

Aufsatz ZR

Prof. Dr. Knut Werner Lange

Grundzüge des Rechts der GbR

DOI 10.1515/jura-2015-0111

Unter dem Begriff des Gesellschaftsrechts versteht man das Recht der privatrechtlichen Personenvereinigungen, die zur Erreichung eines bestimmten gemeinsamen Zwecks durch Rechtsgeschäft gegründet werden. Das Gesellschaftsrecht gehört in den Juristenausbildungsgesetzen aller Bundesländer zum traditionellen Pflichtstoff und bildet regelmäßig einen wichtigen Bestandteil der Schwerpunktausbildung an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten. Im Rahmen der Ausbildung von Ökonomen und Wirtschaftsingenieuren an Universitäten und Fachhochschulen werden zumeist Grundlagen des Gesellschaftsrechts vermittelt. Die große Wichtigkeit des Gesellschaftsrechts in der Ausbildung korreliert mit seiner Bedeutung im Wirtschaftsleben, das durch Personen- wie Kapitalgesellschaften und weniger durch Einzelkaufleute geprägt ist. Der Beitrag bildet den Auftakt zu einer losen Reihe von Aufsätzen, die einzelne Gesellschaftsformen in ihren jeweiligen Grundzügen vorstellen. Im Zentrum stehen dabei typische Themen der juristischen Ausbildung und Prüfung, weshalb auch der Fußnotenapparat neben der Rechtsprechung vor allem Ausbildungsliteratur enthält.

I. Was versteht man unter einer GbR?

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), auch BGB-Gesellschaft genannt, ist eine auf Vertrag beruhende Personenvereinigung zur Förderung eines von ihren Gesellschaftern gemeinsam verfolgten Zwecks (§ 705 BGB). Als spontan zu gründende, sehr flexible Gesellschaftsform ist sie sehr weit verbreitet und hat sich in verschiedenen Bereichen, so beispielsweise in Form von Anwaltssozietäten, Arbeitsgemeinschaften von selbstständigen Bauunternehmern zur Durchführung eines gemeinsamen Auftrags

(sog. Arge), Bauherrengemeinschaften und Gelegenheitskonsortien oder aber ärztlichen Gemeinschaftspraxen etabliert¹. Sie eignet sich vor allem für einen kleineren Gesellschafterkreis, in dem eine enge Verbundenheit herrscht.

Zur Rechtsnatur der GbR wurden lange Zeit unterschiedliche Auffassungen vertreten. Der BGH hat sich im Jahr 2001 der sog. Lehre von der Teilrechtsfähigkeit angeschlossen und damit einen jahrzehntelangen Theorienstreit für die Praxis beendet². Danach wird die GbR in weiten Teilen der OHG gleichgestellt, soweit sie als Außengesellschaft durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet. Die GbR ist demnach keine juristische Person, kann jedoch Teilrechtsfähigkeit erlangen, wenn sie als Außengesellschaft auftritt und gesamthänderisches Vermögen bildet³. Sie kann einen eigenen Namen haben. Allerdings ist der Name der GbR keine Firma im handelsrechtlichen Sinne, vgl. auch § 19 HGB. Die rechtlich verselbstständigte GbR ist scheck- und wechselfähig, sie kann unter eigenem Namen klagen und verklagt werden. Sie kann zwar unter eigenem Namen im Grundbuch eingetragen werden, neben dem Namen der GbR sind aber nach § 47 Abs. 2 S. 1 GBO auch die einzelnen Gesellschafter ins Grundbuch einzutragen. Damit wird die GbR im Grundbuchverkehr über ihre Gesellschafter identifiziert. Das Grundbuch ist aber kein Gesellschaftsregister. § 899a BGB ergänzt § 47 Abs. 2 S. 1 GBO materiellrechtlich. Für die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen verlangt § 736 ZPO einen Titel gegen sämtliche Gesellschafter. Nach § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO ist die GbR insolvenzfähig.

Knut Werner Lange: Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Bayreuth und Gastprofessor an der Universität Witten/Herdecke.

¹ Einen Überblick über die vielfältigen rechtstatsächlichen Gestaltungsformen der GbR bietet K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 58 III.

² K. Schmidt, NJW 2001, 993, 995 spricht von einem »30-jährigen Glaubenskrieg« um die Rechtsnatur der GbR, vgl. ferner jüngst Wiedemann, NJW 2014, 2407, 2410.

³ BGHZ 146, 341.

II. Wie entsteht eine GbR?

1. Gesellschaftsvertrag

§ 705 BGB stellt die Mindestvoraussetzungen auf, die für die Bildung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts notwendig sind. Danach liegt eine GbR vor, wenn sich mehrere Personen gegenseitig und rechtsgeschäftlich verpflichten, einen gemeinsamen Zweck in der vereinbarten Weise zu fördern, insbesondere die festgelegten Beiträge zu leisten. Der Gesellschaftsvertrag der GbR bedarf keiner Form, er kann sogar durch konkludente Willenserklärungen geschlossen werden⁴. Dies gilt jedoch nicht, wenn er ein Leistungsversprechen eines Gesellschafters enthält, das seinerseits formbedürftig ist (etwa: Einbringung einer Immobilie, vgl. § 311b Abs. 1 BGB). Wegen der sehr geringen

Gründungsanforderungen und deren wenig exakter gesetzlicher Ausgestaltung unterscheiden sich die rechtstatsächlichen Erscheinungsformen der GbR stärker als bei jeder anderen Rechtsform⁵.

Vertragsänderungen sind Grundlagengeschäfte. Unter dem Begriff versteht man Handlungen, die die Grundlagen der Gesellschaft selbst betreffen oder die die Beziehungen der Gesellschafter zueinander regeln, also namentlich solche, die auf eine Änderung des Gesellschaftsvertrages selbst oder des Gesellschaftszwecks hinauslaufen⁶. Sie bedürfen in der Regel der Zustimmung aller Gesellschafter. Änderungen des Gesellschaftsvertrags unterliegen denselben Regeln wie der ursprüngliche Abschluss, weshalb grundsätzlich alle Gesellschafter zustimmen müssen (Einstimmigkeit). Der Vertrag kann jedoch Änderungen durch Mehrheitsbeschluss vorsehen.

Der Gesellschaftsvertrag ist kein Austausch-, sondern ein gemeinschaftsbegründender Organisationsvertrag. Daher können die §§ 320 ff. BGB grundsätzlich nicht angewandt werden. Insbesondere werden die §§ 323 ff. BGB durch die Sondervorschrift des § 723 BGB ersetzt, der die spezifischen Besonderheiten der Gesellschaft besser berücksichtigt. Auch die Gewährleistungsvorschriften kommen nicht unbesehen zur Anwendung. Hat aber ein Gesellschafter eine Sache eingebracht, die sich als mangelhaft erweist, kann Nacherfüllung (§ 439 BGB) eine für die Gesellschaft zweckmäßige Lösung darstellen.

Die Unterscheidung zwischen Innen- und Außengesellschaften erfolgt durch das Merkmal des Auftretens der Gesellschaft nach außen. Nur die Außengesellschaft

nimmt im Rechtsverkehr mit Dritten teil. Bei der Innengesellschaft, etwa einer Pool-Gesellschaft, entsteht lediglich ein (Innen-)Verhältnis zwischen den Gesellschaftern. Nicht die GbR, sondern die Gesellschafter beteiligen sich im Rechtsverkehr im eigenen Namen.

2. Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks

Eine zentrale Stellung nimmt der gemeinsame Zweck ein, der die Gesellschaften von den Gemeinschaften, vgl. §§ 741 ff. BGB, unterscheidet, die sich auf das bloße Halten oder Haben von Sachen beschränken⁷. Er ist das für jede GbR konstitutive Kriterium und grenzt den Gesellschaftsvom reinen Austauschvertrag ab. Der Austauschvertrag geht von einem Interessengegensatz der Parteien aus; mit dem Gesellschaftsvertrag sollen gemeinsame Interessen gewahrt werden. Kennzeichnend ist also der vertragliche Zusammenschluss zu einer gemeinschaftlichen Zweckverfolgung.

Gesellschaftszweck kann jeder erlaubte, auch ideelle Zweck sein⁸; allerdings kann nicht jeder Zweck in der Rechtsform der GbR verfolgt werden. Besteht dieser Zweck etwa im Betrieb eines Handelsgewerbes, kommen nur OHG und KG und nicht die GbR in Betracht, vgl. § 105 Abs. 1 HGB. Stets müssen die Gesellschafter eine rechtliche Bindung hinsichtlich des gemeinsamen Zwecks gewollt haben. Dieser Wille muss Inhalt des Gesellschaftsvertrags sein. Der gemeinsame Zweck muss von allen Gesellschaftern gemeinsam verfolgt und gefördert werden. Die Förderung kann etwa durch Geldzahlungen, Dienst- und Arbeitsleistungen oder die Überlassung eines Grundstücks erfolgen. Vielfach ist die Art und Weise der Förderung im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich niedergelegt. Daneben besteht die allgemeine Pflicht, die Belange der Gesellschaft zu unterstützen, zumindest aber ihnen nicht zu widerzuhandeln. Diese allgemeine Förderpflicht wird durch die Treuepflicht ergänzt. Das Verhältnis der Gesellschafter zueinander wird vom Grundsatz gegenseitiger Treue beherrscht, die in abgeschwächter Form grundsätzlich auch die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft trifft. Die Treuepflicht besteht sowohl zwischen den Gesellschaftern untereinander als auch im Verhältnis des einzelnen Gesellschafters zur Gesellschaft. Sie kann einen Gesellschafter zu einem konkreten Handeln verpflichten, aber auch anordnen, ein bestimmtes Handeln zu unterlassen.

⁴ BGHZ 177, 193, 201; *Grunewald*, JA 2011, 881.

⁵ *K. Schmidt* (Fn. 1), § 58 I 2; *Weber*, JuS 2000, 313, 314.

⁶ BGH NJW 1962, 2344, 2347; *Schöne* in *Bamberger/Roth*, BGB, 3. Aufl. 2012, § 714 Rn. 9.

⁷ Vgl. hierzu BGH NJW 1951, 308.

⁸ BGHZ 135, 387, 389; *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 69.

Regelmäßig wird die Treuepflicht dann bedeutsam, wenn der Gesellschafter eigene, der Gesellschaft zuwiderlaufende Interessen verfolgt. Dann müssen diese widerstreitenden Interessen gegeneinander abgewogen werden⁹.

Da das Gesetz in den §§ 705 ff. BGB auf besondere Formschriften verzichtet hat, der Gesellschaftsvertrag also bei entsprechendem Rechtsbindungswillen auch stillschweigend oder gar konkludent geschlossen werden kann, kommt es für das Vorliegen einer GbR wesentlich auf die gemeinsame Zweckverfolgung an. Auch für die Akteure selbst ist daher nicht immer ohne weiteres erkennbar, ob eine GbR vorliegt. Wollen etwa die Kommilitonen A und B gemeinsam mit ihren Mitstudentinnen C und D den kommenden Jura-Examensball in Bayreuth ausrichten, kann – je nach konkreter Ausgestaltung – eine GbR vorliegen.

III. Wie ist die Gesellschafterstellung in einer GbR ausgestaltet?

1. Geschäftsführung

Die gesetzlichen Regelungen zum Recht der GbR sind geprägt vom tätigen Zusammenwirken aller Gesellschafter; sämtliche Gesellschafter sind gleichberechtigt. Die Gesellschafter können das Innenverhältnis ihrer Gesellschaft im Rahmen des geltenden Rechts selbst gestalten. Nach § 709 Abs. 1 BGB steht die Geschäftsführung den Gesellschaftern gemeinsam zu (Gesamtgeschäftsführung); Entscheidungen werden also einstimmig getroffen. Unter Geschäftsführung versteht man jede Tätigkeit, die zur Förderung des Gesellschaftszwecks bestimmt ist. Die Geschäftsführungsbefugnis ist damit konsequente Folge der Gesellschafterstellung. Mit der knappen Regelung des § 709 Abs. 1 BGB erweist sich die GbR häufig als zu schwerfällig, um im unternehmerischen Tagesgeschäft zu bestehen. Es finden sich deshalb vielfach abweichende Vereinbarungen in Gesellschaftsverträgen, was zulässig ist, da es sich um dispositives Gesetzesrecht handelt¹⁰. So kann die Geschäftsführung einem oder mehreren Gesellschaftern gemeinschaftlich erteilt werden, vgl. § 710 BGB. Da der Gesellschaftsvertrag nicht schriftlich geschlossen werden muss, kann die Geschäftsführung ausdrücklich oder still-

schweigend auf den oder die als Geschäftsführer vorgesehenen Gesellschafter übertragen werden¹¹.

Zur inhaltlichen Grenze der Ausgestaltung der Geschäftsführungsbefugnis existieren bei der GbR keine gesetzlichen Regelungen. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass bei gemeinschaftlicher Geschäftsführung i. S. v. § 709 Abs. 1 BGB ohnehin sämtliche Gesellschafter an der Geschäftsführung beteiligt sind, weshalb sich ein Schutz der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter erübrigt. Wird im Gesellschaftsvertrag eine hiervon abweichende Regelung getroffen (z. B. Mehrheitsprinzip oder gar Alleingeschäftsführungsbefugnis), ist es in der Praxis zumeist üblich, die Geschäftsführung bezüglich ungewöhnlicher Geschäfte an einen Gesellschafterbeschluss zu binden. Allerdings sind in den gesetzlichen Vorschriften zur GbR Gesellschafterbeschlüsse nicht vorgesehen. Der Grund liegt wiederum darin, dass von einer Geschäftsführung durch sämtliche Gesellschafter ausgegangen wird, was eine förmliche Beschlussfassung entbehrlich macht.

§ 716 BGB sieht vor, dass den Gesellschaftern ein Informationsrecht zusteht und gewährt grundsätzlich kein Auskunftsrecht, sondern enthält lediglich den Anspruch, sich durch eigene Aktivität Information zu beschaffen. Nur in Ausnahmefällen, etwa wenn Unterlagen nicht vorhanden oder lückenhaft sind, wird dem einzelnen Gesellschafter ein Auskunftsrecht gerichtlich zuerkannt¹². Ferner besteht das Recht auf Rechnungslegung (§ 721 BGB). Die im Gesellschaftsvertrag verliehene Befugnis eines Gesellschaftern zur Führung der Geschäfte kann ihm nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes entzogen werden (§ 712 Abs. 1 BGB).

Nicht zur Geschäftsführung gehören Handlungen, die die Grundlagen der Gesellschaft selbst betreffen oder die die Beziehungen der Gesellschafter zueinander regeln, wie etwa Änderungen des Gesellschaftszwecks, die Erhöhung oder Herabsetzung der Beiträge oder auch die Aufnahme weiterer Gesellschafter. Solche Grundlagengeschäfte bedürfen in der Regel der Zustimmung aller Gesellschafter.

2. Förderungspflicht

Die Gesellschafter haben den Gesellschaftszweck in erster Linie durch Beiträge materieller oder immaterieller Art zu fördern, § 706 BGB. Was als Beitrag geschuldet ist, legt der

⁹ Weiterführend *Roth* in Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl. 2014, § 109 Rn. 23ff.

¹⁰ *Schäfer* in MünchKomm-BGB, 6. Aufl. 2013, § 709 Rn. 16.

¹¹ BGHZ 16, 394, 396f.

¹² BGH BB 1984, 1271, 1272 (zum Kommanditisten); BB 1972, 1245; vgl. auch OLG Saarbrücken NZG 2002, 669, 670.

Gesellschaftsvertrag fest, etwa Arbeitskraft, Geldzahlung, Einbringen von Sachen, Verschaffung von Know-how oder Immaterialgütern¹³. Zu Nachschüssen sind die Gesellschafter nicht verpflichtet, § 707 BGB, es sei denn, dass im Gesellschaftsvertrag eine Nachschusspflicht vorgesehen ist.

3. Gewinnanspruch

Das Gesellschaftsvermögen besteht aus den Beiträgen und dem Erwirtschafteten, § 718 BGB, und unterliegt der gesamthänderischen Bindung, § 719 BGB. § 721 Abs. 2 BGB bestimmt für die GbR, dass im Zweifel bei Gesellschaften von längerer Dauer ein jährlicher Gewinnanspruch des Gesellschafters besteht. Die Gewinn- oder Verlustanteile richten sich gemäß § 722 Abs. 1 BGB im Zweifel nach Köpfen. Aufwendungen des Gesellschafters für die Gesellschaft hat diese im Recht der GbR gemäß §§ 713, 670 BGB zu ersetzen.

4. Geltendmachung von Pflichten

Die genannten Pflichten bestehen gegenüber allen Gesellschaftern gemeinsam. Der Anspruch auf Erfüllung kann daher zunächst auch nur von der Gesamtheit der Gesellschafter geltend gemacht werden (sog. Sozialanspruch). Zuständig sind die zur Geschäftsführung und Vertretung berufenen Gesellschafter. Die Erfüllung eines solchen Sozialanspruchs kann aber auch durch jeden einzelnen Gesellschafter im eigenen Namen verlangt werden (sog. *actio pro socio*)¹⁴. Der einzelne Gesellschafter darf dabei allerdings nur Leistung an die Gesellschaft und nicht etwa an sich selbst fordern. Die *actio pro socio* ist nicht nur für die GbR anerkannt. Vielmehr kommt sie bei allen aus einem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Ansprüchen gegen Mitgesellschafter in Betracht. Hiervon streng zu trennen ist die Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft gegenüber außenstehenden Dritten, wie Geschäftspartnern oder Arbeitnehmern. Hierfür kommt es auf die Vertretungsmacht bzw. die Prozessführungsbefugnis an¹⁵.

Die *actio pro socio* ist besonders bedeutsam bei der Geltendmachung eines Anspruchs auf Beitragsleistung oder von Ersatzansprüchen gegen Gesellschafter wegen

einer Pflichtverletzung. Praktisch kommt ihr ferner die Funktion des Schutzes der Minderheit zu, da der einzelne Gesellschafter den Anspruch geltend machen kann und nicht auf die Zustimmung der Mehrheit angewiesen ist. Die Klage eines Gesellschafters gegen einen Mitgesellschafter im eigenen Namen auf Leistung an die Gesellschaft (*actio pro socio*) hat folgende Merkmale¹⁶:

- Anspruch der Gesellschaft;
- aus dem Gesellschaftsverhältnis (Sozialanspruch);
- Erfordernis der Geltendmachung durch einen Gesellschafter (Grundsatz der Subsidiarität).

IV. Wie erfolgt die Beschlussfassung in der GbR?

Die Willensbildung in der GbR erfolgt durch Beschlüsse der Gesellschafter, wobei das Gesetz nicht abschließend regelt, in welchen Fällen ein Beschluss zwingend erforderlich ist. Auch hat der Gesetzgeber besondere Regeln über das Verfahren der Beschlussfassung für weitgehend entbehrlich gehalten. Für die GbR ist in § 709 Abs. 1 BGB das Einstimmigkeitsprinzip als gesetzlicher Regelfall vorgesehen, was zugleich einen ausreichenden Minderheitsschutz gewährleistet. Allerdings führt das Einstimmigkeitserfordernis häufig zu sehr schwerfälligen Entscheidungsprozessen und ermöglicht jedem Gesellschafter die Blockade von Entscheidungen. Vor allen Dingen für eine GbR mit einem großen Gesellschafterkreis ist diese Regel daher wenig geeignet. Häufig finden sich dementsprechend im Gesellschaftsvertrag Klauseln, wonach Mehrheitsentscheidungen zugelassen sind. Regelmäßig wird die Mehrheit dabei – abweichend von § 709 Abs. 2 BGB – nicht nach Köpfen, sondern nach dem Kapitalanteil berechnet. In der Ausübung ihres Stimmrechts sind die Gesellschafter weitgehend frei.

Im Rahmen von Mehrheitsentscheidungen besteht das Problem darin, dass ein hinreichender Minderheitsschutz gewährleistet werden muss, den das Gesetz nicht kennt, da es vom Einstimmigkeitsprinzip ausgeht. Zur Lösung hatte der BGH zunächst eine Art doppelte Schranke aufgestellt: die Klausel musste hinreichend bestimmt sein und durfte nicht in den Kernbereich der Rechte des Gesellschafters eingreifen¹⁷. Vor allem vom Bestimmtheitsgrundsatz ist der BGH in der Folgezeit immer weiter abgerückt. Nunmehr reicht es aus, wenn »die Auslegung des Gesell-

¹³ Grunewald, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2014, § 1 Rn. 13.

¹⁴ K. Schmidt (Fn. 1), § 21 IV.

¹⁵ Siehe unten unter V. 1.

¹⁶ Vgl. Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. 2013, § 7 Rn. 6.

¹⁷ BGHZ 179, 13.

schaftsvertrags nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen ergibt, dass dieser Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen sein soll¹⁸. Mangels weitgehendem Fehlen von formellen Voraussetzungen (sog. 1. Stufe) kommt der materiellen Legitimation (sog. 2. Stufe) der Prüfung entscheidende Bedeutung zu. Dazu ist zu fragen, ob durch den Mehrheitsbeschluss in absolut oder relativ unentziehbare Rechte eingegriffen wird oder aber nicht. Im erstgenannten Fall muss die Gesellschaftermehrheit nachweisen, dass die Ausübung ihrer Mehrheitsmacht nicht treuwidrig gewesen ist. Im zweiten Fall muss umgekehrt die Minderheit nachweisen, dass es sich um eine treuwidrige Mehrheitsentscheidung gehandelt hat.

Zu den unverzichtbaren Rechten zählen in bestimmtem Umfang die Informationsrechte, das Recht zur Teilnahme an Versammlungen sowie das Recht, sich aus wichtigem Grund aus dem Verband lösen zu können. Daneben gehören zum Kernbereich die individuellen, dem Gesellschafter nach Gesetz und Gesellschaftsvertrag zustehenden wesentlichen Gesellschafterrechte, die seine Stellung in der Gesellschaft maßgeblich prägen. Diese Rechte werden als relativ unentziehbare Rechte bezeichnet. Sie können nur entzogen werden, wenn hierfür ein wichtiger Grund vorliegt oder wenn der betroffene Gesellschafter zustimmt (z.B. das Stimm-, das Gewinn-, das Geschäftsführungs- und das Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös). Weitere Schranken ergeben sich aus dem Grundsatz der Treuepflicht, demjenigen der gleichmäßigen Behandlung und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

V. Wie ist das Außenverhältnis der GbR ausgestaltet?

1. Vertretung

Anders als natürliche Personen können Personengesellschaften als solche nicht alleine handeln. Sie bedürfen daher stets eines Vertreters. In diesem Zusammenhang unterscheidet man zwischen der Vertretung durch ihre Organe (organschaftliche Vertretung) auf der einen und der Vertretung durch dazu bevollmächtigte Personen (Angestellter etc.) auf der anderen Seite. Darüber hinaus sind Mischformen denkbar. Die Vertretung der GbR bezieht sich auf die Gesellschaft als solche; die GbR ist (teil-)rechtsfähig. Durch ein Handeln im Rahmen der Vertretungsmacht wird daher die im Wirtschaftsverkehr auf-

tretende GbR selbst berechtigt und verpflichtet. Rechte werden entsprechend § 718 Abs. 1 BGB dem Gesellschaftsvermögen und damit der Gesellschaft als Trägerin zugerechnet¹⁹.

Um für die GbR rechtsgeschäftlich handeln zu können, muss ein Gesellschafter mit der entsprechenden Vertretungsmacht ausgestattet werden. Die Geschäftsführungsbefugnis ist insoweit nicht ausreichend, da sie nur die Frage beantwortet, ob der Geschäftsführer für die Gesellschaft im Sinne einer internen Zuständigkeit und Verantwortlichkeit handeln darf. Bei der Vertretung geht es um die Frage, ob eine Maßnahme nach außen im Verhältnis zu Dritten Wirksamkeit erlangt. Für die GbR ordnet § 714 BGB einen Gleichlauf der Vertretungsmacht mit der Geschäftsführungsbefugnis an. Demnach sind alle Gesellschafter gemeinschaftlich vertretungsbefugt, §§ 714, 709 Abs. 1 BGB. Diese Lösung wird häufig als zu schwerfällig empfunden, weshalb gesellschaftsvertraglich davon abgewichen und beispielsweise Einzelvertretungsmacht vereinbart wird. Maßgeblich ist daher regelmäßig die Ausgestaltung im Gesellschaftsvertrag.

Da sich bei der GbR der Umfang der Vertretungsmacht nach den getroffenen Vereinbarungen richtet, kann sie grundsätzlich stark eingeschränkt werden. Im Recht der Personengesellschaften gilt zur Erhaltung der Einheit von Herrschaft und Haftung aber stets das Prinzip der Selbstorganschaft²⁰. Es muss danach den Gesellschaftern immer möglich sein, unabhängig von einem angestellten Gesellschaftsvertreter für die Gesellschaft zu handeln; die Organbefugnisse können nur von den Gesellschaftern selbst wahrgenommen werden. So ist es bspw. unzulässig, die GbR ausschließlich durch einen Angestellten vertreten zu lassen und alle Gesellschafter von der Vertretung auszuschließen.

2. Das Haftungsregime der GbR

a) Gegenüber Dritten

Das Gesellschaftsvermögen der GbR ist Sondervermögen und den Gesellschaftern zur gesamten Hand zugeordnet, § 718 BGB. Ist die Gesellschaft wirksam vertreten worden, wird die GbR aus den sie betreffenden Schuldverhältnissen berechtigt und verpflichtet; sie haftet selbst. Die GbR muss sich ein zum Schadenersatz verpflichtendes Handeln ihrer

¹⁹ Windbichler (Fn. 16), § 8 Rn. 5.

²⁰ Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2006, § 3 I 1; Schäfer, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, § 7 Rn. 1.

¹⁸ BGH NZG 2014, 1296.

geschäftsführenden Gesellschafter analog § 31 BGB zu rechnen lassen²¹. In Bezug auf die Erfüllungsgehilfen der GbR gilt § 278 BGB.

Die Gesellschafter der GbR trifft eine akzessorische Haftung analog § 128 HGB (Akzessorietätstheorie)²². Der Gesellschaftsgläubiger kann somit jeden einzelnen Gesellschafter für eine von der Gesellschaft geschuldete Leistung persönlich, unbeschränkt, unmittelbar, primär und auf die gesamte Leistung in Anspruch nehmen²³. Die GbR-Gesellschafter haften als Gesamtschuldner, § 421 BGB. Auf diese Weise wird dem allgemeinen Grundsatz Rechnung getragen, dass jeder, der Geschäfte betreibt, für die daraus entstehenden Schulden persönlich und unbeschränkt haftet, unabhängig davon, ob er allein oder in Gemeinschaft mit anderen tätig wird²⁴. Die Gesellschafter sind berechtigt, sich gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf die in § 129 Abs. 1 bis 3 HGB genannten Einwendungen und Einreden zu berufen²⁵. Die Haftung des Gesellschafters bezieht sich auf alle Verbindlichkeiten, rechtsgeschäftliche wie gesetzliche.

b) Gegenüber der GbR

Wie gezeigt entstehen aus dem Gesellschaftsvertrag auch Pflichten der Gesellschafter untereinander bzw. gegenüber der GbR, wie etwa die Treuepflicht. So dürfen bspw. die Rechte und Rechtsgüter der Mitgesellschafter bei der Durchführung von Gesellschaftsaufgaben nicht widerrechtlich verletzt werden. Aber auch der Gesellschaft können Ansprüche gegen ihre Gesellschafter, etwa aus § 280 BGB, zustehen.

Erfüllt der Gesellschafter seine Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag, hat er im Innenverhältnis nur für die Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, §§ 708, 277 BGB. Die Haftung für grobe Fahrlässigkeit wird durch § 708 BGB nicht ausgeschlossen. Die Vorschrift gilt für Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag. Sie bestimmt lediglich den Sorgfaltsmaßstab und ist selbst keine Anspruchsgrundlage. § 708 BGB gilt nur für die den Mitgesellschaftern der Gesellschaft gegenüber geschuldete Sorgfalt und nicht auch im Außenverhältnis zu Dritten.

²¹ BGHZ 154, 88, 93 f.; BGH ZIP 2003, 664.

²² BGHZ 154, 370, 373; NZG 2011, 580; NZG 2003, 577.

²³ Grunewald (Fn. 11), § 1 Rn. 111.

²⁴ BGHZ 142, 315, 318 f.; Schäfer (Fn. 16), § 19 Rn. 9 ff.

²⁵ BGH NZG 2006, 459.

VI. Wie erfolgt ein Gesellschafterwechsel?

1. Gesellschafterwechsel unter Lebenden

Ein freiwilliges Ausscheiden eines Gesellschafters aus der dann weiterbestehenden GbR ist nur möglich, wenn der Gesellschaftsvertrag dazu die Befugnis enthält oder aber die übrigen Gesellschafter ihr Einverständnis erteilen. Hintergrund ist die Vorstellung des Gesetzgebers, dass die GbR von Personen gegründet worden ist, die in dieser konkreten Zusammensetzung einen gemeinsamen Zweck verfolgen wollen. Dies erklärt auch die Regelung des § 723 BGB, in dem es um die Kündigung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter geht. Die auf unbestimmte Zeit (§ 723 Abs. 1 BGB) oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters (§ 724 BGB) eingegangene GbR kann jederzeit ohne Kündigungsgrund gekündigt werden, wobei zwischen der ordentlichen (§ 723 Abs. 1 S. 1 BGB) und der außerordentlichen Kündigung (§ 723 Abs. 1 S. 2 u. 6 BGB) zu unterscheiden ist. Die Kündigungsmöglichkeit ist gesellschaftsvertraglich einschränk- (Frist, Verfahren etc.), nicht jedoch ausschließbar (§ 723 Abs. 3 BGB). Die Folge der Kündigung ist die Auflösung der Gesellschaft²⁶. Der Ausschluss gegen den Willen des betroffenen Gesellschafters aus der dann weiterbestehenden Gesellschaft verlangt erstens, dass der Gesellschaftsvertrag die Kündigung unter Fortsetzung der GbR mit den übrigen Gesellschaftern vorsieht und dass zweitens in der Person eines Gesellschafters ein wichtiger Grund vorliegt, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigt (vgl. § 737 BGB)²⁷.

Scheidet ein Gesellschafter aus der fortbestehenden GbR aus, so wächst sein Anteil wächst den verbleibenden Gesellschaftern an (§ 738 Abs. 1 S. 1 BGB). Als Ausgleich erhält der ausscheidende Gesellschafter einen schuldrechtlichen Abfindungsanspruch (§ 738 Abs. 1 S. 2 BGB). Seine Haftung für im Augenblick seines Ausscheidens schon bestehende Schulden besteht fort, ist aber auf fünf Jahre befristet (§ 736 Abs. 2 BGB; § 160 HGB analog). Die Anwendung des § 160 HGB ist bei der GbR aber nicht ohne Anpassung möglich, da dort auf eine Registereintragung für den Fristbeginn abgestellt wird, die es im Recht der GbR nicht gibt und das Ausscheiden in keiner Weise publik gemacht wird. Es wird daher auf die Kenntniserlangung

²⁶ Kübler/Assmann (Fn. 16), § 6 IV 2 h; Bamberger/Roth/Schöne (Fn. 6), § 723 Rn. 5.

²⁷ Vgl. auch Saenger (Fn. 7), § 3 Rn. 213.

durch den jeweiligen Gläubiger vom Ausscheiden abgestellt; ein »hätte-kennen-müssen« reicht nicht²⁸.

Eine Gesellschafternachfolge unter Lebenden stellt sich rechtlich als eine Verbindung von Ausscheiden des Alt- und Eintreten des Neugeschäfters dar. Sie wird durch ein gesellschaftsrechtliches Verfügungsgeschäft vorgenommen, das dingliche Wirkung hat und den Gesellschafterwechsel unmittelbar herbeiführt. Der Anteil kann nur mit der Mitgliedschaft insgesamt übertragen werden (Abspaltungsverbot). Die Übertragung stellt ein Grundlagengeschäft dar und bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter. Der in eine GbR neu eintretende Gesellschafter hat für vor seinem Eintritt begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft analog § 130 HGB auch persönlich und als Gesamtschuldner mit den Altgesellschaftern einzustehen. Dies ist die konsequente Folge der Akzessorietätstheorie²⁹.

2. Gesellschafterwechsel von Todes wegen

Nach dem gesetzlichen Regelfall führt der Tod eines Gesellschafters einer GbR zur Auflösung der Personengesellschaft (§ 727 BGB). In diesem Fall wandelt sich die werbende, auf die Verwirklichung des Gesellschaftszwecks gerichtete GbR automatisch in eine reine Abwicklungs- oder Liquidationsgesellschaft um, deren Ende die Vollbeendigung der Gesellschaft bedeutet. Der oder die Erben des Verstorbenen werden Mitglied der Liquidationsgesellschaft, d.h. sie sind im Rahmen der allgemeinen Abwicklungsvorschriften (§§ 730 bis 735 BGB) zu beteiligen. Diese Folge – Auflösung der GbR beim Tod auch nur eines Mitgesellschafters – ist vielfach nicht gewollt. Da § 727 BGB dispositiv ist, finden sich in den meisten Gesellschaftsverträgen abweichende Regelungen.

Haben die Gesellschafter beispielsweise vereinbart, ihre Gesellschaft beim Tode eines Gesellschafters nicht aufzulösen, sondern mit den übrigen Gesellschaftern unter Ausschluss der Erben weiterzuführen, so spricht man von einer (reinen) Fortsetzungsklausel (vgl. § 736 Abs. 1 BGB). Sie bewirkt, dass die GbR nicht aufgelöst wird und die Gesellschaftsbeteiligung des Erblassers den übrigen Gesellschaftern anwächst (§ 738 Abs. 1 S. 1 BGB). In den Nachlass fallen die Ansprüche der Erben aus § 738 Abs. 1 S. 2 BGB, insbesondere der Anspruch auf Zahlung des Abfindungsguthabens und auf Befreiung von den Gesellschaftsverbindlichkeiten. Dieses Modell lässt sich rechtlich bis zum Tod des vorletzten Gesellschafters durchhalten³⁰.

Andere Gestaltungen sehen vor, dass neue Personen in den Kreis der Gesellschafter eintreten können. Mit dem Begriff der erbrechtlichen Nachfolgeklausel werden gesellschaftsvertragliche Anordnungen bezeichnet, aufgrund derer beim Tod eines Gesellschafters dessen Erben automatisch in die Gesellschafterstellung des Verstorbenen einrücken sollen. Je nachdem, ob die Gesellschaft mit allen oder nur bestimmten, etwa in besonderer Weise geeigneten Erben fortgesetzt werden soll, wird zwischen einfachen und qualifizierten Nachfolgeklauseln unterschieden³¹. Diese Gestaltungsformen sind auch auf die OHG anwendbar. Tritt ein Erbe in die weiterbestehende GbR ein, so haftet er für die Altverbindlichkeiten der GbR nach §§ 128, 130 HGB analog, wobei derzeit ungeklärt ist, ob und wie der Gesellschafter-Erbe seine Haftung beschränken kann³².

³⁰ Mit der Vereinigung aller Geschäftsanteile auf einen Gesellschafter endet die GbR mit sofortiger Wirkung; eine Auseinandersetzung gem. § 730 BGB findet nicht statt.

³¹ Brox/Walker, Erbrecht, 26. Aufl. 2014, Rn. 786ff.; Ebenroth, Erbrecht, 1992, Rn. 864ff.; Lange, Erbrecht, 2011, Kap. 22 Rn. 80ff.

³² BGH ZErB 2014, 263 mit krit. Anm. Lange.

²⁸ BGHZ 174, 7, 10 ff.

²⁹ BGH ZIP 2003, 899; Grunewald, JA 2011, 881, 883.