

Einführung

1. Das Gesellschaftsrecht als Teil der Rechtsordnung

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

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

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

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

2. Gang der Darstellung

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

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

Erster Teil:

Personengesellschaften

Personengesellschaften sind die BGB-Gesellschaft, die OHG, die KG, die 1
Stille Gesellschaft, die Partnerschaftsgesellschaft und die Europäische Wirtschaftliche Interessengemeinschaft. Man nennt diese Gesellschaften Personengesellschaften, weil *nach der Idee des Gesetzes* in diesen Gesellschaftsformen die Person des Gesellschafters für seine Rechte und Pflichten maßgebend ist¹. Dies zeigt sich etwa daran, dass die *Mitgliedschaft* oftmals nach der – dispositiven – gesetzlichen Regel *ohne Zustimmung der anderen Gesellschafter nicht übertragbar und vererblich* ist² und auch daran, dass die *Gesellschafter* nach der gesetzlichen Regel meist *persönlich* für die Schulden der Gesellschaft *haften*³. Vielfach *führen* sie die *Geschäfte der Gesellschaft auch selbst*⁴. Die Willensbildung erfolgt nach dem *Einstimmigkeitsprinzip*⁵.

Diese Kriterien sind bei manchen Personengesellschaften vollständig erfüllt (OHG⁶), bei manchen nur zum Teil (siehe etwa § 8 Abs. 4 PartGG für 2
die Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung). Einzelne liegen bisweilen auch bei Körperschaften vor (bei der KGaA haftet etwa der Komplementär unbeschränkt persönlich für die Gesellschaftsschulden und er führt die Geschäfte der Gesellschaft, § 278 Abs. 1, 2 AktG; bei der Genossenschaft bestehen Vorstand und Aufsichtsrat aus Genossen, § 9 Abs. 2 S. 1 GenG).

In der Realität können Personengesellschaften ganz anders aussehen, als 3
sie nach den genannten typischen Merkmalen für Personengesellschaften eigentlich aussehen müssten. Gleichwohl heißen alle Gesellschaften in den

¹ Saenger Rdz. 12; Windbichler § 2 Rdz. 17.

² § 711 Abs. 1 BGB, § 130 Abs. 1 Nr. 1 HGB, § 9 Abs. 4 PartGG.

³ § 721 BGB, §§ 126, 171 HGB; zur Haftung in der BGB-Gesellschaft § 1 Rdz. 108ff.; zur Haftung in der Partnerschaftsgesellschaft § 5 Rdz. 9f.; zur Haftung in der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung unten § 6 Rdz. 6.

⁴ §§ 715, 720 BGB, §§ 116, 124 HGB, §§ 6 Abs. 3, 7 Abs. 3 PartGG.

⁵ § 714 BGB, § 109 Abs. 1, Abs. 3 HGB, § 6 Abs. 2 PartGG.

⁶ Zur Geschäftsführung und Vertretung sind die Gesellschafter je für sich berechtigt und verpflichtet, §§ 116 Abs. 1, Abs. 3, 124 Abs. 1 HGB.

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

§ 1 Die BGB-Gesellschaft

I. Begriffsbestimmung

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

a) Die BGB-Gesellschaft entsteht, wie jede andere Gesellschaft auch, *durch Vertrag.* BGB-Gesellschaften, die auf einer staatlichen Anordnung beruhen, gibt es nicht, wären aber durchaus denkbar. Denn auch sonst besteht bisweilen eine Pflicht zum Vertragsabschluss (sog. Kontrahierungszwang). Ein Vertrag setzt die Existenz zweier Vertragspartner voraus. Dies gilt auch für die BGB-Gesellschaft, da § 705 Abs. 1 BGB von der Verpflichtung mehrerer Gesellschafter spricht¹. § 1 GmbHG, § 2 AktG normieren für GmbH und AG die Möglichkeit, den *Gesellschaftsvertrag auch durch nur eine Person zu schließen*, für die Personengesellschaften gilt das nicht. In der Praxis hat sich allerdings gezeigt, dass ein Bedürfnis für Einmann-Personengesellschaften besteht. Das gilt insbesondere in den Fällen, in denen bei einer nur aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft ein Gesellschafter den anderen beerbt, zugleich aber Testamentsvollstreckung oder Vor- und Nacherbschaft angeordnet ist². In solchen Situationen ist es sinnvoll, den ererbten und den schon ursprünglich eigenen Anteil getrennt zu halten, um die mit dem Erbe verbundenen Belastungen (Testamentsvollstreckung, Vor- und Nacherbschaft) auf den ererbten Teil beschränken zu können³. Zumindest in diesen Fällen sollte daher auch eine Einmann-Personengesellschaft möglich sein⁴. 2

Der Vertrag muss *nicht ausdrücklich geschlossen werden*. Da das Gesetz keine Form vorsieht, kann er auch stillschweigend oder konkludent zustande kommen. Das hat zur Folge, dass Rechtsprechung und Literatur vielfach 3

¹ Siehe Begr. zum Regierungsentwurf MoPeG, BT-Drucksache 19/27635 S. 125; siehe auch § 712a Abs. 1 BGB.

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

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

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

einen Vertragsschluss auch dann bejaht haben, wenn zwar das Regelungssystem der §§ 705 ff. BGB angemessen erscheint, der Wille der Parteien aber jedenfalls nicht eindeutig auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages gerichtet ist. Dies ist besonders deutlich bei Gesellschaftsverträgen, die zwischen verheirateten oder nicht verheirateten Paaren angenommen werden.

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

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

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

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

⁸ BGH NJW 1987, 3124, 3125; *Böhmer* JZ 1994, 982, 989; *MünchKomm-Schäfer* § 705 Rdz. 153 ff.

eine sinnvolle Regelung bereithält, wenn nicht jeder Gesellschafter am Gewinn beteiligt ist. Diese Kriterien müssen auch herangezogen werden, wenn es um die *Abgrenzung von Gesellschaftsverträgen zu sog. partiarischen Rechtsgeschäften*, also zu Rechtsgeschäften, bei denen die Gegenleistung (auch) in einer Gewinnbeteiligung besteht (häufig bei Darlehen), geht⁹.

In dem Fall BGH NJW 1990, 573 hatten die Parteien vereinbart, dass der spätere Kläger Eigentumswohnungen veräußern sollte, die der Beklagte planen und errichten sollte. Der nach Abzug der Leistungsvergütungen verbleibende Gewinn sollte hälftig geteilt werden. Für Verfügungen über das Baukonto durch den Kläger war die Zustimmung des Beklagten erforderlich. Gewinnentnahmen waren nach 50 %igem Verkaufsstand oder, wenn die Liquiditätslage es erlaubte, vorher zulässig. Gestritten wurde um die Frage, ob die Auseinandersetzung nach den Regeln der BGB-Gesellschaft zu erfolgen hatte. Der BGH hat dies bejaht, wobei er darauf abstellt, „ob sich die Parteien durch den Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck verbunden haben und ihre schuldrechtlichen Beziehungen ein gesellschaftsrechtliches Element in sich tragen, oder ob die Parteien ohne jeden gemeinsamen Zweck lediglich ihre eigenen Interessen verfolgen und ihre Beziehungen zueinander ausschließlich durch die Verschiedenheit ihrer eigenen Interessen bestimmt werden“. Diese Begründung ist sehr abstrakt ausgefallen. Überzeugender wäre es gewesen, wenn konkret gefragt worden wäre, ob die für die BGB-Gesellschaft geschaffenen Auseinandersetzungsregeln die vertragliche Vereinbarung stimmig ergänzen. Insbesondere im Hinblick auf die für die Gewinnverteilung getroffenen Vereinbarungen war dies zu bejahen. 6

Nicht jeder Zweck kann in der Rechtsform der BGB-Gesellschaft verfolgt werden. Dies ist besonders deutlich in Bezug auf das Betreiben eines Handelsgewerbes. Nach § 105 Abs. 1 HGB ist eine Gesellschaft, die auf diesen Zweck gerichtet ist, OHG und damit eben nicht BGB-Gesellschaft. Nicht möglich ist es auch, einen verbotenen oder sittenwidrigen Zweck zu verfolgen. Dies ergibt sich aus §§ 134, 138 BGB und ist eigentlich selbstverständlich¹⁰. Ansonsten kann aber jedem Zweck in der BGB-Gesellschaft nachgegangen werden. Es kann also sowohl um erwerbswirtschaftliche, wie auch um karitative oder künstlerische Zwecke gehen. Die BGB-Gesellschaft ist also eine vielfältig einsetzbare Gesellschaftsform. Dies hat zur Folge, dass sie in ganz unterschiedlichen Ausprägungen in Erscheinung tritt¹¹. 7

c) Dieser gemeinsame Zweck soll von den Vertragspartnern nach der vertraglichen Vereinbarung *gefördert werden*. Wie die Förderung zu erfolgen hat, regelt der Gesellschaftsvertrag vielfach ausdrücklich. Dieser legt insbesondere die Beiträge fest, also dasjenige, was der Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen zu leisten hat, bzw. die Dienste oder sonstigen Leistungen – wie etwa die Mithaft für die Gesellschaftsschulden –, die er für die 8

⁹ Siehe auch § 4 Rdz. 2f.

¹⁰ Vorliegen kann eine fehlerhafte Gesellschaft, § 1 Rdz. 174.

¹¹ § 1 Rdz. 9.

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

II. Erscheinungsformen und praktische Bedeutung

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

¹² § 1 Rdz. 15.

¹³ § 1 Rdz. 19.

¹ Dazu bereits oben § 1 Rdz. 7.

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

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

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

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

⁶ OLG München NZG 2002, 1162 (Feuerwehrfonds).

⁷ BGH ZIP 2009, 216.

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

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

¹⁰ Grunewald/Schlitt, Einführung in das Kapitalmarktrecht 4. Aufl. § 9; Hopt-Bank-Gesch (7) Y/2.

¹¹ MünchKomm-Schäfer, Vor § 705 Rdz. 59 ff.; kritisch Grundmann, FS Boujong, 1996, S. 159.

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

III. Der Gesellschaftsvertrag

1. Form- und Genehmigungserfordernisse

a) Der Gesellschaftsvertrag kann regelmäßig abgeschlossen werden, ohne dass besondere *Formerfordernisse* zu beachten wären. Allerdings kann sich aus den für alle Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften etwas anderes ergeben. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Grundstück in das Gesellschaftsvermögen geleistet werden soll (§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB). Gleich steht der Fall, dass sich ein Gesellschafter verpflichtet, unter bestimmten Umständen aus dem Gesellschaftsvermögen ein Grundstück zu erwerben¹. Dagegen fällt die Pflicht zur Übertragung eines Anteils an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, zu deren Vermögen ein Grundstück gehört, nicht unter § 311b Abs. 1 S. 1 BGB, da insoweit nur die Pflicht zur Übertragung einer Beteiligung und nicht eines Grundstücks begründet wird². Ist der Gesellschaftsvertrag nicht formgerecht abgeschlossen und auch nicht geheilt, so gelten die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft³. 10

Aus § 518 Abs. 1 BGB folgt kein Formerfordernis für den Gesellschaftsvertrag, da die Beteiligung an einer BGB-Gesellschaft nicht geschenkt werden kann. Die Gegenleistung des Gesellschafters liegt in der Übernahme der Mithaft für die Gesellschaftsschulden, gegebenenfalls auch in Tätigkeitsverpflichtungen für die Gesellschaft oder in anderen Beiträgen⁴. Dem ist entgegeng gehalten worden, die genannten Belastungen des Gesellschafters seien 11

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

² BGHZ 86, 367, 369 f. Teilweise wird vorgeschlagen, eine Ausnahme für Umgehungsfälle zu machen: Karsten Schmidt AcP 182 (1982), 481, 510 ff.; dagegen Wertenbruch NZG 2008, 454. Dem sollte nicht gefolgt werden, da andernfalls mit erheblichen, für Formvorschriften besonders unerträglichen Abgrenzungsschwierigkeiten zu rechnen wäre. Wegen der Heilungsmöglichkeit nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB ist auf diese Weise sowieso nicht wirklich Abhilfe zu schaffen.

³ § 1 Rdz. 174.

⁴ Umstritten, siehe zur Schenkung von OHG-Beteiligungen, wo die Problematik gleich liegt, § 2 Rdz. 6; zur Schenkung einer KG-Beteiligung § 3 Rdz. 6.

Teil der Gesellschafterstellung und schließen daher die Annahme einer Schenkung nicht aus⁵. Es liege dann jedenfalls eine Schenkung vor, wenn der Wert der Beteiligung die Belastungen, die den Gesellschafter aus der persönlichen Haftung treffen, deutlich übersteigt⁶. Aber das überzeugt nicht. Entscheidend ist, dass sich die Gesellschafter von der Aufnahme eines weiteren Gesellschafters diese „Gegenleistung“ versprechen, nicht aber, ob diese zwangsläufig mit der Übernahme einer Gesellschafterstellung verbunden ist, und auch nicht, ob sie sich rentiert. Nur bei reinen Innengesellschaften⁷ besteht ein solches Haftungsrisiko nicht. Dann ist eine Schenkung möglich. Gegenstand der Schenkung ist dann die geplante Beteiligung an der Gesellschaft. Mit Begründung der Gesellschafterstellung, also mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages, ist die Schenkung vollzogen⁸. Daher tritt Heilung nach § 518 Abs. 2 BGB ein, wenn zuvor eine notarielle Beurkundung nicht durchgeführt wurde.

- 12 b) Der Gesellschaftsvertrag kann *genehmigungsbedürftig* sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Gesellschaftszweck auf das Betreiben eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist und eine Person Gesellschafter werden soll, die durch einen Vormund, Betreuer oder ihre Eltern vertreten wird (§§ 1643 Abs. 1, 1799 Abs. 1, 1852 Nr. 2 BGB). Dann ist die Genehmigung des Familiengerichtes erforderlich. Auf diese Weise soll der Minderjährige bzw. der Betreuungsbedürftige vor den Risiken geschützt werden, die mit dem Betreiben eines Erwerbsgeschäftes verbunden sind. Hinzu tritt für Minderjährige die Möglichkeit, bei Eintritt der Volljährigkeit die Haftung auf den Bestand des Vermögens zu beschränken, das in diesem Zeitpunkt vorhanden ist (§ 1629a BGB)⁹. Auch besteht ein besonderes Kündigungsrecht (§ 725 Abs. 4 BGB). Ist auch der gesetzliche Vertreter, der Vormund bzw. der Betreuer oder dessen Ehepartner bzw. Verwandter in gerader Linie an der Gesellschaft beteiligt, ist außerdem noch die Bestellung eines Pflegers notwendig (§§ 1629 Abs. 2, 1789 Abs. 2, 1824 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB).

2. Eintragung im Gesellschaftsregister/Statuswechsel

- 13 Nach § 707 BGB können die Gesellschafter die Gesellschaft zur Eintragung im Gesellschaftsregister anmelden. Die Eintragung ist *im Grundsatz*

⁵ Kollhosser AcP 194 (1994), 231, 247.

⁶ OLG Schleswig NZG 2012, 1423, 1424; MünchKomm-Schäfer § 705 Rdz. 43.

⁷ Zur Innengesellschaft § 1 Rdz. 41.

⁸ BGH NZG 2012, 222; Blaurock NZG 2012, 512, dort auch zu der zuvor von der Judikatur vertretenen Ansicht (kein Vollzug, lediglich Ersetzung eines schuldrechtlichen Anspruchs aus dem Schenkungsvertrag durch einen anderen, dem aus dem Gesellschaftsvertrag der Innengesellschaft).

⁹ Zu dieser Regel Grunewald ZIP 1999, 597; Habersack FamRZ 1999, 1.