

Großkommentare der Praxis

Handelsgesetzbuch

Großkommentar

Begründet von Hermann Staub, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts.

Dritte Auflage, neubearbeitet von

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

Zweiter Band, 1. Halbband

§§ 105—144

Register für Halbbände 1 und 2



1973

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Erscheinungsdaten der Lieferungen

Lieferung 1 (§§ 105—127): Juni 67

Lieferung 2 (§§ 128—134): April 71

Lieferung 3 (§§ 135—144, Register): April 73

Zitierweise

§§ 105—130: Fischer in Großkomm. HGB

§§ 131—144: Ulmer in Großkomm. HGB

ISBN 3 11 004508 7

©

Copyright 1973 by Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., 1 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany.

Satz und Druck: Walter de Gruyter & Co., 1 Berlin 30

Inhaltsverzeichnis des zweiten Bandes (§§ 105—144)

Zweites Buch • Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft

Vorbemerkungen	1
--------------------------	---

Erster Abschnitt: Offene Handelsgesellschaft

Erster Titel: Errichtung der Gesellschaft

§ 105 Begriff; Anwendbarkeit des BGB	5
§ 106 Anmeldung zum Handelsregister	90
§ 107 Anmeldung von Änderungen	93
§ 108 Durchführung der Anmeldungen; Aufbewahrung der Unterschriften	95

Zweiter Titel: Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander

§ 109 Gesellschaftsvertrag	103
§ 110 Ersatz für Aufwendungen und Verluste	112
§ 111 Verzinsung nicht erbrachter Einlagen und von Forderungen der Gesellschaft	119
§ 112 Wettbewerbsverbot für Gesellschafter	122
§ 113 Rechtsfolgen bei Verletzung des Wettbewerbsverbots	131
§ 114 Geschäftsführung	140
§ 115 Geschäftsführung durch mehrere Gesellschafter	149
§ 116 Umfang der Geschäftsführungsbefugnis	159
§ 117 Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis	171
§ 118 Kontrollrecht der nicht geschäftsführungsbefugten Gesellschafter	185
§ 119 Beschlußfassung der Gesellschafter	190
§ 120 Bilanz, Gewinn und Verlust	203
§ 121 Gewinn- und Verlustverteilung	214
§ 122 Entnahmen durch Gesellschafter	219

Dritter Titel: Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten

§ 123 Beginn der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten	228
§ 124 „Rechtspersönlichkeit“ der OHG; Zwangsvollstreckung in Gesellschafts- vermögen	232
§ 125 Vertretung der Gesellschaft	252
§ 126 Umfang der Vertretungsmacht der Gesellschafter	265
§ 127 Entziehung der Vertretungsmacht	276
§ 128 Persönliche Haftung der Gesellschafter	285
§ 129 Einwendungen des Gesellschafters bei persönlicher Inanspruchnahme . . .	316
§ 130 Haftung eines in bestehende OHG eintretenden Gesellschafters	325

Vierter Titel: Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern

§ 131 Auflösungsgründe	339
§ 132 Frist bei Kündigung eines Gesellschafters	387
§ 133 Auflösung durch gerichtliche Entscheidung bei wichtigem Grund	400
§ 134 Gesellschaft auf Lebenszeit eines Gesellschafters	425
§ 135 Auflösung durch Kündigung eines Privatgläubiger eines Gesellschafters	429
§ 136 Geschäftsführungsbefugnis bei Unkenntnis der Auflösung	441
§ 137 Auflösung durch Tod oder Konkurs eines Gesellschafters	444

Inhaltsverzeichnis

§ 138	Ausscheiden eines Gesellschafters	451
§ 139	Fortsetzung mit den Erben des Kommanditisten	499
§ 140	Ausschließung eines Gesellschafters statt Auflösung	564
§ 141	Fortbestehen bei Kündigung durch Privatgläubiger oder Konkurs	585
§ 142	Übernahme des Geschäfts durch einen Gesellschafter	592
§ 143	Anmeldung von Auflösung und Ausscheiden	609
§ 144	Fortsetzung der OHG nach Gesellschaftskonkurs	619
Sachregister für Band II Teile 1 und 2		623

Zweites Buch

Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft

Vorbemerkungen

I. Das zweite Buch enthält nach seiner Überschrift die Vorschriften über die Handelsgesellschaften und über die stille Gesellschaft. Es trat an die Stelle der Art. 85—270 ADHGB. Schon durch die Überschrift bringt es zum Ausdruck, daß es die stille Gesellschaft nicht zu den Handelsgesellschaften rechnet. Die stille Gesellschaft ist auch ihrem Wesen nach nicht als Handelsgesellschaft anzusehen. Der stille Gesellschafter beteiligt sich nur finanziell an dem Handelsgewerbe eines anderen, der es nach wie vor allein als Inhaber betreibt; § 335 Abs. 1 Satz 1; §§ 340—342. Als reine Innengesellschaft, vgl. die Erl. zu § 335, kann die stille Gesellschaft auch deshalb keine Handelsgesellschaft sein, weil zum Wesen der Handelsgesellschaft das Hervortreten nach außen gehört, das sich namentlich in der gemeinsamen Firma und in der vorgeschriebenen Eintragung zum Handelsregister äußert.

Vorbem. 1

Im Handelsgesetzbuch sind als Handelsgesellschaften behandelt: die offene Handelsgesellschaft, §§ 105—160; die Kommanditgesellschaft, §§ 161—177; die Aktiengesellschaft, §§ 178—319, und die Kommanditgesellschaft auf Aktien, §§ 320—334. Die Vorschriften über die beiden letzten Gesellschaftsarten sind jetzt ersetzt durch das am 1. Januar 1966 in Kraft getretene Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I 1089ff.). Im Handelsgesetzbuch sind somit nur noch die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft (die sog. Personen- oder Personalgesellschaften) geregelt. Als Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuchs gilt auch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung; § 13 Abs. 3 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 (GmbHG). Die GmbH wie die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien gelten auch dann als Handelsgesellschaften, wenn sie kein Handelsgewerbe betreiben, während ein solcher Betrieb zum Wesen der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft gehört (§§ 105, 161 HGB; § 3 AktG; § 1 GmbHG).

Vorbem. 2

Keine Handelsgesellschaft ist die eingetragene Genossenschaft nach dem Gesetz über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 20. Mai 1898 (GenG). Nach § 17 Abs. 2 GenG gelten zwar die Genossenschaften als Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuchs, soweit das GenG keine abweichenden Vorschriften enthält. Diese Bestimmung bedeutet aber nur, daß auf die Genossenschaften die für Kaufleute geltenden allgemeinen Vorschriften des HGB Anwendung finden, z. B. diejenigen über Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher, über die Firma, soweit nicht § 3 GenG maßgebend ist, über kaufmännische Zinsen, über den Schutz des guten Glaubens, über die Formfreiheit von Bürgschaft, Schuldversprechen und Schuldanerkennnis und über das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht.

Das ADHGB enthielt in den Art. 266—271 besondere Vorschriften über die „Ver-einigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinsame Rechnung“ (Gelegenheitsgesellschaft). Sie sind in das neue HGB nicht übernommen worden. Ihre einzelnen Vorschriften sind als allgemeines Recht in die Vorschriften über die bürgerlichrechtliche Gesellschaft (§§ 705ff. BGB) aufgenommen worden. Nach diesen Vorschriften richtet sich jetzt auch die Gelegenheitsgesellschaft, wenn sie einzelne Handelsgeschäfte zum Gegenstand hat (vgl. § 105 Anm. 111).

Die Handelsgesellschaften sind entweder **Personengesellschaften** oder **Kapitalgesellschaften**. Bei den Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, GmbH) bildet das eingebrachte Kapital die alleinige notwendige Grundlage des Kredites des Unternehmens, wenn auch wie bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien eine persönliche Haftung einzelner Gesellschafter (der Komplementäre) hinzukommen kann. Das bei diesen Gesellschaften notwendig einzubringende Vermögen,

Vorbem. 3

das Grundkapital oder die Stammeinlage, ist im Interesse der Gesellschaftsgläubiger gewissen Sicherungsvorschriften hinsichtlich seiner Aufbringung und Zurückzahlung unterworfen (verantwortliches oder gebundenes Kapital). Bei den Personengesellschaften (offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft, insbesondere bei der ersten) bildet dagegen die persönliche Haftung der Gesellschafter mit ihrem ganzen Vermögen und teilweise auch ihre persönliche Mitarbeit bei der Führung des Unternehmens die Grundlage des Vertrauens. Wenn auch hier stets ein besonderes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, das den Gläubigern ebenfalls haftet, so bedarf es doch hier gerade wegen der persönlichen Haftung der Gesellschafter keiner Bindung des Vermögens zugunsten der Gläubiger.

Vorbem. 4

II. Zeitlicher Geltungsbereich der Vorschriften über die Handelsgesellschaften, soweit sie jetzt noch im HGB geregelt sind. Für Handelsgesellschaften, die nach Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs von 1897 (1. 1. 1900) in dessen Geltungsgebiet entstanden sind, gelten die Vorschriften. Sind sie vorher entstanden, so unterliegen sie den Vorschriften des älteren Rechts, also regelmäßig des ADHGB und des dieses ergänzenden alten Landesrechts (RG Gruchot 50, 1026), soweit nicht zwingende Vorschriften des neuen HGB, z. B. des § 133 Abs. 3, über die Unabdingbarkeit des Rechts auf Auflösung der Gesellschaft oder des sonstigen neuen Rechts der Anwendung des alten Rechts entgegenstehen (Art. 170 ErgG z. BGB), oder soweit sich nicht die Gesellschaft durch eine neue gesellschaftsvertragliche Bestimmung dem neuen Recht unterworfen hat. Die Unterwerfung unter das neue Recht oder einzelne Bestimmungen desselben kann auch durch schlüssige Handlungen geschehen. Sie ist aber nicht schon darin zu finden, daß die Gesellschafter seit Inkrafttreten des neuen HGB das Gesellschaftsverhältnis fortgesetzt haben oder daß neue Gesellschafter der Gesellschaft beigetreten sind, insbesondere dann nicht, wenn dieser Eintritt (z. B. der Erben eines verstorbenen Gesellschafters) im alten Vertrag vorgesehen war (RG 84, 138; 109, 57; 145, 29; KG OLG 3, 343; Lehmann ZHR 48, 17). Auch eine sonstige Änderung des Gesellschaftsvertrages läßt nicht ohne weiteres auf eine Unterwerfung unter das neue Recht schließen. Dagegen ist sie anzunehmen, wenn die Gesellschafter unter der Herrschaft des neuen Rechts einen völlig neuen Gesellschaftsvertrag unter ausdrücklicher oder stillschweigender Aufhebung des alten geschlossen haben oder wenn die Grundlagen der Gesellschaft durch neue Vereinbarungen vollständig oder wesentlich geändert sind (RG 71, 254). Eine wesentliche Änderung kann z. B. vorliegen, wenn auf Verlangen der Erben eines persönlich haftenden Gesellschafters gemäß § 139 Abs. 1, der auch für altrechtliche Gesellschaften gilt, die Erben Kommanditisten geworden sind. Jedenfalls in der Regel wird als gewollt anzusehen sein, daß sich die Gesellschafter dem neuen Recht unterstellen wollen. Vertragliche Vereinbarungen, die für das alte und neue Recht passen, bleiben dabei in Kraft; RG Urt. v. 27. 1. 44; II 111/43. Die Unterwerfung unter das neue Recht kann sich auch daraus ergeben, daß die Gesellschafter nach dessen Vorschriften gelebt haben, z. B. statt der dem ADHGB, Art. 106, eigentümlichen Verzinsung der Einlagen nur im Falle eines Gewinnes sich die Vordividende nach § 121 gegenseitig bewilligt haben.

Vorbem. 5

III. Sachlicher Geltungsbereich der Vorschriften über die Handelsgesellschaften. Das deutsche Recht gilt nur für inländische Gesellschaften, soweit es nicht seiner Natur nach zwingend ist. Von einer inländischen oder ausländischen Staatsangehörigkeit einer Handelsgesellschaft kann man zwar nicht sprechen, da der Begriff der Staatsangehörigkeit nur für natürliche Personen gilt, wohl aber kann man von einer in- oder ausländischen Gesellschaft in dem Sinne sprechen, daß sie als Gesellschaft dem deutschen oder einem fremden Rechte untersteht; vgl. deutsch-englisches Schiedsgericht JW 1922, 1161 mit Anm.; wegen elsäß-lothr. offener Handelsgesellschaften nach französischem Recht: cour d'appel Colmar JW 1926, 1373 mit Anm.; vgl. auch OLG Hamburg OLG 10, 129; Wieland I 459 Anm. 57, S. 617 Anm. 48; vgl. ferner BGH LM 1957, 999.

Ob eine Gesellschaft eine inländische oder eine ausländische ist, bestimmt sich nach ihrem Sitze. Maßgebend ist der Sitz der Hauptniederlassung (wegen des Begriffs des Gesellschaftssitzes vgl. die Erl. zu § 106); RG LZ 11, 616⁴²; Kohler ZHR 74, 459. Darauf, ob die Gesellschafter oder ein Teil von ihnen Inländer oder Ausländer

Vorbemerkungen (Fischer)

sind, kommt es nicht an (OLG Hamburg DJZ 1900, 444; Posen JW 1915, 1038; Dresden JW 1918, 58; Pariser Kass.-Hof JW 1930, 3816; wegen der zu bejahenden Zulässigkeit der Eintragung einer aus Deutschen und Ausländern bestehenden oHG in das Handelsregister eines deutschen Konsuls vgl. RG 36, 172).

Nach dem Rechte des Gesellschaftssitzes richtet sich danach die Frage, ob eine Gesellschaft die Rechts- (die Partei- und Prozeß-)fähigkeit oder eine beschränkte Rechtsfähigkeit oder die in § 124 für das deutsche Recht bestimmte Fähigkeit zu selbständigem Auftreten im Rechtsverkehr besitzt. Hat eine ausländische Gesellschaft nach dem Rechte ihres Sitzes diese Fähigkeit, so ist sie ihr auch im Inlande zuzuerkennen. Die besonderen Vorschriften der §§ 14, 15 VereinsG v. 5. 8. 64 über das Verbot von Ausländervereinen und ausländischen Vereinen gelten nicht für ausländische Gesellschaften. Verschieden von der Rechtsfähigkeit einer ausländischen Gesellschaft ist die Frage, ob eine Gesellschaft befugt ist, im Inlande ein Gewerbe zu betreiben, insbesondere ob sie dazu einer Erlaubnis bedarf. Diese Frage entscheidet sich nach inländischem Recht, soweit nicht durch Staatsverträge die Frage geregelt ist. Die Notwendigkeit einer solchen Erlaubnis erstreckt sich nicht ohne weiteres auf den Abschluß einzelner Geschäfte. Maßgebend ist hier Inhalt und Zweck des Gesetzes (RG 83, 67; 114, 217). Ob eine ausländische Gesellschaft im Inlande als Kaufmann anzusehen ist, bestimmt sich nach deutschem Recht (vgl. Allgem. Einl. vor § 1 und Erl. zu § 6). Das Recht einer ausländischen Gesellschaft zur Firmenführung richtet sich nach dem Rechte ihres Sitzes (Wieland I 617 Anm. 18; Lewald, Das deutsche internationale Privatrecht, 1931, I 53ff. mit Nachweisen der Rechtsprechung).

Nach dem Rechte des Gesellschaftssitzes bestimmen sich auch die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander und zu Dritten, namentlich also auch die Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten und ihre Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten. Das gleiche gilt von der Möglichkeit, die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter abweichend von der gesetzlichen Regel zu ordnen. Nicht anzuerkennen ist das ausländische Recht, soweit es den deutschen Anschauungen über die guten Sitten widerspricht oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstößt (Art. 30 ErgG zum BGB; vgl. auch Allgem. Einl. vor § 1). Soweit es sich um das Verfahren vor deutschen Behörden, insbesondere deutschen Gerichten handelt, sind, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist, die deutschen Vorschriften auch für ausländische Gesellschaften maßgebend.

Gilt eine Handelsgesellschaft nach den angegebenen Grundsätzen als ausländische Gesellschaft, so hat sie, soweit nicht zwischenstaatliche Verträge etwas anderes bestimmen, nach § 110 ZPO Sicherheit für die Prozeßkosten zu leisten, auch wenn alle oder einige Gesellschafter Inländer sind. Ist sie als inländische Gesellschaft anzusehen, so ist sie von der Vorschufspflicht befreit, auch wenn alle oder einige Gesellschafter Ausländer sind (Jonas-Pohle § 110 ZPO II 1c; Jaeger, die oHG im Zivilprozeß, S. 25; a. M. RG 36, 393; OLG Dresden in SächsA 5, 707). Für die Frage, ob einer ausländischen Gesellschaft das Armenrecht wegen Verbürgung der Gegenseitigkeit zu gewähren ist, kommt es ebenfalls auf das Recht des Gesellschaftssitzes an.

Für das **Devisenrecht** ist eine Personengesellschaft mit inländischem Sitz auch dann als Inländerin zu betrachten, wenn einer ihrer Inhaber Ausländer ist und im Auslande seinen Wohnsitz hat. Dies gilt auch dann, wenn die Gesellschaft sich in Abwicklung befindet. (RG 151, 43 mit Schrifttumsnachweisen).

Wegen der Bedeutung des Wohnsitzes oder des Gesellschaftssitzes für das interlokale Privatrecht: Beitzke in DR 1940, 1539 mit weiteren Nachweisen und die Erl. zu § 1 u. § 106.

Eine ausländische, also nicht deutsche Gesellschaft unterwirft sich dem deutschen Recht, wenn sie ihren Sitz ins Inland verlegt. Nach deutschem Recht bestimmt sich dann, ob sie nach ihrem Gesellschaftsvertrag den Erfordernissen einer deutschen Gesellschaft bestimmter Art genügt. Durch die Errichtung einer Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft im Inlande wird die Beurteilung ihrer Rechtsfähigkeit und ihrer sonstigen Rechtsverhältnisse grundsätzlich nicht berührt. Die Zweigniederlassung ist aber den für inländische Gewerbebetriebe geltenden Vorschriften unterworfen; wegen der Anmeldung der Zweigniederlassung vgl. § 13b.

Vorbem. 6

Vorbem. 7

Durch die Sitzverlegung ins Ausland verliert eine deutsche Gesellschaft die Eigenschaft einer deutschen Gesellschaft. Sie kann dann als ausländische Gesellschaft nach dem Recht ihres neuen Sitzes weiter bestehen. Wegen der Frage der Auflösung durch die Sitzverlegung vgl. die Erläuterungen zu § 131.

Vorbem. 8

Besondere Bestimmungen enthält das Gesetz über das Flaggenrecht der Seeschiffe und die Flaggenführung der Binnenschiffe vom 8. 2. 1951 (BGBl. I 79).

Schrifttum: Außer den Lehrbüchern und Kommentaren zum HGB- und Gesellschaftsrecht des BGB; u. a.: Affolter, Die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 5, S. 5 ff.; Boesebeck, Die kapitalistische Kommanditgesellschaft 1938; Erman, Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage 1947; O. v. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887; derselbe: Die Handelsgesellschaften und das bürgerl. Recht; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft 3. Aufl. 1964; E. Jäger, Die offene Handelsgesellschaft im Zivilprozeß 1915; derselbe, Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft 1897; Laufke, Die Handelsgesellschaften und das zwingende Recht 1931; Würdinger, Recht der Personalgesellschaften 1937.

Zur geschichtlichen Entwicklung der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft: Lastig, ZHR 29, 387 ff.; Wieland, Handelsrecht I, 521 ff.; Haumann, ZHR 68, 439 ff.; 69, 47 ff.; Max Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter 1889; Rehme, Geschichte des Handelsrechts in Ehrenbergs Handbuch I, 162 ff.

Zur Literatur über die Abfassung von Gesellschaftsverträgen: Möhle, Die Personengesellschaft, 2. Aufl. 1957; Potthof/Zintzen, Die Gesellschaftsverträge der Personalgesellschaften, 2. Aufl. 1953; Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der Personalgesellschaften 1959; Schneider/Zartmann, Familienunternehmen und Unternehmer testament 4. Aufl. 1964.

Erster Abschnitt

Offene Handelsgesellschaft

Erster Titel

Errichtung der Gesellschaft

§ 105

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

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

Übersicht zu § 105

- I. Die Geschichte der offenen Handelsgesellschaft
 - 1. Die Entstehung der verschiedenen Formen der Handelsgesellschaften Anm. 1
 - 2. Die weitere Entwicklung der OHG Anm. 2
 - 3. Die verschiedene rechtliche Gestaltung der OHG in den einzelnen Ländern Anm. 3
 - 4. Das Gesamthandsprinzip als Gestaltungsform der deutschen OHG Anm. 4
 - II. Die Rechtsnatur der OHG
 - 1. Allgemeines Anm. 5
 - 2. die OHG als Gesellschaft Anm. 6
 - 3. Die OHG als Personengesellschaft (keine juristische Person) Anm. 7, 8
 - III. Die Begriffsmerkmale der OHG
 - 1. Der gemeinsame Zweck Anm. 9, 9a
 - 2. Der Betrieb eines Handelsgewerbes als gemeinsamer Zweck Anm. 10—13
 - 3. Der Betrieb eines vollkaufmännischen Unternehmens. Die Scheingesellschaft Anm. 14—16
 - 4. Die Förderung des gemeinsamen Zwecks durch Beiträge Anm. 17
 - 5. Die gemeinschaftliche Firma Anm. 18—19a
 - 6. Kein Ausschluß der persönlichen Haftung
 - a) Allgemeines Anm. 20
 - b) Die unbeschränkte Haftung als zwingende Rechtsfolge Anm. 20a, b
 - c) Der interne Haftungsausschluß Anm. 20c
 - IV. Die Gesellschafter der oHG
 - 1. Die Zahl der Gesellschafter Anm. 21—22
 - 2. Die natürliche Person als Gesellschafter Anm. 23
 - a) nicht voll geschäftsfähige und geschäftsunfähige Personen als Gesellschafter Anm. 24
 - b) ein Ehegatte als Gesellschafter Anm. 25
 - aa) Bei gesetzlichem Güterrecht Anm. 25a
 - bb) bei vertraglichem Güterrecht Anm. 25b-e
 - c) Die Ehegatten als alleinige Gesellschafter Anm. 25f, g, h
 - 5. Die juristische Person als Gesellschafter Anm. 26
 - 4. Die OHG und die KG als Gesellschafter Anm. 27
 - 5. Wer kann nicht Gesellschafter sein? Anm. 28, 28a
 - 6. Einzelheiten
 - a) Der Treuhänder Anm. 28b
 - b) Der Testamentsvollstrecker Anm. 28c—e
 - c) Der Konkursverwalter Anm. 28f
 - 7. Mehrere OHG's mit denselben Mitgliedern Anm. 29
 - 8. Keine mehrfache Mitgliedschaft Anm. 30
- V. Die OHG als Gesamthandsverhältnis
 - 1. Das Rechtsverhältnis zwischen den Gesellschaftern Anm. 31
 - a) Die Treupflicht des Gesellschafters Anm. 31a—e
 - b) Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung Anm. 32
 - 2. Das Gesellschaftsvermögen als Gesamthandsvermögen Anm. 33
 - a) Die Träger des Gesellschaftsvermögens Anm. 34
 - b) Die Bindung des Gesellschaftsvermögens Anm. 35
 - c) Die gemeinschaftlichen Verpflichtungen Anm. 36
 - 3. Die Beteiligung der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen
 - a) Allgemeines Anm. 37

- b) Der Anteil an den einzelnen Vermögensgegenständen Anm. 38
 - c) Der Anteil am Gesellschaftsvermögen Anm. 39, 40
- 4. Das Gesellschaftsvermögen als Sondervermögen
 - a) Die rechtliche Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens Anm. 41
 - b) Die Befugnis zur Verfügung über das Gesellschaftsvermögen Anm. 41 a
 - c) weitere Rechtsfolgen Anm. 41 b
- 5. Die Trennung zwischen Gesellschaftsvermögen und Privatvermögen
 - a) Übereignung bei Übergang von der einen an die andere Vermögensmasse Anm. 42, 42 a
 - b) Keine Übereignung bei Änderung der Rechtsform der Gesellschaft Anm. 42 b—44
 - c) Die Einbringung von Vermögensgegenständen als Einlage Anm. 45—45 d
 - d) Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern Anm. 46
- VI. Der Gesellschaftsvertrag
 - 1. Die Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrags Anm. 47—47 b
 - 2. Zur Anwendung der §§ 320 ff BGB Anm. 47 c—47 h
 - 3. Der Abschluß und der Inhalt des Gesellschaftsvertrags Anm. 48, 49
 - 4. Die Bedingung oder Zeitbestimmung Anm. 50
 - 5. Der Abschluß des Gesellschaftsvertrags durch Vertreter
 - a) Abschluß durch Bevollmächtigte Anm. 51
 - b) Abschluß durch gesetzliche Vertreter Anm. 52—54
 - 6. Die Form des Gesellschaftsvertrages
 - a) Allgemeines Anm. 55
 - b) Die Fälle der gesetzlichen Formbedürftigkeit Anm. 56
 - c) die gewillkürte Form Anm. 57
 - d) Die Heilung des Formmangels Anm. 58
 - e) Die Nichtigkeit als Wirkung des Formmangels Anm. 58 a
 - 7. Die Auslegung des Gesellschaftsvertrags Anm. 59
 - 8. Die Abänderung des Gesellschaftsvertrags Anm. 60
 - 9. Der Gesellschaftsvertrag als Handelsgeschäft Anm. 60 a
 - 10. Der Vorvertrag Anm. 61
- VII. Die Entstehung der OHG
 - 1. Der Zeitpunkt des Entstehens Anm. 62
 - a) Mit Abschluß des Gesellschaftsvertrags Anm. 62 a
 - b) Mit der Eintragung in das Handelsregister Anm. 62 b
 - c) Die Vorgesellschaft Anm. 63
 - 2. Die Entstehung der OHG durch Änderung der Rechtsform des Unternehmens
 - a) Aufnahme eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns Anm. 64
 - b) Entwicklung eines Kleingewerbes zu einem voll kaufmännischen Unternehmen Anm. 64 a
 - c) Umwandlung einer KG in eine OHG Anm. 64 b
 - d) Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine OHG Anm. 64 c
 - 3. Die Fortführung des Handelsgeschäfts eines Einzelkaufmanns durch seine Erben
 - a) Die Erbengemeinschaft als Träger des Handelsgeschäfts Anm. 65
 - b) Die Bedenken gegen die herrschende Lehre Anm. 65 a
 - c) Die OHG als Träger des fortgeführten Handelsgeschäfts Anm. 66, 67
- VIII. Die fehlerhafte Gesellschaft
 - 1. Die historische Entwicklung in Rechtsprechung und Schrifttum
 - a) Allgemeines Anm. 68
 - b) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts Anm. 69
 - aa) Der Schutz des Rechtsverkehrs Anm. 70
 - bb) Der Bestandsschutz der fehlerhaften Gesellschaften Anm. 71
 - cc) Die Verknüpfung der beiden rechtlichen Gesichtspunkte Anm. 72
 - c) Die Rechtsprechung des BGH Anm. 73
 - d) Die Ansichten im Schrifttum Anm. 74—76
 - 2. Die Begründung für die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft Anm. 77—80
 - 3. Die Voraussetzungen der fehlerhaften Gesellschaft
 - a) Der Abschluß eines Gesellschaftsvertrags Anm. 81—83
 - b) Die Abänderung des Gesellschaftsvertrags Anm. 84
 - c) Die Invollzugsetzung der Gesellschaft Anm. 85—86
 - 4. Die Rechtssätze für die fehlerhafte Gesellschaft Anm. 87
 - a) Die Gesellschaft bis zur Geltendmachung der Nichtigkeitsgründe Anm. 88—90
 - b) Die Auflösung der Gesellschaft Anm. 91—92
 - c) Der Ausschuß eines Gesellschafters Anm. 93
 - d) Die Abwicklung der Gesellschaft Anm. 94
 - 5. Die Grenzen für die Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft
 - a) Bei Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot Anm. 95—97
 - b) Der Schutz schutzwürdiger Personen Anm. 98
 - aa) Die nicht voll geschäftsfähigen Gesellschafter Anm. 99—101
 - bb) Der getäuschte usw.-Gesellschafter Anm. 102

IX. Die zum Schein abgeschlossene Gesellschaft	XI. Die Gelegenheitsgesellschaft	Anm. 111
1. Allgemeines	Anm. 107	
2. Keine fehlerhafte Gesellschaft	Anm. 108	
3. Schutz des Rechtsverkehrs	Anm. 109	
X. Die Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechts, insbesondere über die Gesellschaft	Anm. 110	
XII. Steuerrechtliche Fragen		
1. Allgemeines	Anm. 112	
2. Die Einkommensteuer	Anm. 113	
3. Die Vermögensteuer	Anm. 114	
4. Die Gewerbesteuer	Anm. 115	
5. Der Lastenausgleich	Anm. 116	

I. Die Geschichte der offenen Handelsgesellschaft.

1. Die Entwicklung der verschiedenen Formen der Handelsgesellschaften

Anm. 1

Mit der Ausbildung und dem Aufblühen des mittelalterlichen Handels, vornehmlich zunächst in Italien, beginnt die Entwicklung der modernen Handelsgesellschaften. Am Anfang dieser Entwicklung steht keineswegs eine Gesellschaftsform, die unserer heutigen offenen Handelsgesellschaft entspricht, also nicht der gesellschaftliche Zusammenschluß zweier oder mehrerer Kaufleute zum gemeinsamen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, sondern vielmehr eine Verbindung zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Kapitalisten, der jenem die notwendigen Waren, ein Schiff oder die erforderlichen Gelder zur Durchführung bestimmter Geschäfte zur Verfügung stellt. Dabei bildet sich wohl erst allmählich der gesellschaftliche Charakter solcher Zusammenschlüsse heraus, die zunächst noch sehr stark dem Kommissionsgeschäft nahe standen oder auch ein Auftragsverhältnis darstellten, und bei denen häufig die zur Verfügung gestellten Gegenstände im Eigentum des Kapitalisten blieben. Immerhin entwickelt sich bereits im 11. Jahrhundert aus diesen Geschäften, die namentlich im Handel der italienischen Seestädte eine wirtschaftlich bedeutsame Rolle spielen, auch eine echte Gesellschaftsform, die *commenda*. Typisch für diese erste Gesellschaftsform des Handels ist der Zusammenschluß von Kapital und Arbeit zur Durchführung bestimmter einzelner Geschäfte; dieser gesellschaftliche Zusammenschluß dient also zunächst nicht etwa der Führung eines auf Dauer angelegten Erwerbsgeschäfts. Die *commenda* ist also nach unserem heutigen Sprachgebrauch zunächst eine Gelegenheitsgesellschaft zur Durchführung einzelner oder mehrerer Geschäfte (Seereisen), eine Vereinigung von persönlich-unternehmerischer Leistung mit dem dafür notwendigen Kapital. Die *commenda* bildet so die Keimzelle für unsere heutige Kommanditgesellschaft, aber auch für die stille Gesellschaft. Im hohen Mittelalter findet sich die Gesellschaftsform der *commenda* auch in Deutschland, wobei nicht recht aufgeklärt ist, ob sie aus Italien übernommen, oder ob sie sich aus deutschrechtlicher Wurzel hier selbstständig entwickelt hat.

Völlig unabhängig von der *commenda* bildet sich verhältnismäßig spät in Italien eine weitere Gesellschaftsform aus, die in den Quellen gewöhnlich als *compagnia* bezeichnet wird. Sie ist die Urform unserer heutigen offenen Handelsgesellschaft. Ihre Entstehung ist bis heute noch nicht vollständig aufgeklärt, wahrscheinlich ist sie auf familien- und erbrechtlicher Grundlage erwachsen, indem die Söhne in ungeteilter Erbhengemeinschaft das Erwerbsgeschäft ihres Vaters fortführten. Sie ist im Unterschied zu der *commenda* von Anfang an eine auf Dauer angelegte Erwerbsgesellschaft, sie ist echte Arbeits- und Geschäftsgemeinschaft. Wenn sie auch ursprünglich im Familienverband ihre Wurzel gehabt haben mag, so ist doch für die folgende Zeit ihre vertragliche Grundlage sicher. Sicher ist weiter, daß in der Folgezeit sich auch nicht Familienangehörige in der *compagnia* zusammengeschlossen haben. In den Quellen wird sie das erste Mal im Jahre 1318 in Italien erwähnt. In Deutschland hören wir das erste Mal von ihr im Jahre 1494; es handelt sich dabei um den berühmt gewordenen Gesellschaftsvertrag der Brüder Fugger in Augsburg. Die heutigen Kennzeichen der offenen Handelsgesellschaft, die Firmengemeinschaft, die Haftungsgemeinschaft sowie die gegenseitige Vertretungsbefugnis sind erst im Lauf der Zeit entwickelt und ausgebildet worden.

Ebenfalls unabhängig von der *commenda* und der *compagnia* vollzieht sich die Entwicklung der modernen Aktiengesellschaft. Urkundlich erwähnt ist bereits im Jahre 1407 eine Gesellschaft, die die Merkmale der Aktiengesellschaft aufweist, die Georgsbank in Genua. Sie hat aber auf die Entwicklung der modernen Aktiengesellschaft wohl keinen unmittelbaren Einfluß ausgeübt; die moderne Aktiengesellschaft ist unabhängig davon erst um die Wende vom 16. zum 17. Jahrhundert in Holland, sodann in England und Frankreich entstanden. Dabei mögen Rechtsgedanken der *commenda* dem Aktien-

prinzip dienstbar gemacht worden sein. Der Ausgangspunkt des modernen Aktienrechts liegt danach im Unterschied zu der Entwicklung der modernen Personalhandelsgesellschaften nicht in Italien, sondern bei den ersten der modernen überseeischen Handelskompagnien, der Niederländisch-Ostindischen Kompagnie (1602), der sehr bald in England und Frankreich weitere Kompagnien dieser Art folgten.

Anm. 2 **2. Die weitere Entwicklung der offenen Handelsgesellschaft.**

Für die Bildung der Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft ist es kennzeichnend, daß sie erst verhältnismäßig spät eine besondere gesetzliche Regelung gefunden hat. Wie ihre Entstehung so verdankt sie auch ihre allmähliche Ausbildung der Theorie und der Praxis, wobei in Deutschland namentlich deutschrechtliche Rechtsgedanken für ihre Ausbildung fruchtbar geworden sind. Eine erste gesetzliche Regelung wurde dieser Gesellschaftsform in der Ordonnance sur le commerce von 1673 zuteil; diese Regelung ist dann später in den Code de commerce übernommen worden. In Deutschland hat diese Gesellschaft erst im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch von 1861, also recht spät, ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden. Diese Regelung enthält bereits alle Merkmale unserer heutigen offenen Handelsgesellschaft. Das Handelsgesetzbuch hat die Regelung des ADHGB im wesentlichen übernommen; die Änderungen des HGB sind hauptsächlich nur redaktioneller Art, die durch die Bestimmungen des BGB über die Gesellschaft veranlaßt waren; die selbständige Regelung im BGB für die bürgerlichrechtliche Gesellschaft ermöglichte es, eine Reihe von Vorschriften des ADHGB zu streichen und sie durch die allgemeine Verweisungsvorschrift des § 105 Abs. 2 HGB zu ersetzen. Die sachlichen Änderungen des HGB gegenüber dem ADHGB dienen vor allem der Erhaltung bestehender Unternehmen (vgl. §§ 141 Abs. 1, 142) sowie der Erleichterung der Umwandlung in eine Kommanditgesellschaft (vgl. § 139). Die Vorschriften des HGB über die OHG haben in der Folgezeit überhaupt keine Änderung erfahren, eine bemerkenswerte Tatsache und ein Zeichen für die Güte der gesetzgeberischen Arbeit innerhalb eines Zeitraums von nur 40 Jahren. Das Geheimnis dieser gesetzgeberischen Glanzleistung liegt darin, daß den Gesellschaftern eine weitgehende Freiheit bei der Gestaltung ihrer gesellschaftsvertraglichen Beziehungen belassen ist. Dadurch wurde es möglich, diese Gesellschaftsform nicht nur den jeweils verschiedenen Bedürfnissen der einzelnen Gesellschafter, sondern auch den jeweils gegebenen wirtschaftlichen und sonstigen Verhältnissen anzupassen sowie einer gesunden Rechtsfortentwicklung Raum zu geben (vgl. dazu Maria Plum, Der fortschreitende Strukturwandel der Personalgesellschaft durch Vertragsgestaltung in Festschrift 100 Jahre Deutscher Juristentag 1960 II S. 137 ff.). Das hatte des weiteren zur Folge, daß auf diesem Rechtsgebiet die Vertragspraxis eine außerordentliche Bedeutung gewann und einen gewichtigen Einfluß auf die weitere Ausbildung der OHG nahm. Bei dieser Fortentwicklung haben heute eine Reihe von dispositiven Bestimmungen ihren ursprünglichen Rang verloren; von einigen dieser Bestimmungen kann man geradezu sagen, daß sie durch diese Vertragspraxis fast zu Ausnahmenvorschriften geworden sind. An dieser Tatsache darf die Rechtsprechung bei der Auslegung von Gesellschaftsverträgen nicht achtlos vorbeigehen (vgl. dazu BGH LM Nr. 2 zu § 138 HGB; ferner vor allem Anm. 59). Neben der Vertragspraxis haben aber auch Wissenschaft und Rechtsprechung gewichtige Beiträge für die Rechtsfortentwicklung auf diesem Rechtsgebiet geliefert. Insoweit ist namentlich auf den Grundsatz der gesellschaftlichen Treuepflicht, auf den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter und das Rechtsinstitut der fehlerhaften Gesellschaft hinzuweisen sowie darauf, daß in immer stärkeren Maß der Erhaltung des Unternehmens rechtliche Bedeutung beigemessen wird.

Alles in allem ein höchst erfreulicher Befund und ein Zeichen dafür, wie auf der Grundlage einer guten gesetzlichen Regelung Wissenschaft, Rechtsprechung und Vertragspraxis, wenn sie einen offenen Blick für die wirtschaftlichen Gegebenheiten und für die wirtschaftlichen Bedürfnisse haben, einer steten und ruhigen Rechtsfortentwicklung dienen können, fern von theoretischen Idiomen und aufgeschlossen gegenüber der Rechtswirklichkeit.

Anm. 3 **3. Die verschiedene rechtliche Gestaltung der OHG in den einzelnen Ländern.**

Wenn auch die OHG in den einzelnen Ländern denselben Ausgangspunkt haben, so hat sie doch in ihnen eine verschiedene Entwicklung genommen. Dabei ist der Unter-

schied in Deutschland und Frankreich bemerkenswert. Die französische société en nom collectif ist juristische Person, während das die deutsche OHG nicht ist. Freilich darf diesem Unterschied keine zu große Bedeutung beigemessen werden, weil sowohl die deutsche Regelung (namentlich in § 124) gewisse Zugeständnisse in Richtung auf die juristische Person macht wie auch die französische Praxis umgekehrt gegenteiligen Bedürfnissen Rechnung trägt (vgl. dazu schon K. Lehmann ZHR 76, 465). Unter Berücksichtigung dieses — wohl mehr formalen — Unterschieds spricht man auf diesem Rechtsgebiet von einem deutschen und einem französischen Rechtskreis. Zu letzteren gehören die romanischen, auch die südamerikanischen Länder; zu ersteren gehören Österreich und die Schweiz (dort als Kollektivgesellschaften bezeichnet), des weiteren die skandinavischen Länder; auch die englische partnership steht der deutschen OHG sehr nahe.

4. Das Gesamthandsprinzip als Gestaltungsform der deutschen OHG.

Anm. 4

Die OHG — ebenso die KG — beruht in ihrer rechtlichen Ausgestaltung durchweg auf deutschrechtlichen Grundsätzen. Das zeigt sich vor allem darin, daß die OHG eine Gesellschaft zur gesamten Hand ist. Dabei hat der Rechtsgrundsatz der gesamten Hand allerdings unbeschränkt nur Gültigkeit im Innenverhältnis, nicht auch in gleicher Weise im Außenverhältnis. Das Gesamthandsprinzip äußert sich in der Zusammenfassung des Gesellschaftsvermögens zu einer Objektseinheit, also in der Bindung des Gesellschaftsvermögens als Gesamthandsvermögen, und darin, daß die einzelnen Gesellschafter nicht über ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen verfügen können (vgl. dazu Anm. 33). Des weiteren hat das Gesamthandsprinzip bei der OHG die Wirkung, daß beim Ausscheiden oder beim Ausschuß eines Gesellschafters die Gesellschaft nicht unbedingt ihr Ende findet, sondern unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgeführt werden kann. Dagegen hat das Gesamthandsprinzip im Unterschied zu der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft hier nach der gesetzlichen — freilich dispositiven — Regelung nicht die Folge, daß die Gesellschafter als Gesamthänder nur zur gesamten Hand über das Gesellschaftsvermögen verfügen können. Beim Fehlen einer anderweitigen gesellschaftsvertraglichen Regelung hat jeder Gesellschafter auf Grund einer entsprechenden, im einzelnen auch nicht einschränkbaren Vertretungsmacht die Befugnis, namens der Gesellschaft alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken vorzunehmen. Ob auch die Vorschrift des § 128 über die unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden, wie vielfach gelehrt wird (vgl. z. B. Vorauf. Anm. 3), eine — selbstverständliche — Folge des Gesamthandsprinzips ist, erscheint immerhin zweifelhaft (vgl. dazu Erl. bei § 128).

II. Die Rechtsnatur der OHG

1. Allgemeines.

Anm. 5

§ 105 Abs. 1 gibt eine Begriffsbestimmung der OHG. Danach ist sie eine Gesellschaft, deren Zwecke auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist. Dieser Begriffsbestimmung fügt Abs. 1 noch ein weiteres negatives Merkmal hinzu; die Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern darf nicht beschränkt sein.

2. Die OHG als Gesellschaft.

Anm. 6

Die OHG ist nach dem klaren Wortlaut des Abs. 1 eine Gesellschaft. Nach Art. 85 ADHGB war eine OHG vorhanden, „wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben und bei keinem der Gesellschafter die Beteiligung auf Vermögensanlagen beschränkt ist“. Auf Grund dieser Fassung wurde u. a. von Laband (ZHR 30, 508/09) die Meinung vertreten, die OHG sei nicht eine bestimmte Gesellschaftsform, sondern nur eine bestimmte Haftungsform, die ein Gesellschaftsverhältnis unter den Teilhabern nicht voraussetze, sondern die auch ein schuldrechtliches Verhältnis anderer Art (Darlehn, Dienstvertrag) als Grundlage haben könne. Diese Auffassung lief darauf hinaus, daß neben einem Gesellschaftsvertrag auch jedes partiarisches Rechtsverhältnis Grundlage einer OHG sein könne. Dieser auch früher überwiegend nicht geteilten Auffassung tritt die neue Fassung des Gesetzes dadurch entgegen, daß es die OHG als Gesellschaft mit den anschließend festgelegten Eigenschaf-

ten bezeichnet (D 86). Unhaltbar ist danach aber auch die später vertretene Auffassung, daß eine OHG als Außengesellschaft auch ohne Gesellschaftsvertrag denkbar sei (Wieland I 501 ff.; Jakobi JherJ 70, 300 ff., 326 ff.; wie hier Hueck § 1 I 1 d m. w. N.). In Wirklichkeit handelt es sich in den von Wieland ins Auge gefaßten Fällen nicht um eine OHG, sondern darum, daß jedermann für die Richtigkeit der von ihm im Handelsverkehr abgegebenen Erklärungen gegenüber gutgläubigen Dritten einstehen muß, also auch mehrere Personen, die solche Erklärungen gemeinsam abgeben (Anm. 107 ff.). Festzuhalten ist somit an dem Grundsatz, daß die OHG stets eine Gesellschaft ist, und daß sie als solche stets einen Gesellschaftsvertrag voraussetzt (Anm. 47). Diese Voraussetzung ist auch bei der fehlerhaften Gesellschaft (dazu Anm. 68 ff.) zu verlangen, nur daß hier nicht ein voll wirksamer, sondern ein rechtlich fehlerhafter Gesellschaftsvertrag vorliegen muß (dazu Anm. 83 ff.).

Anm. 7 3. Die OHG als Personalgesellschaft (keine juristische Person).

Über die Rechtsnatur der OHG ist viel gestritten worden. Während sich das Reichsgericht von Anfang an auf den Standpunkt gestellt hat, daß sie keine juristische Person, sondern als Gesellschaft eine Gesamthandsgemeinschaft sei (RG 3, 57; 5, 55; 17, 367; 136, 270; 165, 203), sind im Schrifttum insoweit früher vielfach abweichende Ansichten vertreten worden. So nahm Kohler (ZHR 74, 456; ArchBürgR 40, 299), aber auch Wieland (I 396 ff.) im Gegensatz zu der herrschenden Lehre im Schrifttum an, die OHG sei eine juristische Person, während Gareis (Komm. HGB § 124 Anm. 1) in ihr eine relative juristische Person erblickte und Jaeger (Die offene Handelsgesellschaft im Zivilprozeß 1913) meinte, daß sie mit Rücksicht auf ihre Parteifähigkeit im Prozeß eine Mittelstufe der Rechtsfähigkeit einnehme (ähnlich auch Haff, Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts 1918 S. 239: „Rechtspersönlichkeit II. Ordnung“). Sehr fruchtbar ist dieser Streit nicht gewesen; schon Gareis erklärte, daß die Frage nach der Rechtsnatur der OHG „angesichts der ausreichenden positivrechtlichen Regelung aller Detailfragen eine außerordentlich geringe Bedeutung“ habe (ähnlich Hueck § 3). Namentlich in den Auseinandersetzungen zwischen Kohler (Arch. Bürg. R. 40, 229) und K. Lehmann (ZHR 79, 314) wurde deutlich, daß die unterschiedlichen Auffassungen für die Rechtsanwendung ohne Bedeutung waren und letzten Endes nur eine Frage der juristischen Ästhetik zum Gegenstand hatten. Gleichwohl scheint es so zu sein, daß dieser unfruchtbare Streit jetzt wieder von neuem entflammt (vgl. Fabricius Relativität der Rechtsfähigkeit 1963; Kämmerer Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft NJW 1966, 801 ff.).

Die OHG ist eine Gesamthandsgemeinschaft (dazu Anm. 33 ff.) und insofern keine juristische Person. Träger des Gesellschaftsvermögens sind die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit und nicht die Gesellschaft als solche. Die OHG ist eine Personalgesellschaft, sie ist grundsätzlich von der Person ihrer Gesellschafter abhängig, sie ist nicht körperschaftlich organisiert, also nicht auf einen Wechsel ihrer Mitglieder ausgerichtet. Die OHG ist eine Gesellschaft im Sinn der §§ 705 ff. BGB, aber eine ihrem Zweck angepaßte Abart dieser Gesellschaftsform. Das ist ersichtlich auch die Auffassung des Gesetzgebers, der damals die eigene Rechtspersönlichkeit eines Verbandes mit den Worten zum Ausdruck zu bringen pflegte: Die Aktiengesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten (§ 210 HGB; ebenso § 13 Abs. 1 GmbHG, § 17 GenG). Noch unmißverständlicher kommt das in § 11 Abs. 2 a des Reichsgesetzes über das Kreditwesen vom 5. 12. 1935 (RGBl. I 1203) zum Ausdruck, wo von „Personengesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit“, „insbesondere offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften“ gesprochen wird. Auch das Umwandlungsgesetz vom 12. 11. 1956 (BGBl. I 844) bezeichnet die OHG in seinem ersten Abschnitt als Personengesellschaft.

Andererseits ist aber nicht zu verkennen — und das wird vor allem bei einem Vergleich mit der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft deutlich —, daß die OHG namentlich im Rechtsverkehr mit Dritten vielfach als geschlossene Einheit auftritt und behandelt wird. Das zeigt sich in den Vorschriften über die eigene Firma und über den besonderen Sitz der Gesellschaft (§§ 105 Abs. 1, 106) sowie vor allem darin, daß sie unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden kann,

daß zur Zwangsvollstreckung ein gegen die Gesellschaft gerichteter Titel erforderlich (§ 124) und daß ein besonderer Gesellschaftskonkurs möglich ist (§ 131 Nr. 3; § 209 KO).

Die rechtliche Gestaltung der OHG ist somit dadurch gekennzeichnet, daß sie namentlich im Innenverhältnis, im Verhältnis der Gesellschafter zueinander als eine Vielheit (der Gesellschafter) erscheint, und daß sie im Außenverhältnis, im Rechtsverkehr und im Verhältnis zu Dritten vielfach als Einheit (der Gesellschaft) behandelt wird. So gesehen stellt die OHG „eine Übergangsform“ dar, „bei der zwar die Gesellschafter als die Inhaber der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechte erscheinen, bei der aber die Geschlossenheit des Verbandes doch schon eine rechtlich erhebliche Stärke gewonnen hat“ (Hueck § 3 IV; ähnlich schon Schönfeld JherJ 75, 366). Man kann das auch mit dem Reichsgericht allgemein dahin formulieren, daß sich die OHG „in der Tat der juristischen Person nähert“ (RG 136, 406; vgl. auch RG 56, 432; 61, 75). Für die praktische Rechtsanwendung ist das von wesentlicher Bedeutung. Es ist nämlich nicht möglich, insoweit zweifelhafte Rechtsfragen einfach mit der Begründung zu entscheiden, die OHG sei keine juristische Person und es könnten deshalb bei ihr auch nicht Rechtssätze, die für die juristische Person gelten, zur Anwendung gelangen. Eine solche Betrachtungsweise wäre falsch. Es ist vielmehr in jedem Einzelfall die Prüfung notwendig, ob die OHG in dieser Hinsicht jeweils als Einheit oder als Vielheit zu behandeln ist. Auf die Notwendigkeit einer solchen Betrachtungsweise hingewiesen zu haben, ist das Verdienst von Hueck (vgl. § 3 IV; vgl. auch schon die Ansätze einer solchen Betrachtungsweise bei Hamel, Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft 1928 S. 25; Heinsheimer, Über die Teilhaberschaft 1930 S. 16; Schönfeld, JherJ. 75, 366). Der Bundesgerichtshof hat sich dieser Ansicht inzwischen angeschlossen (BGH 23, 305; vgl. dazu auch Anm. LM Nr. 4 und 10). Diese Auffassung ist abgesehen von der Stellung der OHG im Prozeß (vgl. dazu § 124 Anm. 7ff.) u. a. bedeutsam bei der Beurteilung der organschaftlichen Stellung des vertretungsberechtigten Gesellschafters (Anwendung von § 31 BGB, Zwang zur Bestellung mindestens eines vertretungsberechtigten Gesellschafters), bei der Frage nach der Tragweite von Firmenschutz und Namensschutz, bei der Frage nach dem Inhalt der unbeschränkten persönlichen Haftung der einzelnen Gesellschafter; auch läßt sich die Möglichkeit rechtsgeschäftlicher Beziehungen zwischen personengleichen Personenhandelsgesellschaften nur begründen, wenn man dem Einheitsgedanken bei der OHG die ihm gebührende Beachtung zuteil werden läßt. Es gilt also in diesem Zusammenhang der Grundsatz, „daß mit der Verneinung der juristischen Persönlichkeit der OHG im Grunde nicht allzu viel gewonnen ist, vielmehr die für die OHG geltenden Rechtssätze . . . auf Grund einer Prüfung der besonderen Verhältnisse der OHG einzeln ermittelt werden müssen“ (Hueck a. a. O.). Denn „die „OHG ist zwar keine juristische Person, wird aber in vielen Beziehungen wie eine solche behandelt“ (H. Lehmann, Gesellschaftsrecht 2. Aufl. 1959 S. 102).

Anm. 8

III. Die Begriffsmerkmale der OHG

Sie sind in der gesetzlichen Begriffsbestimmung des § 105 Abs. 1 enthalten (Anm. 5). Im einzelnen ergibt sich für sie folgendes:

1. Der gemeinsame Zweck

Wie bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft gehört auch bei der OHG der gemeinsame Zweck zum Wesen der Gesellschaft. Fehlt es hieran, so besteht keine Gesellschaft (RG 73, 287; JW 1930, 2655; 1938, 1025). Der gemeinsame Zweck schließt nicht aus, daß die Gesellschafter mit der Gesellschaft auch persönliche (eigennützige) Absichten verfolgen (BGH NJW 1951, 308; BGH 31, 105). Insoweit ist zwischen dem (gemeinsamen) Zweck und dem (individuellen) Interesse zu unterscheiden (vgl. dazu Wieland I 459/60). Nur den gemeinsamen Zweck zu fördern, sind die Gesellschafter verpflichtet, nicht aber auch den darüber hinausgehenden persönlichen Interessen der Mitgesellschafter Rechnung zu tragen (OHG 4, 73; BGH BB 1953, 336). Der gemeinsame Zweck ist der Erfolg, den die Gesellschafter durch ihre Leistungen (Beiträge, dazu Anm. 17) gemeinsam herbeiführen wollen. Welches persönliche Interesse die einzelnen Gesellschafter an der gemeinsamen Herbeiführung des vorgestellten Erfolgs haben oder welche persönlichen Absichten sie dabei verfolgen, wird von dem gemeinsamen Zweck nicht mehr erfaßt.

Anm. 9

Anm. 9a

Bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft bereitet die Frage nach dem Vorliegen eines gemeinsamen Zwecks im Einzelfall mitunter Schwierigkeiten, weil bei ihr als gemeinsamer Zweck jeder gemeinsame Zweck in Betracht kommt und dadurch Abgrenzungsschwierigkeiten zu den Austauschverträgen auftreten können (vgl. dazu BGB RGRK Anm. 1 vor § 705; Staudinger/Kessler Anm. 26ff. vor § 705). Bei der OHG ist das einfacher; bei ihr kommt als gemeinsamer Zweck immer nur der gemeinsame Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes in Betracht. Das bedeutet für die rechtliche Qualifizierung der OHG als Gesellschaft verschiedenes. Sie ist wegen dieses Zwecks immer Außengesellschaft, niemals Innengesellschaft (Anm. 19), sie ist immer eine Gesellschaft mit Gesellschaftsvermögen (Anm. 41), sie ist niemals Gelegenheitsgesellschaft, sondern immer Dauer-Gesellschaft (Anm. 10). Der Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes als Gegenstand des gemeinsamen Zwecks wirft noch eine andere Frage auf, nämlich die, ob es mit dem Vorliegen eines gemeinsamen Zwecks zu vereinbaren ist, wenn ein Gesellschafter oder einzelne **Gesellschafter am Gewinn der Gesellschaft nicht teilhaben**. Das wurde früher vielfach verneint; es wurde gelehrt, daß der angestrebte wirtschaftliche Vorteil allen Mitgliedern, wenn auch nicht notwendig gleichmäßig, zugute kommen müsse, weil der Zweck der Gesellschaft allen gemeinsam sein müsse (Geiler bei Düringer/Hachenburg Allg. Einleitung Anm. 15; Flechtheim ebd. § 105 Anm. 2; Wieland I 462, 548; Ritter Anm. 3; Hachenburg JW 1915, 1470; ähnlich auch RG JW 1930, 2655; vgl. ferner Staudinger/Kessler Anm. 76 vor § 705). Diese Meinung wird heute mit Recht überwiegend abgelehnt (Hueck § 1 I 1b; Schlegelberger/Gessler Anm. 4; Baumbach/Duden Anm. 11 vor § 105; BGB RGRK Anm. 5 a. E. vor § 705; ebenso bereits RG 90, 16/17). Denn bei der OHG besteht der gemeinsame Zweck in dem Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes; diesen Zweck zu fördern, sind alle Gesellschafter verpflichtet. Dagegen besteht der gemeinsame Zweck nicht darin, daß jeder Gesellschafter auch an dem wirtschaftlichen Erfolg des Gewerbes teilnimmt; in dieser Hinsicht können die Interessen der einzelnen Gesellschafter durchaus verschiedene (altruistische und egoistische) sein. Der gemeinsame Zweck der Gesellschaft und das subjektive Interesse der einzelnen Gesellschafter sind auch in diesem Zusammenhang zu unterscheiden (dazu Anm. 9). Dieser Unterschied zeigt sich auch darin, daß die Erreichung des Gesellschaftszwecks nicht schon dadurch unmöglich wird, daß das Handelsgewerbe keinen wirtschaftlichen Ertrag abwirft; denn nicht der mit der Gesellschaft bezweckte wirtschaftliche Erfolg ist der gemeinsame Zweck der Gesellschaft, sondern die gemeinschaftliche Führung des Handelsgewerbes (vgl. dazu auch RG DJ 1937, 1008; BGB RGRK § 726 Anm. 3). Allerdings wird, worauf Hueck a. a. O. mit Recht hinweist, der Ausschluß von jeder Gewinnbeteiligung bei der OHG recht selten sein; es bedarf daher für die Annahme einer solchen Ausschlußklausel besonders greifbarer Anhaltspunkte. Die Vereinbarungen der Gesellschafter können auch dahin gehen, daß ein Gesellschafter nur mit einem festen Betrag an dem Gewinn teilnimmt, ja daß er ohne Rücksicht auf die Erzielung eines Gewinns jährlich (monatlich) eine feste Summe erhalten soll (RG JW 1915, 1428; RG 90, 16). Die Verwendung des Gewinns kann endlich in anderer Weise als durch Verteilung an die Mitglieder erfolgen; so kann der Gesellschaftsvertrag die Ausschüttung des Gewinns an einen Dritten vorsehen. — Die **Beteiligung** der Gesellschafter am **Verlust** gehört nicht zum Wesen der Gesellschaft. Ein Gesellschafter kann daher im Gesellschaftsvertrag von der Beteiligung am Verlust befreit werden (RG JW 1903 Beil. 17; allg. Ansicht).

Anm. 10**2. Der Betrieb eines Handelsgewerbes als gemeinsamer Zweck.**

Nicht erforderlich ist es, daß der Betrieb auf Rechnung der Gesellschaft geführt wird. Eine OHG liegt auch vor, wenn der Ertrag — der Jahresertrag und der Abwicklungserlös — einem einzelnen Gesellschafter oder einem Dritten zufließen und dieser das Risiko des Unternehmens tragen soll (Hueck § 1 I 2b; Schlegelberger/Gessler (Anm. 11). Nötig ist nur, daß der Betrieb auf den Namen (unter der Firma) der Gesellschaft geführt wird. In einem solchen Fall liegt ein Treuhandverhältnis vor, das nur im Innenverhältnis zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern einerseits und dem Treuhandgeber andererseits diesem das Risiko des Unternehmens aufbürdet. Im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern sind allein die Gesellschaft und die Gesellschafter verpflichtet. Unzulässig wird ein solches Rechtsverhältnis dann, wenn eine Gesellschaft

nur zum Schein als Betriebsinhaber vorgeschoben wird; dann ist der Gesellschaftsvertrag nach § 117 BGB nichtig (RG 84, 304; DJZ 1915, 818; KG JFG 18, 308). Das wird aber in Fällen dieser Art nur selten vorkommen; meist wird es so sein, daß es dem ernststen Willen der Beteiligten entspricht, daß die Gesellschaft (als Strohmann) für Rechnung eines Dritten das Handelsgeschäft im eigenen Namen betreibt. Dagegen bestehen im allgemeinen keine rechtlichen Bedenken (BGH 21, 379; BGB RGRK § 117 Anm. 5 m. w. N.; die insoweit von Groschuff vertretene abweichende Auffassung in JW 1935, 3261; 1939, 294 ist unhaltbar). In besonderen Fällen kann aber eine Haftung des Hintermanns aus unerlaubter Handlung (§ 826 BGB) gegenüber den Gesellschaftsgläubigern in Betracht kommen. Über die Einschaltung eines Gesellschafters als Treuhänder für einen anderen vgl. Anm. 28b.

Mit dem Wesen der OHG ist es nicht zu vereinbaren, daß ein Dritter oder ein Gesellschafter das Handelsgeschäft im eigenen Namen, aber für Rechnung einer Gesellschaft führt. Eine solche Gesellschaft (Innengesellschaft) ist keine OHG (RG 165, 265; BGH 10, 48; dazu Anm. 18).

Der Zweck der Gesellschaft muß auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet sein. In diesem Erfordernis zeigt sich die Eigenart der offenen Handelsgesellschaft (und der Kommanditgesellschaft); durch sie unterscheidet sie sich von der gewöhnlichen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Der Begriff des Gewerbes und des Handelsgewerbes ist der gleiche wie im Falle des § 1 HGB; vgl. die Anm. 5ff. dazu. Notwendig ist danach insbesondere die Absicht der Gesellschafter, als selbständige Unternehmer in Gestalt einer Gesellschaft Geschäfte gleicher Art planmäßig in fortgesetztem Zusammenhang und zum Zwecke der Gewinnerzielung zu betreiben. Aus diesem Grunde kann die offene Handelsgesellschaft **niemals Gelegenheitsgesellschaft** (vgl. BGB RGRK Anm. 5 vor § 705), sie muß immer Dauergesellschaft sein. Ob das betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe ist, hängt davon ab, ob die Voraussetzungen der §§ 1, 2 oder 3 HGB erfüllt sind (vgl. die Erläuterungen dazu, insbesondere § 1 Anm. 24ff.). Der Betrieb eines Handelsgewerbes als Gesellschaftszweck liegt nur vor, wenn die Gesellschaft selbst eine Tätigkeit entwickelt, wie sie ein Handelsgewerbe erfordert. Es müssen also namens der Gesellschaft Geschäfte abgeschlossen werden, wie sie im Handelsgewerbe üblich sind. Denn betrieben wird ein Unternehmen von demjenigen, auf dessen Namen es als selbständige Veranstaltung geführt wird, der der Träger der im Betriebe entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten ist (RG 13, 146; 37, 61; RGSt. 9, 68; KG JW 1939, 294). Hat die Gesellschaft ihr Unternehmen verpachtet, so betreibt es während der Pachtzeit nicht sie, sondern der Pächter (BayObLG LZ 1909, 567; § 1 Anm. 13, 17). Durch die Verpachtung wird die Gesellschaft jedoch nicht aufgelöst, sie verliert nur ihren Charakter als OHG und wird zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGH 32, 312; BGH BB 1962, 349). Dagegen können mehrere Pächter ein Unternehmen in Form einer offenen Handelsgesellschaft betreiben (Düringer/Hachenburg Anm. 6). Eine offene Handelsgesellschaft liegt auch nicht vor, wenn nicht der Betrieb, sondern die Beendigung eines Handelsunternehmens, etwa der Erwerb eines Handelsgeschäfts zum Zwecke der Abwicklung Zweck des gesellschaftlichen Zusammenschlusses ist. Ein auf den Betrieb eines Handelsunternehmens gerichteter Gesellschaftszweck wäre auch nicht vorhanden, wenn von vornherein vereinbart würde, daß die Gesellschaft sich sofort nach der Gründung wieder auflösen solle (RG DJZ 1902, 167), oder wenn sonst der ernstliche Wille der Gesellschafter, gemeinschaftlich ein Handelsgewerbe zu betreiben, fehlen würde (OLGR 8, 378; BayObLG LZ 1921, 385).

Handelt es sich nur um die Verwaltung eines Vermögens oder soll, wie regelmäßig bei Kartellen und Syndikaten, nur der selbständige Handelsbetrieb der einzelnen Mitglieder gefördert werden, so liegt keine offene Handelsgesellschaft vor (ebenso Hueck § 1 I 2 a α; Schlegelberger/Gessler Anm. 10).

Von dem Gesellschaftszweck zu unterscheiden ist der Gegenstand des Unternehmens. Gegenstand des Unternehmens ist der Geschäftsbereich, in dem die Gesellschaft tätig sein soll, um den Gesellschaftszweck zu erreichen; also regelmäßig der Geschäftszweig, den die Gesellschaft nach dem Willen der Gesellschafter betreiben soll. Er wird regelmäßig im Gesellschaftsvertrag, und zwar nicht nur in allgemeinen Wendungen zu bezeichnen sein. Eine nähere Bezeichnung, mindestens nach dem Ge-

Anm. 11

Anm. 12

Anm. 13

schaftszweig ist auch zweckmäßig, um eine willkürliche Änderung des Gegenstandes durch die geschäftsführenden Gesellschafter zu verhindern und deren Befugnisse zur selbständigen Führung der Geschäfte, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt, namentlich im inneren Verhältnis unter den Gesellschaftern zu umgrenzen (vgl. §§ 112ff.). Diese Angabe ermöglicht auch eine Prüfung der Erlaubtheit des Gesellschaftszweckes. Der Gegenstand des Unternehmens kann sich auf jedes Handelsgewerbe beziehen, soweit nicht dessen Betrieb allgemein oder für die offene Handelsgesellschaft durch besondere gesetzliche Bestimmungen untersagt ist. Ein solches Verbot besteht z. B. für den Betrieb von Schiffspfandbriefbanken durch offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften; er ist erlaubt nur für Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (vgl. §§ 1, 7 des Ges. über Schiffspfandbriefbanken (Schiffsbankges.) v. 8. 4. 1943, RGBl. I 241). Weitere gesetzliche Bestimmungen dieser Art finden sich in § 2 des Hypothekenbankgesetzes vom 13. 7. 1899 (für den Betrieb einer Hypothekenbank) und in den §§ 4, 6 Abs. 2 des Gesetzes über die privaten Versicherungen vom 12. 5. 1901 (für den Betrieb verschiedener Versicherungsunternehmen). Der Gegenstand des Unternehmens ist nicht ins Handelsregister einzutragen.

Anm. 14 3. Der Betrieb eines vollkaufmännischen Unternehmens. Die Scheingesellschaft:

Eine offene Handelsgesellschaft ist nur möglich, wenn der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines vollkaufmännischen Unternehmens gerichtet ist. Geht der geplante Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinaus (wegen des Begriffes des Kleingewerbes vgl. § 4 Anm. 6ff.), so kann zu diesem Zwecke eine bürgerlich-rechtliche, nicht aber eine Personenhandelsgesellschaft errichtet werden (OLGR 14, 330). Wohl aber können sich die Beteiligten zu einer Kapitalgesellschaft (einer GmbH oder einer eingetragenen Genossenschaft) zusammenschließen, wenn die Voraussetzungen für diese Gesellschaftsformen, insbesondere hinsichtlich der vorgeschriebenen Kapitalgrundlage, gegeben sind (§ 4 Anm. 22). Gründen sie eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, so können sie auf Grund der geltenden Vertragsfreiheit vereinbaren, daß im inneren Verhältnis die Regeln der offenen Handelsgesellschaft Anwendung finden, soweit diese Vorschriften nicht ihrer Natur nach nur für eine wirkliche offene Handelsgesellschaft geschaffen sind, wie z. B. die Vorschrift über die gerichtliche Bestellung von Abwicklern (§ 146 Abs. 2; RG 50, 157; KG HRR 1931 Nr. 517; § 4 Anm. 22). Eine Gesellschaft, die ursprünglich, etwa wegen ihres geringen Betriebes, nur eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts werden konnte und wurde, auch wenn sie im Gesellschaftsvertrag als offene Handelsgesellschaft bezeichnet wurde (vgl. RG LZ 1907, 283), kann nachträglich offene Handelsgesellschaft werden, wenn die Voraussetzungen hierfür, etwa durch Ausdehnung oder Umgestaltung ihres Betriebes, geschaffen werden. Betreibt sie dann Handelsgeschäfte nach § 1, so wird sie ohne weiteres offene Handelsgesellschaft, andernfalls kann und muß sie sich nach § 2 eintragen lassen oder kann sich nach § 3 eintragen lassen, wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind; sie wird dann durch die Eintragung offene Handelsgesellschaft. Andererseits verliert eine Gesellschaft ihre Eigenschaft als OHG, wenn ihr Gewerbebetrieb auf den Umfang eines Kleingewerbes zurückgeht. Sie wird dann ohne weiteres zu einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft. Ihre Eintragung im Handelsregister muß gelöscht werden (RG 155, 82; BGH BB 1962, 349; jetzt allgemeine Ansicht). Solange sie jedoch noch im Handelsregister eingetragen ist, gilt sie freilich nach § 5 immer noch als OHG (dazu vgl. Anm. 16).

Zur Entstehung einer OHG ist es nicht notwendig, daß ein vollkaufmännisches Unternehmen bereits betrieben wird. Notwendig ist vielmehr nur, daß der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines solchen Handelsgewerbes gerichtet ist (herrsch. Ansicht im Schrifttum). Es braucht also beim Beginn der OHG noch nicht ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe vorzuliegen; es genügt, wenn der Betrieb des gemeinsamen Unternehmens von vornherein auf den Umfang eines vollkaufmännischen Unternehmens angelegt ist (RG 112, 281; BGH 10, 96; 32, 311). Das ist namentlich bedeutsam für die rechtliche Beurteilung der sog. Vorbereitungsgeschäfte; auch sie sind bereits Handelsgeschäfte. Dabei ist es allerdings streitig, ob auch der Abschluß des Gesellschaftsvertrages selbst ein solches Vorbereitungsgeschäft ist und damit als Handelsgeschäft anzusehen ist (dazu Anm. 60a).

Ist der Zweck der Gesellschaft überhaupt auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet, so wird an ihrer Eigenschaft als Handelsgesellschaft nichts dadurch geändert, daß sie auch Geschäfte betreibt, die nicht Handelsgeschäfte sind. Es kommt also auch nicht, wie nach altem Recht (vgl. RG 32, 32), darauf an, ob der Handelscharakter des Unternehmens überwiegt. Ist sie Handelsgesellschaft, so sind auch alle ihre Geschäfte Handelsgeschäfte (§ 343 HGB).

Nach dem Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern vom 31. 3. 1953 können auch **Handwerker** ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe nach § 1 oder § 2 betreiben. Das hat zur Folge, daß sich nunmehr auch Handwerker zu einer OHG zusammenschließen können. Streitig ist insoweit die Rechtslage, wenn nicht sämtliche Gesellschafter in der Handwerksrolle eingetragen sind, wenn also Handwerker und Nichthandwerker ein handwerkliches Unternehmen gemeinsam betreiben. Ein solcher Betrieb stellt einen Verstoß gegen § 1 der Handwerksordnung vom 17. 9. 1953 dar, weil § 7 Abs. 3 das, nur für die juristische Person, nicht auch für die OHG gilt und demgemäß alle Gesellschafter die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 und 2 erfüllen müssen (a. M. Full DNotZ 1957, 634). Dieser Verstoß kann nach § 111 das. als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldstrafe geahndet werden (vgl. dazu OLG Koblenz BB 1961, 953; OLG Karlsruhe das.). Zweifelhaft ist es, welche privatrechtlichen Wirkungen ein solcher Verstoß gegen § 1 Handw.Ord. hat, namentlich ob er die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages herbeiführt. Die Handwerksordnung selbst besagt darüber nichts. Im Interesse der Rechtssicherheit wird man den Gesellschaftsvertrag als wirksam betrachten müssen (OLG Oldenburg NJW 1957, 350; Full DNotZ 1957, 638; Baumbach/Duden § 7 Anm. B; a. M. Droste Betr. 1955, 1133), zumal die Handwerkskammern gelegentlich solche Verstöße stillschweigend hinnehmen (vgl. dazu Riechert Betr. 1953, 643). Die Eintragung einer solchen Gesellschaft in das Handelsregister kann der Registerrichter nicht ablehnen, auch wenn ihm der Verstoß gegen § 1 Handw.Ord. bekannt ist (Schlegelberger/Gessler Anm. 9; im Ergebnis ebenso Droste Betr. 1955, 1133; Full DNotZ 1957, 640 ff.; a. M. Riechert Betr. 1953, 643).

Anm. 15

Die Scheingesellschaft: Ist die Gesellschaft zu Unrecht als offene Handelsgesellschaft eingetragen, weil es an einem Handelsgewerbe fehlt, oder weil der Betrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, so wird die Gesellschaft durch die Eintragung nicht zur offenen Handelsgesellschaft. Sie gilt aber Dritten gegenüber als solche. Berufen sich diese auf die Eintragung, so kann ihnen nicht entgegengehalten werden, daß die Voraussetzungen für das Bestehen einer Handelsgesellschaft fehlen (§§ 5, 6). Das gilt auch für das Verhältnis der Gesellschaften zueinander (Einzelheiten bei § 5 Anm. 3a). Dagegen gilt § 5 insoweit nicht, als es sich um öffentlichrechtliche Pflichten der Gesellschaften handelt. Deshalb sind Minderkaufleute trotz Eintragung zur kaufmännischen Buchführung nicht verpflichtet (RGSt. JW 1912, 941; DJZ 12, 1299). Betreiben sie überhaupt kein Gewerbe, sondern haben sie sich zum gemeinsamen Betriebe eines freien Berufes zusammengeschlossen, so sind sie auch trotz Eintragung keine Scheingesellschaft im Sinne des § 5 (BGH 32, 311; vgl. § 5 Anm. 2); sie sind auch nicht gewerbesteuerpflichtig (RFH JW 1938, 1067).

Anm. 16

4. Förderung des gemeinsamen Zweckes durch Beiträge.

Ein notwendiges Erfordernis der Gesellschaft ist, daß jeder Gesellschafter verpflichtet ist, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten. Es muß also jeder Gesellschafter eine Leistung erbringen, die geeignet ist, den gemeinsamen Zweck zu fördern. Jede Leistung, die diesem Zwecke zu dienen geeignet ist, ist ein **Beitrag** im Sinne des § 705 BGB. Eine bestimmte Art der Leistung erfordert das Gesetz nicht. Es ist insbesondere nicht nötig, daß Beiträge bestimmter Art, etwa Geld- und Sachbeiträge, geleistet werden, wenn auch § 705 BGB sie als ein Mittel zur Förderung des Gesellschaftszweckes hervorhebt, und wenn sie, besonders bei einem Handelsunternehmen, auch regelmäßig zur Förderung des Gesellschaftszweckes dienlich sind. Aus dem Vertrage muß sich, wenn auch durch Auslegung ergeben, was von den Gesellschaftern zu leisten ist. Denn der Gesellschaftsvertrag kann immer nur mit einem bestimmten Inhalt bestehen. Statt Geld- und Sacheinlagen können auch andere geldwerte Leistungen, wie die Angabe von Bezugsquellen, Geschäftsverbin-

Anm. 17

dungen, aber auch **Dienste** vereinbart werden (§ 706 Abs. 3 BGB; dazu Sudhoff NJW 1964, 1249). Als solche Dienstleistung kommt namentlich auch die Geschäftsführung in Betracht, die den Gesellschaftern der offenen Handelsgesellschaft mangels anderer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag ohne weiteres obliegt (§ 114). Auch die **Verschaffung von Kredit**, etwa durch eine besondere Bürgschaft oder Sicherheitsleistung mit nicht zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Vermögensgegenständen kann nach dem Gesellschaftsvertrage als Mittel zur Förderung des gemeinsamen Zweckes dienen. Auch der bloße Beitritt zur Gesellschaft kann wegen der damit verbundenen Haftung des Gesellschafters mit seinem ganzen Vermögen (§ 128), den Kredit der Gesellschaft schaffen und insofern der Förderung des gemeinsamen Zweckes dienen und ausreichen, ohne daß noch eine weitere Leistung, insbesondere eine Einlage oder Tätigkeit in dem Unternehmen erfolgt (RG 37, 61; jetzt allg. Ansicht). Bei dieser Sachlage kann sich für die OHG die Frage nach einer „beitragsfreien Gesellschaft“ (vgl. Staudinger/Kessler § 706 Anm. 3) überhaupt nicht stellen. Denn bei dem Zweck der OHG, dem gemeinsamen Betrieb eines vollkaufmännischen Unternehmens, ist die Kreditverschaffung durch die eigene persönliche Haftung eines jeden Gesellschafters immer ein Beitrag, der dem Gesellschaftszweck dient.

Dagegen ist nicht jede Leistung, die ein Gesellschafter der Gesellschaft erbringt, ein Beitrag im Sinn des § 706 BGB. Immer muß es sich bei einem Beitrag um eine Leistung auf Grund gesellschaftsvertraglicher Verpflichtung handeln. Leistungen auf Grund einer anderen Verpflichtung gehören nicht hierher (vgl. dazu BGB RGRK § 706 Anm. 10). Auch muß jede als Beitrag erbrachte Leistung dazu dienen, die Erreichung des gemeinsamen Zwecks zu fördern; das bedarf gegebenenfalls einer besonderen Feststellung (RG 77, 227).

Gleichheit oder Gleichartigkeit der Leistungen sind nicht geboten, insbesondere auch nicht Gleichwertigkeit derselben. Jedoch haben in Ermangelung einer anderen Vereinbarung alle Gesellschafter gleiche Beiträge zu leisten (§ 706 BGB).

Anm. 18

5. Die gemeinschaftliche Firma.

Zum Wesen der OHG gehört es, daß der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist. Die OHG ist somit notwendig Firmengesellschaft. Bei der OHG ist die gemeinsame Firma der Name, unter dem die Gesellschaft im Handel ihre Geschäfte betreibt und ihre Unterschrift abgibt, unter dem sie klagt und verklagt wird, unter dem sie überhaupt im Rechtsverkehr auftritt (§ 124). Bei der OHG ist die Firma eine notwendige und die einzige Bezeichnung für die Gesellschaft. Sie ist der Name und der einzige Name der Gesellschaft. Insoweit besteht ein entscheidender Unterschied zu der Firma des Einzelkaufmanns. Denn die Firma des Einzelkaufmanns ist nur eine besondere, zusätzliche Bezeichnung für diesen, sein Handelsname, neben dem der bürgerliche Name des Kaufmanns seine eigene Bedeutung behält (vgl. Hueck § 1 I 3d; Rob. Fischer Festschr. für Hedemann 1958 S. 78/79). Aus dieser besonderen Bedeutung der Firma für die OHG folgt des weiteren, daß die OHG — wiederum im Unterschied zum Einzelkaufmann — nur eine Firma haben kann, mag sie auch mehrere Unternehmungen, selbst an verschiedenen Orten, betreiben (vgl. Würdinger § 17 Anm. 5; ferner OLG Schleswig NJW 1963, 1062). Die Einheitlichkeit der Firma gilt auch für Zweigniederlassungen. Abweichungen sind für diese nur zulässig, wenn unzweideutig zum Ausdruck kommt, daß es sich dabei um eine Zweigniederlassung handelt (vgl. dazu RG 113, 213; namentlich KG JFG 8, 146; 13, 65). Als notwendige Firmengesellschaft unterscheidet sich die OHG von der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft und von der stillen Gesellschaft.

Eine **gemeinschaftliche Firma** ist jede Bezeichnung, unter der die Gesellschafter gemeinsam im Handelsverkehr auftreten und ihre Geschäfte abschließen. Das trifft auch bei einer solchen Bezeichnung zu, die den gesetzlichen Vorschriften über die Handelsfirma einer OHG (§§ 17ff.) nicht entspricht, etwa deshalb, weil die gewählte Firma irreführend auf eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit (durch den Zusatz AG oder GmbH) oder einen Verein hindeutet oder zu Verwechslungen mit anderen Firmen führen kann, oder weil eine reine Sachfirma statt der vorgeschriebenen Personenfirma gewählt ist. Der Gebrauch der unzulässigen Firma begründet nur die Verpflichtung, von der unzulässigen Firmenbezeichnung Abstand zu nehmen oder die

angenommene Firma entsprechend zu ändern. Auch kann der Gebrauch der unzulässigen Firma ein Einschreiten des Registerrichters nach § 37 rechtfertigen und die Grundlage für eine Unterlassungs- oder Schadensersatzklage (§ 12 BGB; § 6 UWG) bilden. Dagegen schließt er das Bestehen einer OHG und insbesondere die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter nach § 128 nicht aus (RG 82, 24; JW 1927, 1674; BGH 22, 243; WM 1958, 216; Jena JW 1929, 2169; Düringer/Hachenburg Anm. 8; Schlegelberger/Gessler Anm. 18; Hueck § 1 I 3b). Umstritten ist in diesem Zusammenhang, ob auch die Bezeichnung mit dem Personennamen eines Gesellschafters ohne einen das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz als eine gemeinschaftliche Firma angesehen werden kann. Das wird vielfach mit der Begründung verneint, daß sich eine Bezeichnung als gemeinschaftliche Firma nur durch ihre äußere Form bekunden könne (Wieland I S. 519), daß sich die Firma selbst durch Inhalt und Form als eine gemeinschaftliche darstellen müsse (Düringer/Hachenburg Anm. 8), was bei der aus dem Namen eines Gesellschafters gebildeten Firma nicht zuträfe, und daß es daher in einem Fall dieser Art niemals darauf ankommen könne, ob eine solche Firma von den Gesellschaftern als eine gemeinschaftliche gewollt gewesen sei (RG 82, 24). Dieser Ansicht ist bereits das OLG Jena (a. a. O.) zutreffend mit dem Hinweis entgegengetreten, daß nach den gesetzlichen Vorschriften eine OHG sehr wohl eine Firma haben kann, die nur den Personennamen eines Gesellschafters enthält, nämlich dann, wenn das Geschäft ursprünglich von diesem Gesellschafter allein betrieben und erst später von der OHG übernommen oder wenn jemand in das bestehende Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns als Gesellschafter aufgenommen worden ist. Es ist also nicht richtig, daß die Bezeichnung mit dem Personennamen eines Gesellschafters ohne einen das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz schon nach ihrem objektiven Befund niemals eine gemeinschaftliche Firma sein könne. Es kommt daher in einem Fall dieser Art darauf an, ob die Gesellschafter unter der gewählten Bezeichnung gemeinsam auftreten wollen und tatsächlich auch auftreten (ebenso Hueck § 1 I 3b; Schlegelberger/Gessler Anm. 18). Diese Frage bedarf freilich jeweils einer besonders sorgfältigen Prüfung. Denn wenn die Gesellschafter unter dem Namen eines der Gesellschafter nicht gemeinsam auftreten wollen und nicht gemeinsam auftreten, dann liegt nicht eine Außengesellschaft, sondern eine Innengesellschaft vor, die niemals eine OHG sein kann (vgl. Anm. 9a, 19).

Wegen des zulässigen Inhalts der Firma einer OHG vgl. die §§ 17 ff. und die Erl. dazu.

Solange die Gesellschafter ihre Geschäfte nicht unter einer gemeinschaftlichen Firma führen, bilden sie keine OHG; vielmehr handelt es sich bei ihrem Zusammenschluß dann um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder in einem Einzelfall auch um eine stille Gesellschaft. Unabhängig von dieser Beurteilung ist die Frage, ob die Gesellschafter in einem solchen Fall die **Pflicht zur Annahme einer gemeinschaftlichen Firma** trifft, ob sie also gehalten sind, ihren gesellschaftlichen Zusammenschluß durch Annahme einer gemeinschaftlichen Firma zu einer OHG werden zu lassen. Eine solche Pflicht ist grundsätzlich zu bejahen, weil es nicht in dem Belieben der Beteiligten steht, einer Anwendung der Vorschriften über die OHG dadurch auszuweichen, daß sie eine gemeinschaftliche Firma nicht annehmen. In einem solchen Fall kann auch das Registergericht die Beteiligten zur Annahme einer gemeinschaftlichen Firma zwingen. Das ist heute im Schrifttum allgemein anerkannt (vgl. dazu namentlich Hueck § 1 II m. w. N.). Aber immer muß es sich dabei darum handeln, daß die Beteiligten ein vollkaufmännisches Unternehmen nach außen gemeinsam betreiben. Nur in einem solchen Fall besteht die Pflicht zur Annahme einer gemeinsamen Firma. Ein Fall dieser Art ist z. B. gegeben, wenn ein gemeinsam betriebenes Kleinhandelsgewerbe im Laufe der Zeit zu einem Großhandelsgewerbe wird (vgl. Düringer/Hachenburg Anm. 9). Dagegen ist ein solcher Fall nicht gegeben, wenn das Handelsgewerbe nach außen unter dem Namen eines Gesellschafters und nur im Innenverhältnis auch für Rechnung der übrigen Gesellschafter betrieben wird (Anm. 19). In diesem Fall ist nur der Gesellschafter, der als Träger des Handelsgewerbes auftritt, Kaufmann und demgemäß auch nur er firmenpflichtig. Auch im Fall einer Interessengemeinschaft, zu der sich zwei Kaufleute verbunden haben, und bei der jeder der beiden im Innenverhältnis an den Ergebnissen des Gewerbebetriebes des anderen beteiligt ist, besteht keine Pflicht zur Annahme einer gemeinschaftlichen Firma (vgl. auch Hueck § 1 Anm. 53). Die Wahl der Gesellschaftsform — Innengesellschaft oder

Anm. 18a

Außengesellschaft — steht den Beteiligten immer offen; dieses Wahlrecht darf nicht dadurch beseitigt werden, daß die Gesellschafter zur Annahme einer gemeinschaftlichen Firma verpflichtet werden. Demzufolge kann eine solche Pflicht nur bejaht werden, wenn die Beteiligten ein vollkaufmännisches Gewerbe nach außen gemeinsam betreiben, sich dabei aber keiner gemeinsamen Firma bedienen.

Anm. 19 Als notwendige Firmengesellschaft ist die OHG stets eine **Außengesellschaft**. Eine OHG, die nach außen nicht als Trägerin des Handelsgewerbes hervortreten soll, ist begrifflich unmöglich. Im Unterschied zur bürgerlichrechtlichen Gesellschaft kann die OHG niemals eine Innengesellschaft (vgl. dazu BGB RGRK Anm. 5 vor § 705; § 718 Anm. 11) sein; das würde ein Widerspruch in sich selbst darstellen (RG 165, 265; OGH Köln 2, 253). Da die OHG notwendig eine Außengesellschaft ist, ist es des weiteren auch nicht zulässig, daß etwa ein einzelner ihrer Gesellschafter nach außen nicht in Erscheinung treten soll (BGH 10, 48). Jeder der Gesellschafter, der Träger des Gesellschaftsvermögens ist, muß nach außen als solcher hervortreten. „In dieser Hinsicht sind der Vertragsfreiheit der Gesellschafter Grenzen gezogen. Sie haben zwar für die Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen die Freiheit einer Wahl zwischen der Innen- und der Außengesellschaft; sie können aber nicht bestimmen, daß die von ihnen gewählte Form der Innengesellschaft rechtlich als Außengesellschaft zu behandeln ist.“ (BGH a. a. O.). Demzufolge liegt eine OHG nicht vor, wenn das Handelsgewerbe von einem Gesellschafter nach außen unter seinem Namen und nur im Innenverhältnis auch für Rechnung der übrigen Gesellschafter geführt wird.

Anm. 19a Da die OHG nach außen unter einer eigenen Firma als Träger des Handelsgewerbes auftritt, steht ihr zunächst als solcher die **Kaufmannseigenschaft** zu. Darin kommt der Einheitsgedanke zum Ausdruck, der für das Auftreten der OHG im Rechtsverkehr typisch ist (vgl. dazu Anm. 8). Deshalb sind alle Geschäfte, die im Namen der Gesellschaft abgeschlossen werden, Handelsgeschäfte (§§ 343 ff.). Darüber hinaus sind aber auch die einzelnen Gesellschafter, freilich nur in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, Kaufleute (ungenau insoweit BGH 34, 296/97). Denn als Träger aller Rechte und Pflichten betreiben auch sie das Handelsgewerbe (vgl. dazu auch Anm. 60a). Das gilt selbst für diejenigen Gesellschafter, die von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen sind. Die Kaufmannseigenschaft der Gesellschaft und der Gesellschafter beginnt im Fall des § 1 mit der Aufnahme des Geschäftsbetriebs, in Fällen der §§ 2, 3 mit der Eintragung in das Handelsregister. Da die einzelnen Gesellschafter nur in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter Kaufleute sind, ist im Einzelfall immer zu prüfen, in welcher Eigenschaft sie das in Frage stehende Geschäft abgeschlossen haben. Die Vermutung des § 344 greift insoweit nicht ein (BGH NJW 1960, 1852; vgl. dazu im einzelnen § 344 Anm. 1). Hat z. B. ein Gesellschafter eine Bürgschaft als Privatmann übernommen, so bedarf sie zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform (RG JW 1909, 695; vgl. auch RG Warn. 1916, Nr. 174; SeuffArch. 84 Nr. 187).

6. Kein Ausschluß der unbeschränkten Haftung.

Anm. 20 a) **Allgemeines:** § 105 fügt der gesetzlichen Begriffsbestimmung der OHG ein sog. negatives Begriffsmerkmal — Wieland I S. 520 nennt es ein „negatives Requisit“ — hinzu, indem er sagt, daß bei keinem Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt sein darf. Diese Bestimmung ist „mißverständlich“ (Ritter Anm. 5). Das wird bei einem Vergleich mit § 128 deutlich, wonach der im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Ausschluß der unbeschränkten Haftung der Gesellschafter gegenüber Dritten unwirksam ist. Das negative Begriffsmerkmal des § 105 ist dahin zu verstehen, daß bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern in rechtlich wirksamer Weise beschränkt sein darf. Dabei ist es bedeutsam, daß bei einer Handelsgesellschaft die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern rechtlich wirksam nur in der Weise beschränkt werden kann, daß für die Gestaltung der Handelsgesellschaft die Form einer Kapitalgesellschaft (AG, GmbH oder KG a. A.) oder die Form der Kommanditgesellschaft gewählt wird. Danach bedeutet das negative Begriffsmerkmal in § 105, daß eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, nur dann keine OHG ist, wenn für die Organisation dieser Gesellschaft eine andere gesetzlich zugelassene Gesellschaftsform mit gesetzlich anerkannter beschränkter Haftung, namentlich die

Form der Kommanditgesellschaft gewählt ist. So gesehen hat das negative Begriffsmerkmal in § 105 nur eine beweisrechtliche Bedeutung: Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist immer eine OHG, für deren Schulden die einzelnen Gesellschafter unbeschränkt und persönlich haften, es sei denn, daß den Gesellschaftern der Beweis gelingt, daß ihre Gesellschaft eine andere gesetzlich anerkannte Gesellschaftsform besitzt (vgl. auch Wieland I S. 520; Hueck § 1 I 4).

b) Die unbeschränkte Haftung als zwingende Rechtsfolge: Da das negative Begriffsmerkmal — kein Ausschluß der unbeschränkten Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern — kein echt zusätzliches Begriffsmerkmal ist und da sich seine Bedeutung nur auf eine solche beweisrechtlicher Art im Sinn der Ausführungen in Anm. 20 beschränkt, ist im gesetzlichen Regelfall jede Gesellschaft eine OHG, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist. Dabei ist es ohne Belang, ob nach dem Willen der Gesellschafter die Gründung einer OHG beabsichtigt ist oder nicht; es ist auch gleichgültig, ob die Gesellschafter ihre eigene unbeschränkte Haftung für die Gesellschaftsschulden ins Auge gefaßt haben oder nicht. Selbst wenn sie die Haftung im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich ausgeschlossen oder beschränkt haben, ist das ohne Bedeutung. Ihre Gesellschaft ist auch dann eine OHG mit der zwingenden Haftungsfolge aus § 128, freilich immer mit der nach Anm. 20 gebotenen Einschränkung, daß die Gesellschafter für ihre Gesellschaft nicht eine andere gesetzlich anerkannte Gesellschaftsform ordnungsgemäß gewählt haben (BGH 10, 97; 22, 245; 32, 310; OGH Köln NJW 1949, 382; Wieland I S. 521; Hueck § 1 I 4; Baumbach/Duden Anm. 4). Deshalb ist eine Personenvereinigung, z. B. eine solche, die sich als Vereinsbäckerei bezeichnet, aber Waren auch an Nichtmitglieder gewerbsmäßig verkauft und auf Gewinnerzielung ausgeht, trotz dieser Bezeichnung eine OHG und unterliegt den für sie geltenden Vorschriften. Das gilt auch für die Vorschrift des § 128, und zwar selbst dann, wenn nach der Satzung dieser Vereinigung die Verpflichtung der Mitglieder auf die Leistung der Vereinsbeiträge beschränkt ist (KG Recht 1912 Nr. 1668).

Anm. 20a

Der Grundsatz der unbeschränkten Haftung der einzelnen Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden läßt solche Beschränkungen in der Verfügungsmacht des einzelnen Gesellschafters unberührt, die auf dem Gesetz beruhen, z. B. auf dem ehelichen Güterrecht, dem Familienrecht, dem öffentlichen Recht (z. B. durch das Erfordernis der Genehmigung anderer Stellen zur Verfügung über bestimmte Vermögensstücke), oder auch frühere Verfügungen des Gesellschafters über sein Vermögen, z. B. durch Bestellung einer Hypothek. Solche Beschränkungen oder früheren Verfügungen können durchaus den Zugriff der Gesellschaftsgläubiger auf das Vermögen des einzelnen Gesellschafters ausschließen oder einschränken. Dadurch wird keine Haftungsbeschränkung im Sinn des § 128 herbeigeführt, auch keine im Sinn des § 105, so daß aus diesem Grunde auch nicht das Vorliegen einer OHG verneint werden kann.

Mit dem Grundsatz der unbeschränkten Haftung nach außen ist es nicht unvereinbar, daß **die Gesellschaft mit ihrem Vertragsgegner den Ausschluß oder eine Beschränkung der persönlichen Haftung ihrer Gesellschafter vereinbart** (BGH WM 1956, 1089). Das kann in der verschiedensten Weise geschehen, etwa so, daß aus einem bestimmten Rechtsgeschäft nur das Gesellschaftsvermögen oder nur bestimmte Gesellschafter oder einzelne Gesellschafter nicht oder nur beschränkt in Anspruch genommen werden dürfen. Die Gesellschaft kann eine solche Haftungsbeschränkung auch ganz allgemein mit ihren Vertragsgegnern vereinbaren. Es ist aber immer eine besondere Abmachung mit jedem einzelnen Gesellschaftsgläubiger erforderlich; durch eine öffentliche Bekanntmachung kann eine solche Haftungsbeschränkung nicht herbeigeführt werden (Wieland I S. 520 Anm. 22).

Anm. 20b

Bei einer solchen rechtsgeschäftlichen Haftungsbeschränkung sind die allgemeinen Schranken zu beachten, die für die Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses gelten. Nach § 276 Abs. 2 BGB darf die Haftung für Vorsatz nicht im voraus erlassen werden. Auch darf die Haftungsbeschränkung nicht gegen die guten Sitten verstoßen; über die insoweit geltenden Grundsätze vgl. BGB RGRK § 276 Anm. 81 ff. Schließlich ist eine Haftungsbeschränkung nicht wirksam, wenn das Gesetz aus Gründen des öffentlichen Interesses und damit zwingend den Ausschluß der Haftung für die Erfüllung einer Verpflichtung, z. B. die Fürsorgepflicht des Dienstherrn (§§ 618, 619 BGB), verbietet.

Anm. 20c

c) **Der interne Haftungsausschluß:** Nur nach außen, im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern, muß die Haftung aller Gesellschafter unbeschränkt sein. Im Innenverhältnis kann auch bei der offenen Handelsgesellschaft die Beschränkung oder auch der völlige Ausschluß der Haftung einzelner Gesellschafter wirksam vereinbart werden. Da eine solche Vereinbarung nicht hindern kann, daß der begünstigte Gesellschafter gemäß § 128 von einem Gesellschaftsgläubiger unmittelbar in Anspruch genommen wird, kann eine solche Vereinbarung nur die Wirkung haben, daß im Falle einer solchen Inanspruchnahme der begünstigte Gesellschafter dem Dritten gegenüber von der Haftung freigestellt werden muß oder die Folgen der bereits durchgeführten Inanspruchnahme ausgeglichen werden müssen. Dies kann in der Weise geschehen, daß die Gesellschaft aus ihren Mitteln oder die Mitgesellschafter aus ihrem Privatvermögen den Gesellschaftsgläubiger alsbald befriedigen oder ihn in anderer Weise von der Haftung befreien oder dem in Anspruch genommenen Gesellschafter seine Aufwendungen aus der Inanspruchnahme ersetzen. Im Zweifel ist eine vereinbarte Haftungsbefreiung ihrem Zwecke nach so auszulegen, daß die Leistungen der Gesellschaft sofort, bei Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens auch alsbald von den Mitgesellschaftern, bewirkt werden müssen, daß der begünstigte Gesellschafter also nicht wie sonst bei einer Inanspruchnahme auf einen Ausgleich bei der Auseinandersetzung warten muß (vgl. § 110).

Zur Sicherung der im inneren Verhältnis vereinbarten Haftungsbefreiung kann im Gesellschaftsvertrage auch bestimmt werden, daß die geschäftsführenden Gesellschafter als Vertreter der Gesellschaft Verträge mit Dritten nur unter Ausschluß der Haftung der begünstigten Gesellschafter abschließen dürfen. Da Beschränkungen der Vertretungsmacht der Vertreter im Verhältnis zu Dritten aber nicht wirksam sind (§ 126 Abs. 2), tritt die Beschränkung der Haftung gegenüber dem Dritten nur ein, wenn sie mit ihm vereinbart ist. Der Dritte kann sich aber auf die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht unter Umständen nicht berufen, wenn er die Beschränkung im inneren Verhältnis kannte (vgl. dazu im einzelnen § 126 Anm. 18f.). Ist der Gesellschafter dem Dritten haftbar, weil er sich diesem gegenüber nicht auf die Beschränkung berufen kann, so ist ihm der Geschäftsführer bei schuldhafter Verletzung seiner vertraglich übernommenen Verpflichtungen schadensersatzpflichtig.

IV. Die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft

Anm. 21

1. Die Zahl der Gesellschafter.

Da die offene Handelsgesellschaft eine Personengesellschaft ist, muß sie sowohl bei der Errichtung wie auch später aus mindestens zwei Personen bestehen. Fällt dieses Erfordernis später fort, so fällt die Grundlage der Gesellschaft weg. Sie findet ihr Ende. Da eine juristische Person nicht vorhanden ist, die selbständig fortbestehen könnte, wie von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung für die Kapitalgesellschaften angenommen wird, ist bei der offenen Handelsgesellschaft eine **Einmannengesellschaft** unmöglich (RG 163, 148; BGB RGRK Anm. 1 a. E. vor § 705; Wieland S. 508; Hueck § 2 II). Es kann deshalb auch nicht ein einzelner Gesellschafter alle Geschäftsanteile erwerben und so die Gesellschaft als solche fortsetzen. Er kann nur das Unternehmen als Einzelkaufmann übernehmen.

Anm. 22

Es besteht **keine gesetzliche Beschränkung der Zahl der Gesellschafter**. Die offene Handelsgesellschaft (und die Kommanditgesellschaft) kann aus einer beliebig großen Zahl von Gesellschaftern bestehen. Gesellschaften mit großer Zahl von Gesellschaftern kommen auch tatsächlich vor. Sie können namentlich dadurch entstehen, daß an die Stelle von verstorbenen Gesellschaftern eine größere Zahl von Erben tritt, denen nach dem Gesellschaftsvertrag oder einer nach dem Erbfall getroffenen Vereinbarung das Recht zusteht, als persönlich haftende Gesellschafter (oder als Kommanditisten) in die Gesellschaft einzutreten (vgl. § 139). Immerhin ist eine große Anzahl von Gesellschaftern bei einer OHG sehr unpraktisch; für einen großen Mitgliederbestand ist die Kommanditgesellschaft schon besser geeignet. Denn die OHG stellt nach der gesetzlichen Regel eine Arbeitsgemeinschaft dar und setzt damit einen kleinen Kreis eng vertrauter Gesellschafter voraus. Das kommt darin zum Ausdruck, daß nach den zwar abdingbaren Vorschriften der §§ 114, 125 alle Gesellschafter zur Geschäftsführung und Vertretung berufen sind. Darüber hinaus ist aber namentlich die unabdingbare persönliche und

unbeschränkte Haftung eines jeden Gesellschafters nur sinnvoll, wenn der Kreis der Gesellschafter übersehbar und durch ein gegenseitiges Vertrauen persönlich miteinander verbunden ist. Diese Bedenken gegen eine zu große Anzahl von Gesellschaftern bei einer OHG können in einem gewissen Umfang dadurch gemildert werden, daß durch den Gesellschaftsvertrag nur einzelne Gesellschafter zur Geschäftsführung und Vertretung berufen und die anderen davon ausgeschlossen werden. Auch kann durch eine besondere Organisation, z. B. Einsetzung eines Ausschusses, der die Geschäfte zu führen hat, oder eines solchen, der an Stelle der Gesellschafterversammlung die dieser obliegenden Beschlüsse über die Geschäftsführung, soweit sie über die Befugnisse der Geschäftsführer hinausgehen, zu fassen hat, der mit der Vielzahl von Gesellschaftern verbundenen Schwerfälligkeit abgeholfen werden. Mit einer solchen Gestaltung der inneren Organisation haben Gesellschaften mit einer sehr großen Anzahl von Mitgliedern bestanden; vgl. etwa RG 36, 60: Gesellschaft mit 159 Teilhabern; RG LZ 1914, 1030: Gesellschaft mit 48 Teilhabern, Verwaltungsrat und Generalversammlung; vgl. dazu ferner Flechtheim LZ 1914, 1260, 1268.

2. Die natürliche Person als Gesellschafter.

Jede natürliche Person kann Gesellschafter einer OHG werden, und zwar ohne Rücksicht auf Staatsangehörigkeit, Volkszugehörigkeit, Rasse und religiöses Bekenntnis. Im einzelnen ist dazu folgendes zu sagen:

a) Nicht voll geschäftsfähige Personen als Gesellschafter: Geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen können ebenso Gesellschafter sein, wie sie allein ein Handelsgewerbe betreiben können. Geschäftsunfähige (§ 104 BGB) können es allerdings nur durch ihren gesetzlichen Vertreter betreiben. Ein beschränkt Geschäftsfähiger (§§ 106, 114 BGB) insbesondere auch ein Minderjähriger, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, kann von seinem gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigt werden (§ 112 BGB). Zu einem Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird, insbesondere einem Gesellschaftsvertrag über die Errichtung oder den Beitritt zu einer offenen Handelsgesellschaft ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich (vgl. Vorbem. 38 ff vor § 1; § 1643 Abs. 1; § 1822 Nr. 3 BGB). Auch die „Fortsetzung“ einer aufgelösten Gesellschaft (§ 144) bedarf dieser Genehmigung, da sie in ihren Folgen einer Neugründung gleichsteht. Will der gesetzliche Vertreter sich selbst an der Gesellschaft beteiligen, so ist für den Geschäftsunfähigen ein Pfleger, beim Vorhandensein mehrerer für jeden ein besonderer Pfleger zu bestellen (§§ 181, 1630, 1795 BGB; BGH LM Nr. 8 zu § 138 HGB). Die Genehmigung zum Betrieb als Alleininhaber enthält nicht auch die Genehmigung zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages.

b) Ein Ehegatte als Gesellschafter. Der frühere gesetzliche Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des Frauenvermögens durch den Ehemann hatte im Rahmen des Gesellschaftsrechts gewisse Besonderheiten zur Folge, wenn eine Ehefrau sich als Gesellschafterin an einer OHG beteiligte oder im Zeitpunkt ihrer Eheschließung bereits Gesellschafterin einer OHG war. Diese Besonderheiten haben heute keine praktische Bedeutung mehr. Für sie kann daher auf die Erläuterungen in der Voraufgabe verwiesen werden (vgl. Anm. 7 ff. vor § 1; § 105 Anm. 25; § 125 Anm. 6). Bei dem jetzt geltenden Güterrecht sind entsprechend dem Grundsatz der Gleichberechtigung die Besonderheiten, die sich für das Gesellschaftsrecht aus dem ehelichen Güterrecht ergeben, für beide Ehegatten grundsätzlich gleich. Insoweit ist es also heute ohne Belang, ob sich ein Ehemann oder eine Ehefrau an einer OHG beteiligen. Unterschiede ergeben sich aus diesen Besonderheiten dagegen daraus, ob im Einzelfall für die Eheleute das gesetzliche Güterrecht (§§ 1363 ff. BGB) oder ein vertragliches Güterrecht (§§ 1414 ff. BGB) gilt.

aa) Bei gesetzlichem Güterrecht: Der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft ist dadurch gekennzeichnet, daß bei ihm die beiderseitigen Vermögen der Ehegatten getrennt bleiben, und daß demgemäß jedem Ehegatten die Verwaltung über sein Vermögen selbst zusteht. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht ausnahmslos; die §§ 1365 ff. BGB sehen bei beiden Ehegatten in gleicher Weise Beschränkungen für Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte vor. Von diesen Beschränkungen könnte die Vorschrift des

Anm. 23

Anm. 24

Anm. 25

Anm. 25 a

§ 1365 BGB, wonach sich ein Ehegatte nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten zur Verfügung über sein Vermögen im ganzen verpflichten kann, für das Gesellschaftsrecht von Bedeutung sein. Weiter kann die gesetzliche Ausgleichsforderung des Ehegatten (§ 1378 BGB) nach Aufhebung der Zugewinngemeinschaft, namentlich nach Auflösung der Ehe durch Urteil oder durch Tod eines Ehegatten, auf eine bestehende Gesellschaft von unmittelbarem Einfluß sein.

Anm. 25b

Für die Anwendung des § 1365 BGB im Rahmen des Gesellschaftsrechts ist es entscheidend, welche Tragweite dieser Bestimmung zukommt. Im Schrifttum wurde zunächst ganz überwiegend angenommen, daß ihr alle Verpflichtungsgeschäfte unterliegen, die eine Verfügung des Ehegatten über sein ganzes oder über nahezu sein ganzes Vermögen zum Gegenstand haben. Dabei wurde es als unerheblich angesehen, ob die Vertragsschließenden das Vermögen des Ehegatten im Vertrag als solches bezeichnet haben, wie es für die Anwendung des § 311 BGB notwendig ist (vgl. etwa RG 94, 314), oder ob sie die Gegenstände (oder den Gegenstand), die das Vermögen des Ehegatten oder nahezu sein ganzes Vermögen darstellen, im einzelnen genannt haben, wie es für die Anwendung des § 419 BGB ausreichend ist (BGH LM Nr. 16, 18 zu § 419 BGB). Denn für den Zweck dieser Vorschrift, die wirtschaftliche Grundlage der Familie zu sichern und darüber hinaus den Ausgleichsanspruch des anderen Ehegatten einen zusätzlichen Schutz zu gewähren, sei es ohne Belang, welche Bezeichnung die Vertragsschließenden gewählt hätten, vielmehr sei es allein von Bedeutung, ob der Ehegatte die Verpflichtung über praktisch sein gesamtes Vermögen eingegangen ist. Dabei bestand zunächst auch darüber Übereinstimmung, daß bei dieser Beurteilung die Gegenleistung, die dem Ehegatten zugesagt und gewährt wurde, außer Ansatz zu bleiben habe. Zur Gewährleistung eines durchgreifenden Verkehrsschutzes wurde dabei jedoch meist die Einschränkung gemacht, daß es dem Vertragspartner des Ehegatten beim Abschluß des Vertrages bekannt gewesen sein muß, daß sich der Ehegatte zur Verfügung über nahezu sein ganzes Vermögen verpflichtete (vgl. dazu die Nachweise bei Rittner FamRZ 1961, 1ff.; Mülke ZivA 161, 129ff.). Der Bundesgerichtshof V. Ziv.Sen. (der II. Ziv.Sen. hat sich mit diesen Fragen noch nicht zu befassen gehabt) hat sich dieser Auffassung angeschlossen (BGH 35, 135; 43, 174 mit Anm. Gernhuber JZ 1966, 191).

Anm. 25c

Gegen diese Auffassung, die allerdings, und zwar namentlich im Rahmen des Gesellschaftsrechts, zu zahlreichen Abweichungen und Unterscheidungen geführt hat, sind von Rittner (FamRZ 1961, 1ff.) grundsätzliche Bedenken angemeldet worden. Er geht freilich mit der herrschenden Meinung auch davon aus, daß die Vorschrift des § 1365 BGB die wirtschaftliche Grundlage der Familie sichern und dem Ausgleichsanspruch des anderen Ehegatten einen zusätzlichen Schutz gewähren soll, meint aber, daß sich die Auslegung an dem Wortlaut der Vorschrift halten müsse und daß danach — im Unterschied zu § 1369 BGB — die Vorschrift keine anderen Fälle umfasse, als die, in denen der Ehegatte sich verpflichte, über sein Vermögen als solches zu verfügen, seine Verpflichtung also darauf gerichtet sei, sein gegenwärtiges Vermögen zu übertragen oder zu belasten. Es sei danach also ein Verfügungsgeschäft nicht unzulässig, daß bloß objektiv das ganze Vermögen, nämlich etwa den einzigen übertragbaren Vermögensgegenstand erfasse, sondern nur ein solches, dessen Inhalt — durch die Parteierklärungen bestimmt — auf das Vermögen im ganzen gehe. Dieser Auffassung sind in der Folgezeit Tiedau (MDR 1961, 721), Barz ZHR 126, 170ff.) und wohl auch Gessler (bei Schlegelberger Anm. 55a) gefolgt.

Diese zunächst recht formal anmutende Gedankenführung Rittners, die den Anwendungsbereich des § 1365 BGB gegenüber der herrschenden Meinung außerordentlich stark einschränkt und bei § 1365 BGB die zu § 311 BGB entwickelten Grundsätze heranzieht, hat namentlich den Widerspruch von Mülke (ZivA 161, 129ff.; vgl. auch BGH 43, 174; Palandt/Lauterbach § 1365 Anm. 2) gefunden. Er betont den Schutzzweck des § 1365 BGB, den Rittner zu sehr vernachlässige, und weitet den Anwendungsbereich des § 1365 BGB noch über die herrschende Meinung hinaus aus. Er sieht in dem Begriff „Vermögen im ganzen“ einen Wertbegriff, nämlich den im wesentlichen gesamten realisierbaren Wert aller Aktiven unter Abzug bestehender Verbindlichkeiten. Dieser Wert sei im Sinn des § 1365 BGB Gegenstand eines Rechtsgeschäfts, wenn der Ehegatte ihn durch das Rechtsgeschäft im wesentlichen einbüßt. Entscheidend sei also nicht der

Inhalt, sondern die Wirkung des Rechtsgeschäfts, wobei auch die Begründung persönlicher Verbindlichkeiten (z. B. die Übernahme einer Bürgschaft) in Betracht zu ziehen sei.

Man wird trotz gewisser Bedenken doch wohl der Ansicht Rittners folgen müssen, weil allein sie auf diesem wichtigen Teilgebiet Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gewährleistet und sinnwidrige Teilergebnisse vermeidet, zu denen die Gegenmeinungen zwangsläufig führen (die von mir in NJW 1960, 937 ff. vertretene Meinung gebe ich damit auf). Das gewichtigste Gegenargument gegen die Meinung Rittner wäre, daß er zu sehr den Schutzzweck des § 1365 BGB vernachlässige und seine Auslegung des § 1365 BGB insoweit völlig wertneutral sei. Aber gerade dieses Argument schlägt nicht durch, wie die Gesetzesmaterialien erkennen lassen. In dem Bericht des Rechtsausschusses an das Plenum des Bundestages heißt es: „Es mag . . . zweifelhaft sein, ob der § 1365 BGB des Entwurfs nur solche Verträge ergreift, bei denen der Wille beider Vertragspartner auf eine Verpflichtung zur Übertragung des gesamten gegenwärtigen Vermögens als eines solchen geht, also einen auf Übertragung einzelner bestimmter Vermögensgegenstände gerichteten Vertrag auch dann nicht erfaßt, wenn diese Gegenstände das ganze Vermögen einer Partei ausmachen und den Parteien dieses auch bekannt ist.“ (Drucksache 3/409 des 2. Deutschen Bundestages S. 6). Der Gesetzgeber hat also die jetzt streitig gewordene Frage nach dem Anwendungsbereich des § 1365 BGB gerade nicht entschieden, sie vielmehr der Auslegung durch Rechtsprechung und Schrifttum überlassen. Daraus muß entnommen werden, daß die jetzt von Rittner vertretene Ansicht nach den Vorstellungen des Gesetzgebers mit dem Schutzzweck des § 1365 BGB ebenfalls vereinbart werden kann.

Geht man hiervon aus, so zeigt eine kritische Betrachtung der Teilergebnisse, zu denen die Gegenmeinungen gelangen, daß diese zum Teil sinnwidrig sind und zum Teil über einen noch vertretbaren Schutzzweck des § 1365 BGB hinausgehen oder von nicht realisierbaren Vorstellungen geleitet werden. Die Gegenmeinungen stimmen fast einhellig darin überein, daß bei einer Anwendung des § 1365 BGB die Gegenleistung, die der Ehegatte erhält, außer Betracht bleiben müsse. Das hat zur Folge, daß ein Grundstückstausch zustimmungsbedürftig ist, falls das Grundstück nahezu das ganze Vermögen des verfügenden Ehegatten darstellt. Das ist unter Berücksichtigung des Schutzgedankens des § 1365 BGB sinnwidrig, weil bei einem solchen Tausch eine Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlagen der Familie nicht in Betracht kommt; denn in einem solchen Fall entspricht nach den Vorstellungen der Vertragschließenden das Entgelt dem Wert des hingegebenen Vermögensgegenstandes. Ähnliches wird man sagen müssen, wenn ein Ehegatte sein in Wertpapieren angelegtes Vermögen nunmehr in Immobilien anlegt oder umgekehrt, weil man in Fällen dieser Art in der Regel von einem wirtschaftlich verständigen Ehepartner ausgehen muß und man eine allmähliche Verlagerung des Vermögens von diesen auf jene Anlagewerte auch bei einer noch so weiten Auslegung des § 1365 BGB nicht verhindern kann. Stellen Wertpapiere oder ein Grundstück nahezu das ganze Vermögen dar, dann ist jede Belastung, in dem einen Fall etwa durch Einräumung eines geringfügigen Bankkredits, im anderen Fall durch jedwede Grundstücksbelastung eine Verfügung über das ganze Vermögen, die zustimmungspflichtig wäre. Das kann aber nicht der Sinn des § 1365 BGB sein und wird auch von seinem Schutzzweck nicht gedeckt. Dieser Folgerung könnte man nur entgehen, wenn man mit Mülke den Vermögensbegriff in § 1365 BGB als einen reinen Wertbegriff ansieht (vgl. Anm. 25c). Denn dann würde eine geringfügige Belastung des Vermögens etwa mit Sicherungsrechten (aber auch mit einem Nießbrauch), noch keine Verfügung über das Vermögen darstellen, weil der Ehegatte dadurch noch nicht den Wert seines Vermögens im wesentlichen einbüßt. Jedoch ist der von Mülke gewiesene Weg nicht gangbar, weil er in anderer Hinsicht zu einer unververtretbaren Ausweitung des § 1365 BGB führt; denn er bezieht im weiten Umfang die Begründung persönlicher Verbindlichkeiten, wie etwa Kreditaufnahme, die Eingehung von Wechselverpflichtungen, die Übernahme von Bürgschaften usw., in den Anwendungsbereich des § 1365 BGB ein. Das erscheint jedoch sachlich nicht mehr vertretbar und beruht auf der Illusion, durch die Zustimmungsbedürftigkeit oder gegebenenfalls durch eine vormundschaftsgerichtliche Entscheidung (§ 1365 BGB) die Familie in wirtschaftlicher Hinsicht vor den Wechselfällen des Lebens schützen zu können. Auch erscheint es im Hinblick auf den Schutzzweck des § 1365 BGB nicht gerechtfertigt, das Entgelt für die Leistung des Ehegatten völlig unberücksichtigt zu lassen. Denn

Anm. 25 d

das hat zur Folge, die Familie nicht nur gegen eine konkrete Gefährdung, sondern darüber hinaus auch schon gegen jede potentielle Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Grundlagen zu schützen.

Demgegenüber erscheint es sinnvoller, den Anwendungsbereich des § 1365 BGB nach dem Vorschlag Rittners zu beschränken. Danach fallen nur solche Verträge, wie etwa der Hofübergabevertrag, unter die Vorschrift des § 1365 BGB, durch die der Verfügende wirtschaftlich gesehen sein Vermögen hingibt und nicht bloß eine Vermögensumschichtung vornimmt. Diese Fälle sind es, die typischer Weise die wirtschaftliche Grundlage der Familie und auch den Ausgleichsanspruch des anderen Ehegatten gefährden.

Bei einer solchen einschränkenden Anwendung des § 1365 BGB wird es praktisch nicht vorkommen, daß der Abschluß oder die Änderung des Gesellschaftsvertrages ein Rechtsgeschäft im Sinn des § 1365 BGB darstellt. Es erübrigt sich daher, in diesem Rahmen insoweit auf irgendwelche Einzelheiten einzugehen.

Anm. 25e

Über die Rechtsfolgen, die sich für die Gesellschaft daraus ergeben, daß dem einen Ehegatten nach Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft, insbesondere nach Scheidung der Ehe, ein gesetzlicher Ausgleichsanspruch gegen den anderen Ehegatten zusteht, vgl. Erl. zu § 135.

Anm. 25f

bb) Bei vertraglichem Güterrecht: Nach der Neuregelung des Güterrechts kommen als vertragliche Güterstände nur noch der Güterstand der Gütertrennung und der Güterstand der Gütergemeinschaft in Betracht. Von diesen Güterständen bietet der Güterstand der Gütertrennung für das Gesellschaftsrecht keine Besonderheiten. Er läßt die gesellschaftsrechtliche Stellung eines Ehegatten völlig unberührt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Ehemann oder die Ehefrau Gesellschafter ist (Grundsatz der Gleichberechtigung).

Beim Güterstand der Gütergemeinschaft wird die Beteiligung eines Ehegatten an einer OHG nicht ohne weiteres Gesamtgut. Nach § 1417 BGB sind vom Gesamtgut ausgeschlossen diejenigen Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können. Zu ihnen gehört grundsätzlich auch die Beteiligung an einer Personengesellschaft (§ 717 BGB). Anders ist es mit dem Auseinandersetzungsguthaben und der Abfindung nach Auflösung der Gesellschaft; sie sind übertragbar und gehören daher auch zum Gesamtgut (RG 146, 282). — Da mit Zustimmung aller Gesellschafter auch der Gesellschaftsanteil übertragbar ist, könnte die Beteiligung mit Rücksicht auf § 1417 BGB ohne weiteres Gesamtgut werden. Dem steht aber die Tatsache entgegen, daß die Gütergemeinschaft selbst als Gemeinschaft zur gesamten Hand nicht Mitglied einer OHG sein kann (Anm. 28). Dagegen ist es in einem Fall dieser Art möglich, daß auch der andere Ehegatte Gesellschafter wird (RG 146, 282; vgl. auch BGH LM Nr. 1 zu § 260 BGB).

Anm. 25g

c) Die Ehegatten als alleinige Gesellschafter: Auch Ehegatten können sich als Gesellschafter zu einer OHG zusammenschließen. Der darüber abgeschlossene Vertrag ist dann lediglich ein Gesellschaftsvertrag, nicht etwa ein Ehevertrag. Er bedarf deshalb nicht der in § 1410 BGB vorgeschriebenen Form (RG LZ 1919, 1076; RG SeuffA 94 Nr. 66). Voraussetzung dabei ist jedoch, daß der Gesellschaftsvertrag nicht das eheliche Güterrecht der Ehegatten für die Zukunft abändert, sondern sich auf rechtsgeschäftliche Einzelverfügungen beschränkt (vgl. dazu auch RG 133, 351). Liegt dagegen eine solche Abänderung des ehelichen Güterrechts vor, dann ist der Gesellschaftsvertrag trotz seiner Bezeichnung inhaltlich ein Ehevertrag, auf den demzufolge auch § 1410 BGB Anwendung findet.

Der Gesellschaftsvertrag zwischen Ehegatten muß nicht schriftlich abgeschlossen werden; der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages kann sich auch aus den Umständen, z. B. dem Gebrauch einer gemeinschaftlichen Firma oder dem Auftreten als Gesellschafter im Rechtsverkehr, ergeben. Immer muß es sich dabei aber um eine Außengesellschaft handeln, um die Annahme einer OHG zu ermöglichen. Einzelheiten über den stillschweigenden Abschluß eines Gesellschaftsvertrages vgl. Anm. 48.

Anm. 25h

Haben Ehegatten ausländische Staatsangehörigkeit, denen nach dem Rechte ihres Staates die Errichtung einer Gesellschaft unter sich verboten ist, wie nach französischem und belgischem Recht, im Gebiet der Bundesrepublik eine solche Gesellschaft errichtet,

so kommt es für die Frage der Wirksamkeit des Vertrages darauf an, ob das Verbot nach dem Heimatrecht der Ehegatten auf den persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten oder auf dem ehelichen Güterrecht beruht. Im ersten Falle ist es auch für den deutschen Richter maßgebend. Handelt es sich um eine Vorschrift des ehelichen Güterrechts, so kommt es darauf an, ob für dieses, wie nach französisch-belgischem Recht, der erste eheliche Wohnsitz entscheidend ist. Haben die Ehegatten den ersten ehelichen Wohnsitz in Deutschland genommen und gilt deshalb für sie das deutsche gesetzliche Güterrecht, so ist die Gesellschaft zulässig (RG 163, 367). Als Bestandteil des ehelichen Güterrechts sind alle diejenigen Bestimmungen anzusehen, die aus dessen Wesen hervorgehen, mögen sie sich auch äußerlich als erbrechtliche darstellen. Insbesondere müssen Vorschriften, die sich auf die Teilung des gemeinsam gewesenen Vermögens der Ehegatten beziehen, als güterrechtliche behandelt werden. Eine Teilungsanordnung muß danach nach dem zulässigerweise im Ehevertrag in bezug genommenen ausländischen Recht beurteilt werden. In das gemeinschaftlich gewesene Vermögen, auf das sich die Teilungsanordnung bezieht, fallen aber nicht gesellschaftsrechtliche Ansprüche, auf die deutsches Recht Anwendung findet und die nach deutschem Recht nicht übertragbar sind (§ 717 BGB; RG JW 1938, 1748).

3. Die juristische Person als Gesellschafterin. Juristische Personen des öffentlichen wie des privaten Rechts können Gesellschafter einer OHG werden, soweit nicht nach den für die einzelne juristische Person geltenden besonderen Vorschriften die Beteiligung an einer Erwerbsgesellschaft gesetzlich verboten ist. Diese Frage war lange überaus streitig und sie ist erst im Lauf einer langen Rechtsentwicklung im positiven Sinn entschieden worden. Von praktischer Bedeutung ist diese Frage vor allem für die sog. **GmbH & Co.** geworden, eine Personengesellschaft (meist eine Kommanditgesellschaft), bei der die persönlich haftende Gesellschafterin die GmbH ist und bei der die Gesellschafter der GmbH zugleich die Kommanditisten der Personengesellschaft sind. Diese Gestaltung ist die häufigste, aber keineswegs die einzige Form der GmbH & Co. (vgl. dazu § 161 Anm. 21).

Anm. 26

Als das Geburtsjahr der GmbH & Co. kann man das Jahr 1912 bezeichnen (Hesselmann Die GmbH & Co. 8. Aufl. 1965), als das Bayrische Oberste Landesgericht sie in Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung zivilrechtlich anerkannte (OLGE 27, 331) und als daraufhin noch in demselben Jahr eine große Anzahl solcher Gesellschaften gegründet wurde. Anlaß für diese Gründungen bildete die im Jahr 1910 eingeführte Doppelbesteuerung der GmbH in Bayern, der man durch die GmbH & Co. auszuweichen suchte. Das Kammergericht hat sich der Rechtsauffassung des Bayrischen Obersten Landesgerichts sehr bald angeschlossen (DJZ 1913, 1500; KGJ 51, 122; 52, 90). Ihnen folgte sodann das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 4. Juli 1922 (RG 105, 101), in der sich das Reichsgericht eingehend mit den Argumenten der Gegenmeinung auseinandersetzte. Im Anschluß an diese Entscheidung ist im Schrifttum der Streit um diese Gesellschaftsform noch einmal aufgeflammt (dagegen namentlich Brodmann JW 1922, 1656; 1923, 683; vgl. auch Wieland I S. 835 ff.; dafür Pinner JW 1922, 1676; Flechtheim JW 1923, 227 und vor allem Zielinski Grundtypenmischungen und Handelsgesellschaftsrecht 1925; Cahn GmbH & Co., Kommanditgesellschaft 1922). Seit den 30er Jahren ist es verhältnismäßig ruhig um diese Gesellschaftsform geworden; erst in neuester Zeit gewinnt sie wieder an praktischer Bedeutung, wie zahlreiche Abhandlungen und Aufsätze erweisen. Dabei sind es heute wohl im wesentlichen wirtschaftliche und gesellschaftsrechtliche Gründe und weniger steuerliche Gesichtspunkte, die den Anreiz zur Wahl dieser Gesellschaftsform bilden. Auch der Bundesgerichtshof hat diese Gesellschaftsform anerkannt (vgl. BGH 11, 214; WM 1956, 61) und im Schrifttum werden heute nur noch vereinzelt Stimmen laut, die die GmbH & Co. ablehnen (Ritter Anm. 2b; v. Gierke Handels- und Schiffsrecht 7. Aufl. 1955 S. 188, 228, 229; Haupt/Reinhard 4. Aufl. S. 44; Lehmann 2. Aufl. S. 105). Aus dem neueren Schrifttum, die die GmbH & Co. bejahen, vgl. außer den Kommentaren Boesebeck Die kapitalistische Kommanditgesellschaft 1938 S. 72 ff.; Böttcher/Meilicke Umwandlung und Verschmelzung von Kapitalgesellschaften 5. Aufl. S. 542 ff.; Brönner GmbH-Rdsch. 1952, 145 ff.; Henze Die GmbH & Co. 1957; Hesselmann Die GmbH & Co. 8. Aufl. 1965; ders. GmbH-Rdsch. 1958, 67; 1959, 99; 1963, 212, 215; Köhler SteuerBerJahrb. 1954/55, 233 ff.; Plum in Festschr.

100 Jahre Deutscher Juristentag II S. 162 ff.; Simons Betr. 1963, 1209; Schilling JR 1954, 252; Zintzen GmbH-Rdsch 1953, 23; vgl. im übrigen die Schrifttumsnachweise bei § 161 Anm. 20.

Gegen die Beteiligung juristischer Personen an einer OHG (oder Kommanditgesellschaft) sind verschiedene Gründe angeführt worden. Soweit der Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften herangezogen worden ist, ist dieser Gesichtspunkt nicht zwingend, mag auch der Gesetzgeber als Regelfall bei den persönlich haftenden Gesellschaftern an natürliche Personen gedacht haben. Auch der Hinweis, daß bei einer GmbH als persönlich haftende und vertretungsberechtigte Gesellschafterin einer Personengesellschaft die vertretungsberechtigte Person (der Geschäftsführer der GmbH) nicht aus dem Handelsregister der Personengesellschaft ersichtlich sei, ist nicht berechtigt; denn den beteiligten und interessierten Verkehrskreisen kann durchaus zugemutet werden, in einem solchen Fall auch Einblick in das Register der GmbH zu nehmen. Des weiteren besteht auch vom Standpunkt der juristischen Person aus kein zwingender Anlaß, der Beteiligung juristischer Personen an einer Personenhandelsgesellschaft die rechtliche Anerkennung zu versagen. Es ist zwar zuzugeben, daß die juristische Person in einem solchen Fall durch andere Personen als ihre gesetzlichen Vertretungsorgane, nämlich durch ihre Mitgesellschafter verpflichtet werden kann. Aber das spricht nicht gegen eine solche Beteiligung. Denn entscheidend ist insoweit allein die Tatsache, daß die Begründung des Gesellschaftsverhältnisses (Beteiligung an der Personengesellschaft) durch das Vertretungsorgan der juristischen Person selbst herbeigeführt wird und daß insoweit kein ins Gewicht fallender Unterschied mit dem Abschluß anderer Geschäfte besteht, bei denen von dem gesetzlichen Vertretungsorgan der juristischen Person bindende Verpflichtungen in Höhe ihres ganzen Vermögens begründet werden. Das einzige gewichtige Argument der Gegenmeinung besteht darin, daß auf diesem Wege die gesetzlich zwingende unbeschränkte Haftung der Gesellschafter beseitigt wird. Dem kann man nicht, wie das meist geschieht, entgegenhalten, dieses Argument entbehre der Logik, da ja die juristische Person genau so unbeschränkt mit ihrem vollen Vermögen hafte wie jeder andere Gesellschafter (so z. B. Köhler a. a. O. S. 237; auch Böttcher/Meilicke a. a. O.). Denn wie schon Wieland I S. 836 mit Recht betont hat, wird gerade bei der GmbH & Co. der Grundsatz der unbeschränkten Haftung zwar nicht von seiner formalen, aber doch von seiner funktionellen Seite aus gesehen durchbrochen. An dieser Erkenntnis kann der Hinweis auf die unbeschränkte Haftung der GmbH selbst nichts ändern, weil bei einer solchen Gesellschaftsform die natürlichen Personen als die eigentlichen Träger der Personengesellschaft sämtlich nur beschränkt haften. Damit steht es in Übereinstimmung, daß die Möglichkeit einer Beschränkung der Haftung gerade als ein Vorzug der GmbH & Co. hervorgehoben wird (vgl. etwa Hesselmann Die GmbH & Co. S. 58 f.; übrigens auch Köhler a. a. O. S. 236, 239). Die Beurteilung dieses Gegenarguments rührt an ein allgemeines Problem, wie es sich namentlich bei der Frage nach der Anerkennung der Einmann-GmbH. stellt, nämlich an das Problem, ob man durch Einschaltung einer juristischen Person für natürliche Personen die Möglichkeit zu einer Beschränkung der Haftung auf das dem Handelsgeschäft zur Verfügung gestellte Kapital eröffnen soll. Man wird bei den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen an einer Bejahung dieser Frage nicht vorbeikommen können und den Worten Köhlers a. a. O. S. 239 zustimmen müssen: „Die Beschränkung der Haftung als solche ist . . . nicht unmoralisch. Vielmehr erträgt unsere immer komplizierter werdende Wirtschaft kaum noch die unmittelbare Haftung eines einzelnen in großen Verhältnissen. Das hat mit Flucht vor Verantwortung und Unternehmerrisiko nichts zu tun.“

In steuerlicher Hinsicht kann die GmbH & Co. heute nicht mehr als eine besonders interessante Gesellschaftsform angesehen werden (vgl. dazu Zintzen GmbH-Rdsch. 1950, 116; 1953, 23; Brönnner GmbH-Rdsch. 1952, 145; Hesselmann Die GmbH & Co. S. 67 ff.). Ihre praktische Bedeutung liegt zur Zeit auf dem privatrechtlichen, namentlich dem gesellschaftsrechtlichen Gebiet. Neben der Möglichkeit einer Beschränkung der Haftung für alle beteiligten natürlichen Personen sind es Vorzüge bei der Regelung der Erb- und Nachfolge für den bisherigen geschäftsführenden Gesellschafter einer Personenhandels-gesellschaft und für eine Erleichterung der Kapitalbeschaffung. Auch ist es möglich, durch eine GmbH & Co. die eingeführte und wertvolle Firma einer Kommanditgesell-

schaft, deren einziger persönlich haftender Gesellschafter wegen Alters von der Geschäftsleitung zurücktritt oder stirbt und keinen geeigneten Nachfolger hat, zu erhalten. Auch können durch eine GmbH & Co. die organisatorischen und steuerlichen Schwierigkeiten ausgeschaltet werden, die durch die Aufspaltung des Unternehmens in eine Produktions-Personengesellschaft und in eine Vertriebs-GmbH mitunter auftreten (vgl. zu allem Hesselmann a. a. O. S. 25 ff., 54 ff.). Zur GmbH & Co. vgl. im einzelnen § 161 Anm. 21 ff.

4. Die OHG und die Kommanditgesellschaft als Gesellschafterin. Sehr lange hat die Rechtsprechung entgegen der schon immer herrschenden Ansicht im Schrifttum die Möglichkeit verneint, daß eine OHG oder Kommanditgesellschaft als solche Gesellschafterin einer anderen OHG oder persönlich haftende Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft werden kann (RG 36, 39; KGJ 11, 17; KG DNotZ 1929, 341; OLG Hamburg ZHR 40, 457; Dresden OLGR 24, 170; RJA 15, 43; ebenso Schwarz Anm. 151; Haupt/Reinhardt 4. Aufl. S. 44; Ritter Anm. 2b; a. M. dagegen schon das ältere Schrifttum Wieland I S. 837; Schreiber Die KG auf Aktien S. 41; Düringer/Hachenburg Anm. 22; Geiler JW 1924, 1113; Boesebeck Die kapitalistische KG. S. 78). Bei der Beurteilung dieser Rechtsprechung ist zu berücksichtigen, daß das Reichsgericht in späterer Zeit nicht mehr, namentlich auch nicht mehr nach seiner Entscheidung RG 142, 21 zu dieser Frage Stellung genommen hat und daß eine wirklich eingehende und sachliche Auseinandersetzung mit den hier in Betracht kommenden Fragen auch die angeführten Entscheidungen der Oberlandesgerichte nicht enthalten. Von den Gegnern der Zulassung werden im wesentlichen drei Gesichtspunkte ins Feld geführt. Es wird eingewendet, die OHG sei keine juristische Person und könne daher nicht Mitglied einer anderen OHG sein. Ferner widerstreite eine solche Mitgliedschaft dem personenbezogenen Charakter der OHG; mit diesem Charakter sei es nicht zu vereinbaren, daß eine OHG auf einen Mitgliederwechsel bei der ihr angehörenden OHG keinen Einfluß nehmen könne. Schließlich werde durch die Zulassung einer solchen Mitgliedschaft auch die Übersichtlichkeit des Mitgliederstandes gefährdet, da das für eine OHG maßgebliche Handelsregister keine Auskunft über den Mitgliederbestand der ihr angehörenden OHG gebe; das sei vor allem mit Rücksicht auf die Vertretungsverhältnisse und Haftungsfolgen unverträglich. Diese drei Gesichtspunkte können jedoch die Zulässigkeit einer solchen Mitgliedschaft nicht in Frage stellen (vgl. dazu LG Göttingen NJW 1949, 789; ebenso OLG Stuttgart DR 1944, 575; auf denselben Standpunkt steht heute das Schrifttum; vgl. Boesebeck Die kapitalistische KG S. 78; Hueck § 2 I 3 m. w. N.; a. M. Haupt/Reinhardt S. 44; Lehmann Gesellschaftsrecht S. 105). Was den Hinweis der Gegner auf die fehlende juristische Persönlichkeit anlangt, so handelt es sich hierbei um eine juristische Deduktion, die für die heute geltende Beurteilung keine selbständige Bedeutung mehr hat (vgl. dazu Anm. 8). Entscheidend ist insoweit allein, daß die OHG nach außen im Rechtsverkehr unter ihrer Firma als geschlossene Einheit auftritt und als solche selbständig Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann (§ 124). Damit ist das begriffliche Bedenken, eine OHG könne deshalb nicht Mitglied einer anderen OHG sein, ausgeräumt (vgl. dazu RG 142, 21). Auch der personenbezogene Charakter einer jeden OHG steht der Zulässigkeit einer solchen Mitgliedschaft nicht entgegen. Denn bei jeder OHG kann unbeschadet ihres personenbezogenen Charakters die freie Übertragbarkeit der Mitgliedschaft gesellschaftsvertraglich vorgesehen werden; es steht den Gesellschaftern der OHG allein die Entscheidung darüber zu, ob sie sich gegenseitig eine solche Möglichkeit einräumen wollen oder nicht. Es muß ihnen daher auch frei stehen, bei der Aufnahme einer anderen OHG darüber zu entscheiden, ob sie auf den Mitgliederwechsel bei der aufgenommenen Gesellschaft Einfluß nehmen wollen oder nicht. Halten sie eine solche Einflußnahme für notwendig, dann können sie die Aufnahme dieser Gesellschaft davon abhängig machen, daß ein Wechsel ihrer Mitglieder auch der Zustimmung der Gesellschafter der aufnehmenden Gesellschaft bedarf. Halten sie das aber nicht für notwendig, so können sie davon Abstand nehmen. Das steht in ihrem Belieben. Irgendein für die OHG zwingender Rechtssatz wird dadurch nicht in Frage gestellt. Des weiteren werden durch die Zulässigkeit einer solchen Mitgliedschaft auch keine den Rechtsverkehr in unverträglicher Weise belastende unklare Verhältnisse hinsichtlich des Mitgliederbestandes, der Vertretungsbefugnis und der Haftungsfolgen geschaffen. Denn durch Ein-

Anm. 27

sicht in das Handelsregister der aufgenommenen Gesellschaft können etwa bestehende Zweifel jederzeit in angemessener Weise ausgeräumt werden.

Trotz Fehlens einer höchstrichterlichen Entscheidung kann die Zulässigkeit der Mitgliedschaft einer OHG bei einer anderen OHG heute als gefestigte Rechtsauffassung angesehen werden. Für die Ansicht des Reichsgerichts mag in dieser Hinsicht auch auf die Entscheidung RG 142, 21 verwiesen werden, in der das Reichsgericht anerkannt hat, daß eine OHG Mitglied einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft sein kann (vgl. auch BGB RGRK § 705 Anm. 12).

Tritt eine OHG einer anderen bei, so wird sie als Gesellschaft Mitglied der anderen, dagegen werden nicht ihre Gesellschafter Mitglied der anderen. Sie haften nur nach § 128 für die Schulden ihrer Gesellschaft.

Anm. 28

5. Wer kann nicht Gesellschafter sein? Eine **bürgerlichrechtliche Gesellschaft** kann nicht Mitglied einer OHG sein (BGH Entsch. v. 22. 11. 65 — II ZR 102/63). Das entspricht heute auch der überwiegenden Ansicht im Schrifttum (vgl. Schlegelberger/Gessler Anm. 27; Baumbach/Duden Anm. 1 E; Wieland I S. 830; Hueck § 2 I 3b; Lehmann Gesellschaftsrecht S. 105; a. M. für die gleichliegende Frage der Mitgliedschaft bei einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft Staudinger/Kessler § 705 Anm. 40; Palandt/Gramm § 705 Anm. 3a). Das Reichsgericht ist offenbar der gegenteiligen Auffassung (vgl. RG 136, 240/41; 142, 21). Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Die bürgerlichrechtliche Gesellschaft tritt im Unterschied zur OHG nach außen nicht als geschlossene Einheit auf. Demzufolge können Partner des Gesellschaftsvertrages immer nur die einzelnen Gesellschafter der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft sein, nicht aber die Gesellschaft selbst, in deren Namen der Gesellschaftsvertrag gar nicht geschlossen werden kann. — Dasselbe gilt für den nichtrechtsfähigen Verein, der ebenfalls nicht Gesellschafter einer OHG sein kann.

Des weiteren kann auch eine stille Gesellschaft nicht Mitglied einer OHG werden, da sie eine Innengesellschaft ist; wohl aber der Geschäftsinhaber (Hueck § 2 I 3b).

Anm. 28a

Auch eine **Erbengemeinschaft** kann nicht Mitglied einer OHG sein. Das entsprach bis vor kurzem einer völlig gefestigten Rechtsauffassung (vgl. RG DR 1943, 1228; BGH 22, 192; KG JW 1935, 1794; Düringer/Hachenburg § 139 Anm. 15; Ritter § 139 Anm. 3; Schlegelberger/Gessler Anm. 27; Wieland I S. 689; Hueck § 2 I 3c; § 28 II 2a; Lehmann S. 105; Liebisch ZHR 116, 134f.; Siebert NJW 1955, 810; ders. Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der OHG 3. Aufl. S. 21; Küster DNotZ 1956, 466). Die Richtigkeit dieser Auffassung ist neuerdings von verschiedener Seite in Zweifel gezogen worden (vgl. Eiselt ZivA 158, 321ff.; Buchwald JR 1955, 174/75; Richert NJW 1958, 1472), allein zu Unrecht. Die Gegenmeinung übersieht, daß der Erbengemeinschaft als solcher die selbständige Verpflichtungsfähigkeit als Partner des Gesellschaftsvertrages fehlt. Die Erbengemeinschaft kann nicht selbst diesen Vertrag abschließen und demzufolge auch nicht selbst Mitglied der OHG sein. Gerade die Ausführungen von Eiselt zeigen, daß die Gegenmeinung letzten Endes zu Gierkes Theorie von der Personifikation der Gesamthand (Otto von Gierke D. Pr. R I S. 664, 684) zurückführt und daß sie ganz im Sinn dieser Theorie die Erbengemeinschaft durch besondere Vertreter selbst handlungsfähig macht. Das aber ist mit dem geltenden Recht nicht zu vereinbaren.

6. Einzelheiten

Anm. 28b

a) Der Treuhänder: Es kommt, namentlich bei der Kommanditgesellschaft nicht selten vor, daß ein Gesellschafter den Gesellschaftsanteil als Treuänder eines anderen hält (vgl. etwa RG Warn. 1918 Nr. 79; OGH 2, 253; BGH 10, 44; 32, 29; ferner auch Merkel NJW 1954, 338; Pikard WM 1956, 656). Ein solches Treuhandverhältnis hat auf die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander grundsätzlich keinen Einfluß, es beschränkt seine Wirkungen auf das Verhältnis des Treuhänders zu seinem Treugeber. Dabei kann es im allgemeinen auch keinen Unterschied ausmachen, ob das Treuhandverhältnis ein offenes oder ein verdecktes ist, ob es also den anderen Gesellschaftern bekannt und von ihnen gebilligt ist oder ihnen nicht zur Kenntnis gebracht wird. Demzufolge ist bei einem Treuhandverhältnis stets der Treuhänder der Gesellschafter mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten. Ihn trifft die gesellschaftliche Treupflicht, er hat die gesellschaftsvertraglich zugesagten Leistungen zu erbringen und

er haftet als Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern nach Maßgabe des § 128. Ob und inwieweit er bei einer Inanspruchnahme Erstattung (u. U. auch einen entsprechenden Vorschuß) von seinem Treugeber verlangen kann, beeinflußt den Anspruch der Gesellschaft und der Gesellschaftsgläubiger gegen ihn nicht. Dem Treuhänder steht als Gesellschafter auch allein das Stimmrecht zu; im Verhältnis zur Gesellschaft kann der Treugeber auf die Ausübung des Stimmrechts keinen unmittelbaren Einfluß nehmen (BGH 3, 354, 360); dagegen kann er den Treuhänder durch einen Stimmbindungsvertrag verpflichten (dazu vgl. Hueck Festschrift für Nipperdey 1965 S. 401 ff.). Auch bei einer Ausschließungsklage gegen den Treuhänder richtet sich die Beurteilung des Ausschließungsgrundes grundsätzlich nach den Verhältnissen in der Person des Treuhänders (BGH 32, 33; vgl. im einzelnen Erl. bei § 140). Selbst mit Billigung aller Gesellschafter kann dem Treugeber eine gesellschaftliche Stellung in der Gesellschaft nicht eingeräumt werden. Denn das würde darauf hinauslaufen, dem Treugeber eine Beteiligung im Innenverhältnis zuzubilligen, was bei einer OHG, die stets eine Außengesellschaft ist (Anm. 19), nicht zulässig ist (BGH 10, 48). Dagegen ist es bei einem offenen Treuhandverhältnis nicht ausgeschlossen, daß der Treugeber unmittelbare Kontroll- und Anweisungsbefugnisse gegen die Gesellschaft erhält (BGH 10, 50; Düringer/Hachenburg § 164 Anm. 9; Schlegelberger/Gessler § 161 Anm. 32; Hueck § 2 I 4).

Die Beendigung des Treuhandverhältnisses ist grundsätzlich ohne Einfluß auf die Stellung des Treuhänders als Gesellschafter. Der Treuhänder wird in diesem Fall freilich schuldrechtlich meist gegenüber dem Treuhänder verpflichtet sein, diesem den Gesellschaftsanteil zu übertragen. Das aber berührt das Verhältnis des Treuhänders zu der Gesellschaft nicht unmittelbar. Namentlich sind im Regelfall die übrigen Gesellschafter auch nicht gehalten, die zur Übertragung des Gesellschaftsanteils erforderliche Zustimmung zu erteilen (vgl. BGH 24, 114; des weiteren RG 159, 282). Die Rechtsstellung des Treugebers ist in dieser Hinsicht verhältnismäßig schwach. Bei einem offenen Treuhandverhältnis wird das häufig allerdings anders sein; hier wird meist eine Verpflichtung der übrigen Gesellschafter gegenüber dem Treugeber zur Erteilung der Zustimmung bejaht werden müssen (BGH Betr. 1965, 698 für den ähnlich liegenden Fall bei der GmbH; ferner Rob. Fischer Anm. bei LM Nr. 4 zu § 2 GmbHG; Nr. 1 zu § 2218 BGB). Auch kann es in einem Ausnahmefall in Betracht kommen, daß die übrigen Gesellschafter die Ausschließung des Treuhänders herbeiführen können, sofern dieser nach Beendigung des Treuhandverhältnisses den Gesellschaftsanteil nicht auf den Treugeber überträgt, nämlich dann, wenn der Treuhänder nur mit Rücksicht auf das Treuhandverhältnis in die Gesellschaft aufgenommen worden war, der Bestand des Treuhandverhältnisses also die Geschäftsgrundlage für die Gesellschafterstellung des Treuhänders bildet (BGH 10, 51; Schlegelberger/Gessler Anm. 23; a. M. insoweit Kuhn WM 1955, 209).

b) Der Testamentsvollstrecker: Tritt beim Tode eines Gesellschafters [auf Grund einer entsprechenden Nachfolgeklausel (vgl. dazu im einzelnen Erl. bei § 139)] an seine Stelle sein Erbe als persönlich haftender Gesellschafter in die Gesellschaft ein, so ist es denkbar, daß der Erblasser eine Testamentsvollstreckung für seinen Nachlaß angeordnet hat. Die Stellung eines solchen Testamentsvollstreckers wirft eine Reihe schwieriger erbrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Fragen auf und ist im einzelnen äußerst umstritten, wenngleich sich in letzter Zeit durch den Beitrag von Siebert in der Festschrift von Hueck 1959 und die zusammenfassenden Darstellungen von Gessler (bei Schlegelberger § 139 Anm. 14 ff.) und von Hueck (§ 28 II 5) eine gewisse Klärung abzeichnet (vgl. auch Richardi Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft Diss. 1960).

Bei der Beurteilung im einzelnen ist davon auszugehen, daß die **Gesellschaftsbeteiligung einen Bestandteil des Nachlasses** bildet und daß unter diesem Gesichtspunkt keine Bedenken gegen die Annahme bestehen, daß die Testamentsvollstreckung auch den Gesellschaftsanteil des Erben erfaßt (BGH 22, 191; 24, 112; Schlegelberger/Gessler § 139 Anm. 14; Staudinger/Böhmer § 1922 Anm. 162; Coing Erbrecht § 68 III 2c; Sommer DNotZ 1936, 940; Donner DNotZ 1944, 145; Weiler DNotZ 1952, 283 ff.; Buchwald ZivA 154, 29; Siebert Festschrift für Hueck 1959 S. 325; Einmahl ZivA 160, 32, Schilling Festschrift für Walter Schmidt 1959 S. 213). Die Gegenmeinung (so namentlich RG 170, 394; 172, 203; ferner v. Godin Nutzungsrecht an Unternehmen und Unternehmens-

Anm. 28 o

beteiligungen 1949 S. 117; Liebisch ZHR 116, 140f.) übersieht, daß § 139 selbst von der Vererblichkeit der Gesellschaftsbeteiligung ausgeht (vgl. auch § 177). Zudem macht das Reichsgericht die Möglichkeit, daß der Erblasser dem Erben die Auflage machen kann, dem Testamentsvollstrecker die Ausübung seiner mitgliedschaftlichen Rechte als Gesellschafter-Erben zu gestatten, eine Möglichkeit, die nur in Betracht gezogen werden kann, wenn die Zugehörigkeit der Gesellschaftsbeteiligung zum Nachlaß bejaht wird.

Das eine Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Testamentsvollstreckung beim Eintritt eines Erben in die Gesellschaft ist erbrechtlicher Art. Es besteht darin, daß der Eintritt des Erben in die OHG seine unbeschränkte persönliche Haftung zur Folge hat, und daß es mit den gesetzlichen Befugnissen eines Testamentsvollstreckers nicht zu vereinbaren ist, daß er durch seine Verwaltungshandlungen eine solche Haftung des Erben herbeiführt (vgl. §§ 2206/07 BGB; grundsätzlich anders insoweit Einmal ZivA 160, 37). Dieses Bedenken tritt auch auf, wenn ein Einzelhandelsgeschäft vererbt wird und dabei eine Testamentsvollstreckung angeordnet ist. Für Fälle dieser Art hat die Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt (vgl. RG 132, 142 mit Anm. Bondi JW 1931, 3073; KG JW 1936, 1137; 1937, 2599; 1939, 104; BGH 12, 100), daß der in der Anordnung der Testamentsvollstreckung zum Ausdruck gekommene Wille des Erblassers jedenfalls dadurch sicher gestellt werden kann, daß der **Testamentsvollstrecker als Treuhänder im eigenen Namen** unter eigener Verantwortung nach außen und für Rechnung der Erben das Geschäft führt. Diese Gestaltung kann unbedenklich bei einer OHG übernommen werden, sofern die anderen Gesellschafter damit einverstanden sind (BGH 24, 112; Coing Erbrecht § 68 III 2c; Siebert Festschrift für Hueck S. 337). Für die Stellung des Testamentsvollstreckers gelten in diesem Fall die allgemeinen Grundsätze, die für die Stellung eines Gesellschafter-Treuhänder maßgeblich sind (dazu Anm. 28b). Freilich wird eine solche Übernahme der zum Nachlaß gehörenden Gesellschaftsbeteiligung durch den Testamentsvollstrecker als Treuhänder praktisch nur dann in Betracht kommen, wenn der Testamentsvollstrecker bereits selbst persönlich haftender Gesellschafter ist. Denn anderenfalls wird er sich scheuen, lediglich für fremde Rechnung die eigene persönliche Haftung als Gesellschafter zu übernehmen (vgl. Holch DNotZ 1958, 297 und für die ähnlich liegende Frage bei der Vererbung eines Einzelhandelsgeschäfts Goldschmit JW 1931, 3058; Groschuff JW 1938, 1362), zumal nach richtiger Ansicht der Anspruch des Testamentsvollstreckers gegen den Erben auf Ersatz seiner Aufwendungen (§ 670) nicht über den Wert des Nachlasses hinausgreifen kann (vgl. Siebert a. a. O. S. 337/38; Hueck § 28 Fußnote 52). Die gegenteilige Ansicht, die eine solche Beschränkung des Erstattungsanspruchs nicht anerkennen will (vgl. BGH 12, 104; Donner DNotZ 1944, 145; Holch DNotZ 1958, 292) würde, wie Weiler mit Recht bemerkt (DNotZ 1952, 295), auf eine recht formale Konstruktion hinauslaufen, weil dann die unbeschränkte Haftung des Erben nur vom Außenverhältnis auf das Innenverhältnis verlagert und damit entgegen den §§ 2206/07 BGB im Ergebnis doch eine unbeschränkte persönliche Haftung des Erben durch den Testamentsvollstrecker begründet werden würde.

Eine weitere Frage ist es, wann das **notwendige Einverständnis der übrigen Gesellschafter** mit der Übernahme der Gesellschaftsbeteiligung durch den Testamentsvollstrecker als Treuhänder angenommen werden kann. In der Vereinbarung einer Fortsetzungsklausel zugunsten eines bestimmten Erben kann dieses Einverständnis im allgemeinen nicht erblickt werden. Anders ist es jedoch, wenn die Fortsetzung der Gesellschaft mit jedem testamentarischen Erben des Gesellschafter-Erblassers in dem Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist; denn bei einer solchen Vertragsbestimmung müssen die anderen Gesellschafter jeden als Nachfolger-Gesellschafter hinnehmen, der ihnen von dem Erblasser bezeichnet wird (Coing Erbrecht § 68 III 2c; Sommer DNotZ 1936, 941; v. Godin a. a. O. S. 118; Holch DNotZ 1958, 299; Schilling Festschrift W. Schmidt 1959 S. 216; a. M. Siebert a. a. O. S. 327; Schlegelberger/Gessler § 139 Anm. 14). In einem solchen Fall ist auch bei einem Wechsel des Testamentsvollstreckers eine Zustimmung der übrigen Gesellschafter zur Übertragung des Gesellschaftsanteils auf den neuen Testamentsvollstrecker nicht erforderlich. Endet die Verwaltungsvollstreckung, so hat der Testamentsvollstrecker den Gesellschaftsanteil auf den Erben zu übertragen. Auch für diese Übertragung ist eine besondere Zustimmung der übrigen Gesellschafter nicht

notwendig; sie ist bereits in der Fortsetzungsklausel zugunsten dieses Erben zu erblicken (vgl. Rob. Fischer Anm. bei LM Nr. 1 zu § 2218 BGB). Enthält der Gesellschaftsvertrag oder die Fortsetzungsklausel nicht das Einverständnis der übrigen Gesellschafter zur treuhänderischen Übernahme des Gesellschaftsanteils durch den Testamentsvollstrecker, so läßt sich die Testamentsvollstreckung auf diesem Wege nur durchführen, wenn die übrigen Gesellschafter nach Eintritt des Erbfalls ihre Zustimmung erteilen.

Im Anschluß an die Entscheidung des Reichsgerichts in RG 172, 199 wird im Schrifttum vielfach die Möglichkeit bejaht, daß der Erblasser dem Erben die **Auflage** macht, daß er die **Ausübung seiner mitgliedschaftlichen Rechte**, und zwar auch der persönlichen Herrschaftsrechte, **dem Testamentsvollstrecker überläßt**. Dabei wird in konstruktiver Hinsicht meist der Weg gewählt, daß der Erbe dem Testamentsvollstrecker eine Vollmacht zur Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte zu erteilen habe, und daß die Wirksamkeit einer dahingehenden Vollmacht von der Zustimmung der übrigen Gesellschafter abhängig sei (Coing Erbrecht § 68 III 2c; Staudinger/Dittmann § 2205 Anm. 64; Donner DNotZ 1944, 145; Weiler DNotZ 1952, 300; Holch DNotZ 1958, 295). Dies erscheint jedoch nicht richtig. Eine solche Überlassung zum Zweck der Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte läuft auf eine rechtsgeschäftliche Übertragung aller Vermögens- und Herrschaftsrechte eines Gesellschafters hinaus, worüber auch die Konstruktion mit der Vollmacht nicht hinwegtäuschen kann. Denn diese Vollmacht ist nicht eine echte Vollmacht in dem Sinn, daß sie nur eine zusätzliche Befugnis des Bevollmächtigten begründet und im übrigen die eigene Befugnis des Gesellschafters-Erben zur Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte unberührt läßt. Die Befugnis des Testamentsvollstreckers soll im Unterschied zu einer echten Vollmacht von vornherein inhaltlich dahin gehen, daß sie die Nichtausübung der Mitgliedschaftsrechte durch den Gesellschafters-Erben voraussetzt (vgl. dazu im einzelnen Rob. Fischer GmbHRdsch. 1952, 113ff.). Eine solche Befugnis ist nach ihrem sachlichen Gehalt ein Recht, das das bisherige Recht des Gesellschafters-Erben verdrängt. Oder noch klarer ausgedrückt, durch die „Vollmacht“ wird die bisherige Befugnis des Gesellschafters-Erben auf den Testamentsvollstrecker übertragen; es findet in Wirklichkeit eine Abspaltung der Vermögens- und Herrschaftsrechte des Gesellschafters-Erben von seinem Gesellschaftsanteil statt. Eine solche Abspaltung läßt sich aber nicht auf rechtsgeschäftlichen Weg vollziehen (BGH 3, 359; 20, 365; Anm. Hueck JZ 1952, 115; Staudinger/Kessler § 717 Anm. 21a; Siebert BB 1956, 1127; vgl. auch Schlegelberger/Gessler § 139 Anm. 14a; a. M. Staudinger/Dittmann § 2205 Anm. 65; Holch DNotZ 1958, 288f.). Das gilt für alle mitgliedschaftlichen Herrschaftsrechte und wird besonders deutlich bei der gesetzlichen Vertretungsbefugnis eines jeden Gesellschafters, die als organschaftliche Vertretungsmacht nicht auf einen Dritten übertragen werden kann (vgl. dazu § 125 Anm. 4) vgl. ferner KG DR 1943, 353). Mit Recht stellt v. Godin (Nutzungsrecht am Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen 1949 S. 119) die Frage: „Aber wie kann die Vertretungsmacht des Gesellschafters-Erben als des gesetzlichen Vertreters der Gesellschaft einem Dritten zur Ausübung überlassen werden?“. Hinzu kommt noch, worauf Siebert (Festschrift für Hueck S. 335f.) zutreffend hinweist, daß die Gegenmeinung gegen einen allgemeinen Rechtsgrundsatz verstößt, den Siebert so formuliert: „Außerhalb der notwendigen gesetzlichen Vertretung gibt es keine Fälle, in denen jemand persönlich haften muß, aber in den Entscheidungen, die eine solche Haftung begründen können, unfreiwillig der Entscheidungsgewalt eines anderen unterworfen ist.“ (ebenso jetzt Gessler bei Schlegelberger § 139 Anm. 14a; Hueck § 28 Fußnote 51; Schilling Festschrift für W. Schmidt 1959, S. 214; Nordemann NJW 1963, 1140). Nach all dem wird man es aus Rechtsgründen nicht zulassen können, daß der Erbe durch eine Auflage des Erblassers gebunden wird, die Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte dem Testamentsvollstrecker zu überlassen, und zwar auch dann nicht, wenn die übrigen Gesellschafter damit einverstanden sind (vgl. dazu ferner BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB; Weipert JR 1954, 60).

Diese Beurteilung schließt jedoch nicht aus, dem **Testamentsvollstrecker** gleichwohl gewisse **Vermögensrechte** zuzusprechen. Der Anspruch des Erben auf das Auseinandersetzungsguthaben untersteht der Verwaltung des Testamentsvollstreckers, wenn durch den Tod des Erblassers die Gesellschaft aufgelöst, oder wenn die Gesellschaft nicht mit dem Erben fortgesetzt wird (Hueck § 28 II 5; v. Godin a. a. O. S. 117; Schlegel-

Anm. 28d

Anm. 28e

berger/Gessler § 139 Anm. 14). Zweifelhaft hingegen ist die Rechtslage, wenn die Gesellschaft erst später zur Auflösung gelangt oder der Erbe erst später aus der Gesellschaft ausscheidet, nachdem er bereits eine zeitlang Gesellschafter gewesen ist. Hier wird man wohl die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers hinsichtlich des Abfindungsguthabens ebenfalls bejahen müssen (ebenso Düringer/Hachenburg § 139 Anm. 12; v. Godin a. a. O.; Baumbach/Duden § 139 Anm. 4 B; Staudinger/Dittmann § 2205 Anm. 63; a. M. Hueck a. a. O.; Schlegelberger/Gessler § 139 Anm. 14c), allerdings nur dann, wenn der Gesellschafter-Erbe nicht tätiger Gesellschafter gewesen ist, wenn also das Abfindungsguthaben nicht (auch nicht zum Teil) das Ergebnis seiner eigenen Arbeit ist, und wenn die Testamentsvollstreckung bereits einige Rechte aus der Mitgliedschaft (z. B. den Gewinnanspruch) erfaßt hatte. Zweifelhaft ist auch die Behandlung des Gewinnanspruchs. Bei einem in der Gesellschaft tätigen Gesellschafter-Erben wird man den Gewinnanspruch nicht der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterstellen können, weil der ausgeschüttete Gewinn in diesem Fall — jedenfalls zum Teil — den Erfolg seiner eigenen Arbeit bildet (ebenso Hueck a. a. O.). Anders ist es dagegen in dem praktisch wohl meist gegebenen Fall, daß nämlich der Gesellschafter-Erbe, dem ein Testamentsvollstrecker beigegeben ist, in dem Gesellschaftsunternehmen nicht mitarbeitet. In diesem Fall ist der Gewinn im wesentlichen der Ertrag des im Unternehmen arbeitenden Kapitals. Das rechtfertigt es, den Gewinnanspruch der Verwaltung des Testamentsvollstreckers zu unterstellen (Düringer/Hachenburg § 139 Anm. 12; Michaelis ZAkDR 1943, 234; v. Godin a. a. O.; Baumbach/Duden § 139 Anm. 4 B; Holch DNotZ 1958, 285 m. w. N.; a. M. Hueck a. a. O.; Gessler a. a. O.). Daß in diesem Fall der Gewinn zu einem Teil auch auf den der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Kredit (persönliche Haftung) beruht, wird man hier entgegen der Ansicht von Hueck wohl außer Betracht lassen können. Soweit es zur sachgemäßen Geltendmachung des Gewinnanspruchs notwendig ist, hat der Testamentsvollstrecker auch Kontroll- und Auskunftsrechte. Diese kann er freilich nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter geltend machen (über das Vorliegen einer solchen Zustimmung vgl. Anm. 28c).

Anm. 28f

c) Der Konkursverwalter: Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft ist ein gesetzlicher Auflösungsgrund (§ 131 Nr. 3). Die Abwicklung erfolgt sodann nach den zwingenden Vorschriften der Konkursordnung allein durch den Konkursverwalter (vgl. dazu Erl. bei §§ 131, 145).

Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines einzelnen Gesellschafters ist ebenfalls ein gesetzlicher Auflösungsgrund (§ 131 Nr. 5). Diese Vorschrift ist im Unterschied zu der Vorschrift des § 131 Nr. 3 nicht im vollen Umfang zwingend; im Gesellschaftsvertrag kann vorgesehen werden, daß in diesem Fall die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird. Führt der Konkurs eines Gesellschafters zur Auflösung der Gesellschaft, so nimmt bei der Abwicklung grundsätzlich der Konkursverwalter die Rechte des Gemeinschuldners wahr (vgl. dazu im einzelnen Erl. bei § 146).

Anm. 29

7. Mehrere offene Handelsgesellschaften mit denselben Mitgliedern.

Mehrere offene Handelsgesellschaften zwischen denselben Personen sind rechtlich möglich. Da jede Einzelperson mehrere Handelsgewerbe auch unter verschiedener Firma betreiben kann (§ 1 Anm. 15, § 17 Anm. 5), müssen sich auch dieselben Personen zu verschiedenen selbständigen Gesellschaften vereinigen und durch diese mehrere Handelsgewerbe betreiben können. Jede Gesellschaft muß nur den Vorschriften des § 105 genügen. Es muß insbesondere jede den Betrieb eines besonderen, von dem des anderen rechtlich getrennten, wenn auch gleichartigen Handelsunternehmens zum Gegenstand haben. Insbesondere muß das Vermögen jeder Gesellschaft eine selbständige Vermögensmasse darstellen (so schon ROHG 24, 156; RG 16, 16; 43, 81; 47, 157; vgl. auch RG Recht 1929 Nr. 1236; JFG 3, 179; RFH JW 28, 376). Ob eine Gesellschaft mit mehreren Geschäften oder mehrere Gesellschaften vorliegen, kann sich aus den Umständen ergeben, z. B. der Verschiedenheit der Firmenbezeichnungen, weil eine offene Handelsgesellschaft nicht verschiedene Firmen haben kann (vgl. RG 43, 81; 85, 399), der Verschiedenheit der Geschäftszweige und Niederlassungen. Die mehreren Gesellschaften können allerdings auch gleichlautende Firmen haben. Da sich aber jede neue Firma von allen an demselben Ort oder in derselben Gemeinde bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden muß (§ 30 Abs. 1),

dürfen zwei offene Handelsgesellschaften, auch wenn sie aus denselben Gesellschaftern bestehen, mit dem Sitz am gleichen Ort oder in der gleichen Gemeinde nicht gleichlautende Firmen haben (RG 16, 18; KGJ 15 A 14).

Da es sich um selbständige Vermögensmassen handelt, können die einzelnen Gesellschaften auch miteinander Geschäfte wie mit Dritten abschließen, insbesondere miteinander in Wechselverkehr treten (RG 47, 157), auch gegeneinander Prozesse führen (Wieland I 79; Jaeger, die OHG in Zivilprozeß S. 44; Rob. Fischer Festschrift f. Hedemann 1958 S. 81; a. A. hinsichtlich der Zulässigkeit der Prozeßführung Müller-Erbach HR S. 183; DürHach. Anm. 10; Staub/Pinner Anm. 39; Hamburg in OLGR 3, 81). Aus der Getrenntheit der Vermögensmassen ergibt sich auch, daß über jede Gesellschaft ein besonderes **Konkursverfahren** eröffnet werden kann und unter Umständen eröffnet werden muß (§ 209 KO; OLG Hamburg DJZ 1909, 720; OLGR 19, 307; Jaeger, Konkurs der OHG, S. 12; wegen der Notwendigkeit der Auflassung und Eintragung ins Grundbuch, bei Übergang eines Grundstücks aus dem Vermögen der einen Gesellschaft in das der anderen vgl. unten Anm. 42). Aus der Getrenntheit der Vermögensmassen ergibt sich andererseits, daß ein Schuldner der einen Gesellschaft nicht mit Forderungen gegen die andere aufrechnen kann, wenn er von der einen Gesellschaft in Anspruch genommen wird (vgl. auch ROHG 24, 156). Wegen Entstehung der Umsatzsteuerpflicht bei Umsätzen zwischen beiden Gesellschaften vgl. RFH 7, 209; 10, 88 u. 101; 17, 298; Ott in Banka 23, 278; Friesecke in DJZ 1925, 936; ZaktW 1925, 255.

8. Keine mehrfache Mitgliedschaft: Mehrfache Mitgliedschaft eines Gesellschafters bei derselben offenen Handelsgesellschaft ist ebenso wie bei der eingetragenen Genossenschaft, anders als bei den Aktiengesellschaften, nicht möglich. Nur der Maßstab der Beteiligung kann, insbesondere auf Grund der verschiedenen Leistungen der einzelnen Mitglieder, verschieden sein (RG 141, 178; BGH 24, 108).

Anm. 30

Eine offene Handelsgesellschaft kann nicht Mitglied ihrer selbst sein.

V. Die offene Handelsgesellschaft als Gesamthandverhältnis

1. Das Rechtsverhältnis zwischen den Gesellschaftern.

Anm. 81

Die OHG wird als Gesellschaft im Sinn der §§ 705ff. BGB vielfach als ein personenrechtliches Verhältnis bezeichnet (so auch Vorauf.). Dieser Begriff ist unklar und letzten Endes nichtssagend. Grundlage der OHG ist der Gesellschaftsvertrag. Dieser ist ein schuldrechtlicher Vertrag (dazu Anm. 47) und erzeugt schuldrechtliche Verpflichtungen zwischen den Gesellschaftern. Diese schuldrechtlichen Beziehungen erschöpfen sich jedoch — entsprechend dem Inhalt und dem Zweck des Gesellschaftsvertrages — nicht in vermögensrechtliche Ansprüche. Das persönliche Zusammenwirken der Gesellschafter zur Erreichung des Gesellschaftszwecks steht im Vordergrund, wobei die OHG nach ihrer regelmäßigen Gestaltung eine Personal- und Arbeitsgemeinschaft ist (RG 105, 104). Das gedeihliche Zusammenwirken der Gesellschafter zur gemeinsamen Erreichung des Gesellschaftszwecks ist ein wesentliches und notwendiges Erfordernis der OHG (BGH 4, 113). Diese persönlichen Beziehungen zwischen den Gesellschaftern, die auf einem gegenseitigen Vertrauen beruhen, bilden die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses und sind für den Bestand der Gesellschaft entscheidend (BGH 31, 307; LM Nr. 4 zu § 133). Daraus ergeben sich für das Rechtsverhältnis der Gesellschafter zwei fundamentale Grundsätze, die für die OHG von entscheidender Bedeutung sind, die Treuepflicht des einzelnen Gesellschafters und der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung.

a) Die Treuepflicht des Gesellschafters: Die Treuepflicht des Gesellschafters kann heute „als feste Errungenschaft des neueren ... Rechtsdenkens“ (Lehmann Gesellschaftsrecht 2. Aufl. S. 79) bezeichnet werden. Die ersten Ansätze zu ihrer Ausbildung finden sich bereits in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor dem ersten Weltkrieg (RG Warn. 1908 Nr. 511; LZ 1912, 545; JW 1913, 29). Schon in diesen Entscheidungen wird betont, daß der Gesellschaftsvertrag auf einem besonderen gegenseitigen Vertrauen zu beruhen pflegt und daher in erhöhtem Maß gegenüber anderen Vertragsverhältnissen von den Grundsätzen von Treu und Glauben beherrscht wird. In späteren Entscheidungen wird in immer stärkerem Maß auf die Treuepflicht des einzelnen Gesellschafters abgestellt (vgl. RG 128, 16; 142, 216; JW 1935, 1773; 1937, 1986; RG 162, 394; 171, 54;

Anm. 31a

vgl. auch die zu der personalistischen GmbH ergangenen Entscheidungen RG 164, 262; 165, 79; 169, 334; ferner Schmidt GmbHRdsch. 1960, 137). Einen besonders weiten Raum nimmt die Anerkennung der gesellschaftlichen Treuepflicht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein (vgl. dazu die Nachweise im folgenden). Aus dem Schrifttum sind namentlich die grundlegenden Ausführungen von Hueck, Der Treuegedanke im Recht der offenen Handelsgesellschaft, Festschrift für Hübner 1935 S. 72 ff., zu erwähnen, in denen Hueck als erster das Problem der gesellschaftlichen Treuepflicht in der OHG zusammenhängend dargestellt hat (vgl. ferner ders., Der Treuegedanke im modernen Privatrecht 1947). Dabei hat er mit Recht darauf hingewiesen, daß die gesellschaftliche Treuepflicht in der OHG nichts mit der recht zweifelhaften Frage einer Treuepflicht des Aktionärs gegenüber der AG zu tun hat (vgl. dazu auch W. Schmidt Groß-Komm. AktG § 1 Anm. 8b).

Im Anschluß an die Formulierung des Reichsgerichts in JW 1935, 1773 wird im Schrifttum gelehrt, daß sich die Treuepflicht aus der allgemeinen Verpflichtung, den Gesellschaftszweck zu fördern, ergebe, und daß danach der einzelne Gesellschafter alles zu unterlassen habe, was dem Gesellschaftszweck abträglich sei. Zudem sei der einzelne Gesellschafter verpflichtet, alles zu tun, was den Umständen nach erforderlich und jedem zumutbar sei (vgl. etwa Lehmann, Gesellschaftsrecht 2. Aufl. S. 79/80; Larenz Schuldrecht II § 56 II a; ähnlich Staudinger/Kessler Anm. 35 o vor § 705; Kessler spricht in dieser Hinsicht anschaulich von einer „Schränkenfunktion der Treuepflicht“). Diese Begriffsbestimmung der gesellschaftlichen Treuepflicht ist zu eng. Ein solcher Inhalt der gesellschaftlichen Treuepflicht würde es kaum rechtfertigen, für sie einen besonderen Begriff einzuführen; in diesem Fall wäre es wohl richtiger, mit Eichler (Die Rechtslehre vom Vertrauen 1950 S. 61 Anm. 47) davon zu sprechen, daß der Begriff einer besonderen Gesellschaftstreue kaum eine praktische Bedeutung habe, und daß alles, was mit dem Gedanken der gesellschaftlichen Treuepflicht angestrebt werde, sich schon aus der richtig verstandenen Pflicht zur Förderung des gemeinschaftlichen Zwecks ergebe. Auch die in der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs brit. Zone (OGH 4, 73) gewählte Formulierung: „Inhalt der Treuepflicht ist nicht die Fürsorge für die Interessen der Mitgesellschafter, sondern die Wahrnehmung der Interessen der Gesellschaft selbst.“ (ebenso Baumbach/Duden § 109 Anm. 5; Erman/Schultze-Wenck § 705 Anm. 11), schöpft den Inhalt der gesellschaftlichen Treuepflicht nicht aus.

Die gesellschaftliche Treuepflicht ist nicht ein besonderer Tatbestand des allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben. Die gesellschaftliche Treuepflicht ist selbständiger Inhalt des Schuldverhältnisses, sie bestimmt nicht etwa wie der Grundsatz von Treu und Glauben nur die Art und Weise, wie die geschuldete Leistung zu bewirken ist (Bergmann ZHR 105, 11; Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht 1947 S. 16, 17; anders Larenz Schuldrecht II § 56 II a; wohl auch Staudinger/Kessler Anm. 35 a vor § 705); die Treuepflicht ist eine Hauptpflicht, die jeder Gesellschafter schuldet. Ihr Inhalt läßt sich durch eine allgemeine Formulierung nur schwer erfassen. Sie hat ihre Grundlage in dem vom gegenseitigen Vertrauen getragenen Gemeinschaftsverhältnis und sie empfängt von hier ihren besonderen Gehalt (grundsätzlich ablehnend Weygand ZivA 158, 161 f.: „Aber die Tugend der Treue schlechthin entzieht sich der rechtlichen Normierung.“).

Anm. 81 b

Die gesellschaftliche Treuepflicht bestimmt zunächst Inhalt und Grenzen der dem einzelnen Gesellschafter zustehenden Rechte. Insoweit kann man mit Kessler a. a. O. von einer „Schränkenfunktion der Treuepflicht“ sprechen. Dabei wirkt sich die Treuepflicht bei diesen Rechten verschieden aus, je nach dem, ob dem einzelnen Gesellschafter diese Rechte im Interesse der Gesellschaft oder im eigenen Interesse zustehen (diese Unterscheidung findet sich schon bei Hachenburg LZ 1907, 466; vgl. ferner Hueck, Der Treuegedanke im Recht der offenen Handelsgesellschaft S. 81 ff.; Rob. Fischer NJW 1954, 777 ff.). Die Rechte, die dem einzelnen Gesellschafter im Interesse der Gesellschaft zustehen, muß er so ausüben, daß die Interessen der Gesellschaft voll gewahrt werden; eigennützige Interessen darf er dabei nicht verfolgen, soweit sie mit dem Interesse der Gesellschaft nicht in Einklang stehen. Bei der Ausübung dieser Rechte hat das Interesse der Gesellschaft den Vorrang vor den eigenen Interessen des einzelnen Gesellschafters. Solche Rechte sind das Geschäftsführungsrecht (§ 114), das damit im

Zusammenhang stehende Widerrufsrecht (§ 115) und Zustimmungsrecht (§ 116 Abs. 2) und weiter auch das Recht nach § 113 Abs. 2 bei einem Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot. Diese gesellschaftlichen Rechte werden durch die gesellschaftliche Treuepflicht zu Pflicht-Rechten, zu uneigennütigen Rechten. Bei den Rechten, die dem einzelnen Gesellschafter im eigenen Interesse zustehen, ist die Einwirkung der gesellschaftlichen Treuepflicht nicht so einschneidend. Bei ihrer Geltendmachung ist zunächst eine schonende Berücksichtigung der Gesellschaftsinteressen geboten. Das bedeutet jedoch nicht, daß der Gesellschafter insoweit die Verfolgung seiner eigenen Interessen gegenüber dem Gesellschaftsinteresse zurückstellen müßte; denn das Gesellschaftsinteresse ist gegenüber dem Privatinteresse nicht höherwertig. (In dieser Hinsicht grundsätzlich falsch RG 146, 395; 158, 254: Der Gesellschafter „hat sich bei allen seinen Maßnahmen als Glied der Gemeinschaft zu fühlen, der er angehört, und ist gehalten, die Treuepflicht gegenüber dieser Gemeinschaft zur obersten Richtschnur seines Handelns zu machen“; vgl. dazu auch die kritischen Bemerkungen von Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht S. 26). Zu diesen eigennütigen Rechten gehören das Informations- und Kontrollrecht (§ 118), das Kündigungsrecht (§ 132), das Recht auf den Gewinnanteil (§ 121). Die Ausübung dieser Rechte kann im Einzelfall durchaus den Interessen der Gesellschaft widerstreiten, ohne daß ihre Ausübung unzulässig wäre. So kann die Ausübung des Informationsrechts nach § 118 nicht deshalb als unzulässig angesehen werden, weil die Gesellschaft an der Geheimhaltung bestimmter Tatsachen ein Interesse hat und deshalb einem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter die von ihm begehrte Einsicht in die Bücher der Gesellschaft verwehren möchte (die hierzu im Widerspruch stehende Entscheidung RG LZ 1912, 545 ist inzwischen überholt). Andererseits darf jedoch nicht übersehen werden, daß auch diese Rechte dem Gesellschafter nur in seiner Eigenschaft als Gesellschafter zustehen, und daß er daher bei der Rechtsausübung auch die Bindung beachten muß, in der er als Mitglied der Gesellschaft zu dieser steht (vgl. für die Ausübung des Informationsrechts RG 148, 280; DR 1944, 245). Die Ausübung dieser Rechte muß mit der allgemeinen Pflicht, den gemeinsamen Zweck in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, in Einklang zu bringen sein. Das kann dazu führen, daß der einzelne Gesellschafter mit der Verfolgung seines Gewinnanspruchs bei schlechter Geschäftslage zuwarten (BGH WM 1958, 1196; Hueck § 17 III 3 m. w. N.), und daß er bei der Ausübung seines Kündigungsrechts in billiger Weise auf die Interessen seiner Mitgesellschafter Rücksicht nehmen muß (vgl. dazu Erl. bei § 132). Auch kann ein geschäftsführender Gesellschafter verpflichtet sein, einer vorübergehenden oder gegebenenfalls auch längeren Herabsetzung seiner Geschäftsführervergütung zuzustimmen, wenn die Geschäftslage das zwingend erfordert. Schließlich kann auch die Geltendmachung der *actio pro socio* (vgl. dazu § 124 Anm. 11) unzulässig sein, wenn ihre Geltendmachung ersichtlich den Interessen der Gesellschaft zuwiderläuft (BGH 25, 50; zu weitgehend RG 171, 51). Selbst die Ansprüche eines Gesellschafters aus einem Drittgläubigerverhältnis (vgl. dazu Erl. bei § 128) können unter dem Gesichtspunkt der Treupflicht gewissen Einschränkungen unterliegen, und zwar dahin, daß der Gesellschafter bei der Geltendmachung seiner Forderung auch die Interessen seiner Gesellschaft in gebührendem Umfang wahren muß (RG JW 1937, 1986). Allerdings ist gerade bei Tatbeständen dieser Art eine gewisse Zurückhaltung angebracht; die Treuepflicht darf nicht überspannt werden.

Eine wesentliche Bedeutung hat die gesellschaftliche Treuepflicht bei der Frage, ob der einzelne Gesellschafter einer **notwendig gewordenen Änderung des Gesellschaftsvertrages** zustimmen muß. Man kann diese Frage nicht allgemein mit der Erwägung verneinen, daß die Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters zur Förderung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks nur im Rahmen des Gesellschaftsvertrages besteht und daß der einzelne Gesellschafter die Entscheidung über eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages nur unter Berücksichtigung seiner eigenen Interessen treffen darf (so noch Hueck Festschrift für Hübner S. 89; wie hier jetzt Hueck § 11 III 3; Staudinger/Kessler § 709 Anm. 21; Rob. Fischer NJW 1954, 780; Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsvollmacht 1963 S. 345f.). Denn es kann in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden, daß der Bestand des gemeinsam geschaffenen Unternehmens für jeden Gesellschafter bestimmte Verpflichtungen begründen kann und

Anm. 31c

daß er sich demzufolge nicht in Widerspruch zu seiner bisherigen Tätigkeit beim Aufbau und Ausbau des gemeinsamen Unternehmens setzen darf. Immerhin bedarf es in dem jeweiligen Einzelfall einer verständigen Abwägung der sich widerstreitenden Interessen. Der Eigenwert des Unternehmens, die Dauer der vertraglichen Beziehungen, die Auswirkung einer unterbleibenden Änderung des Gesellschaftsvertrages auf das Unternehmen und die persönlichen Belange der übrigen Gesellschafter, der Anlaß für die eingetretene Notwendigkeit einer Abänderung des Gesellschaftsvertrages sowie die sorgsame Berücksichtigung der Sonderinteressen des widerstrebenden Gesellschafters werden hier gegeneinander abgewogen werden müssen. Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte hat auch der Bundesgerichtshof die Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters, einer notwendig gewordenen Abänderung des Gesellschaftsvertrages zuzustimmen, bejaht. Dabei hat der Bundesgerichtshof betont, daß es für die Annahme einer solchen Verpflichtung noch nicht allein genüge, daß dem widerstrebenden Gesellschafter die Änderung des Vertrages unter Berücksichtigung seiner Belange zuzumuten sei; es müßten vielmehr außerdem Umstände hinzutreten, die eine solche Änderung mit Rücksicht auf das bestehende Gesellschaftsverhältnis oder mit Rücksicht auf die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander, etwa zum Zweck der Erhaltung wesentlicher Werte, die die Gesellschafter in gemeinsamer Arbeit geschaffen haben, oder zur Vermeidung wesentlicher Verluste, die die anderen Gesellschafter erleiden würden, als erforderlich erscheinen lassen (BGH LM Nr. 8 zu § 105, Nr. 8 zu § 138; vgl. auch BGH WM 1956, 352). So hat der Bundesgerichtshof eine solche Zustimmungspflicht angenommen, wenn die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft unhaltbar geworden ist und sich bei objektiver Beurteilung daraus die Notwendigkeit zur Aufgabe des Geschäftsbetriebes ergibt; in diesem Fall ist unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftlichen Treuepflicht die Rechtspflicht eines jeden Gesellschafters, die insoweit notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, bejaht worden (BGH NJW 1960, 434). In diesem Zusammenhang ist des weiteren zu erwähnen, daß sich aus der gesellschaftlichen Treuepflicht für die übrigen Gesellschafter auch die Verpflichtung ergeben kann, den geschäftsführenden Gesellschafter bei einer entsprechenden Entwicklung des gemeinsamen Unternehmens eine Geschäftsführervergütung zuzubilligen oder der Erhöhung einer bereits zugesagten Vergütung zuzustimmen (BGH 44, 42; § 114, Anm. 15). Immerhin ist insoweit Zurückhaltung geboten, um nicht die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Rahmen des Gesellschaftsrechts zu gefährden. Denn abändernde Eingriffe in den bestehenden Gesellschaftsvertrag sollte der Richter nur in besonderen Ausnahmefällen vornehmen. Es wird danach eine Pflicht zur Abänderung des Gesellschaftsvertrages nur zu bejahen sein, wenn für eine verständige weitere Verfolgung des Gesellschaftszwecks eine Anpassung an veränderte Verhältnisse dringend geboten ist, die bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages noch nicht vorausszusehen waren.

Anm. 31d

Der Gesichtspunkt der gesellschaftlichen Treuepflicht ist auch maßgeblich für die in der Rechtsprechung ausgebildeten Grundsätze bei der **Entscheidung einer Auflösungs- und Übernahmeklage** (§§ 140, 142) sowie bei der Entscheidung einer Entziehungsklage gemäß §§ 117, 127. Die behutsame Zurückhaltung, die die Rechtsprechung in dieser Hinsicht bei der Annahme eines wichtigen Grundes zeigt, beruht auf dem Gedanken, daß die von den klagenden Gesellschaftern begehrte Rechtsgestaltung lediglich auszusprechen ist, wenn sie gleichsam nur als das letzte Mittel für eine Beseitigung der aufgetretenen Schwierigkeiten in Betracht kommt (vgl. dazu Erl. bei §§ 117, 127, 140, 142). Andererseits muß bei diesen Gestaltungsklagen — ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftlichen Treuepflicht — die Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters, der Erhebung einer solchen Klage zuzustimmen, geprüft werden. Eine solche Verpflichtung kann entgegen einer im Schrifttum geäußerten Ansicht nicht schlechthin verneint werden (vgl. dazu Erl. bei §§ 117, 127, 140).

Anm. 31e

Die gesellschaftliche Treuepflicht kann dem einzelnen Gesellschafter auch gebieten, **die persönlichen Interessen seines Mitgesellschafters** zu wahren oder entsprechend zu berücksichtigen (ebenso Baumbach/Duden JZ 1962, 441; zu eng OHG 4, 73). Das kann aber nur immer dann in Betracht kommen, wenn eine solche Rücksichtnahme im Hinblick auf die bisherige Zusammenarbeit der Gesellschafter und den Erfolg ihrer gemeinsamen Arbeit bejaht werden kann. So hat der Bundesgerichtshof aus dieser Erwägung

einem Gesellschafter das ihm eingeräumte Übernahmerecht versagt, wenn es nicht der Erhaltung und Fortführung des Unternehmens, sondern dazu dienen soll, dem Übernehmenden bei der Durchführung der wirtschaftlich ohnehin notwendig gewordenen Liquidierung des Unternehmens einen besonderen Liquidationsgewinn zu Lasten des anderen Gesellschafters zu verschaffen (BGH LM Nr. 10 zu § 142 HGB; vgl. auch RG 162, 394; DR 1944, 187). Die Geltendmachung des Übernahmerechts kann des weiteren unzulässig sein, wenn es auf die Vorschrift des § 142 Abs. 2 gestützt wird und der pfändende Gesellschaftsgläubiger nach der von ihm ausgesprochenen Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses, aber vor Auflösung der Gesellschaft von dem Gesellschafter-Schuldner befriedigt worden ist (BGH LM Nr. 7 zu § 142 HGB; vgl. ferner RG 169, 155/56; BGH 30, 201/02). Andererseits gebietet es die gesellschaftliche Treuepflicht, daß der abfindungsberechtigte Gesellschafter dem Übernehmer in der Fortführung des Betriebes nicht stört und insoweit alle Beeinträchtigungen unterläßt (BGH LM Nr. 7 zu § 242 BGB Bf.). Die gleichen Erwägungen sind für die Entscheidungen BGH JZ 1954, 195 und LM Nr. 5 zu § 282 ZPO maßgeblich gewesen; hier ist es als ein Verstoß gegen die gesellschaftliche Treuepflicht angesehen worden, wenn sich ein Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft den entscheidenden Vermögenswert aus dem abgewickelten Unternehmen auf Grund tatsächlicher Umstände allein nutzbar macht, während der andere Gesellschafter auf Grund derselben Tatumstände an einer solchen Verwertung gehindert ist.

b) Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung. Vgl. dazu die Ausführungen bei § 109 Anm. 3.

Anm. 32

2. Das Gesellschaftsvermögen als Gesamthandsvermögen.

Anm. 33

Die rechtliche Natur des Gesellschaftsvermögens und der Beteiligung der Gesellschafter im allgemeinen ergibt sich insbesondere aus § 719 BGB. Danach kann ein Gesellschafter „nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen; er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen“. Durch diese Vorschriften übernahm das BGB für das Recht der Personengesellschaften des bürgerlichen Rechts Grundsätze, die bisher nur für die Personengesellschaften des Handelsrechts gesetzgeberischen Ausdruck gefunden hatten. Art. 98 ADHGB bestimmt: „Ein Gesellschafter kann ohne die Einwilligung der übrigen Gesellschafter keinen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen. Wenn ein Gesellschafter einseitig einen Dritten an seinen Anteil beteiligt oder seinen Anteil an denselben abtritt, so erlangt dieser gegen die Gesellschaft unmittelbar keine Rechte...“. Nach Art. 108 Abs. 1 ADHGB darf ein Gesellschafter ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht vermindern. Durch diese Vorschriften, insbesondere durch die Fassung des § 719, ist unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß die Beteiligung der Gesellschafter **nach dem deutschrechtlichen Grundsatz der gesamten Hand** geregelt ist. Diese Art der Beteiligung und die damit notwendig verbundene weitgehende rechtliche Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens im Verhältnis zu dem sonstigen (Privat-)Vermögen der Gesellschafter findet ihren Ausdruck weiter in den Vorschriften, die den Fortbestand der Gesellschaft im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters ermöglichen (§ 737 BGB, §§ 138ff. HGB), und in der Vorschrift des § 738 BGB, nach der im Falle eines solchen Ausscheidens eines Gesellschafters sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zuwächst (Anwachsungsrecht). Aus den angeführten gesetzlichen Vorschriften ergeben sich folgende Merkmale der Gesamthand:

a) Die Träger des Gesellschaftsvermögens. Eigentümer des Gesellschaftsvermögens sind die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit; denn das Vermögen der Gesellschaft ist „gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter“. Jeder Gesellschafter hat einen Anteil an diesem Vermögen (§§ 718, 719; RG 65, 231; 114, 133; 118, 295). Die Beteiligung ist aber nicht, wie bei der römisch-rechtlichen *societas*, eine Beteiligung nach Bruchteilen. Der einzelne Gesellschafter ist nicht mit einer bestimmten oder bestimmbaren Quote am Gesellschaftsvermögen oder seinen einzelnen Bestandteilen beteiligt. Der einzelne Gesellschafter ist mit den anderen zusammen Inhaber des Gesellschaftsvermögens. Von einem dinglichen Anspruch kann man hier aber nicht sprechen, da dem deutschen Recht ein dinglicher Anspruch an einer Sachgesamtheit fremd ist (Schlegelberger/Gessler

Anm. 34

Anm. 36). Das Recht des einzelnen Gesellschafters ist eine Gesamtbeteiligung. Jeder Gesellschafter ist an dem Gesellschaftsvermögen und seinen einzelnen Bestandteilen vollberechtigt; seine Berechtigung ist nur beschränkt durch die Mitberechtigung der anderen Gesellschafter. Fällt die Mitberechtigung des einen Gesellschafters weg (durch sein Ausscheiden), so wächst sie nach dem Anwachsungsgrundsatz des § 738 BGB den anderen zu, d. h. die bestehende Beschränkung fällt weg. Tritt ein neuer Gesellschafter hinzu, so beschränkt er die bereits vorhandenen Gesellschafter durch Abwachsung an ihrer Beteiligung (vgl. Wieland 602 Anm. 12; Schlegelberger/Gessler Anm. 39; Staudinger/Kessler Anm. 42a ff. vor § 705).

Anm. 35

b) Die Bindung des Gesellschaftsvermögens. Das Gesellschaftsvermögen ist für die Zwecke der Gesellschaft gebunden. Der einzelne Gesellschafter kann es weder dem Gesellschaftszwecke entziehen, noch kann er in anderer Weise darüber verfügen. Er kann weder über seinen Anteil am Gesamtvermögen noch über seine sich aus der Gesamtbeteiligung ergebende Beteiligung an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen, noch viel weniger über die einzelnen Gegenstände selbst selbständig verfügen; der einzelne Gesellschafter kann auch nicht Teilung verlangen. Danach untersteht das Gesellschaftsvermögen nur der gemeinschaftlichen Verfügung der Gesellschafter und — im Rahmen ihrer Aufgabe — der zur Verwaltung berufenen Organe.

Die gesamthänderische Beteiligung und Bindung der Gesellschafter erstreckt sich auf das gesamte Vermögen der Gesellschaft in weitestem Sinne, also auch auf Rechte jeder Art. Dies gilt auch für Forderungen. Soweit die Forderungen an sich teilbar sind, tritt keine Teilung ein. Diese würde dem Gesamthandscharakter der Beteiligung widersprechen. Die Gesellschafter sind auch nicht Gesamtgläubiger im Sinne des § 428 BGB, sondern gemeinschaftliche Gläubiger. Nicht jeder Gesellschafter kann die ganze Leistung fordern. Der Schuldner kann nur an alle gemeinschaftlich, d. h. an die Gesellschaft mit schuldbefreiender Wirkung leisten (RG 86, 68; BGB RGRK § 420 Anm. 1; § 432 Anm. 1, 2, 5). Was für die Beteiligung am Vermögen ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen ist, gilt für die Beteiligung an der Gesellschaft überhaupt. Sie ist eine gesamthänderische. Auch andere, nicht vermögensrechtliche Ansprüche, die der Gesellschaft als solcher zustehen, sind Rechte der Gesellschafter in ihrer Verbundenheit, also Gesamthandsrechte.

Anm. 36

c) Die gemeinschaftlichen Verpflichtungen. Der Berechtigung der Gesellschafter in Form der Gesamthand entsprechen auch ihre Verpflichtungen. Wie die Gesellschafter in ihrer Vereinigung Träger aller Rechte sind, sind sie auch Träger aller Verpflichtungen der Gesellschaft. Wie sie Gesamthandsberechtigte sind, sind sie auch gemeinschaftliche Schuldner. Was die Gesellschaft schuldet, schulden auch die einzelnen Gesellschafter, aber nur in ihrer Verbundenheit und mit dem gesamthänderisch gebundenen Vermögen. Daneben sind sie auch gesamtschuldnerisch insofern verpflichtet, als sie nach § 128 für die Gesellschaftsschulden haften, und zwar mit ihrem ganzen Vermögen. Über die Bedeutung dieser besonderen Haftungsvorschrift vgl. Erl. zu § 128.

3. Die Beteiligung der Gesellschaften am Gesellschaftsvermögen.

Anm. 37

a) Allgemeines. Die Beteiligung der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen in Form der Gesamthand gehört zum Wesen der bürgerlich-rechtlichen wie der offenen Handelsgesellschaft (und der Kommanditgesellschaft). Die Beteiligung ergibt sich notwendig aus der Mitgliedschaft. Deshalb kann der einzelne Gesellschafter auch nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen — der Vermögenssubstanz — ausgeschlossen werden, auch wenn er nicht durch Einlage (Dienstleistung) zu dessen Entstehung beigetragen hat. Dagegen kann die Beteiligung an der Entstehung des Gesellschaftsvermögens durch Beiträge im Gesellschaftsvertrag der Gewinnbeteiligung oder der Auseinandersetzung nach Auflösung der Gesellschaft oder dem Ausscheiden eines Gesellschafters zugrunde gelegt werden (RG 114, 131; JW 1926, 2984¹ mit Anm.; vgl. auch die Erl. zu § 155). Nach der bestehenden Vertragsfreiheit können zwar mehrere Personen sich zum gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes in der Weise vereinigen, daß kein Gesellschaftsvermögen entsteht, sondern das, was namens der Gesellschaft erworben wird, alsbald nach Bruchteilen geteiltes Eigentum der einzelnen Gesellschafter wird, oder in der Weise, daß einzelne der Vertragsschließenden an dem Gesellschaftsvermögen nicht teilnehmen. Dann entsteht

aber keine offene Handelsgesellschaft, sondern eine Gesellschaft anderer Art. Eine solche Gesellschaft hat nicht die Rechte der offenen Handelsgesellschaft und darf auch nicht als solche ins Handelsregister eingetragen werden.

b) Der Anteil an den einzelnen Vermögensgegenständen. Dem Wesen der Handelsgesellschaft würde es widersprechen, wenn einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag oder später durch Zustimmung aller übrigen Gesellschafter das Recht eingeräumt würde, über seinen gesamthänderischen Anteil an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens zu verfügen, ihn etwa an einen Dritten abzutreten, im übrigen aber Gesellschafter zu bleiben. Die Gesellschaftsrechte können nicht in der Weise geteilt werden, daß das Verfügungsrecht über das Gesellschaftsvermögen teilweise einem Gesellschafter, teilweise einem Nichtgesellschafter zusteht. Das Gesellschaftsvermögen soll durch die Vorschriften des § 719 seinem Zwecke, dem gemeinschaftlichen Unternehmen zu dienen, erhalten werden. Deshalb können nur die Gesellschafter und nur alle gemeinsam darüber verfügen. Daraus ergibt sich der zwingende Charakter des § 719, soweit er dem einzelnen Gesellschafter die Verfügung über seinen Anteil an den einzelnen Vermögensgegenständen verbietet (Müller-Erzbach S. 172). Durch Übertragung des Sozialrechts an einem einzelnen Gegenstande würde auch eine Rechtsverwirrung eintreten, deshalb ist die Vorschrift auch im öffentlichen Interesse gegeben. Eine dagegen verstoßende Verfügung ist nichtig (Schlegelberger/Gessler Anm. 35; Geiler bei DürHach. II Allg. Einl. Anm. 24; BGB RGRK § 719 Anm. 6). Sie kann auch nicht durch nachträgliche Zustimmung der anderen Gesellschafter wirksam werden (a. A. Jaeger ZHR 51, 75). Daher ist die Eintragung einer Hypothek auf den Grundstücksanteil eines Gesellschafters nach § 1114 BGB unzulässig (KG Recht 1902 Nr. 206). Haben die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag einem Gesellschafter ein solches Verfügungsrecht eingeräumt, so ist der ganze Gesellschaftsvertrag nichtig, wenn nicht nach den Umständen des Falles anzunehmen ist, daß die Gesellschafter den Vertrag auch ohne die nichtige Bestimmung abgeschlossen hätten (§ 139 BGB). Der Anteil des einzelnen Gesellschafters an einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens kann auch nicht gepfändet werden (§ 859 ZPO; KG SeuffArch. 68 Nr. 8). Dagegen kann ein Gesellschafter, auch wenn er nicht allgemein zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft berufen ist, mit Zustimmung aller übrigen Gesellschafter über einen einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstand selbst verfügen, ihn veräußern oder verarbeiten. Durch eine solche Zustimmung wird ihm die Geschäftsführung oder die Vollmacht für einen Einzelfall übertragen. Handelt er als Vertreter ohne Vertretungsmacht, so wird die Verfügung durch die nachfolgende Genehmigung aller übrigen Gesellschafter oder der zur Verfügung berechtigten Gesellschaftsorgane wirksam (§ 185 BGB; Schlegelberger/Gessler Anm. 35; Hueck OHG § 16 II 4; BGB RGRK § 719 Anm. 7; a. M. RG 93, 292).

Anm. 38

c) Der Anteil am Gesellschaftsvermögen. Die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen in seiner Gesamtheit ist das wesentlichste Recht, das sich aus der Beteiligung des einzelnen an der Gesellschaft ergibt. Damit rechtfertigt sich die Unzulässigkeit der einseitigen Veräußerung der Gesamtbeteiligung, denn sie enthält notwendig eine Aufgabe der Mitgliedschaft selbst. Eine solche einseitige Verfügung würde dem Wesen der Gesellschaft, als eines auf persönlichem Vertrauen und persönlichem Zusammenwirken beruhenden Verhältnisses widersprechen. Mit Zustimmung aller Gesellschafter kann aber dieses Band gelöst werden. Im Interesse der volkswirtschaftlich erwünschten Erhaltung des Unternehmens und der Lebensgrundlage der übrigen Gesellschafter läßt das Gesetz ein Ausscheiden eines Gesellschafters und dessen Ersatz durch einen anderen auch weitgehend zu; vgl. §§ 138 ff. Deshalb kann ein Gesellschafter mit Zustimmung aller übrigen Gesellschafter über seine Beteiligung an dem Gesellschaftsvermögen im ganzen verfügen, seine Mitgliedschaft an einen Dritten abtreten oder sie auch ohne Abtretung aufgeben, aus der fortbestehenden Gesellschaft ausscheiden; insofern enthält § 719 somit nicht zwingendes Recht; RG 54, 297; 57, 90 u. 414; 92, 163 u. 398. Auch im Gesellschaftsvertrag kann einem Gesellschafter ein solches Verfügungsrecht eingeräumt werden (RG in LZ 1921, 617; Schlegelberger/Gessler Anm. 36).

Anm. 39

Wird einem Gesellschafter das Recht eingeräumt auszuscheiden, mit oder ohne das Recht der Übertragung seines Anteils auf einen anderen, so ist im Zweifel anzu-

nehmen, daß die Gesellschaft unter den übrigen, bei Zulässigkeit der Veräußerung des Anteils mit dem neu Eintretenden fortgesetzt, nicht aber die bisherige Gesellschaft aufgelöst und eine neue gegründet werden soll (OLG Karlsruhe JW 1933, 115).

Anm. 40

Der Anteil des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen unterliegt wie bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft auch bei der offenen Handelsgesellschaft der Pfändung durch den Gläubiger eines Gesellschafters (§ 859 ZPO). Der Gläubiger wird aber dadurch nicht Gesellschafter; er erlangt nur ein Recht auf Befriedigung aus der vermögensrechtlichen Beteiligung des Gesellschafters durch Ausübung des in § 725 Abs. 1 BGB, § 135 HGB näher umschriebenen Kündigungsrechts und des Gewinnbezugsrechts (vgl. die Erl. zu § 135).

4. Das Gesellschaftsvermögen als Sondervermögen.

Anm. 41

a) Die rechtliche Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens. Sowohl das BGB, dessen Vorschriften über die Gesellschaft auch hier Anwendung finden, wie das HGB gehen von der Möglichkeit eines besonderen, von dem übrigen Vermögen der Gesellschafter verschiedenen Gesellschaftsvermögens aus. § 718 BGB bestimmt: „Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen). Zu dem Gesellschaftsvermögen gehört auch, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird.“ Die §§ 719, 720 BGB enthalten Bestimmungen über die Verfügung über das „Gesellschaftsvermögen“ und über die Anteile an diesem, § 725 über die Pfändung des Anteils eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen, §§ 730 ff. über die Auseinandersetzung in Ansehung des Gesellschaftsvermögens, § 124 Abs. 2 HGB regelt die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen, §§ 131, 144 regeln die Folgen der Konkurseröffnung über das Gesellschaftsvermögen für den Bestand der Gesellschaft, §§ 145 ff. treffen Bestimmungen über die Behandlung des Gesellschaftsvermögens im Falle der Auflösung der Gesellschaft. Aus allen diesen Vorschriften ergibt sich die rechtliche Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens. Im Unterschied zu der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft (vgl. dazu BGB RGRK § 718 Anm. 11) ist die OHG **notwendig eine Gesellschaft mit Gesellschaftsvermögen**. Das ergibt sich zwingend daraus, daß die OHG immer Außengesellschaft (Anm. 19) ist und daß das gemeinsame Handelsgewerbe stets unter einer gemeinschaftlichen Firma geführt werden muß (Anm. 18). Das hat zur Folge, daß die Rechtsgeschäfte beim Betrieb des Handelsgewerbes auf den Namen der Gesellschaft abgeschlossen werden müssen und daß demgemäß die Ansprüche aus diesen Rechtsgeschäften der Gesellschaft als solcher zustehen. Auf diese Weise muß bei der OHG Gesellschaftsvermögen entstehen (ebenso Hueck § 16 I). Die gegenteilige Ansicht (so Wieland I S. 601; Schlegelberger/Gessler Anm. 30; Vorauf. Anm. 32) läßt sich nicht halten. Das insoweit verwendete Argument, die Bildung von Gesellschaftsvermögen gehöre nicht zu den Wesensmerkmalen der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft und damit auch nicht zu denen der OHG, überzeugt nicht, weil die OHG eine besondere Form der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft ist und ihre gesetzlichen Begriffsmerkmale notwendig die Bildung von Gesellschaftsvermögen mit sich bringen. Das wird von den Gegnern auch mittelbar zugegeben, indem sie einräumen, daß sich ein Gesellschaftsvermögen zwangsläufig aus dem Betrieb des Handelsgewerbes ergeben wird. Diese grundsätzliche Auffassung bedeutet freilich nicht, daß das Handelsgewerbe selbst oder der wesentliche Teil der Betriebsmittel der OHG gehören muß. Das Gegenteil zeigt sich ganz deutlich, wenn eine OHG als Pächterin ein Handelsgewerbe betreibt (dazu Anm. 10). Auch die Beiträge der Gesellschafter müssen nicht in das Gesellschaftsvermögen übergehen. Es genügt, daß die Gesellschafter auch nur ihre Arbeitskraft oder auch durch ihren bloßen Beitritt ihren Kredit zur Verfügung stellen (vgl. Anm. 17). Allerdings liegt in dem Anspruch auf diese Leistungen schon ein gewisser Vermögenswert und damit ein Vermögen der Gesellschaft. Soweit als Beiträge Sachleistungen — zu denen auch Rechte, z. B. Patentrechte, gehören können —, die der Gesellschaft nicht nur zur Benutzung zu überlassen sind, zu bewirken sind, werden sie ebenso wie Geldleistungen mit der Leistung Bestandteil des Gesellschaftsvermögens. Solange sie noch nicht geleistet sind, gehört der Anspruch auf die Leistung zum Gesellschaftsvermögen (RG 76, 276;

100, 166; 111, 83). Sind vertretbare oder verbrauchbare Sachen als Beitrag zu leisten, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden sollen. Das gleiche gilt von nicht vertretbaren oder nicht verbrauchbaren Sachen, wenn sie nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht bloß für die Gewinnverteilung bestimmt ist (§ 706 Abs. 2 BGB). Nach Art. 91 Abs. 2 ADHGB war im Zweifel anzunehmen, daß die in das Inventar der Gesellschaft mit der Unterschrift sämtlicher Gesellschafter eingetragenen, bis dahin einem Gesellschafter gehörigen beweglichen oder unbeweglichen Sachen Eigentum der Gesellschaft geworden sind. Wenn auch die Bestimmung nicht in § 706 BGB aufgenommen worden ist, so kann doch die buchmäßige Behandlung solcher Gegenstände auch jetzt noch einen Anhaltspunkt für die Auslegung des Gesellschaftsvertrages abgeben.

Infolge Erwerbs durch die Geschäftsführung wird ein Gegenstand (eine Sache oder ein Recht) Bestandteil des Gesellschaftsvermögens, wenn die zur Geschäftsführung (und Vertretung) berechtigten Gesellschafter die Erwerbshandlung vorgenommen und dabei mit dem nach außen, wenn auch nur durch die Umstände erkennbaren Willen gehandelt haben, für die Gesellschaft zu erwerben. Hat ein Geschäftsführer im inneren Verhältnis für die Gesellschaft, nach außen aber im eigenen Namen gehandelt, so gehört der Anspruch gegen ihn auf Übertragung der Sache oder des Rechts zum Vermögen der Gesellschaft (RG 54, 106). Die Herausgabepflicht erstreckt sich auch auf alle Vorteile, die der Gesellschafter bei einer solchen Geschäftsführung erlangt hat; diese Verpflichtung ist weit auszulegen (RG 82, 10; 96, 55; 99, 32; 146, 205; 164, 103; vgl. aber auch RG 154, 314).

§ 718 gibt keine erschöpfende Darstellung der Erwerbsgründe für das Gesellschaftsvermögen (ebenso Hueck OHG § 16 III 4). Die Gesellschaft kann auch auf Grund anderer Rechtstitel oder Rechtsvorschriften, z. B. durch Vermischung Gesellschaftsvermögen erwerben. Insbesondere soll dadurch die in § 124 HGB ausgesprochene Befugnis der Gesellschaft zum Vermögenserwerb nicht auf die in § 718 bezeichneten Ursachen beschränkt werden. Auch soweit die vertretungsberechtigten Gesellschafter auf Grund ihrer Vertretungsmacht außerhalb des Geschäftsbetriebs etwas für die Gesellschaft erwerben, wird das Erworbene Bestandteil des Gesellschaftsvermögens. Zum Vermögen der Gesellschaft gehören auch die Ansprüche gegen die geschäftsführenden Gesellschafter aus der Art der Geschäftsführung, insbesondere aus der mangelhaften Führung der Geschäfte. Die Gesellschaft kann auch durch letztwillige Verfügung — und zwar im Unterschied zur bürgerlichrechtlichen Gesellschaft (vgl. dazu BGB RGRK § 718 Anm. 7) nicht nur durch Vermächtnis, sondern auch durch Erbeinsetzung (ebenso DürHach. § 124 Anm. 2; Schlegelberger/Gessler § 124 Anm. 4; Hueck OHG § 16 III 4) — oder Schenkung unter Lebenden Vermögen erwerben.

Auch hinsichtlich des Gegenstandes des Vermögens besteht eine Beschränkung der Vermögensfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft im Vergleich zu natürlichen Personen nicht. Sie kann wie diese Vermögen jeder Art erwerben. Auch Geschäftsgeheimnisse können zum Gesamthandsvermögen der Gesellschaft gehören, insbesondere auch den Gegenstand einer Einlage bilden; ebenso der mittelbare oder unmittelbare Besitz (RG in Recht 1924 Nr. 24).

b) Die Befugnis zur Verfügung über das Gesellschaftsvermögen. Im Gegensatz zu der weitgehenden aus der Widmung des Gesellschaftsvermögens für Gesellschaftszwecke sich ergebenden Verfügungsbeschränkung der einzelnen Gesellschafter ist die Gesamtheit der Gesellschafter, die Gesellschaft, zu unbeschränkter Verfügung über das Gesellschaftsvermögen befugt, ohne daran durch besondere Gläubigerschutzbestimmungen gehindert zu sein; die Gesamtheit der Gesellschafter kann deshalb jederzeit das Gesellschaftsvermögen, auch das Vermögen als solches veräußern oder die Gegenstände des Vermögens oder den Erlös aus der Veräußerung unter die Gesellschafter verteilen. Dieses Verfügungsrecht unterliegt nur den Beschränkungen, die auch sonst nach dem allgemeinen Recht, z. B. dem Anfechtungsgesetz und der Konkursordnung, §§ 29ff., bestehen.

Soweit Gegenstände des Gesellschaftsvermögens in anfechtbarer Weise in das Privatvermögen einzelner Gesellschafter gelangt sind, sind diese im Verhältnis zur Gesellschaft als Dritte anzusehen und zur Rückgewähr verpflichtet (vgl. § 7 AnfG,

Anm. 41a

§ 37 KO). Dies ergibt sich aus der Selbständigkeit des Sondervermögens der Gesellschaft, die auch in der Konkursfähigkeit der Gesellschaft ihren Ausdruck findet (§ 209 KO).

Nach dem Grundsatz des § 119 Abs. 1 bedarf der Verteilungsbeschluß der Zustimmung aller Gesellschafter, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag unzweideutig einen Mehrheitsbeschluß auch über eine solche, immerhin ungewöhnliche Handlung zuläßt. In dem Beschluß, das Geschäft zu veräußern, wird regelmäßig ein Auflösungsbeschluß (§ 131 Nr. 2) zu erblicken sein (RG JW 1906, 477; BGH 26, 130 mit Anm. Hueck JZ 1958, 403; BGH WM 1958, 1106; bedenklich insoweit RG 67, 331).

Anm. 41b

c) Weitere Rechtsfolgen. Aus der rechtlichen Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens ergeben sich u. a. noch andere Folgerungen:

a) Ist ein Gesellschafter geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf die Verfügung der Gesellschaft über einen zu ihrem Vermögen gehörenden Gegenstand, z. B. über ein Grundstück, nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach den Vorschriften über die Notwendigkeit solcher Genehmigungen, denn es handelt sich nicht um die Verfügung über im Miteigentum des Verfügungsbeschränkten stehende Vermögensstücke (RG 54, 278; 125, 381).

b) Ein Gesellschafter kann eine Unterschlagung an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen begehen. Durch eine widerrechtliche Verfügung unterschlägt er den ganzen Gegenstand, nicht nur den seiner Beteiligung übersteigenden Betrag; (RG DJZ 1904, 817).

c) Der Vorschrift des § 5 Abs. 2 GmbHG, nach der kein Gesellschafter bei Errichtung der GmbH mehrere Stammeinlagen übernehmen darf, steht nicht entgegen, daß neben der offenen Handelsgesellschaft auch ihre einzelnen Gesellschafter persönlich Stammeinlagen übernehmen (Hachenburg/Schilling § 5 Anm. 5 m. w. N.).

d) Einzelne Gesellschafter können die Forderung eines Dritten gegen die Gesellschaft für ihr Privatvermögen erwerben. Erwerben alle gemeinschaftlich in dieser Weise eine solche Forderung und bilden sie so eine Gelegenheitsgesellschaft, so erlischt die Forderung nicht durch Vereinigung von Gläubiger und Schuldner (ProVG DJZ 1906, 1009; Wieland I 641 Anm. 3).

e) Der einzelne Gesellschafter kann gegen einen Schuldner der Gesellschaft nicht auf Leistung eines seiner Beteiligung entsprechenden Anteils der Schuld an ihn klagen (vgl. die Erl. zu § 124; OLG München LZ 1907, 146).

f) Die Übertragung des Gesellschaftsvermögens stellt grundsätzlich keine Vermögensübertragung im Sinn des § 419 BGB dar (RG JW 1910, 242; 1918, 35; BGH 27, 263). Hierin erweist sich der Unterschied zwischen dem Vermögen einer Personengesellschaft und dem Vermögen einer juristischen Person. Das Vermögen einer Personengesellschaft ist lediglich ein dinglich gebundenes Sondervermögen der Gesellschafter, auf das § 419 BGB deshalb keine Anwendung finden kann; denn § 419 BGB setzt die Übertragung des gesamten Vermögens einer Person und damit die Entziehung der gesamten Kreditunterlage des Schuldners voraus. Anders ist es, wenn in einem Einzelfall das Gesellschaftsvermögen praktisch das ganze Vermögen des Gesellschafters darstellt; in diesem Fall ist dann die Übertragung des Gesellschaftsvermögens zugleich eine Übertragung des Vermögens dieses Gesellschafters, so daß dann ein Anwendungsfall des § 419 BGB gegeben ist (BGH WM 1958, 837; Hamburg OLG 45, 138; OLG Düsseldorf JW 1932, 114; vgl. auch RG JW 1931, 792).

Bestritten ist, ob die Haftung des Übernehmers des Vermögens eines anderen nach § 419 BGB schon dann eintritt, wenn jemand das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft übernimmt oder ob die Haftung nur besteht, wenn er zugleich auch das Vermögen aller einzelnen Gesellschafter übernimmt oder wenn das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft im wesentlichen das gesamte Vermögen der Gesellschafter ausmacht; für letztere Auffassung mit Recht RG in JW 1918, 357; OLG Düsseldorf in JW 1932, 114; § 25 Anm. 25. § 419 BGB beruht auf dem Gedanken, daß derjenige, der das ganze Vermögen eines Schuldners übernimmt, auch für die Schulden haftet; die offene Handelsgesellschaft mit ihrem Vermögen ist aber nicht allein Schuldner, das sind auch die Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen; a. A. HansGZ, Beibl. 1926, 19.

g) Macht eine offene Handelsgesellschaft eine Schenkung an einen nahen Verwandten eines Gesellschafters, so genießt dieser nicht die steuerliche Begünstigung einer solchen Zuwendung zwischen Verwandten (RFH 1, 144).

5. Die Trennung zwischen Gesellschaftsvermögen und Privatvermögen der Gesellschafter.

a) **Übereignung beim Übergang von der einen zur anderen Vermögensmasse:** Durch die gesamthänderische Bindung des Gesellschaftsvermögens wird dieses zu einem nur der Erfüllung des Gesellschaftszwecks dienenden Sondervermögen. Um diesen Zweck zu erfüllen, muß es auch im Rechtsverkehr zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Gesellschaftern rechtlich als Sondervermögen und damit als geschlossene Einheit behandelt werden. Daraus ergibt sich die Folge, daß der Übergang von der einen Vermögensmasse zur anderen ebenso vor sich gehen muß wie zwischen zwei verschiedenen Rechtspersonlichkeiten. Es sind insbesondere auch die Formen einzuhalten, die für eine solche Rechtsveränderung nach dem allgemeinen Recht erforderlich sind. Das gilt namentlich auch für den Übergang der als Einlage zu leistenden Vermögensgegenstände aus dem Privatvermögen der Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen. Danach erfolgt die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen durch Einigung und Übergabe oder diese ersetzende Handlungen, die Übertragung von Rechten nach der für deren Übertragung geltenden Vorschriften, also z. B. durch Forderungsabtretung, bei Wertpapieren nach den für deren Übertragung geltenden Formen, bei Orderpapieren durch Indossament, bei Übertragung von GmbH-Anteilen durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung (§ 15 GmbHG). Namentlich erfordert die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück aus dem Privatvermögen eines Gesellschafters auf die Gesellschaft die Auflassung. Aufzulassen ist an die Gesellschaft unter ihrer Firma. Auch dingliche Rechte an Grundstücken zugunsten der Gesellschaft, etwa eine Grundschuld, Hypothek oder ein Nießbrauch, sind in der für die Begründung dieser Rechte vorgeschriebene Formen zu bestellen. Im Grundbuch ist als Berechtigte, Eigentümerin oder dinglich Berechtigte, die Gesellschaft mit ihrer Firma unter Angabe des Sitzes einzutragen (§ 124); die Angabe des Charakters der Gesellschaft (OHG, KG) ist nicht notwendig, § 47 GBO findet insoweit keine Anwendung (KGJ 39, A 218).

Anm. 42

Im einzelnen ist noch folgendes zu bemerken: Auflassung und Eintragung sind auch erforderlich, wenn das einzubringende Grundstück bisher im Bruchteilseigentum sämtlicher Gesellschafter stand und das Bruchteilseigentum durch die Einbringung in Gesamthandseigentum umgewandelt wird (RG 56, 96; 65, 233; 84, 110). Dasselbe gilt, wenn Gesamthandseigentum in Bruchteilseigentum umgewandelt wird (RG 57, 433; 67, 62; 105, 251) oder in das Privateigentum eines Gesellschafters übergeht, etwa als Abfindung im Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehenden Gesellschaft (RG DR 1944, 292); desgleichen, wenn bei der Auseinandersetzung oder bei teilweiser Rückgabe der Einlage Gesamthandseigentum in Bruchteilseigentum oder in Alleineigentum der Gesellschafter umgewandelt wird (KG JW 1927, 805).

Anm. 42a

Bei der Umwandlung von Gesamthandseigentum in Alleineigentum eines Gesellschafters gilt nur dann etwas anderes, wenn sich die Umwandlung in der Form der Gesamtrechtsnachfolge nach § 142 vollzieht; in diesem Fall tritt der Rechtsübergang ipso iure ohne einen besonderen Übergangsakt ein, so daß auch bei Grundstücken sich das Gesamthandseigentum ohne Auflassung und Eintragung in Alleineigentum des übernehmenden Gesellschafters umwandelt (RG 65, 227; 68, 410; vgl. im übrigen Erl. bei § 142). Die gleichen Grundsätze gelten für die Abtretung von GmbH-Anteilen, bei Überführung von Bruchteilsberechtigung in Gesamthandsberechtigung und umgekehrt (insoweit z. T. unrichtig Hachenburg/Schilling Komm. GmbHG § 15 Anm. 10, 12; vgl. dazu Rob. Fischer JZ 1956, 363).

Auflassung ist weiterhin erforderlich, wenn eine fortgesetzte Gütergemeinschaft oder eine **Erbengemeinschaft** das Handelsgeschäft ihres Erblassers in Form einer OHG weiterführt; dabei ist es gleichgültig, ob im Grundbuch noch der Erblasser oder bereits die Erbengemeinschaft als Eigentümer eingetragen ist. In diesem Fall ist Auflassung notwendig, weil es sich um Überführung des Eigentums von dem einen Sondervermögen

auf ein anderes Sondervermögen handelt. Der Umstand, daß Träger des Sondervermögens dieselben natürlichen Personen sind, ist dabei ohne Belang. Entscheidend ist insoweit, daß die beiden Gesamthandsgemeinschaften nicht identisch sind (KGJ 45, 230; 51 A 180; KG DR 1940, 977; OLG Hamm DNotZ 1958, 416; Hueck § 16 IV 3; Schlegelberger/Gessler Anm. 39; Rob. Fischer DNotZ 1955, 182 ff.; a. M. z. T. Ganssmüller DNotZ 1955, 172 ff.; Würdinger I S. 65.) Dagegen ist Auflassung nicht erforderlich, wenn sämtliche Erben einer Erbengemeinschaft durch notariellen Vertrag (§ 2033 BGB) ihre Anteile an dem Nachlaß auf eine von ihnen gegründete OHG übertragen. Hier wird die Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge Inhaber des gesamten Nachlasses mit allen dazu gehörigen Nachlaßgegenständen; einer besonderen Übertragung der Nachlaßgegenstände bedarf es in diesem Fall nicht (KG DR 1944, 455; die gegen diese Entscheidung geäußerten Bedenken in der Voraufkl. werden fallen gelassen). Soll ein Grundstück von einer OHG auf eine andere selbständige OHG oder KG übertragen werden, die aus denselben Gesellschaftern wie die übertragende besteht (vgl. dazu Anm. 29), so ist Auflassung nötig, weil das Grundstück aus einem Sondervermögen in ein anderes übergeht und dessen Schicksal teilt (z. B. den Gläubigern der anderen Gesellschaft haftet). Das gleiche gilt, wenn der Übergang auf eine bürgerlichrechtliche Gesellschaft unter denselben Personen erfolgt oder umgekehrt; denn auch hier geht das Grundstück in ein anderes Sondervermögen über (RG 136, 402; jetzt wohl allgemeine Ansicht).

Anm. 42b

b) Keine Übereignung bei Änderung der Rechtsform der Gesellschaft. Auflassung ist nicht erforderlich, wenn die **Identität der Gesellschaft** gewahrt bleibt. Dies ist der Fall, wenn eine offene Handelsgesellschaft diesen Charakter verliert, weil ihr Geschäftsbetrieb auf den des Kleingewerbes herabsinkt und dadurch zur bürgerlichrechtlichen Gesellschaft wird oder wenn aus einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft von Handwerkern durch Umgestaltung ihres Betriebes eine offene Handelsgesellschaft wird oder wenn im Falle der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter statt der völligen Abwicklung die Gesamthandsgemeinschaft am Grundbesitz aufrecht halten und auch der Personenbestand unverändert bleibt (vgl. dazu Rob. Fischer DNotZ 1955, 183 f.). Dann ist unter Umständen Berichtigung des Grundbuchs nötig, indem statt der offenen Handelsgesellschaft die bürgerlichrechtliche Gesellschaft oder ihre Gesellschafter als Gesellschafter einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft eingetragen werden oder umgekehrt. Zur Berichtigung des Grundbuchs genügt ein Zeugnis des Registergerichts über die Löschung der offenen Handelsgesellschaft im Handelsregister (KG in DR 1939, 1826). Im Handelsregister ist die nicht mehr bestehende offene Handelsgesellschaft zu löschen oder die durch Umgestaltung des Betriebs entstandene einzutragen (vgl. RG 82, 161; 84, 112; 136, 402; 155, 75; auch zur Art der Verlautbarung der Umwandlung im Grundbuch; Bayr. ObLG NJW 1952, 29). Auch wenn unter Aufrechterhaltung der Identität der Gesellschaft die Firma der Gesellschaft geändert wird, ist Auflassung nicht erforderlich, sondern nur das Grundbuch und das Handelsregister zu berichtigen (KGJ 28 A 251; 39 A 218). Erfolgt eine Umwandlung in der Weise, daß ein neues Rechtssubjekt entsteht, auf die das Grundstück übergeht, so ist Auflassung geboten. Dies ist der Fall, wenn eine offene Handelsgesellschaft sich in eine AG, GmbH, Gewerkschaft „umwandelt“, d. h. ihr Vermögen oder Teile desselben auf eine neu gegründete oder auch schon bestehende selbständige Rechtspersönlichkeit überträgt oder umgekehrt (RG 74, 6; OLGR 40, 189). Anders ist die Rechtslage dagegen bei der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft nach dem Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften usw. vom 12. 11. 1956 (BGBl. I S. 844). Diese Umwandlung vollzieht sich unter Wahrung der Identität der Gesellschaft, nur die Rechtsform der Gesellschaft erfährt eine Änderung (vgl. BGH 24, 111).

Anm. 42c

Auflassung ist nicht nötig, wenn aus der fortbestehenden Gesellschaft **ein Gesellschafter ausscheidet** und der Grundbesitz der Gesellschaft verbleibt. Hier tritt ein Wechsel des Eigentümers nicht ein. Die Gesellschaft bleibt Eigentümer. Nur der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters am Gesamthandseigentum wächst den übrigen Gesellschaftern zu; § 738 BGB. Ebenso verhält es sich, wenn in die bereits bestehende Gesellschaft **ein neuer Gesellschafter eintritt**, wenn also nicht eine neue Gesellschaft gegründet und auf diese der Grundbesitz der bisherigen übertragen wird

(RG 82, 160; BGH 28. 11. 1955 II ZR 203/54). Wegen der Frage, ob im Falle der Übernahme des Geschäfts durch den einen von den beiden einzigen Gesellschaftern auf Grund richterlicher Ermächtigung nach § 142 oder auf Grund einer Auseinandersetzungsvereinbarung nach § 145 in entsprechender Anwendung des § 738 BGB. Anwachsung stattfindet und deshalb eine Auflassung entbehrlich ist, vgl. die Erl. zu § 142 und § 145.

Soweit eine Übertragung des Eigentums, bei Grundstücken durch Auflassung oder eines Rechtes durch entsprechende Entäußerungsakte nötig ist, gilt, solange die Übertragung noch nicht erfolgt, bei Grundstücken neben der Auflassung die Eintragung ins Grundbuch nicht geschehen ist der nach dem Gesellschaftsvertrag oder der sonst vorliegenden schuldrechtlichen Vereinbarung zu übertragende Vermögensgegenstand Dritten gegenüber noch als Bestandteil des Vermögens des zur Übertragung Verpflichteten, also soweit es sich um eine als Einlage einzubringende Sache handelt, als Privateigentum des Gesellschafters, soweit es sich um die Ausscheidung eines Gegenstandes aus dem Gesellschaftsvermögen handelt, noch als gesamthänderisch gebundenes Eigentum der Gesellschaft. Im ersten Fall dient er den Privatgläubigern, im zweiten den Gesellschaftsgläubigern als Befriedigungsobjekt (RG 54, 103). Im ersten Fall kann der einzelne Gesellschafter, im zweiten die Gesellschaft noch rechtswirksam über den Gegenstand verfügen, demgemäß können auch die zur Einbringung in die Gesellschaft verpflichteten Miteigentümer eines Grundstücks vor der Auflassung noch einen Versteigerungsantrag nach § 180 ZwVG stellen. Nur im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern sind sie zur Unterlassung einer solchen Verfügung verpflichtet (RG JW 1925, 1634; a. A. für älteres Recht RG 50, 158; ebenso Wieland I 541 Anm. 14). Dem einzelnen Gesellschafter kommt aber die Vergünstigung nach § 5 GrEStG zugute (vgl. dazu Boruttan/Klein Komm. 5. Aufl. § 1 Bem. 13, 3).

Anm. 43

Der Rechtsvorgang, der die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück auf die Gesellschaft oder umgekehrt zur Entstehung bringt, also regelmäßig der Gesellschaftsvertrag, wenn es sich um die Einbringung eines Grundstücks in eine offene Handelsgesellschaft handelt, begründet die **Grunderwerbssteuerpflicht** nach dem Grunderwerbsteuergesetz vom 29. 3. 1940 (RGBl. I 585); vgl. dazu auch Anm. 112.

Anm. 44

c) **Die Einbringung von Vermögensgegenständen als Einlage:** Die Einbringung von Vermögensgegenständen in eine Gesellschaft ist eine entgeltliche Veräußerung auf Grund eines schuldrechtlichen Vertrages. Es gelten daher nach §§ 445, 493 BGB sinngemäß die Vorschriften der §§ 433 ff., 459 ff. BGB. Dabei sind jedoch eine Reihe von Besonderheiten zu beachten, da der Gesellschaftsvertrag im Unterschied zum Kaufvertrag kein Austauschvertrag ist und die Verpflichtung der Gesellschafter nicht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis (§§ 320 ff. BGB) zueinander stehen (dazu Anm. 47b). Außerdem ist bei der sinngemäßen Anwendung der kaufrechtlichen Vorschriften das enge persönliche Band zu berücksichtigen, das die Gesellschafter miteinander verbindet (Anm. 31 ff.). Danach ergibt sich für die sinngemäße Anwendung der §§ 433 ff., 459 ff. BGB folgendes:

Anm. 45

Die Vorschriften über die **Haftung wegen eines Rechtsmangels** sind im allgemeinen anwendbar. Ein Rücktrittsrecht kann jedoch aus allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen nicht anerkannt werden (Anm. 47g). Seine Zubilligung beruht letzten Endes auf den reinen Austauschcharakter des Kaufvertrages, der dem Gesellschaftsvertrag fehlt. Neben dem Schadensersatzanspruch, der der Gesellschaft wegen eines Rechtsmangels zusteht, kann in besonders schweren Fällen auch das Recht der übrigen Gesellschafter auf Auflösung der Gesellschaft (§ 133) und auf Ausschließung des mangelhaft leistenden Gesellschafters (§ 140) in Betracht kommen (Hueck § 14 II 1; Staudinger/Kessler § 706 Anm. 20). Eine entsprechende Anwendung des § 437 BGB erscheint nicht sachgerecht, wenn man die engen persönlichen Beziehungen der Gesellschafter zueinander berücksichtigt. Mit seiner Einlage soll der einzelne Gesellschafter der Gesellschaft die notwendigen Mittel zur Erreichung des Gesellschaftszwecks zur Verfügung stellen. Damit verträgt es sich nicht, daß der einlagepflichtige Gesellschafter nur für den Bestand, nicht auch für die Einbringlichkeit der Forderung einzustehen hat (ebenso Staudinger/Kessler § 706 Anm. 19).

Anm. 45a

Die Vorschriften über die **Haftung für einen Sachmangel** erfahren hier eine nicht unwesentliche Abänderung. Das hängt damit zusammen, daß die Rechtsbehelfe der

Anm. 45b

Wandlung und Minderung den besonderen gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen nicht gerecht werden. Eine Aufhebung des Vertrages im Wege der Wandlung kommt hier ebenso wenig in Betracht wie eine Herabsetzung der gegenseitigen Leistungen im Wege der Minderung. Auch hier zeigt sich der besondere Charakter des Gesellschaftsvertrages, der kein Austauschvertrag ist. Im Hinblick auf die Erreichung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks hat ein Sachmangel bei der Erfüllung der Einlagepflicht zur Folge, daß der betreffende Gesellschafter einen entsprechenden Wertersatz zu leisten hat (vgl. auch die ähnlichen Rechtsfolgen im Recht der Kapitalgesellschaften: Rob. Fischer Großkomm. AktG § 20; Hachenburg/Schilling Komm. GmbHG § 5 Anm. 28). Dabei hat die Gesellschaft die Wahl, ob sie die mangelhafte Sache zurückgeben und vollen Wertersatz verlangen oder ob sie die Sache behalten und nur Ersatz des Minderwerts verlangen will. Des weiteren kann in besonders gelagerten Fällen auch das Recht der übrigen Gesellschafter auf Auflösung der Gesellschaft oder auf Ausschließung des betreffenden Gesellschafters in Betracht kommen. Gegen eine entsprechende Anwendung des § 463 BGB (Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz) und des § 480 BGB (Nachlieferungspflicht bei Gattungsschuld) bestehen keine Bedenken. Diese Vorschriften werden auch den besonderen Verhältnissen bei der Gesellschaft durchaus gerecht. Das gleiche gilt für die entsprechende Anwendung der Verjährungsvorschriften (ebenso die Meinung im Schrifttum; vgl. statt anderer Hueck § 14 II 1; Würdinger I S. 78; Staudinger/Kessler § 706 Anm. 21 ff.).

Anm. 45 c Umstritten ist die Anwendung des § 447 BGB über die **Gefahrtragung beim Versendungskauf**. Mit Rücksicht auf den Zweck des Gesellschaftsvertrages wird man die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift verneinen müssen. Diese Vorschrift geht von den grundsätzlich verschiedenen, einander widerstrebenden Interessen von Käufer und Verkäufer aus. Ihr liegt die Erwägung zugrunde, daß die Versendung der verkauften Sache an einen anderen als den Erfüllungsort den Verkäufer nicht zusätzlich mit einem weiteren Risiko belasten soll, wenn die Versendung auf Verlangen des Käufers geschieht. Im Gesellschaftsrecht ist das anders; hier sind die Interessen der einzelnen Gesellschafter grundsätzlich gleichgerichtet und hier dient die Versendung zugleich der Erreichung des gemeinsamen Zwecks. Das rechtfertigt es, die Vorschrift des § 447 BGB hier nicht anzuwenden (ebenso Würdinger I S. 79; Staudinger/Kessler § 706 Anm. 28; Esser Schuldrecht 2. Aufl. S. 726; a. M. Hueck § 14 II 1; Enneccerus/Lehmann S. 738).

Anm. 45 d Die Vorschriften über den **Erwerb von einem Nichtberechtigten** (§§ 932 ff. BGB) gelten auch für die Einbringung. Die Überführung der Sacheinlage von dem Privateigentum des leistenden Gesellschafters in das Gesellschaftsvermögen ist eine echte Übereignung im Rechtssinn. Im Unterschied zum Recht der Kapitalgesellschaften (vgl. dazu Hachenburg/Schilling § 5 Anm. 27) kommt es bei der Frage, ob die Gesellschaft gutgläubig ist, auch auf den leistenden Gesellschafter an, weil dieser als Mitglied der Gesellschaft ebenfalls zu den Erwerbern gehört (BGH WM 1959, 348; Staudinger/Kessler § 706 Anm. 14; Reichel JW 1910, 742). Hier gewinnt also die Tatsache, daß die OHG keine juristische Person ist (Anm. 7), entscheidende Bedeutung.

Anm. 45 e Endlich findet auch die Vorschrift des § 363 BGB über die **Umkehr der Beweislast** Anwendung. Hat also die Gesellschaft die von dem einzelnen Gesellschafter erbrachte Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft sie die Beweislast, wenn sie die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei.

Zur Frage einer Anwendung der §§ 320 ff. BGB vgl. Anm. 47 c ff.

Anm. 46 d) **Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern** Aus der weitgehenden Selbständigkeit der offenen Handelsgesellschaft und insbesondere des Gesellschaftsvermögens ergibt sich auch die Möglichkeit des Rechtsverkehrs zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Gesellschaftern auf nicht gesellschaftsrechtlichem Gebiete, namentlich die Zulässigkeit von Rechtsgeschäften zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Gesellschaftern (RG 36, 63; BayObLGZ 20, 24). Die Gesellschaft kann mit dem einzelnen Gesellschafter wie mit jedem Dritten in Rechtsverkehr treten und wird daraus in gleicher Weise wie aus einem Rechtsgeschäft mit einem Nichtgesellschafter berechtigt und verpflichtet. Insbesondere kann auch der einzelne Gesellschafter seine Ansprüche aus einem solchen Geschäft in voller Höhe

geltend machen. Auch öffentlichrechtlich ist die Möglichkeit solcher Rechtsgeschäfte anerkannt, z. B. für die Umsatzsteuerpflicht (RFH 10, 101).

Werden solche Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und einem Gesellschafter vorgenommen, so steht der Gesellschafter der Gesellschaft als Dritter gegenüber, auch soweit es sich um Verfügungen über das Gesellschaftsvermögen handelt (RG JW 1937, 1986). Für die Vertretung der Gesellschaft gilt dabei § 181 BGB.

Ein Gesellschafter kann auch wie ein Dritter die **Bürgschaft** für eine Gesellschaftsschuld übernehmen oder sich in anderer Weise, etwa durch Übernahme der Mitschuld (häufende Schuldübernahme) neben der Gesellschaft verpflichten. Eine solche Verpflichtung hat nicht nur Bedeutung, wenn der Gesellschafter als solcher nur beschränkt haftet (als Kommanditist), sondern auch, wenn er als offener Gesellschafter ohnedies unbeschränkt haftet. Die Haftung aus der Bürgschaft dauert auch nach dem Ausscheiden fort und unterliegt namentlich nicht der kurzen Verjährung nach § 159. Sie hat auch ihre besondere Bedeutung im Falle des Konkurses oder bei Abschluß eines Zwangsvergleichs der Gesellschaft (RG 138, 252; HRR 1935 Nr. 1298; Reichel HansGZ 1921, 401).

VI. Der Gesellschaftsvertrag

Der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages ist die notwendige Grundlage einer jeden Gesellschaft. Ohne Vorliegen eines solchen Vertrages ist die Annahme einer Gesellschaft nicht möglich. Dabei genügt unter Umständen auch ein rechtlich mangelhafter Vertrag; dann handelt es sich um eine sog. fehlerhafte Gesellschaft, die ebenfalls ein schuldrechtliches Verpflichtungsverhältnis gesellschaftsrechtlicher Art darstellt (dazu im einzelnen Anm. 68 ff.). Die gesellschaftsvertragliche Grundlage bedingt den entscheidenden Unterschied zwischen der Gesellschaft und der Gemeinschaft (§§ 741 ff. BGB); diese kann als *communio incidens* vom Standpunkt der Beteiligten aus gesehen auch ungewollt und zufällig zur Entstehung gelangen. Ein Rechtsverhältnis vertragloser Art kann demgemäß niemals eine Gesellschaft, kann jedoch eine Gemeinschaft sein (BGH 11, 191/192). Bedenklich daher BGH 17, 300; hier hätte es zur Anwendung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften der klaren Feststellung bedurft, daß die Beteiligten das ererbte Unternehmen (stillschweigend) auf vertraglicher Grundlage weitergeführt haben (vgl. dazu auch Lehmann NJW 1958, 3). Eine Gesellschaft auf rein objektiver Grundlage, losgelöst von dem Willen der Beteiligten und damit gegebenenfalls auch gegen ihren Willen, gibt es nicht.

Anm. 47

1. Die Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrages.

Mit der Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrages hat man sich im Schrifttum außerordentlich eingehend befaßt (vgl. die Nachweise bei Staudinger/Kessler § 705 Anm. 6 ff.), ohne daß es gelungen ist, hierbei zu einer einigermaßen einheitlichen Auffassung zu gelangen. Der Grund hierfür liegt darin, daß der Gesellschaftsvertrag gegenüber anderen schuldrechtlichen Verträgen Besonderheiten aufweist. Der Gesellschaftsvertrag ist kein Austauschvertrag wie etwa der Kaufvertrag; er ist auf die Herstellung einer Gemeinschaft gerichtet und führt die Vertragsparteien — namentlich bei der OHG — zu einer engen persönlichen Bindung, zu einer Personal- und Arbeitsgemeinschaft (vgl. dazu bereits Anm. 31 ff.). Diese Besonderheit des Gesellschaftsvertrages ist der Anlaß gewesen, daß man ihn im Schrifttum in mehr oder weniger starken Maß von den schuldrechtlichen Verträgen getrennt und ihn als einen besonderen Vertragstyp bezeichnet hat. Dabei besteht jedoch keine Einigkeit darüber, welche rechtliche Bedeutung diesem besonderen Vertragstyp im einzelnen zukommt, für den Ausdrücke wie personenrechtlicher Vertrag (vgl. Vorauf. Anm. 31), Organisationsvertrag (Würdinger), sozialrechtliche Einigung (J. v. Gierke) oder auch Kollaborationsvertrag (Esser) gebraucht werden. Auch die Bezeichnung von Larenz, der Gesellschaftsvertrag sei seiner Art nach sowohl Schuldvertrag wie gemeinschaftsbegründender personenrechtlicher Vertrag gibt für die praktische Rechtsanwendung nicht viel her.

Anm. 47 a

Angesichts des hier bestehenden Meinungsverschiedenheiten dürfte Hueck (Gesellschaftsrecht 12. Aufl. 1965 S. 26; vgl. auch Lehrbuch des Arbeitsrechts 7. Aufl. 1963 S. 128 ff.) zuzustimmen sein, daß es zwar de lege ferenda durchaus möglich wäre, neben die eigentlichen Schuldverträge die gemeinschaftsbegründenden oder personenbezogenen Verträge, den Gesellschaftsvertrag und den Arbeitsvertrag, als einen besonderen Ver-

tragstyp zu stellen. Das sei aber im geltenden Recht, namentlich in dem auch für die OHG maßgeblichen Bürgerlichen Gesetzbuch nun einmal nicht geschehen und daran müsse man sich solange auch halten. Das geltende Recht rechnet den Gesellschaftsvertrag zu den schuldrechtlichen Verträgen, und er ist deshalb als **schuldrechtlicher Vertrag** zu behandeln. Das hindert natürlich nicht, jeweils zu prüfen, ob der gemeinschaftsbegründende Charakter des Gesellschaftsvertrages in dieser oder jener Rechtsbeziehung eine besondere rechtliche Beurteilung erfordert und die Anwendung der einen oder anderen für die Schuldverträge geltenden Bestimmungen ausschließt. Nur so wird man in einer auch für die praktische Rechtsanwendung förderlichen Art den gewiß bestehenden Besonderheiten des Gesellschaftsvertrages gerecht.

Anm. 47b

Dieselbe Beurteilung erscheint auch gegenüber der weiteren Streitfrage angebracht, ob nämlich der Gesellschaftsvertrag ein **gegenseitiger Vertrag im Sinn der §§ 320ff. BGB** ist oder nicht. Das Reichsgericht hat bis zuletzt an der zunächst herrschenden Meinung festgehalten, daß der Gesellschaftsvertrag zu den gegenseitigen Verträgen zu rechnen sei (RG 76, 279; 78, 305; 100, 3; 147, 342; 163, 388; JW 1938, 527), während die heute wohl herrschende Lehrmeinung den gegenteiligen Standpunkt vertritt (vgl. die Nachweise bei Staudinger/Kessler § 705 Anm. 8). Diese Streitfrage hat im wesentlichen terminologische Bedeutung. Denn Einigkeit besteht darüber, daß der Gesellschaftsvertrag kein reiner Austauschvertrag ist, bei dem die Vertragspartner ihre Leistungen miteinander austauschen, und bei dem jeder in der Leistung des anderen den Wertausgleich für seine Leistung erhält. Andererseits kann nicht zweifelhaft sein, daß auch beim Gesellschaftsvertrag die von den einzelnen Gesellschaftern übernommenen Verpflichtungen in einem bestimmten — genetischen und auch funktionellen — Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen. Denn auch bei der Gesellschaft verpflichtet sich jeder Vertragspartner zu seiner Leistung, weil auch die anderen ebenfalls Leistungsverpflichtungen zur Förderung des gemeinsamen Zwecks übernommen haben. Die geringe praktische Bedeutung der Streitfrage, ob der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist oder nicht, ergibt sich namentlich daraus, daß auch vom Standpunkt der vom Reichsgericht vertretenen Auffassung kein Zweifel darüber obwaltet, daß eine uneingeschränkte Anwendung der §§ 320ff. BGB auf den Gesellschaftsvertrag mit Rücksicht auf die Besonderheiten dieses Vertrages nicht möglich ist, und daß in jedem Einzelfall geprüft werden muß, ob eine entsprechende Anwendung der einen oder der anderen dieser Bestimmungen in Betracht kommt. Andererseits können auch die Vertreter der Gegenmeinung nicht leugnen, daß in einem bestimmten Umfang Rechtsbehelfe der in den §§ 320ff. BGB geregelten Art auch im Rahmen des Gesellschaftsrechts zugebilligt werden müssen, wobei allerdings einige diese Rechtsbehelfe lieber aus § 242 BGB oder aus § 273 BGB herleiten möchten (vgl. dazu etwa einerseits Würdinger I S. 42f. und andererseits Palandt/Gramm § 705 Anm. 3c; Larenz Schuldrecht § 56 Ib; wohl auch Staudinger/Kessler § 715 Anm. 15). Bei dieser Sachlage ist es nicht verwunderlich, daß der gesellschaftsrechtliche (II.) Zivilsenat des Bundesgerichtshof zu der Frage der Einordnung des Gesellschaftsvertrages in die gegenseitigen Verträge überhaupt nicht mehr Stellung genommen hat. Er wendet sich jeweils nur der für die praktische Rechtsanwendung bedeutsamen Frage zu, ob in dem betreffenden Einzelfall die Anwendung einer einzelnen Bestimmung der §§ 320ff. BGB möglich ist oder nicht (BGH LM Nr. 11 zu § 105 HGB; BGH WM 1959, 54; anders freilich BGH (IV. ZS) NJW 1951, 308).

Anm. 47c

2. Zur Frage der Anwendung der §§ 320ff. BGB.

Die Vorschriften über gegenseitige Verträge können auf den Gesellschaftsvertrag nur sinngemäß angewendet werden, also nur soweit sie mit dem Wesen der Gesellschaft vereinbar sind (RG 76, 279; 78, 303; 145, 274; JW 1938, 527; RAG 14, 183). Zunächst ist jede einzelne Vorschrift über gegenseitige Verträge darauf zu prüfen, ob sie auf die offene Handelsgesellschaft im Hinblick auf ihren Zweck und ihre Organisation als Gesamthandsgemeinschaft paßt. Bei der offenen Handelsgesellschaft steht im Vordergrund der gemeinsame Zweck, der Betrieb eines Handelsgewerbes im Interesse der Gesamtheit der Gesellschafter. Die Belange des einzelnen treten dagegen zurück. Der einzelne Gesellschafter kann deshalb nicht verlangen, daß in erster Linie seine persönlichen Interessen gewahrt werden, daß er durch die Zugehörigkeit zur Gesell-

schaft keinen Schaden erleidet. Wer eine Gesellschaft eingeht, muß mit einem größeren Wagnis rechnen, als der, der nur ein einzelnes Geschäft mit einem Dritten, z. B. ein Kaufgeschäft, macht. Dies ergibt schon die längere Dauer des Rechtsverhältnisses und die Abhängigkeit von der Persönlichkeit der Mitgesellschafter, die das Gesetz auch in der Beschränkung der Haftung der Gesellschafter auf die in eigenen Angelegenheiten geübte Sorgfalt (§ 708 BGB) zum Ausdruck bringt. Zu einer besonderen Beurteilung nötigt auch der Charakter der offenen Handelsgesellschaft als eines Handelsunternehmens, das in die Öffentlichkeit tritt, und zur Erfüllung seiner Aufgabe auch eines Vermögens bedarf, das durch die Gesellschafter aufzubringen ist, und das im Interesse des Gesellschaftszweckes gesamthänderisch gebunden ist. Die Verpflichtung der einzelnen Gesellschafter besteht deshalb in erster Linie gegenüber der Gesellschaft. Diese hat den Anspruch auf die Leistungen, nicht der einzelne Gesellschafter, wenn dieser auch Erfüllung des Gesellschaftsvertrages verlangen kann. Daraus ergibt sich für die Regel die Unanwendbarkeit der Vorschriften über das Leistungsverweigerungsrecht wegen Nichterfüllung des Vertrags durch einen Vertragsgenossen (§ 320 BGB). Ein Gesellschafter kann deshalb nicht die Leistung seines fälligen Beitrags oder die Mitwirkung bei der Abstimmung, bei der Feststellung der Jahresbilanz oder bei der Auseinandersetzung deshalb verweigern, weil ein anderer Gesellschafter eine ihm obliegende Verpflichtung gleicher Art nicht erfüllt hat (heute wohl allgemeine Ansicht; vgl. etwa BGH LM Nr. 11 zu § 105 HGB; BGH WM 1959, 54; Hueck OHG § 6 II 3b; Schlegelberger/Gessler Anm. 51; Ennec.-Lehmann Schuldrecht 1959 S. 733). Dem einzelnen Gesellschafter kann auch die Beteiligung an der Abstimmung oder am Gewinn oder die Büchereinsicht nicht verweigert werden, weil er eine ihm obliegende Verpflichtung, z. B. die Beitragspflicht, nicht erfüllt hat. Der einzelne Gesellschafter kann auch die Erfüllung einer Verpflichtung nicht deshalb verweigern, weil ihm ein nach seiner Meinung zukommender Gewinnanteil nicht ausbezahlt worden ist (RG 26, 257). Die Ansicht, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, schon dann gegeben ist, wenn auch nur einer der anderen Gesellschafter noch nicht erfüllt hat, würde zu dem Ergebnis führen, daß jeder einzelne Gesellschafter es in der Hand hätte, die Erfüllung des Vertrages unmöglich zu machen und auch die schon nach außen in den Rechtsverkehr getretene Gesellschaft lahm zu legen. Deshalb muß die Einrede jedenfalls dann versagen, wenn die Gesellschaft einen Anspruch auf Leistung eines Beitrags geltend macht. Nur wenn die Gesellschaft einseitig ohne einen sachlich vertretbaren Grund von einem Gesellschafter die Leistung verlangt, von einem anderen aber nicht, könnte ihr mit dem Einwande begegnet werden, daß ihr Verlangen gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter verstoße. Sie könnte den Einwand dadurch ausschließen, daß sie auch die anderen verklagt. Der einzelne Gesellschafter kann aber nicht verlangen, daß er nur Zug um Zug gegen Leistung des anderen verurteilt wird. Ein solches Urteil würde die gleichzeitige Vollstreckung gegen alle Verurteilten erfordern, was praktisch kaum durchführbar ist. Auch wenn ein Gesellschafter (mit der *actio pro socio*, vgl. § 124 Anm. 11) einen anderen Gesellschafter auf Leistung seiner Einlage an die Gesellschaft verklagt, kann ihm nicht entgegengehalten werden, daß ein dritter Gesellschafter nicht erfüllt habe. Denn er macht nur das Recht der Gesamtheit geltend. Dagegen könnte ihm nach Lage des Einzelfalles die Einrede der Arglist entgegenstehen, wenn er selbst vertragsuntreu wäre und nicht geleistet hätte. Der Beklagte könnte dann nur Zug um Zug gegen Leistung des Klägers an die Gesellschaft verurteilt werden (§ 322 BGB; vgl. Hueck S. 33). Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages kann aber begründet sein, wenn die Gesellschaft nur aus zwei Personen besteht (Würdinger I S. 42; Schlegelberger/Gessler Anm. 51; Baumbach/Duden Anm. 2 F). Das ist aber grundsätzlich nur der Fall, soweit es sich um die Erfüllung der beiderseitigen Beitragspflichten handelt. Dagegen ist auch bei der zweigliedrigen Gesellschaft die Anwendung des § 320 BGB im allgemeinen ausgeschlossen, soweit es sich um die laufenden Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis (wie Geschäftsführung, Wahrung der gesellschaftlichen Treuepflicht usw.) handelt (Hueck § 6 II 3b). Denn auch insoweit würde eine Anwendung des § 320 BGB mit Sinn und Zweck des Gesellschaftsvertrages in Widerspruch stehen. Gegenüber den laufenden Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis kann eine Anwendung des § 320 BGB vielmehr nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen in Betracht kommen (vgl. dazu BGH LM Nr. 11 zu § 105 HGB).

Anm. 47 d

Auch die Vorschrift des § 321 BGB ist bei der OHG nur in einem eingeschränkten Umfang anwendbar. Zunächst kommt auch ihre Anwendung nur bei der Beitragspflicht in Betracht. In diesem Rahmen sind weitere Einschränkungen bei einer Gesellschaft mit zwei Gesellschaftern nicht geboten. Besteht jedoch die Gesellschaft aus mehr als zwei Gesellschaftern, dann kann sich der vorleistungspflichtige Gesellschafter auf das Leistungsverweigerungsrecht des § 321 BGB nur berufen, wenn sich die Vermögensverhältnisse aller übrigen Gesellschafter so wesentlich verschlechtert haben, daß dadurch die Erreichung des Gesellschaftszwecks gefährdet ist. Das Leistungsverweigerungsrecht besteht also nicht, wenn nur einer von mehreren Gesellschaftern zahlungsunfähig geworden ist. Ist der Beitrag des zahlungsunfähig gewordenen Gesellschafters für die Erreichung des Gesellschaftszwecks von wesentlicher Bedeutung, dann kann dem vorleistungspflichtigen Gesellschafter gegebenenfalls die Auflösungsklage zustehen; in einem solchen Fall kann er sich auf § 133 auch im Wege des Einwands berufen (RG 112, 282; Hueck § 6 Fußnote 26).

Anm. 47 e

Gegen die uneingeschränkte Anwendung des § 323 BGB bestehen Bedenken (anders teilweise Vorauf. Anm. 83; vgl. auch RG 158, 326). Wird einem Gesellschafter die Leistung des von ihm versprochenen Beitrags ohne sein Verschulden unmöglich, so fragt es sich zunächst, ob nach Sinn und Zweck des Gesellschaftsvertrages der Gesellschafter eine entsprechende Leistung in Geld zu erbringen hat (Hueck § 6 II 3d; so jetzt auch Schlegelberger/Gessler Anm. 51; abweichend Staudinger/Kessler § 705 Anm. 18). Das wird im allgemeinen zu bejahen sein, wenn es für den Betrieb des gemeinsamen Handelsgewerbes nicht so sehr auf die zugesagte konkrete Sachleistung, sondern im wesentlichen auf den Vermögenswert dieser Sachleistung ankommt. Ist jedoch nach Sinn und Zweck des Gesellschaftsvertrages eine Verpflichtung des betreffenden Gesellschafters zu einer Geldleistung zu verneinen, dann wird der Gesellschafter von seiner Beitragspflicht frei. In diesem Fall wird die Sachlage im allgemeinen so sein, daß jedem Gesellschafter ein Recht auf Auflösung (§ 133) zusteht, weil das gemeinsame Unternehmen nicht in der vorgesehenen Form durchgeführt werden kann. Machen die Gesellschafter in einem solchen Fall von ihrem Auflösungsrecht keinen Gebrauch, dann werden die übrigen Gesellschafter von ihrer Leistungspflicht nicht frei; diese Rechtsfolge entspricht ihrem Entschluß, an dem Gesellschaftsvertrag festzuhalten. Man wird aber dann, worauf Hueck a. a. O. mit Recht hinweist, die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Gewinnbeteiligung des Gesellschafters, der von seiner Beitragspflicht frei geworden ist, herabsetzen müssen. Das erfordert die gesellschaftliche Treuepflicht. Bei dieser Herabsetzung ist auf der einen Seite der Wert des fortgefallenen Beitrags und auf der anderen Seite die wirtschaftliche Bedeutung der persönlichen Haftung und der etwaigen tätigen Mitarbeit dieses Gesellschafters für das gemeinsame Unternehmen sinnvoll zu berücksichtigen, wobei die von den Gesellschaftern für richtig gehaltene Bewertung der Einlagen, der persönlichen Haftung sowie der Arbeit des tätigen Gesellschafters zugrunde zu legen ist. Ein völliger Wegfall der Gewinnbeteiligung des Gesellschafters, der von seiner Beitragspflicht frei geworden ist, kann dabei in keinem Fall in Betracht kommen (so richtig Hueck a. a. O.).

Anm. 47 f

Die Anwendung des § 324 BGB erweckt keine Bedenken. Der von seiner Leistung frei gewordene Gesellschafter behält seinen Anspruch auf den Gewinn. Der schuldige Mitgesellschafter hingegen macht sich durch sein Verhalten gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig, so daß dieser der Gesellschaft einen Wertersatz in Höhe der unmöglich gewordenen Einlage schuldet. War die vorgesehene Sachleistung des frei gewordenen Gesellschafters für den gemeinsamen Betrieb des Handelsgewerbes von besonderer Bedeutung und kann das durch die Leistung von Schadensersatz in Geld nicht voll ausgeglichen werden, so kann die eingetretene Unmöglichkeit der Beitragsleistung auch einen wichtigen Grund für die Auflösung der Gesellschaft darstellen.

Anm. 47 g

Die Anwendung der §§ 325/26 BGB erfährt bei der in Vollzug gesetzten Gesellschaft eine Abwandlung dahin, daß die Ausübung des Rücktrittsrechts nicht mehr zulässig ist.

Anm. 48**8. Der Abschluß und der Inhalt des Gesellschaftsvertrages.**

Für den Abschluß des Gesellschaftsvertrages gelten keine besonderen Vorschriften. Es finden daher die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über das Zustandekommen eines Vertrages Anwendung. Die Vertragserklärung eines jeden

Beteiligten muß gegenüber den anderen Beteiligten abgegeben werden; dabei ist es allerdings notwendig, daß das gleichzeitig geschieht (RG 163, 392). Die Vertragsschließenden müssen über alle Punkte einig sein, ohne deren Regelung auch nur einer von ihnen nicht gebunden sein will. Es genügt nicht, daß sie sich nur über die wesentlichen Punkte geeinigt haben. Dabei ist jedoch zu beachten, daß die Gesellschafter die Möglichkeit haben, ihre Gesellschaft im allseitigen Einverständnis auch dann schon in Vollzug zu setzen, wenn sie sich noch nicht über alle Punkte geeinigt haben, die in dem Gesellschaftsvertrag eine Regelung finden sollen. In diesem Fall liegt bereits ein wirksamer Gesellschaftsvertrag vor; die Auslegungsvorschrift des § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB gilt nur im Zweifel (BGH LM Nr. 13a zu § 105 HGB). Ferner können die Vertragsschließenden lediglich die Hauptpunkte besonders festlegen und im übrigen die gesetzliche Regelung, auch stillschweigend, als maßgebend vereinbaren (RG Recht 1914 Nr. 2309). Weiter können sie die Festlegung einzelner Bestimmungen einem der Vertragsschließenden oder auch einem Dritten überlassen (§§ 315/17, 319 BGB; RG 85, 291). Dagegen ist es entgegen RG JW 1935, 1783 nicht möglich, einem Schiedsgericht die Festlegung einzelner Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages zu übertragen (richtig insoweit Horriger in Anm. ebd.); in diesem Fall handelt es sich der Sache nach nicht um einen Schiedsspruch im Sinn der §§ 1039 ff. ZPO, sondern um ein Schiedsgutachten im Sinn der §§ 315 ff. BGB (vgl. über den sachlichen Unterschied von Schiedsspruch und Schiedsgutachten BGH 6, 335). Der Gesellschaftsvertrag kann auch **stillschweigend** abgeschlossen werden. Ein solcher stillschweigender Vertragsabschluß liegt regelmäßig darin, daß die Erben das Handelsgeschäft ihres Erblassers einverständlich gemeinsam fortführen (vgl. dazu Anm. 65 ff.). Des weiteren kann die gemeinsame Führung eines Geschäfts durch Ehegatten auf einem stillschweigenden Gesellschaftsvertrag beruhen (BGH 8, 249; 31, 200; LM Nr. 5 zu § 705 BGB); in diesem Fall wird es sich freilich meist um eine Innengesellschaft handeln, so daß damit das Vorliegen einer OHG ausgeschlossen ist (Anm. 19). Auch ist es denkbar, daß die Parteien, ehe sie zum Abschluß des von ihnen vorgesehenen (schriftlichen) Gesellschaftsvertrages gelangen, im allseitigen Einverständnis schon mit ihrer gemeinsamen Tätigkeit beginnen; dann liegt darin der stillschweigende Abschluß eines Gesellschaftsvertrages mit einer entsprechenden zeitlichen Befristung (RG 103, 73; Warn.Rspr. 1935 Nr. 95; BGH 11, 191/92). Für das Zustandekommen eines Gesellschaftsvertrages ist es nicht notwendig, daß sich die Parteien über die rechtliche Qualifizierung ihres Vertrages im Sinn des § 105 im Klaren sind (vgl. dazu Anm. 20a). Beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages obliegt den Beteiligten eine besondere Treupflicht und damit eine erhöhte Aufklärungspflicht (BGH Urt. v. 11. 11. 1953 — II ZR 199/52); für ein etwaiges Verschulden beim Vertragsabschluß haften sie nach Maßgabe des § 708 BGB (BGH Urt. v. 28. 10. 1953 — II ZR 18/53).

Der Gesellschaftsvertrag ist nur wirksam zustande gekommen, wenn sich alle Vertragsschließenden über alle Bestimmungen des Vertrages rechtswirksam gebunden haben. Ist auch nur einer nicht gebunden, etwa weil er nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war oder weil die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder einer anderen Stelle fehlt, so liegt ein Fall der sog. **subjektiven Teilnichtigkeit** vor. In diesem Fall findet § 139 BGB Anwendung (Erman Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage 1947 S. 34; Würdinger I S. 42, 45; Staudinger/Kessler § 705 Anm. 98; a. M. Hueck § 7 I 2; Schlegelberger/Gessler Anm. 49; Lehmann Gesellschaftsrecht 2. Aufl. S. 47; Schultze-v. Lasaulx bei Soergel § 705 Anm. 62). Denn sind die Erklärungen der Vertragsschließenden nach den Umständen so auszulegen, daß die anderen auch dann gebunden sein wollen, wenn einer von ihnen nicht gebunden ist, so besteht kein Anlaß, diesem Vertragswillen nicht ebenso Geltung zu verschaffen, wie wenn die Vertragsschließenden sich ausdrücklich für den Fall der Unwirksamkeit des Beitritts des einen von ihnen für gebunden erklärt haben. Eine solche Auslegung wird in der Regel angebracht sein, wenn der Gesellschaftsvertrag für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters die Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern vorsieht (vgl. dazu Hueck § 7 I 2). Daneben ist der Fall der **objektiven Teilnichtigkeit** denkbar. Er ist gegeben, wenn zwar eine wirksame Verpflichtungserklärung aller Vertragsschließenden vorliegt, jedoch eine oder einzelne Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages aus irgendeinem Grunde nichtig sind. In diesem Fall wird die Auslegungsregel

Anm. 48a

des § 139 BGB meist nicht zum Zuge kommen. Denn insoweit ist die Tatsache zu beachten, daß die Gesellschaftsverträge häufig die Klausel enthalten, daß die Nichtigkeit einzelner Vertragsbestimmungen die Gültigkeit des Vertrages im übrigen nicht berühren soll. Eine solche Klausel ist wirksam und für die Auslegung bindend. Aber auch wenn eine solche Klausel im Gesellschaftsvertrag nicht enthalten ist, wird es häufig angebracht sein, unter Berücksichtigung des Parteiwillens die Gültigkeit der übrigen Vertragsbestimmungen zu bejahen (BGH Betr. 1955, 750; Erman a. a. O. S. 29; Staudinger/Kessler § 705 Anm. 98; Sudhoff Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften 1959 S. 308; vgl. auch BGH BB 1962, 427).

Es ist in diesem Zusammenhang noch darauf hinzuweisen, daß die Anwendung des § 139 BGB zur Nichtigkeit des ganzen Gesellschaftsvertrages nur führen kann, wenn die Gesellschaft noch nicht in Vollzug gesetzt ist. Bei der in Vollzug gesetzten Gesellschaft scheitert die Annahme der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages nach § 139 BGB an den heute feststehenden Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft (vgl. dazu Anm. 68ff.). Bei ihr verdrängen diese Grundsätze im Fall der Teilnichtigkeit den nach § 139 BGB sonst maßgeblichen Parteiwillen (vgl. dazu auch Sandrock ZivA 159, 501ff.).

Anm. 48b Staatsgenehmigung ist zur Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft nicht erforderlich. Ist aber Gesellschaftszweck der Betrieb eines Gewerbes, das nicht ohne staatliche Erlaubnis betrieben werden darf (vgl. z. B. § 3 des Gesetzes über das Kreditwesen vom 25. 9. 1939, RGBl. I 1955), so ist vor dem Beginn des Gewerbebetriebes die Genehmigung hierzu einzuholen. Wird sie versagt, so ist die Erreichung des Gesellschaftszweckes unmöglich und die Gesellschaft nach § 133 aufzulösen oder nicht in Vollzug zu setzen. Der Gesellschaftsvertrag kann aber auch bestimmen — und dies kann sich aus den Umständen ergeben —, daß die Gesellschaft nur unter der aufschiebenden Bedingung der Erteilung der staatlichen Genehmigung entstehen soll.

Durch § 2 des Hypothekendarlehenbankgesetzes vom 13. 7. 1899 (RGBl. S. 375) ist offenen Handelsgesellschaften der Betrieb einer Hypothekendarlehenbank verboten. Offenen Handelsgesellschaften kann auch nicht die Erlaubnis zum Betrieb der Lebens-, Unfall-, Haftpflicht-, Feuer- und Hagelversicherung erteilt werden (vgl. das Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 6. 6. 1931 RGBl. I 315). Ist der Betrieb eines Handelsgewerbes, z. B. eines Einfuhrgeschäftes oder eines Devisenbankgeschäftes, von einer bestimmten Eigenschaft des Inhabers oder einer staatlichen Erlaubnis abhängig, so ist aus dem Zweck der Vorschrift zu ermitteln, ob die Eigenschaft bei allen Gesellschaftern erforderlich sein muß (vgl. RG 105, 288). Fehlt es danach an den gesetzlichen Voraussetzungen für den Betrieb des Gewerbes durch die Gesellschaft, so ist der Gesellschaftsvertrag unwirksam (BGH LM Nr. 8 zu § 105 HGB; vgl. auch Anm. 15).

Anm. 49 Eine OHG kann nur entstehen, wenn die Vertragschließenden eine Gesellschaft errichten wollen, die die in § 105 bezeichneten Begriffsmerkmale der OHG erfüllt (dazu Anm. 9ff.). Diese müssen daher **Inhalt des Gesellschaftsvertrages** sein. Im übrigen sind die Vertragschließenden bei der inhaltlichen Gestaltung ihrer gegenseitigen Rechtsbeziehungen grundsätzlich frei; es gilt für sie insoweit der Grundsatz der Vertragsfreiheit (vgl. dazu § 109 Anm. 2). Nicht unbedingt erforderlich sind ausdrückliche Vereinbarungen über die Art der Beitragsleistung und deren Höhe. Die etwa bestehenden Lücken des Vertrages können insoweit durch die dispositive gesetzliche Regelung ausgefüllt werden, z. B. durch die Bestimmung des § 706 BGB. Die Art der Beiträge kann sich aus dem Gesellschaftszweck ergeben (RG HRR 1928 Nr. 1409, in der Formulierung freilich etwas weitgehend; richtig auch in dieser Hinsicht RG Gruch 72, 57).

Anm. 50 **4. Die Bedingung oder Zeitbestimmung.**

Der Gesellschaftsvertrag kann unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter einer Zeitbestimmung, d. h. mit Wirkung auf einen in der Zukunft liegenden Zeitpunkt, abgeschlossen werden (RG JW 1936, 2065). Die Wirksamkeit einer auflösenden Bedingung unterliegt den gleichen Beschränkungen wie der Rücktritt vom Vertrage: Nachdem die Gesellschaft einmal nach außen in den Rechtsverkehr eingetreten ist, kann sie nicht mehr rückwirkend vernichtet werden. Es bleiben nur die Auflösung aus wichtigem Grunde oder die an deren Stelle gegebenen Rechtsbehelfe (Ausschließung,

Übernahmerecht), wenn deren besondere Voraussetzungen gegeben sind (vgl. Anm. 47g), oder die Ausübung eines im Gesellschaftsvertrag bedungenen Kündigungsrechts. Die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung kann unter Umständen in eine Vereinbarung der Auflösung der Gesellschaft bei Eintritt einer Bedingung umgedeutet werden (§ 140 BGB; vgl. die Erl. zu § 131). Es kann auch vereinbart werden, daß die offene Handelsgesellschaft mit Wirkung von einem vor dem Tage des Vertragsschlusses liegenden Zeitpunkt als bestehend gelten solle, z. B. bei Übernahme eines Handelsgeschäfts von einem der Gründer vom Ende des vorhergehenden Geschäftsjahres an. Jedoch kann dadurch nicht der Beginn der offenen Handelsgesellschaft selbst auf einen früheren Zeitpunkt verlegt werden, also mit der Folge, daß die Vertragschließenden schon von einem früheren Zeitpunkt an Gesellschafter sind. Insbesondere kann eine solche Wirkung nicht im Verhältnis nach außen erzielt werden. Die Vereinbarung hat nur die Bedeutung, daß das Unternehmen bereits von dem bestimmten früheren Zeitpunkt an auf Rechnung der Gesellschaft geführt sein soll.

5. Der Abschluß des Gesellschaftsvertrages durch Vertreter.

a) Abschluß durch Bevollmächtigte: Die Gesellschafter können sich beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages durch Bevollmächtigte vertreten lassen. Anm. 51

Die Prokura ermächtigt zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages, da eine Beteiligung an einem anderen Handelsunternehmen auch als persönlich haftender Gesellschafter zu den Rechtshandlungen gehört, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringen kann (§ 49). Jedoch ergibt sich aus § 49 Abs. 3 insoweit eine Einschränkung. Danach kann der Prokurist ohne besondere Vollmacht nicht einen Gesellschaftsvertrag abschließen, durch den sich der von ihm vertretene Kaufmann verpflichtet, ein Grundstück in die Gesellschaft einzubringen. Auch der Prokurist einer OHG kann namens seiner Gesellschaft einen Gesellschaftsvertrag zur Errichtung einer weiteren OHG abschließen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Gesellschaftsvertrag seiner Gesellschaft eine Beteiligung an anderen Unternehmen vorsieht. Da die Prokura nicht zu Rechtshandlungen befugt, die auf die Stilllegung des Betriebes abzielen (vgl. § 49 Anm. 3), ist der Prokurist nicht berechtigt, einen Gesellschaftsvertrag abzuschließen, nach dem seine Gesellschaft ihr Unternehmen in eine andere Gesellschaft einzubringen hat.

Ob die Handlungsvollmacht zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages berechtigt, hängt davon ab, ob der Betrieb eines Handelsgeschäfts von der Art des Geschäfts, in dem der Handlungsbevollmächtigte angestellt ist, die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt (§ 54). In der Regel wird das nicht der Fall sein.

Bei der Anmeldung zum Handelsregister können Prokurist und Handlungsbevollmächtigter ihren Prinzipal nur auf Grund einer besonderen Vollmacht vertreten (§ 49 Anm. 3; § 108 Anm. 5).

b) Abschluß durch gesetzliche Vertreter: Die Vertretungsmacht der vertretungsberechtigten Gesellschafter einer Personalhandelsgesellschaft umfaßt auch die Befugnis zum Abschluß eines Vertrages über den Beitritt der Gesellschaft zu einer anderen Personengesellschaft. Anm. 52

Für eine juristische Person müssen die nach Gesetz und Satzung zur Vertretung berufenen Organe den Vertrag abschließen. Bei einer Kapitalgesellschaft sind der Vorstand oder der Geschäftsführer zum Abschluß von Verträgen über die Beteiligung an einer anderen Gesellschaft befugt (§ 78 AktG; § 35 GmbHG). Die gesetzliche Vertretungsbefugnis des Vorstands einer AG ist aber gemäß §§ 293/94 AktG beschränkt, wenn es sich um die Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens auf einen Dritten handelt. Zum Abschluß eines solchen Vertrages, auch wenn er im Zusammenhang mit dem Beitritt zu einer Personengesellschaft geschlossen wird, bedarf der Vorstand der Zustimmung der Hauptversammlung mit der in den genannten Bestimmungen vorgeschriebenen erhöhten Mehrheit. Anm. 53

Über den Abschluß des Gesellschaftsvertrages durch die gesetzlichen Vertreter geschäftsunfähiger oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Personen vgl. Anm. 24. Anm. 54

6. Die Form des Gesellschaftsvertrages.

a) Allgemeines: Die Einhaltung einer bestimmten Form ist für den Abschluß des Gesellschaftsvertrages nicht erforderlich (RG 151, 327; 163, 392). Die Vertragschließenden Anm. 55

können sich daher auch mündlich, ja selbst stillschweigend einigen (vgl. Anm. 48). Entgegen einer vielfach vertretenen Meinung (vgl. etwa Hueck § 6 III 1) erscheint diese Regelung im Ergebnis auch sachgerecht. Denn die Bestimmung einer gesetzlichen Form für den Gesellschaftsvertrag mit der Sanktion des § 125 BGB würde in der Praxis sicherlich zu manchen Unzuträglichkeiten führen, weil diese Form, namentlich bei einer Abänderung des Gesellschaftsvertrages, vielfach nicht eingehalten werden würde. Die Nichtigkeitsfolge des § 125 BGB müßte man dann mit dem Rechtsinstitut der fehlerhaften Gesellschaft (dazu Anm. 68ff.) begegnen; damit würde aber der Zweck einer solchen Formvorschrift im praktischen Ergebnis doch wieder beiseite geschoben werden.

Andererseits ist jedoch die schriftliche Niederlegung des Vertrages wegen der großen Bedeutung des Vertragsgegenstandes, der damit verbundenen, weittragenden, oft lange dauernden persönlichen Bindung im Innenverhältnis und wegen der vermögensrechtlichen Haftung nach außen dringend zu empfehlen. Neben dem Namen der Vertragschließenden enthält der schriftliche Vertrag zweckmäßig genaue Angaben über die Art des zu betreibenden Unternehmens, den Sitz der Gesellschaft, die Leistungen der Gesellschafter, die Dauer der Gesellschaft, die Kündigungsfrist, die Folgen der Arbeitsunfähigkeit eines Gesellschafters, das Recht der übrigen Gesellschafter zur Fortsetzung der Gesellschaft oder zur Übernahme des Geschäfts bei Eintritt eines Auflösungsgrundes in der Person eines Gesellschafters, über die Ermittlung und Zahlung des Abfindungsguthabens eines ausscheidenden Gesellschafters. Auch das Recht zur Geschäftsführung (Geschäftsführervergütung) und das Entnahmerecht werden zweckmäßiger Weise ausdrücklich geregelt. Dagegen ist die Aufnahme einer Klausel, wonach Änderungen des Gesellschaftsvertrages einer bestimmten Form bedürfen, nicht zu empfehlen; eine solche Klausel führt häufig zu Unzuträglichkeiten, weil sie erfahrungsgemäß vielfach nicht beachtet wird (vgl. dazu Rob. Fischer DRiZ 1959, 395; ferner Anm. 60).

Anm. 56

b) **Die Fälle der gesetzlichen Formbedürftigkeit:** Die Beobachtung einer bestimmten Form ist nötig, wenn der Gesellschaftsvertrag Vereinbarungen enthält, deren Wirksamkeit auch außerhalb eines Gesellschaftsvertrages nach besonderen gesetzlichen Vorschriften von der Beobachtung einer Formvorschrift, z. B. von der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, abhängt. Eine besondere Bedeutung hat in diesem Zusammenhang die Formvorschrift des § 313 BGB. Diese Formvorschrift ist einzuhalten, wenn nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages von einem Gesellschafter ein Grundstück in die Gesellschaft derart einzubringen ist, daß es Gesamthandseigentum werden soll (RG 68, 260; LZ 1916, 1173). Das gleiche gilt, wenn sich ein Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag zur Übereignung eines Grundstücks an einen Dritten im Interesse der Gesellschaft verpflichtet (RG JW 1905, 73). Dagegen ist die Einhaltung der Form nicht erforderlich, wenn der Gesellschafter sich verpflichtet, ein ihm gehöriges Grundstück nur zur Benutzung oder „dem Wert nach“ (quoad sortem), also rein rechnerisch einzubringen (RG 109, 380; JW 1927, 1688; BGH WM 1965, 745). Denn durch einen solchen Vertrag wird die dingliche Stellung des Grundstückseigentümers nach außen nicht berührt. Eine derartige Regelung hat zur Folge, daß alle Gesellschafter an den Erträgen des Grundstücks und an den Wertsteigerungen, etwa durch Ausbau des Grundstücks, teilnehmen. Bei der Auflösung der Gesellschaft kann das Grundstück nicht gemäß § 149 veräußert werden (RG 166, 160; BGH BB 1955, 203; vgl. auch Erl. zu § 149). Durch Vertragsauslegung ist im Einzelfall zu ermitteln, ob das Grundstück in das Gesamthandseigentum überführt oder ob es der Gesellschaft nur zur Benutzung oder dem Wert nach überlassen werden soll. Eine Vermutung für den einen oder den anderen Vertragswillen besteht nicht (RG JW 1905, 719; HRR 1935 Nr. 1585). Ferner bedarf der Gesellschaftsvertrag nicht der Form des § 313 BGB, wenn der Zweck der Gesellschaft darauf gerichtet ist, Grundstücke für gemeinsame Rechnung zu erwerben und zu veräußern; hier ist die Verpflichtung zur späteren Veräußerung der erst noch zu erwerbenden Grundstücke die gesetzliche Folge des dem Gesellschaftsvertrages entsprechenden Eigentumserwerbs (RG LZ 1916, 1173). Das gleiche gilt, wenn sich ein Gesellschafter verpflichtet, die von ihm bereits auf seinem Namen, aber für Rechnung der Gesellschaft gekauften Grundstücke auf diese zu übertragen- in diesem Fall ist die Übertragungspflicht nur das notwendige Ergebnis der für die Gesellschaft ausgeführten

Geschäftsbesorgung gemäß §§ 713, 667 BGB (RG 82, 302; 108, 60; 109, 380; JW 1927, 2117; 1928, 1813; 1935, 3529). Ein Gesellschaftsvertrag, wonach der eine Gesellschafter ein Grundstück im Zwangsversteigerungsverfahren für Rechnung der Gesellschaft erwerben soll, ist ebenfalls formlos gültig und begründet für diesen Gesellschafter nach dem Erwerb des Grundstücks die Verpflichtung, dieses auf die Gesellschaft zu übertragen (RG 97, 329; JW 1927, 1409). Für alle diese Fälle gilt der Satz, daß Verträge nicht unter die Formvorschrift des § 313 BGB fallen, wenn sie eine Verpflichtung zur Grundstücksübertragung lediglich zur Folge, nicht aber zum Inhalt haben. — Wird im Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft oder einem Mitgesellschafter ein Ankaufsrecht eingeräumt, so ist der Vertrag formbedürftig (RG 72, 335; 110, 332; 125, 261; a. M. OLG Braunschweig JW 1929, 1997).

Formbedürftig ist der Gesellschaftsvertrag ferner, wenn in ihm die Verpflichtung zur Übertragung des Geschäftsanteils an einer GmbH übernommen wird (§ 15 GmbHG). Die Formvorschrift des § 311 BGB findet Anwendung, wenn sich ein Gesellschafter zur Übertragung seines gegenwärtigen Vermögens oder eines Teils desselben oder zur Bestellung des Nießbrauchs daran verpflichtet; dieser Fall wird im allgemeinen nur vorkommen, wenn sich eine Kapitalgesellschaft an einer OHG beteiligt.

Die Schriftform des § 566 BGB findet keine Anwendung, wenn eine Gesellschafter sich verpflichtet, ein ihm gehöriges Grundstück der Gesellschaft zur Benutzung zu überlassen; denn es handelt sich dabei nicht um ein Mietverhältnis. Übernimmt ein Gesellschafter in dem Gesellschaftsvertrag eine Bürgschaft zugunsten der Gesellschaft (Anm. 46), so kommt die Formvorschrift des § 766 BGB nicht zur Anwendung, weil bereits der Abschluß des Gesellschaftsvertrages ein Handelsgeschäft ist (Anm. 60a) und deshalb die Sondervorschrift des § 350 gilt. Im allgemeinen stellt die Aufnahme eines Gesellschafters in eine bestehende OHG selbst dann keine Schenkung dar, wenn dieser eine besondere Einlage nicht zu erbringen hat und die Aufnahme in die Gesellschaft für ihn wirtschaftlich vorteilhaft ist; die Formvorschrift des § 518 BGB braucht daher nicht eingehalten zu werden (BGH LM Nr. 3 zu § 516 BGB). Im übrigen ist in einem Fall dieser Art zu beachten, daß die Aufnahme des Gesellschafters bereits den Vollzug der Schenkung darstellt, so daß dann jedenfalls ein etwaiger Mangel der Form nach § 518 Abs. 2 BGB geheilt ist. Die Rechtslage ist in dieser Hinsicht anders als bei der Innengesellschaft (vgl. dazu BGB RGRK § 705 Anm. 4; Rob. Fischer JR 1962, 201 m. w. N.).

c) **Die gewillkürte Form:** Soweit das Gesetz die Einhaltung einer Form nicht vorschreibt, können die Vertragsschließenden durch Vereinbarung eine solche Form, insbesondere die privatschriftliche Form oder die gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorsehen und das Zustandekommen des Gesellschaftsvertrages von der Einhaltung dieser Form abhängig machen. Die Vereinbarung der Form kann aber auch nur zum Zweck des Beweises erfolgen. Nach § 125 Abs. 2 BGB ist im Zweifel anzunehmen, daß der Mangel der gewillkürten Form Nichtigkeit zur Folge haben soll. Die Vertragsauslegung kann aber auch einen anderen Parteiwillen ergeben (RG 98, 235; BGB RGRK § 125 Anm. 32).

Anm. 57

Haben die Vertragsschließenden für den Gesellschaftsvertrag Schriftform vorgesehen und haben sie schon vor der schriftlichen Niederlegung des Vertrages im allseitigen Einverständnis mit ihrer gemeinsamen Tätigkeit begonnen, so liegt darin der stillschweigende Abschluß eines Gesellschaftsvertrages mit einer entsprechenden zeitlichen Befristung (RG 103, 73; Warn.Rspr. 1935 Nr. 95; BGH 11, 191/92; vgl. auch Anm. 48).

d) **Die Heilung eines Formmangels:** Die Verletzung einer gesetzlichen Formvorschrift hat stets, die Nichteinhaltung einer gewillkürten Form hat im Zweifel die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages zur Folge (dazu Anm. 59). Ausnahmsweise kann jedoch ein Formmangel auf Grund einer besonderen gesetzlichen Vorschrift geheilt werden, nämlich durch formgerechte Erfüllung der formlos übernommenen Verpflichtung (vgl. § 313 BGB; § 15 GmbHG). Die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister hat hingegen die Heilung des Formmangels nicht zur Folge.

Anm. 58

e) **Die Nichtigkeit als Wirkung des Formmangels:** Nach § 125 BGB hat die Nichteinhaltung einer gesetzlichen Formvorschrift die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages zur Folge. Diese Nichtigkeitsfolge ist vom Richter von Amts wegen zu beachten, auch

Anm. 58a

noch in der Revisionsinstanz (RG 82, 160). Ein Verzicht auf die Geltendmachung der Nichtigkeit ist wirkungslos (RG 61, 267). Auf die Nichtigkeit kann sich auch jeder Dritte berufen, der ein Interesse daran hat (RG JW 1909, 696; Gruch 54, 165). Da die Form, auch wenn sie nur für einen Teil des Gesellschaftsvertrages einzuhalten ist, den ganzen Vertrag decken muß, so hat grundsätzlich die Nichteinhaltung der Form die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge (RG 51, 181; 52, 1; 64, 35; 91, 219). Ist jedoch anzunehmen, daß die Beteiligten den Vertrag auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen haben würden, so ist der nicht formbedürftige Teil des Gesellschaftsvertrages gültig (§ 139 BGB; vgl. dazu Anm. 48a).

Nach den Umständen des Einzelfalles kann die Geltendmachung der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages wegen Formmangels gegen Treu und Glauben verstoßen und eine unzulässige Rechtsausübung darstellen (vgl. dazu im einzelnen Soergel/Siebert § 242 Anm. 211 ff.; BGB RGRK § 125 Anm. 8).

Für die Geltendmachung der Nichtigkeit — und zwar sowohl im Verhältnis der Gesellschafter untereinander wie im Verhältnis zu Dritten — gilt etwas besonderes, wenn die Gesellschaft bereits in Vollzug gesetzt ist (dazu im einzelnen Anm. 68 ff.).

Anm. 59

7. Die Auslegung des Gesellschaftsvertrags.

In dieser Hinsicht gelten zunächst die allgemeinen Vorschriften über die Auslegung von Verträgen (§ 157 BGB). Danach ist bei der Auslegung des Vertrags das Gesamtverhalten der Vertragschließenden einschließlich aller bei Vertragschluß vorliegenden Umstände heranzuziehen und im Zusammenhang zu würdigen (BGH LM Nr. 3 zu § 133 [B] BGB). Eine Rangordnung, nach der die jeweils in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles zu werten sind, besteht nicht (BGH LM Nr. 6 zu § 157 [C] BGB). Ist der Sinngehalt einer Bestimmung nach ihrem Wortlaut eindeutig, so bedarf es keiner weiteren Auslegung mehr. Das ist jedoch anders, wenn die Vertragschließenden mit dem gewählten Ausdruck eine übereinstimmende Vorstellung verbunden haben, die von dem Wortlaut nicht ohne weiteres oder überhaupt nicht gedeckt ist. In diesem Falle gilt unbeschadet des gewählten Wortlauts das wirklich Gewollte als Inhalt des Vertrages (BGH 20, 110; WM 1959, 969); das wirklich Gewollte ist also dann zu ermitteln. Die Auslegung des Vertrages ist unabhängig von den Vorschriften über die Behauptungs- und Beweislast vorzunehmen; dagegen ist die Feststellung der für die Auslegung maßgeblichen Umstände nur unter Berücksichtigung der für die Behauptungs- und Beweislast maßgeblichen Grundsätze möglich (BGH 20, 109). Auch eine ergänzende Vertragsauslegung kann bei einem Gesellschaftsvertrag in Betracht kommen. Hierbei sind dann die in BGHZ 9, 277 f.; 16, 76; 23, 285 f. dargelegten Rechtsgrundsätze zu beachten (vgl. dazu aber auch Soergel/Siebert § 157 Anm. 181 f.). Nach BGH LM Nr. 5 zu § 133 (A) BGB ist für eine solche ergänzende Vertragsauslegung kein Raum, sofern die Vertragslücken durch gesetzliche (dispositive) Vorschriften geregelt werden. Diese Auffassung erscheint bedenklich. Sie führt gerade bei den Personalhandelsgesellschaften zu sachwidrigen Ergebnissen, weil hier die dispositiven Vorschriften z. T. überholt sind und der Rechtswirklichkeit nicht mehr entsprechen (vgl. dazu oben Anm. 2; ferner BGH LM Nr. 2 zu § 138 HGB). Aber abgesehen davon sollte der ergänzenden Vertragsauslegung ganz allgemein der Vorrang gegenüber den dispositiven gesetzlichen Vorschriften eingeräumt werden (ebenso Soergel/Siebert § 157 Anm. 8 f.; Hefermehl bei Erman § 157 Anm. 6; Larenz NJW 63, 737; a. M. Henckels Ziv. A. 159, 122).

Ist für den Gesellschaftsvertrag eine bestimmte Form (Schriftform, notarielle Beurkundung) einzuhalten, so ist zunächst allgemein der Grundsatz zu beachten, daß die schriftliche Urkunde die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich hat (RG 52, 26; 68, 15; 85, 326). Das schließt aber nicht aus, daß auch der schriftliche Gesellschaftsvertrag in seinen einzelnen Bestimmungen der Auslegung zugänglich ist, nämlich dann, wenn diese nicht völlig klar und eindeutig sind. Hierbei können auch Umstände herangezogen werden, die außerhalb der Urkunde liegen, namentlich die mündlichen Besprechungen vor und bei Abschluß des Vertrages sowie Erläuterungen, die der beurkundende Notar gegeben hat (vgl. RG 59, 219; 109, 336; 154, 41). Da der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft nicht wie die Satzung einer Kapitalgesellschaft wesentlich auch für die Öffentlichkeit und die künftigen Mitglieder bestimmt ist, gilt hier nicht die für diese Gesellschaften bestehende Beschränkung, daß der Gesell-

schaftsvertrag nur so auszulegen ist, wie ihn die Allgemeinheit nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verstehen darf und wie der Vertragswille in der Urkunde selbst zum Ausdruck gekommen ist (vgl. dazu RG 70, 331; 101, 247; 137, 309; 159, 278; 164, 140; 165, 73; JW 1939, 354). Da die Bedeutung des Vertrags für die Allgemeinheit nicht besteht, unterliegt der Gesellschaftsvertrag auch nicht wie bei den Kapitalgesellschaften (dazu RG 164, 140; 165, 75; 170, 366; BGH 9, 281; 14, 36; 15, 328) der freien Auslegung durch das Revisionsgericht (BGH WM 1961, 304). Dieses ist vielmehr an die Auslegung durch den Tatrichter gebunden und zur Nachprüfung nur berufen, soweit es sich um die Einhaltung der allgemeinen Regeln über die Auslegung von Willenserklärungen handelt. Dabei ist freilich bei üblichen Vertragsklauseln (Fortsetzungsklausel, Abfindungsregelung usw.) die Lebenserfahrung auf dem Gebiet der gesellschaftsrechtlichen Vertragspraxis zu beachten, deren Verletzung einen verfahrensrechtlichen Revisionsangriff rechtfertigen kann (BGH Urt. v. 14. 4. 1966 — II ZR 192/64). Auf diese Weise ist das Revisionsgericht in der Lage, die Rechtssicherheit und Rechtseinheit bei der Auslegung solcher Bestimmungen zu gewährleisten, die bereits in der gesellschaftsrechtlichen Vertragspraxis allgemein üblich geworden sind (vgl. dazu Rob. Fischer bei LM Nr. 3 zu § 138 HGB).

8. Die Abänderung des Gesellschaftsvertrages.

Anm. 60

Zur Abänderung des Gesellschaftsvertrages ist Einstimmigkeit erforderlich, es sei denn, daß ein anderes im Vertrag bestimmt ist. Das gilt auch dann, wenn durch die Abänderung ein einzelner Gesellschafter nicht unmittelbar betroffen wird, die Änderung vielmehr nur für die Beziehung der übrigen Gesellschafter von Bedeutung ist; denn an der Regelung der Rechte und Pflichten der verschiedenen Gesellschafter sind sämtliche Gesellschafter als Vertragsschließende beteiligt. Es kann aber im Gesellschaftsvertrag auch vorgesehen sein, daß Änderungen durch Mehrheitsbeschluß herbeigeführt werden (dazu im einzelnen § 119 Anm. 7 ff.). Ferner kann sich ein Gesellschafter bestimmten Änderungen des Gesellschaftsvertrages — in diesem Falle müßten die Grenzen der Abänderung näher bezeichnet sein — schon im Voraus unterwerfen, z. B. in der Form, daß der andere Gesellschafter das Recht zur Aufnahme seines Sohnes in der Gesellschaft erhält. Schließlich kann sich in Ausnahmefällen auch aus der gesellschaftlichen Treuepflicht die Verpflichtung ergeben, einer notwendig gewordenen Abänderung des Gesellschaftsvertrages zuzustimmen (dazu Anm. 31 c).

Wie der Abschluß des Gesellschaftsvertrages unterliegt auch die Abänderung des Gesellschaftsvertrages grundsätzlich keinem Formzwang. Etwas anderes gilt, wenn durch die Abänderung eine Verpflichtung begründet wird, für die nach sonstigen Vorschriften die Einhaltung einer Form verlangt wird. Wird eine formbedürftige, noch nicht vollzogene Verabredung (z. B. über die Einbringung eines Grundstücks) aufgehoben und nicht durch eine andere, ebenfalls formbedürftige Verpflichtung ersetzt, so besteht kein Formzwang (vgl. BGB RGRK § 313 Anm. 19). Eine bestimmte Form (z. B. Schriftform) kann für jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages auch durch den Vertrag selbst vorgeschrieben werden. Das ist freilich nicht sehr praktisch (a. M. Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften S. 307), weil die Gesellschafter erfahrungsgemäß eine solche Vorschrift nicht beachten und ihren Vertrag häufig durch eine entsprechende Übung abändern. In diesen Fällen bildet die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages über die Formbedürftigkeit von Abänderungen Anlaß zu Unzuträglichkeiten, die besser vermieden werden sollten. Denn in einem solchen Fall erhebt sich dann immer die Frage, ob die Gesellschafter die mündlich vorgenommene Abänderung des Gesellschaftsvertrages unbeschadet der im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Formvorschrift gewollt haben (vgl. dazu RG 95, 175; BGH NJW 1962, 1908; Soergel/Hefermehl § 125 Anm. 15). Die Vereinbarung über die Einhaltung einer Form beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages erstreckt sich im Zweifel nicht auf spätere Abänderungen (abw. die Voraufll.).

Der Einhaltung der vertraglich vorgeschriebenen Form bedarf es nicht für einzelne vertragliche Vereinbarungen, die zwar mit dem Gesellschaftsvertrag nicht in Einklang stehen, diesen aber im übrigen, namentlich für die Folgezeit unberührt lassen, z. B. die Vereinbarung, daß eine Gutschrift ausnahmsweise statt auf Privatkonto auf Kapitalkonto (oder umgekehrt) gebucht, oder daß die vereinbarte Verzinsung der Einlagen-

oder der Kapitalkonten oder die Gutschrift der Vordividende in einem Jahr nicht vorgenommen werden soll; das gilt auch für die Anerkennung der Bilanzen, obwohl § 41 Abs. 1 die Unterzeichnung der Bilanz durch alle Gesellschafter vorschreibt (RG v. 16. 9. 1943 — II 26/43; vgl. auch RG 112, 25).

Wie der Abschluß des Gesellschaftsvertrages kann auch die Änderung des Vertrages **stillschweigend** vorgenommen werden. Ob eine solche stillschweigende Änderung anzunehmen ist, wenn die Gesellschafter während einer längeren Zeit in einem bestimmten Punkt den Gesellschaftsvertrag abweichend handhaben, ist Tatfrage. In einem solchen Fall kann eine dahingehende Übung auch die Bedeutung haben, daß sie nur vorübergehender Art sein soll, also jederzeit von jedem einzelnen Gesellschafter für die Zukunft widerrufen werden kann, mit der Folge, daß nunmehr wieder die gesellschaftsvertragliche Regelung in Kraft tritt. Ist eine solche vom Gesellschaftsvertrag abweichende Übung eine besonders lange Zeit gehandhabt worden, dann spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, daß mit dieser Übung der Gesellschaftsvertrag stillschweigend geändert worden ist. In diesem Fall trifft also dann denjenigen Gesellschafter, der für die Zukunft wieder die ursprüngliche gesellschaftsvertragliche Bestimmung angewendet wissen will, die Beweislast dafür, daß die Gesellschafter mit ihrer abweichenden Übung nur vorübergehend und jederzeit widerruflich von der Einhaltung dieser Bestimmung abgesehen haben (BGH LM Nr. 22 zu § 105 HGB).

Die Abänderung des Gesellschaftsvertrages durch einstimmigen Gesellschafterbeschluß stellt ebenso wie der Abschluß des Gesellschaftsvertrages ein Rechtsgeschäft dar, auf das die Vorschrift des § 181 BGB Anwendung findet (BGH LM Nr. 8 zu § 138 HGB; Hueck § 6 IV; Schlegelberger/Gessler § 105 Anm. 54). Es kann daher an einem solchen Beschluß ein Gesellschafter nicht im eigenen Namen und zugleich — als Bevollmächtigter — im Namen eines anderen Gesellschafters mitwirken, es sei denn, daß er von der Einhaltung der Vorschrift des § 181 BGB ausdrücklich freigestellt ist. Da der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen von dieser Vorschrift nicht befreit werden kann, ist ihm die Mitwirkung an einem solchen Gesellschafterbeschluß im eigenen Namen und zugleich im Namen seines Mündels nicht gestattet (über einen besonderen Ausnahmefall vgl. BGH a. a. O.). In diesem Fall muß für den Minderjährigen ein Pfleger, für mehrere Minderjährige je ein Pfleger bestellt werden.

Im Unterschied zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages bedarf die Abänderung eines bestehenden Gesellschaftsvertrages nur in besonderen Fällen der **vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung**, wenn an der Gesellschaft ein Minderjähriger beteiligt ist, nämlich nur dann, wenn die Abänderung den Eintritt eines Minderjährigen in eine bestehende Gesellschaft oder sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zum Gegenstand hat (BGH 38, 26; Hueck § 6 IV; Baumbach/Duden § 105 Anm. 1 B; BGB RGRK § 1822 Anm. 18; a. M. Schlegelberger/Gessler § 105 Anm. 54; Soergel/Germer § 1822 Anm. 31; Knopp BB 1962, 939, die grundsätzlich für jede Änderung des Gesellschaftsvertrages die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung verlangen). Die Gegenmeinung beachtet nicht, daß der Wortlaut des § 1822 Nr. 3 BGB für ihre Ansicht überhaupt nichts hergibt, und daß es mit Rücksicht auf die Rechtsklarheit und Rechtssicherheit überaus bedenklich erscheint, diese Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus ausdehnend anzuwenden (vgl. dazu BGH 17, 163; LM Nr. 8 zu § 138 HGB). Hinzu kommt, daß bei der Gegenmeinung Gesellschaften mit minderjährigen Gesellschaftern in ihrer geschäftlichen Betätigung außerordentlich stark gebunden werden; die Gegenmeinung führt zu einem Rechtszustand, bei dem die Gesellschafter wichtige geschäftliche Entscheidungen nur mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts treffen können, ein Rechtszustand, den die Vorschrift des § 1822 BGB nicht einmal bei der Führung eines Einzelhandelsgeschäfts durch einen Minderjährigen herbeizuführen für richtig hält.

Anm. 60a

9. Der Gesellschaftsvertrag als Handelsgeschäft.

Im Schrifttum wird meist die Ansicht vertreten, daß der Abschluß des Gesellschaftsvertrages im allgemeinen nicht als Handelsgeschäft im Sinn des § 343 angesehen werden werden könne, da die Gesellschafter beim Abschluß des Vertrages noch nicht Kaufleute seien. Der Abschluß des Gesellschaftsvertrages sei dem Entschluß einer Einzelperson, ein Handelsgewerbe zu betreiben, gleichzustellen; er sei daher ein sog. Vorbereitungsgeschäft, weil die Gesellschaft beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages noch nicht mit

ihrem Gewerbebetrieb begonnen habe (Ehrenberg Hdb. II 1 S. 144 Anm. 8; Düringer/Hachenburg Anm. 13; Schlegelberger/Hefermehl § 343 Anm. 17; Gadow [1. Aufl.] § 343 Anm. 19; auch Vorauf. Anm. 82; zweifelnd v. Godin [2. Aufl.] § 343 Anm. 19). Dieser Meinung sind Ritter (§ 343 Anm. 6b) und Hueck (§ 3 Fußnote 9) mit Entschiedenheit entgegengetreten. Beide heben hervor, daß der Abschluß des Gesellschaftsvertrages schon deshalb nicht mit dem Entschluß einer Einzelperson, ein Handelsgewerbe zu betreiben, gleichzustellen sei, weil ein solcher Entschluß kein Rechtsgeschäft sei und schon deshalb kein Handelsgeschäft sein könne. Im übrigen erhebt Hueck gegen die herrschende Ansicht den Vorwurf, sie sei formalistisch und werde der Bedeutung nicht gerecht, die der Errichtung einer OHG im Handelsleben ganz allgemein zukomme.

Die Entscheidung dieser Streitfrage hängt wesentlich davon ab, in welchem Umfang den einzelnen Gesellschaftern Kaufmannseigenschaft zukommt (vgl. dazu bereits Anm. 19a). Schränkt man diese Eigenschaft mit Zöllner (Betr. 1964, 795 ff.) so ein, daß sie nur die Tätigkeit des einzelnen Gesellschafters als Geschäftsführer der Gesellschaft erfaßt, so ist die Folgerung unausweichlich, daß der Abschluß des Gesellschaftsvertrages kein Handelsgeschäft ist. Denn der Abschluß des Gesellschaftsvertrages gehört ebenso wie jede Änderung des Gesellschaftsvertrages nicht zu den Maßnahmen der Geschäftsführung (§ 114 Anm. 2b); dem Gesellschafter würde also in diesem Fall beim Abschluß (Änderung) des Gesellschaftsvertrages die Kaufmannseigenschaft fehlen, so daß der Abschluß (Änderung) des Gesellschaftsvertrages schon deshalb niemals ein Handelsgeschäft sein kann. Aber gerade diese Voraussetzung in den Ausführungen Zöllners erscheint unrichtig. Sie steht nicht nur mit der herrschenden Meinung in Widerspruch, sondern verkennt auch das Wesen der OHG als Personengesellschaft; sie führt praktisch in diesem Punkt zu einer Gleichstellung der OHG mit den Kapitalgesellschaften und damit im Ergebnis zu einer Verneinung der Kaufmannseigenschaft des einzelnen Gesellschafters. Sie übersieht, daß die Träger des Handelsgewerbes die einzelnen Gesellschafter sind, daß sie also selbst das Handelsgewerbe betreiben.

Folgt man aber der herrschenden Meinung über den Umfang der Kaufmannseigenschaft der einzelnen Gesellschafter, dann muß man der Ansicht von Ritter und Hueck beipflichten und den Abschluß des Gesellschaftsvertrages als Handelsgeschäft ansehen. Denn wenn jede Änderung des Gesellschaftsvertrages ein Handelsgeschäft ist, weil die Gesellschafter dieses Rechtsgeschäft in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter abschließen, dann muß man dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages denselben Charakter zuerkennen. Es stellt sich der Sache nach als ein typisches Vorbereitungsgeschäft dar, weil es eine notwendige Voraussetzung für die Aufnahme des gemeinsamen Geschäftsbetriebs ist. Der Umstand, daß er im Unterschied zu den sonstigen Vorbereitungsgeschäften keine Rechtsbeziehungen zu Dritten, sondern nur interne Beziehungen zwischen den Gesellschaftern als den künftigen Trägern des gemeinsamen Unternehmens begründet, kann dem entgegen der Ansicht von Zöllner nicht entgegenstehen. Auch ist es in dieser Hinsicht ohne Belang, daß die Gesellschafter beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages noch nicht Kaufleute sind, sondern es erst zu einem etwas späteren Zeitpunkt werden (vgl. dazu Anm. 19a). Denn das ist in aller Regel beim Abschluß von Vorbereitungsgeschäften der Fall, namentlich bei den Kaufleuten, deren Gewerbe gemäß § 2 erst durch Eintragung in das Handelsregister zum Handelsgewerbe wird. Entscheidend für die hier vertretene und namentlich von Hueck begründete Ansicht ist es, daß man hier einen Unterschied zwischen dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages und einer Änderung des Gesellschaftsvertrages nicht machen kann; es kann insoweit auf die überzeugenden Ausführungen von Hueck verwiesen werden.

10. Der Vorvertrag.

Vom Gesellschaftsvertrag ist der Vorvertrag zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zu unterscheiden. Er muß, um eine Verpflichtung zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages begründen zu können, wie jeder Vorvertrag so bestimmte Vereinbarungen enthalten, daß er den wesentlichen Inhalt des Gesellschaftsvertrages aufweist, oder daß das Fehlende im Streitfall, z. B. durch ergänzende Vertragsauslegung, durch das Gericht festgestellt werden kann (RG 66, 124; 156, 138; LZ 1908, 866; JW 1938, 2740; BGH LM Nr. 3 zu § 705 BGB). Es ist also keineswegs notwendig, daß der Vorvertrag schon die gleiche Vollständigkeit aufweist, die für den späteren Gesellschaftsvertrag

Anm. 61

vorgesehen ist. Es genügt, wenn der Vorvertrag und die gesamten Umstände des Einzelfalls einen hinreichenden Anhaltspunkt dafür bieten, um etwa noch fehlende Bestimmungen unter Berücksichtigung des vermutlichen Parteiwillen nach § 287 ZPO zu ergänzen (RG JW 1938, 2740; BGH a. a. O.). Die Ausfüllung von Lücken, namentlich für weniger wichtiger Einzelheiten, kann auch stillschweigend einem Vertragsteil oder einem Mehrheitsbeschluß überlassen werden (RG 156, 138; JW 1921, 1239). Über die Gesellschaftsform muß Einmütigkeit unter den Vertragsschließenden bestehen (RG Gruch 72, 57; vgl. auch RG JW 1917, 291, wo das Reichsgericht einen Vorvertrag wegen nicht ausreichender Bestimmtheit für unverbindlich erklärt hat). Der Vorvertrag ist ebenfalls formbedürftig, wenn die Einhaltung einer Form für den Gesellschaftsvertrag notwendig ist (dazu Anm. 55 ff.). Eine Befugnis zur Kündigung des Vorvertrages aus wichtigem Grund wird man bejahen müssen (BGH Betr. 1958, 955), eine sonstige Kündigungsbefugnis aber nicht (vgl. dazu auch RG LZ 1916, 740).

Aus einem wirksamen Vorvertrag kann auf Abschluß des Gesellschaftsvertrages geklagt werden. Die zum Abschluß des endgültigen Vertrages erforderliche Willenserklärung ist mit Rechtskraft des stattgebenden Urteil abgegeben (§ 894 ZPO).

Um keinen Vorvertrag, sondern um einen richtigen Gesellschaftsvertrag handelt es sich, wenn die Parteien im gegenseitigen Einvernehmen mit ihrer gemeinsamen Tätigkeit beginnen, ehe sie den von ihnen vorgesehenen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben (dazu Anm. 48). Der in diesen Fällen vielfach gebrauchte Ausdruck „vorläufiges Gesellschaftsverhältnis“ kann irreführend sein.

VII. Die Entstehung der offenen Handelsgesellschaft

Anm. 62 1. Der Zeitpunkt des Entstehens.

In dieser Hinsicht ist zu unterscheiden zwischen dem Innenverhältnis, dem Verhältnis unter den Gesellschaftern, und dem Außenverhältnis, dem Verhältnis zwischen der Gesellschaft und Dritten. Hier kommt es auf das Innenverhältnis an; über das Wirksamwerden der OHG im Außenverhältnis vgl. § 123 Anm. 2 ff.

Anm. 62a a) Mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages: Soll die Gesellschaft ein Handelsgewerbe im Sinn des § 1 betreiben, so entsteht die Gesellschaft im Verhältnis unter den Gesellschaftern mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages, nicht etwa mit dem unter Umständen später liegenden Beginn des Geschäftsbetriebes (RG 112, 280; JW 1926, 699; ebenso die allg. Ansicht im Schrifttum). Der Abschluß des Vertrages hat dann eine doppelte Wirkung. Er begründet die gegenseitige Verpflichtung zur Förderung des gemeinsamen Zwecks und er ruft zugleich auch die Gesellschaft als Dauerverhältnis ins Leben. Ist die Gesellschaft unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter einer Zeitbestimmung errichtet, so kommt die Gesellschaft erst mit dem Eintritt der Bedingung oder dem vereinbarten Zeitpunkt zur Entstehung (RG JW 1936, 2065). Immerhin ist es in einem Fall dieser Art denkbar, daß bereits mit dem Abschluß des Vertrages gewisse gesellschaftliche Beziehungen eintreten sollen (vgl. dazu Hueck § 5 I 3).

Anm. 62b b) Mit der Eintragung in das Handelsregister: In den Fällen der §§ 2, 3 kommt die Gesellschaft als offene Handelsgesellschaft erst mit der Eintragung in das Handelsregister zur Entstehung, da erst von der Eintragung an das von der Gesellschaft betriebene Gewerbe als Handelsgewerbe gilt. In der Zwischenzeit, zwischen dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages und der Eintragung in das Handelsregister, ist die Gesellschaft eine solche des bürgerlichen Rechts. Auf sie finden, soweit die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander in Frage stehen, die dispositiven Vorschriften der §§ 105 ff. ergänzend Anwendung; denn das entspricht dem Willen der Gesellschafter, die eine OHG errichten wollen. Mit der Eintragung wird das Vermögen dieser Gesellschaft mit allen Rechten und Pflichten, ohne daß es einer Übertragung im einzelnen (z. B. durch Auflassung) bedarf, ohne weiteres Vermögen der OHG; denn die Identität der Gesellschaft wird durch die Eintragung nicht berührt, vielmehr ändert sich nur der rechtliche Status der Gesellschaft.

Demgegenüber wird im Schrifttum vielfach die Ansicht vertreten, daß auch in den Fällen der §§ 2, 3 die OHG im Innenverhältnis bereits mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages entstehe (Wieland I S. 526/27; Düringer/Hachenburg § 105 Anm. 11; Hueck § 5 I 2; Schlegelberger/Gessler Anm. 47; a. M. Ritter § 123 Anm. 2; Würdinger I

S. 107; Haupt/Reinhard S. 44). Denn, so wird gelehrt, für das Innenverhältnis komme es lediglich darauf an, daß die Absicht der Gesellschafter auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet sei. Der Unterschied der beiden Ansichten besteht praktisch darin, daß die Anwendung des OHG-Rechts auf die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander bei der hier vertretenen Ansicht eine Einschränkung erfährt; die Anwendung dieser Vorschriften ist bis zur Eintragung der Gesellschaft nur möglich, soweit eine solche Anwendung durch Parteivereinbarung herbeigeführt werden kann. Das hat zur Folge, daß bis zur Eintragung namentlich die in den §§ 117, 127, 133, 140, 142 geregelten Gestaltungsklagen nicht erhoben werden können, sondern daß es insoweit bei den entsprechenden Vorschriften der §§ 705ff. BGB sein Bewenden haben muß. Ferner kann auch eine Prozeßfähigkeit der Gesellschaft (§ 124 HGB) bei einer Klage gegen einen ihrer Gesellschafter (z. B. auf Entrichtung von zugesagten Beiträgen) nicht anerkannt werden. Hält man sich diesen Unterschied der beiden Ansichten vor Augen, so wird deutlich, daß die Gegenansicht nicht zutreffend sein kann. Denn die bezeichnete Wirkung kann nicht allein auf Grund einer Parteivereinbarung herbeigeführt werden, sondern ist davon abhängig, daß auch der gesetzlich vorgeschriebene Tatbestand, nämlich die gesetzlichen Begriffsmerkmale der OHG, gegeben sind.

e) Die Vorgesellschaft: Die Vertragschließenden können — auch schon vor dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages über die offene Handelsgesellschaft — zur Vorbereitung der Gründung der letzteren eine besondere Gesellschaft bürgerlichen Rechts gründen, etwa zu dem Zwecke, weitere Gesellschafter zu gewinnen, Sicherungen für den künftigen Gewerbebetrieb zu treffen, Grundeigentum durch bindendes Angebot zu sichern. Die Haftung gegenüber Dritten und untereinander richtet sich dann nach den Regeln der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft. Eine dem § 34 AktG, § 11 GmbHG entsprechende Vorschrift über die Haftung der Gesellschafter für Rechtshandlungen in der Zwischenzeit zwischen Abschluß des Gesellschaftsvertrages bis zur Entstehung der Gesellschaft besteht für die offene Handelsgesellschaft nicht, sie ist auch wegen der regelmäßig eintretenden Haftung der als handelnd auftretenden Personen entbehrlich.

Anm. 63

2. Die Entstehung der offenen Handelsgesellschaft durch Änderung der Rechtsform des Unternehmens.

a) Aufnahme eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns: Eine offene Handelsgesellschaft kann dadurch entstehen, daß jemand als persönlich haftender Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintritt. Auch hier ist ein Gesellschaftsvertrag Voraussetzung des Entstehens der Gesellschaft; RG 51, 39. § 28 regelt für diesen Fall den Übergang der Forderungen und die Haftung der Gesellschaft für die im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers. Diese Folgen treten aber schon ein, wenn eine gültige, an die Öffentlichkeit gerichtete Eintrittserklärung, z. B. durch Eintragung ins Handelsregister oder Bekanntmachung des Eintritts vorliegt. Die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages ist für den Eintritt der Wirkungen des § 28 nicht erforderlich, der Eintritt in das Unternehmen hat nur die Wirkungen des § 28, hat also keine allgemeine Rechtsnachfolge zur Folge (vgl. die Erläuterungen zu § 28).

Anm. 64

b) Entwicklung eines Kleingewerbes zu einem vollkaufmännischen Unternehmen: Eine offene Handelsgesellschaft kann auch dadurch entstehen, daß ein Kleingewerbe, das bisher in Form einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft betrieben wurde, zu einem vollkaufmännischen Betrieb sich entwickelt und unter einem gemeinsamen Namen betrieben wird. Liegen die Voraussetzungen des § 1 vor, so wird es ohne weiteres zur offenen Handelsgesellschaft. Im Falle des § 2 wird es erst durch den Eintrag zur offenen Handelsgesellschaft. In beiden Fällen wird keine neue Gesellschaft geschaffen, die bisherige ändert nur ihren Charakter.

Anm. 64a

c) Umwandlung einer Kommanditgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft: Eine offene Handelsgesellschaft kann ferner durch Umwandlung einer Kommanditgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft entstehen, entweder dadurch, daß die Kommanditisten aus der unter den persönlich haftenden Gesellschaftern weiter bestehenden Gesellschaft ausscheiden oder dadurch, daß die Kommanditisten persönlich haftende Gesellschafter werden. In diesem Falle dauert die bisherige Gesellschaft fort;

Anm. 64b

es wird keine neue gegründet, die bisherige ändert sich nur in der Zusammensetzung oder in der Haftung ihrer Mitglieder.

Anm. 64c

d) Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft: Eine offene Handelsgesellschaft kann nach dem Umwandlungsgesetz vom 12. 11. 1956 (BGBl. I S. 844) auch durch Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft in der Weise entstehen, daß ihr Vermögen unter Ausschluß der Abwicklung auf die zu gründende Personengesellschaft übertragen wird. Sie unterscheidet sich von der uneigentlichen Umwandlung durch Übertragung der einzelnen Vermögensstücke auf eine neu zu gründende offene Handelsgesellschaft wesentlich dadurch, daß mit der Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft deren Vermögen einschließlich der Schulden auf die offene Handelsgesellschaft übergeht (§§ 16 UmwandlungsgG). Es findet also Gesamtrechtsnachfolge statt, und es bedarf keiner Übertragung der einzelnen Vermögensstücke. Von der Umwandlung nach dem Aktiengesetz (§§ 362ff.) unterscheidet sich diese Umwandlung wesentlich dadurch, daß die Umwandlung nach dem Aktiengesetz, die nur für die dort genannten Gesellschaftsarten möglich ist, unter Wahrung der Identität der Gesellschaft stattfindet, während mit der Eintragung der Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz die Kapitalgesellschaft aufgelöst ist (UmwandlungsgG § 5). Sie besteht somit nicht in anderer Rechtsform weiter. Auch im Falle der Umwandlung durch Übertragung auf eine neu gebildete offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft entsteht diese nur auf Grund eines Gesellschaftsvertrages, d. h. einer Vereinbarung aller derjenigen, die die neue Gesellschaft bilden sollen. Die Vereinbarung liegt in der Beschlußfassung über die Umwandlung. Dem Beschlusse müssen alle Aktionäre zustimmen, wenn alle Aktionäre Gesellschafter der neuen Gesellschaft werden sollen (§ 17 UmwandlungsgG). Es kann aber auch die Errichtung einer Gesellschaft beschlossen werden, an der nur die zustimmenden Gesellschafter als Gesellschafter beteiligt sind (vgl. im einzelnen § 19 UmwandlungsgG). Nach § 18 Abs. 2 UmwandlungsgG entsteht die offene Handelsgesellschaft mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses; sie ist von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen. Daraus folgt aber nicht, daß zur Entstehung der offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschaftsvertrag nicht erforderlich ist. § 11 Abs. 2 bildet nur die Ergänzung zu § 16. Da mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses der Vermögensübergang stattfindet und die Kapitalgesellschaft aufgelöst ist, muß spätestens mit der Eintragung die offene Handelsgesellschaft als neue Vermögensträgerin entstehen. § 18 Abs. 2 will im Interesse der Rechtssicherheit dies klarstellen, die auf Errichtung einer neuen Gesellschaft gerichtete Willenserklärung der Gesellschafter aber nicht durch die Eintragung ersetzen (RG DR 1940, 1464² mit Anm.). Wegen der Einzelheiten der Umwandlung vgl. das Umwandlungsgesetz und die Erläuterungsbücher dazu.

8. Die Fortführung des Handelsgeschäfts eines Einzelkaufmanns durch seine Erben.

Anm. 65

a) Die Erbengemeinschaft als Träger des Handelsgeschäfts: Es entspricht heute wohl ziemlich allgemeiner Auffassung (vgl. die Zusammenstellung bei Tröster Betr. 1961, 765ff.), daß die Erben eines Einzelkaufmanns das von diesem betriebene Handelsgeschäft in ihrer Eigenschaft als Erbengemeinschaft fortführen können. Dieses Recht wird ihnen zuerkannt, weil die Fortführung des Handelsgeschäfts zu der den Erben gemeinschaftlich obliegenden Verwaltung des Nachlasses gehört (KG JW 1939, 565). Eine zeitliche Begrenzung dieses Rechts wird nicht angenommen, da die Erbengemeinschaft auch sonst freie Hand hat, den Zeitpunkt für die Abwicklung und Auseinandersetzung zu bestimmen. Damit wird namentlich eine Beschränkung dieses Fortführungsrechts auf einen zur Abwicklung und Auseinandersetzung ausreichenden Zeitraum oder auf die Dreimonatsfrist des § 27 Abs. 2 abgelehnt (Bayr. OLG JW 1931, 3129). Danach kann die Erbengemeinschaft das Handelsgeschäft während der ganzen Dauer ihres Bestehens betreiben (vgl. auch BGH NJW 1951, 311; BGH 17, 300). Der entscheidende Ausgangspunkt für diese Rechtsprechung besteht darin, daß die Erbengemeinschaft ein Gesamthandsverhältnis auf vertragloser Grundlage ist (vgl. dazu Goldschmit JW 1931, 3057), während eine OHG notwendig immer einen Gesellschaftsvertrag voraussetzt (Anm. 47). Aus diesem Grund kann — und das ist zwingend — entgegen der Auffassung von Lion (LZ 1925, 842) die Erbengemeinschaft nicht dadurch ipso iure zu einer OHG werden,

daß sie über einen bestimmten Zeitraum — etwa über die Dreimonatsfrist des § 27 Abs. 2 — hinaus das Handelsgeschäft fortführt (RG JW 1926, 552). Auch kann dieses Ergebnis nach der heute ziemlich allgemeinen Auffassung nicht dadurch erreicht werden, daß man die Erben nach Ablauf einer bestimmten Frist zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zwingt, weil für die Zulassung eines solchen Zwangs jede Rechtsgrundlage fehlt (KG JW 1938, 3117; 1939, 565).

Vom Boden dieser grundsätzlichen Auffassung aus sind für die Behandlung der Erbengemeinschaft als Träger eines Handelsgeschäfts bestimmte Rechtsgrundsätze entwickelt worden. Danach kann die Erbengemeinschaft als Inhaberin des Handelsgeschäfts in das Handelsregister eingetragen werden (so bereits KGJ 35, A 153 und seitdem ständige Rechtsprechung; vgl. auch Düringer/Hachenburg Anm. 18); dabei sind in dem Handelsregister sämtliche Erben namentlich aufzuführen. Die Erbengemeinschaft ist nicht genötigt, das Geschäft unter der bisherigen Firma fortzuführen, sie kann auch eine neue Firma annehmen, sofern in dieser Firma die Namen der einzelnen Miterben angegeben werden und das Bestehen der Erbengemeinschaft in der Firma zum Ausdruck gebracht wird (KG JFG 5, 209; vgl. auch BGH NJW 1951, 311). Die Eintragung der Vertretungsverhältnisse in der Erbengemeinschaft (Repräsentant der Erbengemeinschaft) wird abgelehnt, ebenso die gerichtliche Bestellung eines Liquidators für die Erbengemeinschaft (OLG München HRR 1937 Nr. 1593). Dagegen wird das Fortbestehen einer Prokura und die Bestellung eines Prokuristen, sofern es sich bei ihm nicht um einen Miterben handelt (dazu BGH 30, 397), wohl im allgemeinen zugelassen (vgl. Gruss Betr. 1955, 573 m. w. N.; vgl. dazu aber auch Anm. 65a). Die Erbengemeinschaft kann das ererbte Handelsgeschäft auch dann noch fortführen, wenn aus ihr ein oder mehrere Miterben ausgeschieden sind, solange wenigstens zwei Miterben übrig bleiben (KG JW 1939, 565). Auch ist es nicht ausgeschlossen, daß eine Erbengemeinschaft ein gewerbliches Unternehmen fortführt, das erst nach dem Erbfall gemäß § 2 in das Handelsregister eingetragen und erst damit zu einem Handelsgewerbe geworden ist (KG JW 1938, 3117). Dagegen ist die Erbengemeinschaft nicht in der Lage, ein Handelsgeschäft als Erbengemeinschaft weiterzuführen, das sie nicht ererbt, sondern anderweitig erworben oder selbst neu begründet hat (KG JW 1935, 3642; 1938, 3117). Die Erben haften nicht nur für die bisherigen Geschäftsverbindlichkeiten persönlich und unbeschränkt (§ 27), sondern auch für die neu begründeten Verbindlichkeiten; eine Beschränkung der Haftung nach den für Nachlaßerbenschulden geltenden Grundsätzen (vgl. dazu BGB RGRK § 1967 Anm. 12) kommt insoweit grundsätzlich nicht in Betracht (KG JW 1937, 2599; vgl. auch Gruss Betr. 1955, 573 m. w. N.).

b) Die Bedenken gegen die herrschende Lehre: Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Annahme, die Erbengemeinschaft könne Inhaberin eines Handelsgeschäfts sein, zu unerwünschten Ergebnissen führt. So sagt selbst das Kammergericht, das in einem besonderen Maß für den Ausbau der herrschenden Lehre verantwortlich ist, daß „die Erbengemeinschaft . . . nun einmal im Handelsverkehr ungeeignet“, „ihre Zulassung zur Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts . . . nur ein Notbehelf und mindestens auf längere Zeit unerwünscht“ sei. Das wird besonders deutlich in solchen Fällen, in denen die Erbengemeinschaft wie im Tatbestand der Entscheidung BGH 17, 300 das Handelsgeschäft über viele Jahre hinaus fortführt. Die Schwierigkeiten, die mit der Anerkennung der Erbengemeinschaft im Handelsverkehr verbunden sind, sind mannigfacher Art und hängen zum Teil damit zusammen, daß die Erbengemeinschaft im Unterschied zur OHG im Rechtsverkehr nicht als eine geschlossene rechtliche Einheit auftreten kann. Die Erbengemeinschaft kann aus diesem Grund als solche nicht Kaufmannseigenschaft besitzen, vielmehr wird man die Miterben als Einzelpersonen als Kaufleute ansehen müssen (so auch Wieland I S. 448 Anm. 40). Das aber führt von der Sache her gesehen zu weit, weil dann die bei der OHG mögliche und allein sinnvolle Einschränkung bei der Kaufmannseigenschaft der einzelnen Gesellschafter (vgl. dazu Anm. 19a) nicht mehr vorgenommen werden kann. Auch erhebt sich hier die Frage nach dem Träger des Firmenrechts, das jedenfalls nicht der Erbengemeinschaft als geschlossener Einheit zugesprochen werden kann. Wie steht es ferner mit dem Recht der Erbengemeinschaft zur Fortführung des Handelsgeschäfts, wenn an die Stelle eines Miterben durch Kauf (§ 2033 BGB) ein Dritter tritt? Wie im Fall des Ausscheidens eines Miterben (vgl. Anm. 65) wird man

Anm. 65a