt. Ist der Mangel dagegen nicht zu vertreten, so kann der von der hM befürworteten Umgestaltung der Rechtsfolgen des § 536 BGB so wenig zugestimmt werden wie im Fall der §§ 459, 462 BGB a.F.

---

494 MünchKommBGB[5]/*Westermann* § 435 Rn 9; *Eidenmüller* NJW 2002, 1626; **aA** Jauernig/*Chr. Berger*[12] § 435 Rn 4.

495 Ebenso auch *Ulmer*/Habersack/Winter GmbHG § 5 Rn 109; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 82; MünchKommBGB[5]/*Westermann* § 433 Rn 6; Staudinger/*Habermeier* BGB (2003) § 706 Rn 23. Gegen eine – auch analoge – Anwendung der kaufrechtlichen Gewährleistungspflichten auf den Gesellschaftsvertrag MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 187, der die Rechtsfolgen aus dem Gesellschaftsvertrag ableiten will. Siehe auch *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 20 III 3d, S. 583 f.

496 MünchKommBGB[5]/*Ulmer*/*C. Schäfer* § 706 Rn 27.

497 *Ulmer*/Habersack/Winter GmbHG § 5 Rn 109; MünchKommBGB[5]/*Ulmer*/*C. Schäfer* § 706 Rn 27. So zum alten Recht (Minderung/Wandlung): *A. Hueck* OHG, § 14 II 1, S. 206 f.

498 Im Ergebnis wie hier auch *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, § 20 III 3d, S. 583 f und *Hüttemann* (Fn 467), S. 455 ff; MünchKommBGB[5]/*Ulmer*/*C. Schäfer* § 706 Rn 27. Zur ähnlichen Problematik bei Sacheinlagen im GmbH-Recht vgl. *Ulmer*/Habersack/Winter GmbHG § 5 Rn 105 ff.

(Rn 152).[499] Auch hier bleiben vielmehr nur Vertragsanpassung oder Gebrauchmachen von den Lösungsmöglichkeiten der §§ 723, 737 BGB. Entsprechendes gilt schließlich für Störungen bei der Erbringung von **Dienstleistungen.** Sie führen bei zu vertretender Schlechterfüllung zu Schadensersatzansprüchen wegen Pflichtverletzung nach §§ 280, 281 BGB.[500]

II. Vertragsschluss und Änderungen

1. Abschluss

154 **a) Allgemeines.** Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags unterliegt grundsätzlich den Vorschriften der §§ **145 ff BGB** über den Vertragsschluss. Die Besonderheiten der Gesellschaft machen allerdings gewisse **Abweichungen** erforderlich (zur Nichtanwendung der Auslegungsregeln des § 154 Abs. 1 und 2 BGB vgl. Rn 160 f). Auch abgesehen vom Sonderfall der „Sternverträge“[501] beruhen sie darauf, dass Gesellschaftsverträge häufig von mehr als zwei Personen geschlossen werden. In derartigen Fällen lässt sich der Abschluss nicht mehr auf einen Antrag und dessen Annahme durch den anderen Teil zurückführen. Der Vertrag kommt grundsätzlich erst dann zustande, wenn die entsprechenden Beitrittserklärungen *sämtlicher* als Gesellschafter vorgesehener Personen vorliegen (zum Fall subjektiver Teilnichtigkeit oder sonstiger Beitrittsmängel vgl. Rn 184 f, 191). Die einzelnen Beitrittserklärungen können auch nacheinander abgegeben werden[502]. Sie müssen grundsätzlich allen anderen Vertragspartnern zugehen (§ 130 Abs. 1 BGB), soweit diese nicht einen Zugangsbevollmächtigten bestellt oder auf den Zugang verzichtet haben (§ 151 S. 1, 2. Fall BGB). Zum konkludenten Vertragsschluss (§ 151 S. 1, 1. Fall BGB) vgl. Rn 155, zum Mindestinhalt Rn 157.

155 Der Vertrag einer OHG oder KG bedarf vorbehaltlich besonderer, mit Rücksicht auf die Art der Einlageleistungen eingreifender Formvorschriften (vgl. dazu Rn 167) **keiner Form**. Er kann daher grundsätzlich auch **konkludent** abgeschlossen werden, sofern nur Einigung über seinen Mindestinhalt (Rn 157) zwischen den Beteiligten erzielt ist. Der konkludente Abschluss eines Vertrags zum gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes liegt zwar weniger nahe als im Fall typischer Gelegenheitsgesellschaften des BGB[503]; von Rechts wegen begegnet er jedoch keinen Bedenken. Für die Bejahung einer stillschweigenden gesellschaftsrechtlichen Bindung spricht insbesondere der Umstand, dass die Beteiligten bewusst und gewollt mit der gewerblichen Tätigkeit unter gemeinsamer Firma beginnen oder diese beim Handelsregister anmelden, obwohl noch nicht über alle als regelungsbedürftig angesehenen Punkte Einigung erzielt ist oder die beabsichtigte schriftliche Fassung des Vertrages noch aussteht; die abweichenden Auslegungsregeln des § 154

---

[499] Für § 537 a.F. von der hM abw. auch *A. Hueck* OHG, § 14 II 2, S. 208; zweifelnd auch Erman/*Westermann*[12] § 706 Rn 11.

[500] Vgl. BGH LM § 276 (Hb) Nr. 33 = NJW 1983, 1188 (1189) (mangelhafter Vertrieb eines Verlagswerks durch den hierzu verpflichteten Gesellschafter).

[501] Bei ihnen treten an die Stelle eines unmittelbaren Vertragsschlusses zwischen den Beteiligten inhaltlich übereinstimmende, aufeinander bezogene zweiseitige Verträge mit einer zentralen Stelle (Agentur u.a.) zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks; vgl. BGH WM 1987, 581; MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 21 sowie eingehend *Martinek* Franchising, 1987, S. 544 ff.

[502] RGZ 163, 385 (392); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 40; Erman/*Westermann*[12] BGB § 705 Rn 6; Soergel/*Hadding*[12] BGB § 705 Rn 4.

[503] Vgl. dazu MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 26.

BGB stehen mangels Anwendbarkeit auf Gesellschaftsverträge nicht entgegen (Rn 160 f). In derartigen Fällen fehlt es allerdings im Zweifel an einer Einigung auf eine feste oder Mindestlaufzeit[504]; ein Abschluss auf unbestimmte Zeit mit der Möglichkeit ordentlicher Kündigung nach § 132 dürfte den Vorstellungen der Beteiligten meist besser entsprechen. Zur Abgrenzung des konkludenten Vertragsschlusses vom gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes kraft anderweitiger Verbindung der Beteiligten vgl. Rn 159.

156 Der Vertragsschluss bringt die Gesellschaft zwischen den Gesellschaftern zur Entstehung (Rn 49). Von ihr zu unterscheiden ist die Entstehung im Außenverhältnis (§ 123) sowie die rechtliche Qualifikation der neu gegründeten Gesellschaft als OHG/KG oder – noch – als GbR (Rn 50). Aufgrund des Rechtsformzwangs der §§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 1 hängt die Entscheidung davon ab, ob das gemeinsam betriebene Gewerbe Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 ist oder erst durch Eintragung im Handelsregister zum Handelsgewerbe wird (Rn 24). Darauf, ob die Parteien aus dem Rechtsformzwang die zutreffenden Konsequenzen ziehen oder ob sie von einer abweichenden Rechtsnatur ihres Zusammenschlusses ausgehen, kommt es für die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrags nicht an (Rn 158).

157 **b) Mindestinhalt.** Zu den essentialia negotii, die im Gesellschaftsvertrag bestimmt oder doch bestimmbar geregelt sein müssen, gehören die **Wesensmerkmale** der OHG/KG, darunter der gemeinsame Zweck (Rn 20 ff) und die Beitragsleistungen (Rn 17 ff), nicht aber die gemeinschaftliche Firma (vgl. Rn 33 ff, 35).[505] Sie müssen entweder im Gesellschaftsvertrag festgesetzt oder in wirksamer Weise der Bestimmung durch einen Teil der Gesellschafter bzw. einen Dritten nach §§ 315, 317 BGB vorbehalten sein. **Nicht** zum Mindestinhalt gehören Bestimmungen über Dauer der Gesellschaft, Geschäftsführung und Vertretung, Beschlussfassung und Stimmrecht, Gewinnverteilung, über Auflösungsgründe und Gesellschafternachfolge im Todesfall, auch wenn sie typischerweise in Gesellschaftsverträgen anzutreffen sind[506]. Soweit es hierzu an hinreichenden Anhaltspunkten für einen durch ergänzende Vertragsauslegung zu berücksichtigenden mutmaßlichen Parteiwillen fehlt, bestimmen sich die Rechtsverhältnisse der Beteiligten nach dispositivem Recht (zum grundsätzlichen Vorrang ergänzender Vertragsauslegung vor der Anwendung dispositiven Gesellschaftsrechts vgl. Rn 197).

158 **Nicht** zum Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrages gehört nach zutr. hM auch die **Einigung über die Rechtsform** der Gesellschaft als OHG, KG oder GbR[507]. Das folgt aus

---

[504] So zutr. RGZ 103, 73 (75); ähnl. auch BGHZ 11, 190 (192) = NJW 1954, 231.

[505] Eine Differenzierung zwischen gesetzlichen und vertraglichen Mindestbestandteilen ist nicht veranlasst (so aber MünchKomm-HGB/*K. Schmidt* Rn 118 f); vielmehr ist auch hinsichtlich des Gesellschaftsvertrages zwischen den Essentialen zu unterscheiden, ohne die ein Vertrag nicht zustande kommt, und den Fällen der §§ 154, 155 BGB, bei denen es allein auf den Willen der Parteien ankommt, ob der Vertrag gelten soll oder nicht. Zur Umkehrung der Auslegungsregel des § 154 BGB s. Rn 160.

[506] Vgl. etwa die Musterverträge für OHG und KG von *Blaum* im Beck'schen Formularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Aufl. 2006, S. 1338 ff und 1380 ff, und von *Oldenburg* und *Riegger/Götze* im Münchener Vertragshandbuch, 6. Aufl. 2005, S. 85 ff und 225 ff.

[507] Ganz hM, vgl. BGHZ 10, 91 (97) = NJW 1953, 1217; BGHZ 22, 240 (244) = NJW 1957, 218; BGHZ 32, 307 (310) = NJW 1960, 1664; BGH WM 1962, 10 (11); MünchKommHGB/*K. Schmidt* Rn 118; *ders.* Stellung der OHG, S. 158 ff, 164, 169; Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn/*Wertenbruch* Rn 42; *Westermann* Handbuch Rn I 131. **AA** *Lieb* Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem

dem im Personengesellschaftsrecht geltenden Rechtsformzwang nach Maßgabe der §§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 1 (Rn 3). Die Beteiligten haben es in diesen Grenzen zwar in der Hand, durch Auswahl des Gesellschaftszwecks und vertragliche Beschränkung der Außenhaftung eines Teils der Gesellschafter Einfluss auf die Rechtsform ihres Zusammenschlusses zu nehmen. Insbesondere können sie auch im Falle eines Kleingewerbes (§ 2) bzw. bei Verwaltung eigenen Vermögens die Entstehung einer OHG/KG durch Eintragung bewirken. Eine von §§ 105 Abs. 1, 2, 161 Abs. 1 abweichende Qualifikation ist ihnen jedoch verwehrt (Rn 50), sofern sie sich nicht für die Wahl einer Kapitalgesellschaftsform entscheiden. Haben die Beteiligten sich im Gesellschaftsvertrag auf eine unzutreffende Rechtsform geeinigt, so steht das seiner Wirksamkeit nicht entgegen und führt nicht etwa zur Teilnichtigkeit[508]. Von den Fällen einer bloßen falsa demonstratio abgesehen, kann dieser Umstand jedoch – als beachtlicher Rechtsfolgenirrtum – je nach Lage des Falles zur Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB berechtigen[509]; nach Vollzug der Gesellschaft kann dieser Irrtum freilich nur durch Auflösungsklage geltend gemacht werden (Rn 350).

159 c) **Abgrenzung zu anderen Formen des Zusammenwirkens.** Die Abgrenzung der OHG/KG von Gefälligkeitsverhältnissen bereitet im Unterschied zur GbR[510] meist keine Schwierigkeiten: Das gewollte Zusammenwirken zum gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes gestattet in aller Regel den Schluss auf einen entsprechenden Bindungswillen der Beteiligten. Wohl aber kann die **Mitarbeit von Ehegatten oder Angehörigen** in einem Familienunternehmen Abgrenzungsprobleme aufwerfen. Der Umstand, dass die Firma des bisherigen Einzelkaufmanns oder der schon bestehenden Gesellschaft unverändert fortgeführt wird, ist wegen § 24 Abs. 1 nicht ausschlaggebend; Entsprechendes gilt für die fehlende Handelsregistereintragung dieser Personen. Entscheidend kommt es darauf an, ob die mitarbeitenden Familienangehörigen nach dem Willen der Beteiligten eigenverantwortliche Tätigkeiten übernehmen und am Erfolg des gemeinsamen Unternehmens teilnehmen sollen[511]. Insbes. bei Ehegatten reicht die Mitarbeit als solche, auch wenn sie ohne Unterordnung erfolgt, in der Regel nicht aus, um daraus auf den konkludenten Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zwischen ihnen zu schließen. Vielmehr muss die bestehende familienrechtliche Verbindung durch das Zusammenwirken der Beteiligten bewusst und gewollt überschritten werden[512]. Anhaltspunkte dafür ergeben sich

---

Güterstand, 1970, S. 24 ff, 27 (für Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages wegen „juristischer Unmöglichkeit"); *Battes* AcP 174 (1974), 429 (434 f, 438 f) (für Eingreifen von § 134 BGB, ggf. mit Aufrechterhaltung der Gesellschaft entgegen § 139 BGB); i.E. ähnlich (für Teilnichtigkeit betr. die Rechtsformwahl) *Jahnke* ZHR 146 (1982), 595 (609 f) trotz seiner der hM zustimmenden Ausgangsthese (S. 602 ff). Von „Umdeutung" spricht auch BGHZ 19, 269 (272 ff) = NJW 1956, 297, freilich ohne auf Voraussetzungen und Grenzen von § 140 BGB einzugehen (vgl. *K. Schmidt* aaO S. 160 Fn 5 mwN).

[508] **AA** *Battes* und *Lieb* (Fn 507); im Ansatz auch *Jahnke* (Fn 507) S. 609 ff, der Teilnichtigkeit bezüglich der Rechtsformwahl annimmt und das Schicksal des Restvertrages davon abhängig macht, ob die Parteien den Vertragsschluss auch bei nichtiger Rechtsformbezeichnung gewollt haben.

[509] So auch Soergel/*Hadding*[12] § 705 Rn 6; **aA** *K. Schmidt* Stellung der OHG, S. 168 f. Allg. zu den Fällen eines beachtlichen Rechtsfolgenirrtums als Unterfall des Inhalts-(Geschäfts-)Irrtums vgl. RGZ 88, 278 (284); 89, 29 (33); 134, 195 (197 f); MünchKommBGB[5]/*Kramer* § 119 Rn 86; Palandt/*Heinrichs/Ellenberger*[67] § 119 Rn 15; *Mayer-Maly* AcP 170 (1970), 133 (168, 170).

[510] Vgl. dazu MünchKommBGB[5]/*Ulmer* § 705 Rn 17 ff.

[511] Vgl. etwa BFH BB 1980, 1835.

[512] Vgl. näher MünchKommBGB[5]/*Ulmer* Vor § 705 Rn 73 ff.