

**Zweites Buch. Handelsgesellschaften  
und stille Gesellschaft. Erster  
Abschnitt. Offene  
Handelsgesellschaft, Zweiter  
Abschnitt. Kommanditgesellschaft: §§  
105-229, Konzernrecht der  
Personengesellschaften**

5. Auflage 2022  
ISBN 978-3-406-75842-3  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](http://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](http://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](http://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Einstimmigkeitsprinzip bei der Willensbildung stehen dagegen zur Disposition der Gesellschafter.<sup>79</sup>

**h) Handelsgesellschaft und Kaufmann.** OHG und KG sind Handelsgesellschaften und als solche gemäß § 6 Abs. 1 Kaufleute.<sup>80</sup> Ihre Kaufmannseigenschaft gründet nach herkömmlicher Auffassung auf dem Betrieb eines Handelsgewerbes iSd § 105 Abs. 1.<sup>81</sup> Im Gegensatz zu GmbH (§ 13 Abs. 3 GmbHG), AG (§ 3 Abs. 1 AktG) und Genossenschaft (§ 77 Abs. 2 GenG) sind sie keine Kaufleute kraft Rechtsform.<sup>82</sup> Ob sich dies durch die Erweiterung des Kreises zulässiger Gesellschaftszwecke in § 105 Abs. 2 geändert hat, wird unterschiedlich beurteilt;<sup>83</sup> von der hL aber verneint.<sup>84</sup>

Als Handelsgesellschaft kann die OHG etwa Prokura erteilen, sie ist zur Buchführung und Bilanzierung verpflichtet, und ihre Geschäfte sind Handelsgeschäfte iSd § 343.<sup>85</sup> Auf die Vermutung des § 344 kommt es dabei nicht an, weil die OHG kein „Privatleben“ hat.<sup>86</sup> Dagegen gelten die ergänzenden Vorschriften über den Jahresabschluss (§ 264 ff.) und dessen Offenlegung (§§ 325 ff.) nicht für die OHG, sofern bei ihr wenigstens ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist (vgl. § 264a HGB). Publizitätspflichtig ist die OHG daher nur in jenen seltenen Fällen, in denen sie die gesetzlichen Größenmerkmale des Publizitätsgesetzes erfüllt.

Hiervon zu unterscheiden und seit jeher bestritten ist, ob der Status der OHG als Handelsgesellschaft auf die Kaufmannseigenschaft ihrer Gesellschafter abfärbt (→ Rn. 212 ff.).

**i) Rechtsformzwang.** Die OHG bildet die Grundform im System der Handelsgesellschaften.<sup>87</sup> Wird ein kaufmännisches Handelsgewerbe mitunternehmerisch betrieben und haben sich die Beteiligten nicht in zulässiger Weise einer besonderen Rechtsform bedient (KG oder Kapitalgesellschaft), so begründet dieser mitunternehmerische Betrieb automatisch den Tatbestand einer OHG.<sup>88</sup> Zur Durchsetzung des numerus clausus der Gesellschaftsformen<sup>89</sup> kommt der OHG mit anderen Worten eine **Auffangfunktion in Fällen der Rechtsformverfehlung** zu.<sup>90</sup> Im Schrifttum pflegt man dies als gesellschaftsrechtlichen Rechtsformzwang zu bezeichnen.<sup>91</sup> Er hat zur Folge, dass ein entgegenstehender Parteiwille kraft objektiven Rechts für unmaßgeblich erklärt wird.<sup>92</sup> Zielt der Zusammenschluss nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes, so tritt kraft Rechtsformzwangs die GbR an die Stelle der OHG.<sup>93</sup>

## II. Begriffsmerkmale der handelsgewerblichen OHG (Abs. 1)

**1. Mindestens zwei Gesellschafter. a) Grundsatz.** Eine OHG muss sowohl bei ihrer Entstehung als auch später aus mindestens zwei Personen bestehen.<sup>94</sup> Fehlt es daran

<sup>79</sup> Dies einräumend Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 38.

<sup>80</sup> Vgl. Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 43; Heidel/Schall/Heidel Rn. 8.

<sup>81</sup> Vgl. Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 43.

<sup>82</sup> Vgl. Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 43.

<sup>83</sup> Bejahend K. Schmidt NJW 1998, 2161 (2166); K. Schmidt FS Kreutz, 2010, 837, wonach eine eingetragene OHG Formkaufmann ist.

<sup>84</sup> Vgl. Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 266.

<sup>85</sup> Vgl. Heidel/Schall/Heidel Rn. 8; Wiedemann GesR II § 8 I 2, 680.

<sup>86</sup> Vgl. Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 44.

<sup>87</sup> Näher K. Schmidt, Zur Stellung der oHG im System der Handelsgesellschaften, 1972, 121 ff.; knapper EBS/Wertenbruch Rn. 9; Röhrich/v. Westphalen/Haas/Haas Rn. 1a.

<sup>88</sup> Vgl. BGHZ 22, 240 (244) = NJW 1957, 218; BGHZ 32, 307 (310) = NJW 1960, 1664; BGH NJW 1979, 1705 (1706); Baumbach/Hopt/Roth Rn. 7; BeckOK HGB/Klimke Rn. 1; EBS/Wertenbruch Rn. 10; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 15; A. Hueck OHG § 1 II, 14.

<sup>89</sup> Bündig Flume BGB AT I 1 § 13 III, 196: „Der Gestaltungsfreiheit vorgegeben sind die Gesellschaftsformen“.

<sup>90</sup> Vgl. Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 15.

<sup>91</sup> Vgl. EBS/Wertenbruch Rn. 10; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 15.

<sup>92</sup> Vgl. EBS/Wertenbruch Rn. 10; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 15.

<sup>93</sup> Vgl. Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 15.

<sup>94</sup> Vgl. BGHZ 32, 307 (315 f.) = NJW 1960, 1664; BGHZ 48, 203 (206) = NJW 1967, 2203; BGHZ 71, 296 (300) = NJW 1978, 1525; BGH NJW-RR 1990, 798; NZG 2008, 704; OLG Frankfurt

schon zu Beginn, entsteht keine OHG und auch keine andere Personengesellschaft. Fallen nachträglich alle Anteile in einer Person zusammen, zB durch Anteilsübertragung oder Erbgang, oder tritt der letzte Mitgesellschafter aus der Gesellschaft aus, so erlischt diese ohne Liquidation (→ § 131 Rn. 7).<sup>95</sup> Eine **Einpersonen-OHG** ist nach ganz hM grundsätzlich **nicht möglich**.<sup>96</sup>

**31** Die **Begründungen** für das Zweipersonenerfordernis **variieren**. Vielfach wird auf das Wesen der OHG,<sup>97</sup> die Rechtsnatur der OHG als Gruppe oder Gesamthand,<sup>98</sup> die Sozietäts-<sup>99</sup> bzw. zwingende Vertragskonstruktion der OHG<sup>100</sup> oder auf den Institutionenschutz<sup>101</sup> verwiesen. Neben diese grundsätzlichen Erwägungen treten stärker gesetzesbezogene Ableitungen, etwa der Hinweis darauf, dass im OHG-Recht eine Vorschrift wie § 1 GmbHG fehlt, die eine Einpersonen-Gründung gestattet.<sup>102</sup> Einen weiteren Fingerzeig gibt § 140 Abs. 1 S. 2, der erkennen lässt, dass dem Gesetz die Einpersonen-OHG fremd ist.<sup>103</sup> In dieselbe Richtung weist § 105 Abs. 1, der davon spricht, dass „bei keinem der Gesellschafter“ (Plural!) die Haftung beschränkt ist.<sup>104</sup> Schließlich zieht man eine Parallele zu den Rechtsfiguren der Konfusion und Konsolidierung:<sup>105</sup> Das Verpflichtungsgeschäft der Gesellschafter untereinander verliert seine Daseinsberechtigung, wenn es keine rechtliche Verbindung mehr zwischen verschiedenen Personen gibt; bei einem verbleibenden Gesellschafter ist ein zusätzlicher Rechtsträger weder nötig noch kann er so wie eigentlich gedacht funktionieren.<sup>106</sup>

**32** Für das Zweipersonenerfordernis genügt die Beteiligung einer natürlichen und einer juristischen Person oder mehrerer juristischer Personen.<sup>107</sup> Dies gilt auch dann, wenn der Mitgesellschafter gleichzeitig einziges Mitglied der juristischen Person ist, wie in der sog. Einpersonen-GmbH & Co. KG.<sup>108</sup> Nicht ausreichend ist dagegen die Mitgliedschaft nur einer juristischen Person oder nur einer Personengesellschaft, auch wenn diese selbst mehrere Gesellschafter hat (s. auch → Rn. 242).<sup>109</sup> Eine solche „Gesellschafter-Gesellschaft“ hält

NZG 2004, 808; Baumbach/Hopt/Roth Rn. 18; BeckOGK/Sanders Rn. 355 ff.; BeckOK HGB/Klimke Rn. 62; GroßkommHGB/R. Fischer, 3. Aufl. 1973, Rn. 21; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 70; Heidel/Schall/Heidel Rn. 34; Heymann/Emmerich Rn. 39; A. Hueck OHG § 3 II, 25; Oetker/Lieder Rn. 37; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas Rn. 4; Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 24; K. Schmidt GesR § 45 I 2 b, 1312; Sieveking FS Schippel, 1996, 503 ff.; Ulmer ZHR 176 (2003), 103 ff.

<sup>95</sup> Vgl. BGHZ 71, 296 (300) = NJW 1978, 1525; BGHZ 113, 132 (133) = NJW 1991, 844; OLG München NZG 2008, 780; OLG Hamm NZG 2012, 20; Heidel/Schall/Heidel Rn. 34; Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 24.

<sup>96</sup> Vgl. Armbrüster ZGR 2014, 333 (342); Baumbach/Hopt/Roth Rn. 18; EBSJ/Wertenbruch Rn. 53; Flume BGB AT I 1 § 7 III 3, 99; Hensler/Strohn/Hensler Rn. 5; Heymann/Emmerich Rn. 39; A. Hueck OHG § 2 II, 25; Oetker/Lieder Rn. 37; K. Schmidt GesR § 8 IV 2 b, 209.

<sup>97</sup> So A. Hueck OHG § 2 II, 25; Windbichler GesR § 12 Rn. 1; der Sache nach auch Ulmer NJW 1990, 73 (76); zust. BeckOGK/Sanders Rn. 358; Fett/Brand NZG 1999, 45 (47).

<sup>98</sup> In diesem Sinne Flume BGB AT I 1 § 7 III 3, 99; zust. BeckOGK/Sanders Rn. 358; Fett/Brand NZG 1999, 45 (47).

<sup>99</sup> So K. Schmidt GesR § 8 IV 2 b, 209; K. Schmidt, Zur Stellung der oHG im System der Handelsgesellschaften, 1972, 194; zust. Oetker/Lieder Rn. 37; abw. Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, 1970, 104 f.

<sup>100</sup> Vgl. BeckOK HGB/Klimke Rn. 62; EBSJ/Wertenbruch Rn. 53; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 70 und 74; Koch GesR § 10 Rn. 12.

<sup>101</sup> Vgl. Armbrüster ZGR 2014, 333 (342 ff.).

<sup>102</sup> Vgl. Armbrüster ZGR 2014, 333 (344 ff.); BeckOK HGB/Klimke Rn. 62; EBSJ/Wertenbruch Rn. 53; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 70; Oetker/Lieder Rn. 37; abw. Grunewald GesR § 1 Rn. 2.

<sup>103</sup> Vgl. KG ZIP 2007, 1505 (1507); Fett/Brand NZG 1999, 45 (47 f.); Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas Rn. 4.

<sup>104</sup> Vgl. Heidel/Schall/Heidel Rn. 35.

<sup>105</sup> Vgl. K. Schmidt GesR § 8 IV 2 b, 209; „[...] so endet das Gesellschaftsverhältnis durch Konfusion, und die Gesamthand fällt in sich zusammen.“; ferner Fett/Brand NZG 1999, 45 (46); Oetker/Lieder Rn. 38.

<sup>106</sup> So v. Bary AcP 220 (2020), 343 (356); s. auch Wiedemann GesR II § 1 VI 2, 85 f.

<sup>107</sup> Vgl. Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas Rn. 4; Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 24.

<sup>108</sup> Vgl. Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas Rn. 4; Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 24.

<sup>109</sup> Vgl. BGH ZIP 1990, 505 (506); Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas Rn. 4; Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 24.

nur eine Beteiligung und benötigt daher Mitgesellschafter. Nicht erforderlich ist demgegenüber, dass sich mehrere Gesellschafter kapitalmäßig beteiligen; es reicht, dass eine natürliche Person wirtschaftlich der einzige Kapitaleigner ist, wie etwa bei der Einpersonen-GmbH & Co. KG.

**b) Ausnahmen.** Der Grundsatz, dass mindestens zwei Gesellschafter vorhanden sein müssen, bedarf in Sonderfällen der Korrektur.<sup>110</sup> Richtigerweise kommt es nicht auf das Vorhandensein mehrerer Gesellschafter an, sondern auf das Vorhandensein mehrerer getrennter Mitgliedschaften.<sup>111</sup> Die Frage nach der ausnahmsweisen Zulässigkeit einer Einpersonen-OHG berührt sich hier mit der eng benachbarten Frage nach punktuellen Durchbrechungen der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft in der Personengesellschaft (→ Rn. 251 ff.).

Das bisher vorliegende Rechtsprechungsmaterial betrifft Fälle, in denen alle Personen- 34  
gesellschaftsanteile nachträglich in einer Hand zusammenfallen, **ein Anteil aber Gegenstand eines Sonderregimes** ist, zB aufgrund erbrechtlicher Verfügungen (Vor- und Nacherbschaft, Testamentsvollstreckung), sachenrechtlicher Belastungen (Nießbrauch, Pfandrecht) oder schuldrechtlicher Sonderrechte (Vermächtnisanspruch, Vorkaufrecht).<sup>112</sup> Hier stellt sich jeweils die Frage, ob im Hinblick auf dieses Sonderrecht das Fortbestehen einer Einpersonen-OHG – bzw. eine Mehrfachbeteiligung an einer Personengesellschaft (→ Rn. 250) – hingenommen wird oder ob das Sonderrecht durch die Anteilsvereinigung erlischt. Denkbar ist schließlich auch eine Aufrechterhaltung des Sonderrechts durch Ersatzkonstruktionen<sup>113</sup> wie eine stille Beteiligung,<sup>114</sup> eine Treuhandgestaltung<sup>115</sup> oder die Bestellung eines Quotenießbrauchs.<sup>116</sup> Im Schrifttum mehren sich die Stimmen, die zum Schutze des Sonderrechts ein Fortbestehen der Einpersonen-OHG in einzelnen oder allen genannten Fällen befürworten. Die Diskussion ist aber nach wie vor stark im Fluss. Den Ausschlag geben sollten nicht konstruktiv-dogmatische Erwägungen, sondern eine **wertende Betrachtung unter Abwägung der gegenläufigen Interessen**.<sup>117</sup>

Anerkannt hat die Rspr. bisher einen **separaten Fortbestand der eingliedri- 35  
gen OHG** im Falle der Vor- und Nacherbfolge.<sup>118</sup> Außerdem hindert die Anordnung der Testamentsvollstreckung nach hM das Erlöschen der OHG, wenn der einzige Miterbe Alleingesellschafter wird.<sup>119</sup> Gleiches wird für den Fall der Nachlassverwaltung oder Nachlassinsolvenz angenommen.<sup>120</sup> Unter Hinweis auf ein besonderes Kontinuitätsinteresse der dinglich Berechtigten bejaht die hM ferner eine Teilbarkeit der Mitgliedschaft in einen unbelasteten und einen belasteten Anteil trotz Gesellschafteridentität bei der Belastung des

<sup>110</sup> Vgl. BeckOGK/Sanders Rn. 362; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 74; Heidel/Schall/Heidel Rn. 34; Heymann/Emmerich Rn. 40; Oetker/Lieder Rn. 38; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas Rn. 5; Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 26.

<sup>111</sup> Vgl. Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 25.

<sup>112</sup> Näher v. Bary AcP 220 (2020), 343 (348 ff.).

<sup>113</sup> Zu ihnen v. Bary AcP 220 (2020), 343 (359).

<sup>114</sup> Vgl. Fett/Brand NZG 1999, 45 (54); Flume BGB AT I 1 § 7 III, 102.

<sup>115</sup> Vgl. BGHZ 24, 106 = NJW 1957, 1026.

<sup>116</sup> Vgl. OLG Schleswig ZEV 2007, 40 (42).

<sup>117</sup> So auch v. Bary AcP 220 (2020), 343 (358 ff.); Heymann/Emmerich Rn. 41; Oetker/Lieder Rn. 38.

<sup>118</sup> Vgl. BGHZ 98, 48 (57 f.) = NJW 1986, 2431; v. Bary AcP 220 (2020), 343 (369 ff.); BeckOGK/Sanders Rn. 362 iVm 375; Baur/Grunsky ZHR 133 (1970), 209 (217 ff.); Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas Rn. 5; Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 26; Söring, Die Zulässigkeit der Mehrfachbeteiligung an einer Personengesellschaft, 1997, 106 ff.; abw. EBJS/Wertenbruch Rn. 61; Flume BGB AT I 1 § 7 III, 99 ff.; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 73; Oetker/Lieder Rn. 38; Ulmer ZHR 167 (2003), 103 (115).

<sup>119</sup> Vgl. BGHZ 98, 48 (57) = NJW 1986, 2431; BGH NJW 1996, 1284 (1286); v. Bary AcP 220 (2020), 343 (364 ff.); Esch BB 1993, 664 (665 f.); Esch BB 1996, 1621 (1625 f.); Oetker/Lieder Rn. 38; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas Rn. 5; Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 26.

<sup>120</sup> Vgl. OLG Hamm ZEV 1999, 234 (236); v. Bary AcP 220 (2020), 343 (364 ff.); EBJS/Wertenbruch Rn. 57; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 73; Oetker/Lieder Rn. 38; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas Rn. 5; Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 26; offengelassen von BGHZ 113, 132 (137) = NJW 1991, 844 (845).

Gesellschaftsanteils mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht.<sup>121</sup> Fürsprecher findet des Weiteren der Fortbestand einer OHG, wenn derselbe Gesellschafter die Anteile teils für eigene Rechnung und teils als Treuhänder für einen Dritten hält.<sup>122</sup> Ähnliches gilt für die Fälle eines Anteilsvermächtnisses<sup>123</sup> und eines Vorkaufsrechts.<sup>124</sup> Für die meisten der genannten Fälle steht freilich eine höchstrichterliche Klärung noch aus.

**36 Noch weitergehende Stimmen**, die sich jenseits der genannten Fallgestaltungen schon nach geltendem Recht für die generelle Anerkennung der Einpersonen-OHG aussprechen,<sup>125</sup> haben sich bisher mit Recht nicht durchsetzen können.<sup>126</sup> Gegen sie sprechen zwar nicht vermeintliche Wesensmerkmale von Personengesellschaft oder Gesamthand,<sup>127</sup> doch ist es zur Vermeidung übermäßig komplizierter Konstruktionen gerechtfertigt, ihren Befürwortern die Begründungslast für einen solchen Rechtsfortbildungsschritt aufzuerlegen.<sup>128</sup> Dies gilt nicht zuletzt deshalb, weil ein „grundloses“ Sondervermögen einer natürlichen Person nach deutschem Recht – anders als nach französischem<sup>129</sup> – nicht den Vorteil einer Haftungsbeschränkung böte.<sup>130</sup>

**37 c) Rechtspolitische Perspektiven.** De lege ferenda kann man erwägen, der Einpersonen-OHG zur Bewältigung von Übergangssituationen und mit einer klaren zeitlichen Begrenzung größere Anwendungsspielräume zu eröffnen.<sup>131</sup> Anregungen dafür hält die Rechtsvergleichung bereit (→ Vor § 105 Rn. 32): **Ausländische Rechtsordnungen** ordnen teilweise ausdrücklich an, dass das Herabsinken einer Personen(handels)gesellschaft auf einen Gesellschafter **während einer Übergangsphase nicht automatisch deren Auflösung** zur Folge hat.<sup>132</sup> Eingeführt durch die französische Reform von 1966 (maximal ein Jahr), hat eine solche Regelung auch in Griechenland (maximal zwei Monate) und den Vereinigten Staaten (maximal 90 Tage) Anklang gefunden. In diese Richtung weist für das Liquidationsstadium ferner Art. 31 Abs. 3 EWIV-VO iVm Art. 4

<sup>121</sup> Vgl. LG Hamburg NZG 2005, 926 (927); v. Bary AcP 220 (2020), 343 (366 ff.); BeckOGK/Sanders Rn. 362 iVm 377 f.; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 73; Oetker/Lieder Rn. 38; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas Rn. 5; Ulmer ZHR 167 (2003), 103 (114); offengelassen von OLG Schleswig ZIP 2006, 615; abw. OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 619 (620); EBJS/Wertenbruch Rn. 63.

<sup>122</sup> Vgl. BeckOGK/Sanders Rn. 362 iVm 376; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 73; KKRD/Kindler Rn. 14; Oetker/Lieder Rn. 38; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas Rn. 4; Ulmer ZHR 167 (2003), 103 (114 f.); zweifelnd Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 26; offenlassend OLG Hamm BeckRS 1998, 3091495; abw. EBJS/Wertenbruch Rn. 56.

<sup>123</sup> Vgl. v. Bary AcP 220 (2020), 343 (372 ff.); Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 73; Oetker/Lieder Rn. 38; Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 26; abw. Ulmer ZHR 167 (2003), 103 (115).

<sup>124</sup> Vgl. v. Bary AcP 220 (2020), 343 (374 f.).

<sup>125</sup> In diesem Sinne mit Unterschieden iE Baumann BB 1998, 225 (230); Grunewald GesR § 1 Rn. 2; Kanzleiter Freundesgabe Weichler, 1997, 39 ff.; Pfister, Die Einmann-Personengesellschaft, 1999, 125 ff., 162 ff., 176 ff., 195 ff.; Raiser AcP 194 (1994), 495 (509 f.); Weimar ZIP 1997, 1769; nur mit Einschränkungen T. Schmidt, Einmann-Personengesellschaften, 1998, 44, 87.

<sup>126</sup> Abl. auch Armbrüster ZGR 2014, 333 (344 ff.); Bippus AcP 195 (1995), 13 (32); EBJS/Wertenbruch Rn. 46; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 74; Heymann/Emmerich Rn. 39; Heidel/Schall/Heidel Rn. 35; Koch GesR § 10 Rn. 12; Oetker/Lieder Rn. 37; Wiedemann GesR II § 5 II 3 b, 459.

<sup>127</sup> Wie hier Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft ZIP-Beil. 2/2021, 3 (9); v. Bary AcP 220 (2020), 343 (355), wonach eine „Argumentation mit Denklogik und Naturgesetzmäßigkeiten an ihre Grenzen stößt“.

<sup>128</sup> Ebenso Wiedemann GesR II § 1 VI 2, 85; iErg auch Schäfer Gutachten E für den 71. DJT 2016, E 47: „[...] nicht ersichtlich, welcher hinreichend gewichtige Bedarf die Abkehr von einem Grundprinzip des Personengesellschaftsrechts sollte rechtfertigen können“; ferner Armbrüster ZGR 2014, 333 (346).

<sup>129</sup> Vgl. Art. L 526-6 Abs. 1 Code de commerce, wonach jeder Einzelunternehmer für die Durchführung seiner beruflichen Tätigkeit ein von seinem persönlichen Vermögen getrenntes Vermögen, das sog. *patrimoine affecté*, bestimmen kann, ohne eine juristische Person zu gründen; rechtsvergleichend Dubarry/J.W. Flume ZEuP 2012, 128.

<sup>130</sup> Darauf hinweisend auch v. Bary AcP 220 (2020), 343 (346) m. Fn. 10.

<sup>131</sup> Ähnlich Wiedemann GesR II § 1 VI 2, 85 ff.; in diese Richtung auch Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft ZIP-Beil. 2/2021, 3 (8).

<sup>132</sup> Vgl. Fleischer/Cools ZGR 2019, 463 (498) mwN.



Abs. 2 EWIV-VO.<sup>133</sup> Kein ausländisches Regelungsvorbild gibt es dagegen, soweit ersichtlich, für die generelle Zulässigkeit einer Einpersonen-Personengesellschaft,<sup>134</sup> wie sie im Zuge der Personengesellschaftsrechtsreform vereinzelt gefordert wird.<sup>135</sup>

**2. Gesellschaftsvertrag. a) Vertrag iSd § 705 BGB. aa) Grundlagen.** OHG und 38 KG bedürfen wie jede Personengesellschaft einer vertraglichen Grundlage.<sup>136</sup> Die Lehre von der faktischen Gesellschaft, die auf eine rechtsgeschäftliche Fundierung verzichten wollte und damit in den 1930er Jahren politisch tonangebend war (→ Rn. 479),<sup>137</sup> hat sich nicht durchgesetzt (→ Rn. 484). Sie ist vom BGH sachlich und terminologisch schon früh zurückgewiesen worden.<sup>138</sup> Der Vertrag, den § 105 Abs. 3 im Verweisungswege fordert, ist ein Gesellschaftsvertrag iSd § 705 BGB.<sup>139</sup> Dessen Einzelvoraussetzungen bereiten in der praktischen Rechtsanwendung keine größeren Schwierigkeiten.<sup>140</sup> Daher mögen hier kürzere Erläuterungen genügen.

**bb) Gemeinsamer Zweck. (1) Allgemeines.** § 705 BGB setzt einen gemeinsamen 39 Zweck voraus. Gemeint ist damit ein überindividueller Verbandszweck.<sup>141</sup> Er schließt nicht aus, dass die einzelnen Gesellschafter mit der OHG auch persönliche, eigennützige Absichten verfolgen.<sup>142</sup> Der Zweck, gemeinsam ein Handelsgewerbe zu betreiben (→ Rn. 46 ff.), ist stets zugleich ein gemeinsamer Zweck iSd § 705 BGB.<sup>143</sup> Er ist vom Unternehmensgegenstand als dem konkreten Tätigkeitsbereich der Gesellschaft zu unterscheiden.<sup>144</sup> Das Registergericht hat nach § 24 Abs. 4 HRV darauf hinzuwirken, dass der Unternehmensgegenstand bei der Anmeldung zum Handelsregister angegeben wird (→ § 106 Rn. 36).

**(2) Notwendige Ergebnisbeteiligung aller Gesellschafter?** Regelmäßig werden 40 die Gesellschafter, wenn auch nicht immer gleichmäßig, am Gewinn der OHG teilhaben. Die früher hL hatte eine Gewinnbeteiligung aller Gesellschafter sogar als rechtlich notwendig angesehen, weil der Zweck der Gesellschaft allen gemeinsam sein müsse.<sup>145</sup> Sie bejahte damit ein Verbot der sog. *societas leonina*.<sup>146</sup> Diese überkommene Sicht vermochte sich in Rspr. und Rechtslehre jedoch nicht zu behaupten<sup>147</sup> und ist auch rechtsvergleichend im Rückzug begriffen.<sup>148</sup> Für eine von der KG zur GbR herabgesunkene Gesellschaft sprach der BGH im Jahre 1987 aus, dass eine Person, die nicht an Gewinn und Verlust der

<sup>133</sup> Dazu auch – freilich mit weiterreichenden Folgen schon de lege lata – Weimar ZIP 1997, 1769 (1772); abl. für das geltende Recht BeckOGK/Sanders Rn. 357; Fett/Brand NZG 1999, 45 (49).

<sup>134</sup> Dazu aus US-amerikanischer Sicht das Streitgespräch Hillman/Weidner 17 Fordham J. Corp. & Fin. L. 449 (2012); de lege ferenda für eine one-person partnership etwa Hansman/Kraakman 110 Yale L.J. 387, 413 f. (2000).

<sup>135</sup> Damit sympathisierend Bachmann NZG 2020, 612 (615); Schall ZIP 2020, 1443 (1447).

<sup>136</sup> Vgl. Baumbach/Hopt/Roth Rn. 47; EBJS/Wertenbruch Rn. 22; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 136; A. Hueck OHG § 6 I, 49; Oetker/Lieder Rn. 8; Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 27; Wiedemann GesR II § 2 II 2 a, 100.

<sup>137</sup> Repräsentativ Siebert FS Hedemann, 1938, 266 (287 ff.).

<sup>138</sup> Vgl. BGHZ 11, 190 = NJW 1954, 231; zum terminologischen Wandel von der faktischen zur fehlerhaften Gesellschaft R. Fischer Anm. zu LM § 105 Nr. 19.

<sup>139</sup> Vgl. Baumbach/Hopt/Roth Rn. 47; EBJS/Wertenbruch Rn. 222; Henssler/Strohn/Henssler Rn. 5; Oetker/Lieder Rn. 8; Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 28.

<sup>140</sup> Vgl. Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 28.

<sup>141</sup> Vgl. EBJS/Wertenbruch Rn. 23; Flume BGB AT I 1 § 3 I, 37 f.; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 20; Henssler/Strohn/Henssler Rn. 6; Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 29; umfassend, auch rechtshistorisch, Lüdeking AcP 220 (2020), 303.

<sup>142</sup> Vgl. BGH NJW 1951, 308; 1960, 145 (147); BGHZ 31, 105 = NJW 1960, 145; EBJS/Wertenbruch Rn. 65; GroßkommHGB/R. Fischer, 3. Aufl. 1973, Rn. 9; Henssler/Strohn/Henssler Rn. 20.

<sup>143</sup> Vgl. Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 29.

<sup>144</sup> Vgl. GroßkommHGB/R. Fischer, 3. Aufl. 1973, Rn. 13; Oetker/Lieder Rn. 18.

<sup>145</sup> Vgl. RGZ 95, 147 (149); RG JW 1930, 2655; Ballerstedt JuS 1963, 253 (255); Düringer/Hachenburg/Flechtheim Rn. 2; Schulze-Osterloh, Der gemeinsame Zweck der Personengeschafter, 1973, 25, 66; Wieland, Handelsrecht, Bd. I, 1921, 462, 502, 548.

<sup>146</sup> Zum römisch-rechtlichen Ausgangspunkt Fleischer JZ 2019, 53 (54) mwN; monographisch Hingst, Die societas leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte, 2003.

<sup>147</sup> Vgl. Flume BGB AT I 1 § 3 II, 42 ff.; A. Hueck OHG § 1 I 1 b, 3 f.

<sup>148</sup> Vgl. Fleischer FS Köndgen, 2016, 201 (202 ff.) mwN.

Gesellschaft beteiligt ist, sondern als Geschäftsführer nur eine feste Tätigkeitsvergütung erhält, gleichwohl Gesellschafter sein könne.<sup>149</sup> Die neuere Lehre stimmt dem fast einhellig zu.<sup>150</sup> Maßgeblich ist die Erwägung, dass **zwischen dem gemeinsamen Zweck** iSd § 705 BGB **und der individuellen Motivlage** eines jeden Gesellschafters zu **unterscheiden** ist.<sup>151</sup> Ob letzterer mit seiner Beteiligung ein materielles oder ideelles Interesse verfolgt, ist für das Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses ohne Belang.<sup>152</sup> Statt eines starren Verbots der *societas leonina* verdient die bewegliche Schranke des § 138 BGB zur Überprüfung eines Gewinnausschlusses den Vorzug.<sup>153</sup> Im Lichte aller Fallumstände mag sich dann ergeben, dass die konkrete Gewinnabrede wegen ihrer einseitigen Gestaltung sittenwidrig ist.<sup>154</sup>

- 41 **cc) Beitragspflicht.** Nach § 105 Abs. 3 iVm § 705 BGB sind die Gesellschafter verpflichtet, die Erreichung des gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.<sup>155</sup> Eine bestimmte Art der Leistung verlangt das Gesetz nicht.<sup>156</sup> Es ist insbesondere nicht erforderlich, dass Geld- oder Sachleistungen erbracht werden.<sup>157</sup> In Betracht kommt vielmehr jedes erlaubte Tun oder Unterlassen, das den Gesellschaftszweck fördert (→ Rn. 276).<sup>158</sup> Es genügt sogar der bloße Beitritt zur Gesellschaft, weil die damit verbundene Haftung des OHG-Gesellschafters mit seinem ganzen Vermögen die Kreditwürdigkeit der OHG stärkt.<sup>159</sup> Die Frage nach einer „beitragsfreien Gesellschaft“<sup>160</sup> kann sich für die OHG daher überhaupt nicht stellen.<sup>161</sup>
- 42 **b) Vertragsschluss.** Für die vertragliche Einigung bedarf es nach allgemeinen Regeln übereinstimmender Willenserklärungen, die auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages gerichtet sind.<sup>162</sup> Fehlt es daran, zB weil die Beteiligten nur zum Schein als Gesellschafter aufgetreten sind, so entsteht keine Gesellschaft (→ Rn. 521 ff.). Dagegen hindert die bloße Unwirksamkeit der Erklärungen nicht notwendig das Entstehen einer Gesellschaft. Vielmehr greifen nach ihrer Involzugsetzung die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft ein (→ Rn. 472 ff.).
- 43 Der Gesellschaftsvertrag kann ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossen werden.<sup>163</sup> Ein Formerfordernis greift nur ausnahmsweise ein (→ Rn. 130 ff.). Bedingt durch den Rechtsformzwang (→ Rn. 29), sind die Anforderungen an den Vertragstatbestand gering.<sup>164</sup> **Es genügt die gewollte Mitunternehmerschaft** in Form eines kaufmännischen Unternehmens.<sup>165</sup> Dagegen ist eine besondere Einigung über die Rechtsform der

<sup>149</sup> Vgl. BGH NJW 1987, 3124 (3125).

<sup>150</sup> Vgl. EBJS/Wertenbruch Rn. 23; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 22; Fleischer FS Köndgen, 2016, 202 (208 ff.); Hensler/Strohn/Hensler Rn. 6; Oetker/Lieder Rn. 18; Wiedemann GesR II § 2 II 1, 123 f.

<sup>151</sup> Vgl. BGH NJW 1951, 308; Fleischer JZ 2019, 53 (54 f.); A. Hueck OHG § 1 I 1 b, 4.

<sup>152</sup> Vgl. Fleischer JZ 2019, 53 (55); A. Hueck OHG § 1 I 1 b, 4; Wiedemann GesR II § 2 III 1, 123 f.

<sup>153</sup> Vgl. Fleischer FS Köndgen, 2016, 201 (212); Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 22.

<sup>154</sup> Vgl. Fleischer JZ 2019, 53 (55); Flume BGB AT I 1 § 3 V, 49.

<sup>155</sup> Vgl. BGH NZG 2020, 381 Rn. 16: „Eine Gesellschaft kommt [...] nur zustande, wenn alle Bet. verpflichtet sind, den Gesellschaftszweck durch gemeinsame Leistungen zu fördern“.

<sup>156</sup> Vgl. GroßkommHGB/R. Fischer, 3. Aufl. 1973, Rn. 17.

<sup>157</sup> Vgl. BeckOK HGB/Klimke Rn. 136; EBJS/Wertenbruch Rn. 24; Hensler/Strohn/Hensler Rn. 7; A. Hueck OHG § 14 I, 205.

<sup>158</sup> Vgl. BeckOGK/Sanders Rn. 276; BeckOK HGB/Klimke Rn. 136; EBJS/Wertenbruch Rn. 243.

<sup>159</sup> Vgl. RGZ 37, 58 (61); 80, 268 (271); GroßkommHGB/R. Fischer, 3. Aufl. 1973, Rn. 17; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 18; Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 31.

<sup>160</sup> Staudinger/Kesfler, 12. Aufl. 1991, BGB § 706 Rn. 3.

<sup>161</sup> Dazu bereits GroßkommHGB/R. Fischer, 3. Aufl. 1973, Rn. 17; s. auch Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 18; A. Hueck OHG § 1 I d, 5.

<sup>162</sup> Vgl. EBJS/Wertenbruch Rn. 70; A. Hueck OHG § 6 I, 49; Röhrich/v. Westphalen/Haas/Haas Rn. 15.

<sup>163</sup> Vgl. Baumbach/Hopt/Roth Rn. 54; BeckOGK/Sanders Rn. 66; EBJS/Wertenbruch Rn. 75; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 155; Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 32.

<sup>164</sup> Vgl. Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 32.

<sup>165</sup> Vgl. Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 32; K. Schmidt, Zur Stellung der oHG im System der Handelsgesellschaften, 1972, 185.



OHG nicht notwendiger Bestandteil des Vertragswillens.<sup>166</sup> Der mitunternehmerische Betrieb eines kaufmännischen Handelsgewerbes begründet automatisch eine OHG, sofern keine andere Gesellschaftsform (Kapitalgesellschaft oder KG) errichtet wurde.<sup>167</sup> Eine solche Rechtsformverfehlung berechtigt die Gesellschafter auch nicht zur Anfechtung des Gesellschaftsvertrags nach § 119 Abs. 1 BGB, weil die Wahl der Rechtsform nicht Bestandteil des Willenserklärung zu sein braucht.<sup>168</sup> Jedoch kann sie einen wichtigen Grund für die Auflösung der Gesellschaft bilden, wenn eine Umwandlung in eine den Willen der Gesellschafter entsprechende Rechtsform nicht möglich, durchsetzbar oder zumutbar ist.<sup>169</sup>

Sonderprobleme wirft die **Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts in ungeteilter Erbengemeinschaft** auf. Sie führt jedenfalls nicht zur automatischen Umwandlung in eine OHG nach Ablauf der in § 27 Abs. 2 vorgesehenen Dreimonatsfrist.<sup>170</sup> Von Rechts wegen können die Miterben das Handelsgeschäft vielmehr auch ohne gesellschaftlichen Zusammenschluss in Form einer Erbengemeinschaft ohne zeitliche Begrenzung weiterführen.<sup>171</sup> Für den konkludenten Abschluss eines OHG-Vertrages bedarf es daher im Einzelfall stets zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte (→ Rn. 97).

Keine nennenswerte Relevanz im OHG-Recht hat dagegen die Rspr. zu stillschweigend eingegangenen Gesellschaftsverhältnissen unter Ehegatten oder bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft (→ Rn. 118).<sup>172</sup> Sie betrifft überwiegend Innengesellschaften,<sup>173</sup> während die OHG notwendig Außengesellschaft ist (→ Rn. 13).

**3. Betrieb eines Handelsgewerbes.** Weiterhin verlangt § 105 Abs. 1, dass der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist.

**a) Gewerbe.** Eine Legaldefinition des handelsrechtlichen Gewerbebegriffs fehlt.<sup>174</sup> Rspr. und Rechtslehre verstehen unter einem Gewerbe iSd § 1 Abs. 1 eine planmäßige, auf gewisse Dauer angelegte, selbstständige Tätigkeit, die auf eine wirtschaftliche Tätigkeit am Markt ausgerichtet ist, aber nicht freiberuflicher, wissenschaftlicher oder künstlerischer Art ist (→ § 1 Rn. 26 ff.).<sup>175</sup> Streitig ist die Notwendigkeit einer Gewinnerzielungsabsicht.

Vor diesem Hintergrund bereitet die Einordnung der **ARGE** zur gemeinsamen Durchführung von Bauprojekten Schwierigkeiten. BGH und hergebrachte Lehre haben die ARGE vor Erlass des HRefG von 1998 als GbR eingeordnet, weil sie sich üblicherweise nur auf ein einziges Bauvorhaben beziehe und deshalb nicht auf Dauer angelegt sei.<sup>176</sup> In

<sup>166</sup> Vgl. BGHZ 22, 240 (244) = NJW 1957, 218; BGHZ 32, 307 (310) = NJW 1960, 1664; BGH NJW 1979, 2245; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 158; Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 33.

<sup>167</sup> Vgl. BGHZ 10, 91 (97) = NJW 1953, 1217; BGHZ 22, 240 (244) = NJW 1957, 218; BGHZ 32, 307 (310) = NJW 1960, 1664; EBJS/Wertenbruch Rn. 66; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 158; K. Schmidt, Zur Stellung der oHG im System der Handelsgesellschaften, 1972, 158 ff.; abw. Battes AcP 174 (1974), 429 (434 ff.); Jahnke ZHR 146 (1982), 595 (609 f.); Lieb, Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, 1970, 24 ff.

<sup>168</sup> Vgl. Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 32; K. Schmidt, Zur Stellung der oHG im System der Handelsgesellschaften, 1972, 168 f.

<sup>169</sup> Vgl. Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 32.

<sup>170</sup> Abw. R. Fischer ZHR 144 (1980), 1 (12 ff.); Legers JW 1926, 552; Lion LZ 1925, 842 (847); Lion JW 1925, 2105; Sobich, Erbengemeinschaft und Handelsgeschäft, 1974, 78 ff.

<sup>171</sup> Vgl. BGHZ 92, 259 Ls. 1 = NJW 1985, 136: „Mit der Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch mehrere Miterben ist nicht notwendig ein gesellschaftlicher Zusammenschluß der Miterben verbunden.“; zust. etwa Baumbach/Hopt/Roth Rn. 7; Henssler/Strohn/Henssler Rn. 21; Schlegelberger/K. Schmidt Rn. 95.

<sup>172</sup> Vgl. BeckOGK/Sanders Rn. 71 ff.

<sup>173</sup> Vgl. BGH NJW 2006, 1268; NZG 2016, 547; BeckOGK/Sanders Rn. 72.

<sup>174</sup> Vgl. Begr. RegE HRefG, BT-Drs. 13/8444, 24; Henssler/Strohn/Henssler Rn. 8; Oetker/Lieder Rn. 19.

<sup>175</sup> Vgl. BGHZ 33, 321 (324) = NJW 1961, 725; BGHZ 95, 155 (157) = NJW 1985, 3063; BGHZ 119, 252 = NJW 1992, 3242; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 23; Henssler/Strohn/Henssler Rn. 8; Oetker/Lieder Rn. 19.

<sup>176</sup> Vgl. BGHZ 61, 338 (344 ff.) = NJW 1974, 451; BGHZ 64, 122 = NJW 1975, 1121; BGHZ 86, 300 (307) = NJW 1983, 1114; BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 30.

einem neueren Beschluss hält der BGH eine Einordnung als OHG jedoch für möglich und verlangt „sichere Anhaltspunkte“ für das Vorliegen der Kaufmannseigenschaft im konkreten Einzelfall.<sup>177</sup> Dem haben sich inzwischen verschiedene Instanzgerichte angeschlossen,<sup>178</sup> und auch im Schrifttum mehren sich die Stimmen für einen Meinungswandel.<sup>179</sup> Sie haben die besseren Argumente auf ihrer Seite, weil eine ARGE häufig ein umfangreiches Bauprojekt zum Gegenstand hat, dessen Umsetzung durchaus mehrere Jahre in Anspruch nehmen kann.<sup>180</sup> Erforderlich ist aber, dass sie selbst als Anbieterin des Projekts auftritt und nicht lediglich der Koordinierung ihrer Mitglieder dient, weil es sonst an einer anbietenden Tätigkeit auf dem Markt fehlt.<sup>181</sup> Ist die ARGE im konkreten Fall als OHG einzuordnen, so gilt für sie insbesondere die handelsrechtliche Untersuchungs- und Rügeobliegenheit (§ 377);<sup>182</sup> ferner die Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen (§§ 94, 95 GVG) sowie die Möglichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung (§ 38 ZPO).<sup>183</sup>

- 49 Entgegen einer früher verbreiteten Auffassung erfordert der Gewerbebegriff **keine Gewinnerzielungsabsicht**;<sup>184</sup> vielmehr genügt ein entgeltliches, nicht notwendig kosten-deckendes Auftreten am Markt (→ § 1 Rn. 31).<sup>185</sup> Daher können auch öffentliche Versorgungsunternehmen, karitative Unternehmen oder Abschreibungsgesellschaften schon nach § 105 Abs. 1 eine OHG bilden.<sup>186</sup> Gesellschaftsrechtlich stehen einer gemeinnützigen Personengesellschaft also keine Hindernisse entgegen, wohl aber steuerrechtlich.<sup>187</sup>
- 50 Am **Gewerbebegriff** fehlt es jedoch, wenn sich die Tätigkeit der Gesellschaft darauf beschränkt, die Aktivitäten ihrer Mitglieder zu koordinieren, ohne selbst am Markt aufzutreten.<sup>188</sup> Daher bilden Entwicklungs- und **Einkaufsgemeinschaften** sowie **erlaubte Kartelle** in der Regel keine OHG oder KG, sondern eine GbR.<sup>189</sup>
- 51 **Kein Gewerbe** ist die wissenschaftliche, künstlerische oder **freiberufliche Tätigkeit** (arg. e § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 PartGG; → § 1 Rn. 32 ff.).<sup>190</sup> De lege lata ist den Freiberuflern daher die Gründung einer OHG und KG verwehrt. Sie müssen sich stattdessen der GbR oder PartG bedienen oder – soweit berufsrechtlich zulässig – auf GmbH oder AG zurückgreifen. Die anstehende Reform des Personengesellschaftsrechts durch das MoPeG wird dies jedoch ändern und den freien Berufen den Weg zu den Personenhandelsgesellschaften öffnen, sofern das anwendbare Berufsrecht es gestattet (→ Rn. 530).<sup>191</sup>
- 52 Bei **Mischtätigkeiten** blicken Rspr. und hL grundsätzlich auf das Gesamtbild des Betriebs (→ § 1 Rn. 35).<sup>192</sup> Maßgeblich ist, welche Tätigkeit den **Schwerpunkt** bildet

<sup>177</sup> Vgl. BGH BauR 2009, 702 = BeckRS 2009, 05200.

<sup>178</sup> Vgl. KG BauR 2001, 1790 f.; OLG Dresden NZG 2003, 124 (125 f.); zuvor schon OLG Frankfurt OLG 2005, 257; offenlassend OLG Brandenburg NJW 2012, 2124; abw. OLG Karlsruhe BauR 2006, 1190.

<sup>179</sup> Vgl. BeckOGK/Sanders Rn. 189; EBJS/Wertenbruch Rn. 29; Henssler/Strohn/Henssler Rn. 12; Oetker/Lieder Rn. 20; K. Schmidt DB 2003, 703 (704 f.).

<sup>180</sup> Vgl. BeckOGK/Sanders Rn. 189; EBJS/Wertenbruch Rn. 30 f.; Henssler/Strohn/Henssler Rn. 12; s. auch Lakkeis NZBau 2012, 737 (738).

<sup>181</sup> Vgl. OLG Dresden NZG 2003, 124; BeckOGK/Sanders Rn. 189; Oetker/Lieder Rn. 20.

<sup>182</sup> Vgl. OLG Braunschweig NJW 2012, 2124; BeckOGK/Sanders Rn. 189; EBJS/Wertenbruch Rn. 31.

<sup>183</sup> Vgl. LG Frankfurt a.M. BauR 2012, 1289; OLG Dresden NZG 2003, 124 (125 f.); BeckOGK/Sanders Rn. 189; EBJS/Wertenbruch Rn. 31.

<sup>184</sup> Abw. etwa BGHZ 49, 258 (260) = NJW 1968, 639; A. Hueck OHG § 1 I 2 a, 7.

<sup>185</sup> Vgl. OLG Dresden NZG 2003, 124; BeckOGK/Sanders Rn. 191; EBJS/Wertenbruch Rn. 26; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 23; Henssler/Strohn/Henssler Rn. 8; Oetker/Lieder Rn. 20; offenlassend BGHZ 167, 40 (45 f.) = NJW 2006, 2250.

<sup>186</sup> Vgl. BeckOGK/Sanders Rn. 191; EBJS/Wertenbruch Rn. 26.

<sup>187</sup> Vgl. Wedemann NZG 2016, 645 (649 f.) mit dem Vorschlag, Personengesellschaften de lege ferenda auch den steuerrechtlichen Status der Gemeinnützigkeit zu eröffnen.

<sup>188</sup> Vgl. Baumbach/Hopt/Roth Rn. 3; BeckOK HGB/Klimke Rn. 3.

<sup>189</sup> Vgl. Baumbach/Hopt/Roth Rn. 3; BeckOK HGB/Klimke Rn. 3; Habersack/Schäfer/Schäfer Rn. 30.

<sup>190</sup> Vgl. BGH NJW 2011, 3036; 2015, 61; Baumbach/Hopt/Roth Rn. 3; BeckOGK/Sanders Rn. 192; BeckOK HGB/Klimke Rn. 3; Henssler/Strohn/Henssler Rn. 8.

<sup>191</sup> Näher Fleischer BB 2021, 386 (387).

<sup>192</sup> Vgl. BGH NJW 1999, 2967 (2968); 2011, 3036 (3037); BGHZ 202, 92 Rn. 8 = NZG 2014, 1179; BeckOGK/Sanders Rn. 196; EBJS/Wertenbruch Rn. 27; Henssler/Strohn/Henssler Rn. 9.