

# Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III (§§ 705-853), PartGG, ProdHaftG: Münchener Kommentar BGB

von

Prof. Dr. Mathias Habersack, Lajana von zur Gathen, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Jürgen Papier, Prof. Dr. Carsten Schäfer, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt, Prof. Dr. Martin Schwab, Prof. Dr. Gerhard Wagner

Geboren 1960; Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

6. Auflage

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III (§§ 705-853), PartGG, ProdHaftG: Münchener Kommentar BGB – Habersack / Gathen / Papier / et al.

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

Thematische Gliederung:

Gesamtdarstellungen zum BGB, allgemeine Fragen zum Zivilrecht



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 61465 1

**Im Einzelnen** sind danach für die Auslegung das Vorhandensein einer umfangreichen Organisation und erheblicher gemeinsam geschaffener Werte zu berücksichtigen; sie sprechen für eine im Zweifel von allen Beteiligten gewollte größere **Bestandskraft** der Gesellschaft und unterscheiden den Gesellschaftsvertrag dadurch deutlich von gewöhnlichen Rechtsgeschäften. Dieser Umstand verdient namentlich in Krisensituationen Beachtung. Er kann etwa dazu führen, abweichend vom dispositiven Recht auch ohne ausdrückliche Fortsetzungsklausel einen Fortsetzungswillen der Beteiligten beim Ausscheiden eines Partners zu bejahen.<sup>488</sup> Die **Treupflicht** legt bei mehrdeutigem Wortlaut eine Auslegung nahe, die den sachlich berechtigten Belangen der Gesellschaftergesamtheit am besten Rechnung trägt.<sup>489</sup> Namentlich bei Familiengesellschaften ist auch die **Grundtendenz des Vertrages**, etwa die gleichberechtigte Beteiligung der einzelnen Stämme oder die Aufteilung der Geschäftsführungsbefugnisse auf verschiedene Gesellschaftergruppen zu beachten.<sup>490</sup> Die Rechtsprechung berücksichtigt diese Umstände auf Grund der „allgemeinen Lebenserfahrung“.<sup>491</sup> Damit sind rechtliche Gesichtspunkte allgemeiner Art gemeint, die nach der Lebenserfahrung für bestimmte, häufig wiederkehrende gesellschaftsvertragliche Bestimmungen von Bedeutung sind.<sup>492</sup>

**c) Ergänzende Vertragsauslegung; geltungserhaltende Reduktion.** Von der eigentlichen Auslegung zu unterscheiden ist die sog. „ergänzende Vertragsauslegung“, dh. die richterliche Vertragsergänzung nach Maßgabe des hypothetischen Parteiwillens (§ 157 Rn. 26 ff., 45 ff.). Sie greift nicht nur ein, wenn der Gesellschaftsvertrag sich auf Grund der Auslegung nach den in Rn. 171 genannten, am wirklichen Willen der Parteien orientierten Auslegungsmethoden als lückenhaft erweist, sondern auch bei erst durch spätere Entwicklungen oder durch Rechtsmängel (Teilnichtigkeit) sich als unvollständig erweisendem Vertragsschluss (Rn. 29, 53).<sup>493</sup> Ihre Bedeutung erlangt die richterliche Vertragsergänzung namentlich in denjenigen Fällen, in denen mangels wirksamer abweichender Vereinbarung die Anwendung dispositiven Rechts in Frage steht, das Gesamtsystem des Vertrages aber die Annahme nahelegt, dass die Parteien eine andere Lösung getroffen hätten, wenn ihnen die Vertragslücke und die im dispositiven Recht angelegte Rechtsfolge bewusst gewesen wären. Das fehlende Bewusstsein eines Regelungsbedarfs ist bei Gesellschaftsverträgen angesichts des inhaltlich weitgehend überholten dispositiven Rechts nicht selten anzunehmen.<sup>494</sup> Zur Vertragsänderung kraft Treupflicht und zur Änderung der Geschäftsgrundlage s. Rn. 231.

Bisher in methodisch-systematischer Sicht nicht abschließend geklärt ist das Verhältnis der ergänzenden Vertragsauslegung zur **geltungserhaltenden Reduktion** übermäßiger Vertragsklauseln; diese wird gerade im Gesellschaftsrecht von der Rechtsprechung nicht selten praktiziert.<sup>495</sup> Insoweit steht immerhin fest, dass sich die ergänzende Auslegung

<sup>488</sup> Vgl. etwa BGHZ 68, 225, 229 = NJW 1977, 1339, 1341 zur Auslegung von Vereinbarungen über die Rechtsfolgen des Todes eines Gesellschafters iS der für den Fortbestand der Gesellschaft günstigeren Nachfolgeklausel. Ferner BGH BB 1973, 166 (Fortsetzungsklausel) und *Rob. Fischer* LM HGB § 138 Nr. 3.

<sup>489</sup> Vgl. Rspr.-Nachweise in Fn. 484. Recht weitgehend freilich BGH BB 1977, 1271, wo durch „Auslegung“ eine Pflicht der Mitgesellschafter bejaht wurde, einer angemessenen Erhöhung der Geschäftsführerbezüge zuzustimmen.

<sup>490</sup> *Wiedemann* DNotZ 1977, Sonderheft S. 104; vgl. auch *Ulmer* ZIP 2010, 549, 552 ff.

<sup>491</sup> BGHZ 23, 17, 29 = NJW 1957, 591.

<sup>492</sup> So *Rob. Fischer* in Anm. zu diesem Urteil (LM HGB § 138 Nr. 3). Hierzu und zur Kritik an der herrschenden Auslegung von Gesellschaftsverträgen vgl. auch *Teichmann* (Fn. 387) S. 129 ff., 132.

<sup>493</sup> Vgl. dazu *Chr. Hey*, Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagen-Störung im Gesellschaftsrecht, 1990.

<sup>494</sup> Für grds. Vorrang ergänzender Auslegung vor der Anwendung dispositiven Gesellschaftsrechts daher zu Recht die ganz hM, vgl. BGHZ 123, 281, 286 = NJW 1993, 3193; BGH LM § 157 (I) Nr. 33 = NJW 1979, 1705; LM § 722 Nr. 1 = NJW 1982, 2816; BGH NJW 1985, 192, 193; 2004, 2449, 2450; so auch § 157 Rn. 44 f. (*Busche*); *Erman/Westermann* Rn. 36; *Soergel/Hadding/Kießling* Rn. 38; *Wiedemann* GesR I § 3 II 2 b S. 170 f.; *Grunevald* ZGR 1995, 70 f.

<sup>495</sup> Vgl. immerhin § 157 Rn. 26 ff., 36 zum unterschiedlichen methodischen Ansatz; vgl. *H. P. Westermann*, FS Stimpel, 1985, S. 69, 87 ff. zu den Besonderheiten geltungserhaltender Reduktion im Gesellschaftsrecht.

lückenhafter Verträge am *hypothetischen*, von den Parteien bei redlichem Verhalten verfolgten Willen zu orientieren hat, dh. nach der objektiven Sinnhaftigkeit der zur Lückenfüllung bestimmten Regelung fragt, während die geltungserhaltende Reduktion vom *tatsächlichen* Parteiwillen ausgeht und es aus dieser Sicht unternimmt, übermäßige und deshalb unwirksame Regelungen auf das rechtlich noch vertretbare Maß zurückzuführen.<sup>496</sup> Die Ergebnisse beider Korrekturmethode können zwar übereinstimmen; sie werden aber in der Mehrzahl der Fälle differieren und bei ergänzender Vertragsauslegung zu einer besser ausgewogenen Vertragsgestaltung führen. Das ist auch der Grund dafür, dass bei einseitig vorformulierten Verträgen wie im AGB-Recht,<sup>497</sup> aber auch bei Verträgen für Publikums-Personengesellschaften (Rn. 175), für die am Willen des Vorformulierers ausgerichtete geltungserhaltende Reduktion als methodischer Ansatz kein Raum ist.<sup>498</sup>

- 174b** Soweit es um **typische Personengesellschaftsverträge** geht, liegt das Abstellen auf den *tatsächlichen* Parteiwillen als Korrekturmaßstab nicht nur wegen des Fehlens einseitiger Vorformulierung, sondern auch aus einem weiteren Grunde nahe. Er beruht auf der weiten Verbreitung von *salvatorischen Klauseln* in Gesellschaftsverträgen; sie verpflichten die Parteien, Vertragslücken auf Grund rechtlich unwirksamer Vereinbarungen unter möglichst weitgehender Annäherung an das tatsächlich Gewollte zu schließen. In dieselbe Richtung weist die auch für Anpassungen von Gesellschaftsverträgen an rechtliche Vorgaben relevante *Treupflicht* der Gesellschafter, die sie zur Mitwirkung bei der Schließung von Vertragslücken entsprechend dem tatsächlich Gewollten, wenn auch unter Beachtung der Übermaßsschranken verpflichtet.<sup>499</sup> **Beispiele** für das Eingreifen geltungserhaltender Reduktion bilden die wegen Verstoßes gegen § 723 Abs. 3 unwirksamen Vereinbarungen betreffend übermäßig lange Vertragslaufzeiten<sup>500</sup> oder als Kündigungshindernis wirkende Abfindungsbeschränkungen,<sup>501</sup> aber auch das uneingeschränkte Recht eines Teils der Gesellschafter, Mitgesellschafter unbefristet und ohne sachlichen Grund aus der Gesellschaft auszuschließen.<sup>502</sup> Ihre Grenze findet die Methode geltungserhaltender Reduktion einerseits bei vertraglicher Aberkennung unverzichtbarer Rechte zu Lasten eines Teils der Gesellschafter, die nicht „reduziert“ werden kann, und andererseits bei Verstößen gegen § 138 Abs. 1 oder Abs. 2, da die angemessene Rechtsfolge hier nicht die Orientierung am verwerflichen tatsächlichen Willen eines Teils der Gesellschafter ist, sondern der Rückgriff auf dispositives Recht oder auf die an objektiven Vorgaben ausgerichtete Vertragsergänzung.

- 175 2. Publikums-Personengesellschaften.** Für die Auslegung der Verträge von sog. Publikums-Personengesellschaften gelten nach allgM in mehrfacher Hinsicht Besonderheiten.<sup>503</sup> Sie beruhen darauf, dass derartige Verträge typischerweise von einem mit den Gesellschaftern nicht oder nur zu kleinen Teilen identischen Kreis von Personen, den sog. Initiatoren, erstellt werden und zum Beitritt für eine meist große Zahl von über den Kapitalmarkt geworbenen, untereinander nicht verbundenen Anlegern offen stehen. Daher richtet sich die Auslegung dieser Verträge grundsätzlich nach *objektiven*, an Wortlaut, Systematik und (auch steuerrechtlicher) Zielsetzung des Vertragswerks orientierten Kriterien;<sup>504</sup>

<sup>496</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 495.

<sup>497</sup> Das folgt nach ganz hM aus § 306 Abs. 2 (= § 6 Abs. 2 AGBG aF). Vgl. näher H. Schmidt in: Ulmer/Brandner/Hensen § 306 Rn. 14 f., 33 ff. mwN.

<sup>498</sup> AA anscheinend Erman/Westermann Rn. 42.

<sup>499</sup> So zutr. H. P. Westermann, FS Stimpel, 1985, S. 69, S. 88 f.

<sup>500</sup> Dazu BGH NJW 2007, 295, 297 (Verkürzung 30jähriger Bindung an RA-Sozietät auf 14 Jahre); NJW 1994, 2886, 2888; BB 1967, 309; dazu § 723 Rn. 63.

<sup>501</sup> BGHZ 123, 281, 285 f. = NJW 1993, 3193; BGH NJW 1985, 192, 193; 1973, 651, 652; dazu § 738 Rn. 74.

<sup>502</sup> BGHZ 105, 213, 220 f. = NJW 1989, 834; BGH ZIP 2004, 903, 905; näher § 737 Rn. 16 ff., 20.

<sup>503</sup> Vgl. zu diesen vor allem für die Publikums-KG entwickelten besonderen Grundsätzen BGH WM 1978, 87 f.; NJW 1979, 2102; 1982, 877, 878; 1985, 195; 1989, 786; Staub/Schäfer § 105 HGB Rn. 199; Erman/Westermann Rn. 38; Coing ZGR 1978, 659, 661; Grunewald ZGR 1995, 72 f.; Wiedemann DNotZ 1977, Sonderheft S. 99, 105.

<sup>504</sup> BGH ZIP 2011, 322, 324; ZIP 2011, 1657, 1661; ZIP 2011, 2299, 2301; BGH NJW 1990, 2684, 2685; WM 1989, 786, 788; NJW 1979, 2102; MünchKommHGB/Grunewald § 161 Rn. 115; Baumbach/Hopt Anh. § 177a HGB Rn. 67.

davon abweichende subjektive Vorstellungen der Initiatoren oder Gründer sind nur ausnahmsweise und zwar dann zu berücksichtigen, wenn sie sich *zu Gunsten* der Anleger auswirken und insbesondere ihnen gegenüber bei der Werbung zum Beitritt hervorgehoben wurden. Mehrjährige tatsächliche Abweichungen der Gesellschaftspraxis vom Vertragswortlaut reichen anders als im Fall der Normal-GbR (Rn. 56) regelmäßig nicht aus, um daraus auf eine konkludente, vom Willen auch der dadurch nachteilig betroffenen Anleger getragene Vertragsänderung zu schließen.<sup>505</sup> Bei der ergänzenden Vertragsauslegung bietet es sich ebenso wie bei der Inhaltskontrolle derartiger Verträge (Rn. 140 mN in Fn. 390, 391, 393) an, auch die im Aktienrecht getroffenen Regelungen für den entsprechenden Fragenkomplex zu berücksichtigen.<sup>506</sup> Für eine geltungserhaltende Reduktion übermäßiger Klauseln ist in derartigen Fällen kein Raum (Rn. 174a). – Die vorstehenden Grundsätze gelten auch für Treuhandkonstruktionen, bei denen die Anleger an der Publikums-GbR nicht unmittelbar, sondern unter Zwischenschaltung eines gemeinsamen Treuhänders beteiligt sind.<sup>507</sup>

**3. Nachprüfung in der Revisionsinstanz.** Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen 176 ist ebenso wie diejenige sonstiger Rechtsgeschäfte in der Revisionsinstanz grundsätzlich nur darauf nachprüfbar, ob entweder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denk- und Erfahrungssätze verletzt worden oder wesentliche Tatsachen unberücksichtigt geblieben sind.<sup>508</sup> Die für Satzungen juristischer Personen anerkannte unbeschränkte Nachprüfung im Interesse objektiver, einheitlicher Auslegung<sup>509</sup> findet bei *Personengesellschaftsverträgen* mit Ausnahme der Publikums-Gesellschaften (Rn. 175) keine Entsprechung. Auch für sie ist jedoch die Tendenz des BGH unverkennbar, in weitergehendem Maße eine eigene Auslegungskompetenz in Anspruch zu nehmen als bei gewöhnlichen zweiseitigen Rechtsgeschäften. Den Einstieg hierzu eröffnet die Formel von der bei der Auslegung zu berücksichtigenden Lebenserfahrung (Rn. 173). Dieser Tendenz ist zuzustimmen.<sup>510</sup> Sie gestattet es, den Besonderheiten des jeweiligen Gesellschaftsvertrags möglichst weitgehend Rechnung zu tragen, zugleich aber eine einheitliche Rechtsentwicklung unabhängig von der im Einzelfall gewählten, häufig zufälligen Formulierung sicherzustellen.<sup>511</sup>

## VI. Der Vorvertrag

Vom Gesellschaftsvertrag, auch dem unvollständig abgeschlossenen (Rn. 29 f.), ist der 177 **Vorvertrag** zu unterscheiden. Er enthält nicht selbst die für § 705 kennzeichnende verbindliche Festlegung der Beteiligten auf einen gemeinsamen Zweck und dessen wechselseitige Förderung, sondern beschränkt sich auf die Verpflichtung der Parteien, unter den im Vorvertrag näher genannten Voraussetzungen zum Abschluss eines solchen Vertrags zu kommen.

Zur notwendigen **inhaltlichen Bestimmtheit** des Vorvertrags (s. Vor § 145 Rn. 62 f.) 178 bedarf es der Vereinbarung der wesentlichen Grundlagen für den künftigen Gesellschaftsvertrag, darunter namentlich des gemeinsamen Zwecks und der Beitragspflichten;<sup>512</sup> anstelle der Bestimmtheit genügt auch die Bestimmbarkeit nach Maßgabe der §§ 315, 317.

<sup>505</sup> BGH NJW 1990, 2684, 2685; Grunewald ZGR 1995, 72 f.

<sup>506</sup> Dazu sowie zu den damit verbundenen Schwierigkeiten Stimpel, FS Rob. Fischer, 1979, S. 771, 775 ff.

<sup>507</sup> BGH NJW-RR 1989, 993, 994; Baumbach/Hopt Anh. § 177a HGB Rn. 67; Grunewald ZGR 1995, 73.

<sup>508</sup> BGH ZIP 2001, 1414; WM 2000, 1195; 1995, 1545; NJW 1994, 2228; so auch Erman/Westermann Rn. 37; Staub/Schäfer § 105 HGB Rn. 200.

<sup>509</sup> St. Rspr., vgl. BGHZ 9, 279, 281 = NJW 1953, 1021; BGHZ 36, 296, 314 = NJW 1962, 864; RGZ 86, 283, 284; 170, 358, 366; wN bei Ulmer in: Ulmer/Habersack/Winter § 2 GmbHG Rn. 150.

<sup>510</sup> So auch Erman/Westermann Rn. 37.

<sup>511</sup> Für Zurückhaltung bei Heranziehung von Erfahrungsgrundsätzen für die Auslegung aber Wiedemann DNotZ 1977, Sonderheft S. 111. Sein Hinweis, Verträge von Personengesellschaften seien typische Individualverträge, unterschätzt die Rolle der Kautelarjurisprudenz bei der Vertragsformulierung.

<sup>512</sup> BGH LM Nr. 3 = BB 1953, 97; RGZ 66, 116, 121; 156, 129, 138; Staudinger/Habermeier (2003) Rn. 8; Soergel/Hadding/Kießling Rn. 15; Staub/Schäfer § 105 HGB Rn. 202.

Ist der Gesellschaftsvertrag wegen der Art der Einlageverpflichtungen oder wegen des Gesellschaftszwecks formbedürftig (Rn. 33), so gilt das grundsätzlich auch für den auf seinen Abschluss gerichteten Vorvertrag.<sup>513</sup> Die gerichtliche **Durchsetzung** des vorvertraglichen Anspruchs auf Gründung der Gesellschaft erfolgt ggf. nach § 894 ZPO (s. Vor § 145 Rn. 69). Dabei sind im Vorvertrag nicht geregelte Punkte, ähnlich wie beim unvollständigen Vertragsschluss, im Wege der richterlichen Vertragsergänzung zu schließen.<sup>514</sup> Der Vorvertrag kann aus wichtigem Grund gekündigt werden.<sup>515</sup> Er endet mit dem Abschluss des Hauptvertrags als Erfüllungshandlung.

## C. Rechte und Pflichten der Gesellschafter

### I. Grundlagen

**179 1. Die Mitgliedschaft. a) Wesen.** Die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft, der „Gesellschaftsanteil“ (Rn. 159), verkörpert die aus dem Gesellschaftsvertrag resultierenden Rechte und Pflichten der einzelnen Gesellschafter. Ihre Ausgestaltung im Einzelnen ist gesetzlich nicht vorgegeben, sondern richtet sich nach dem Inhalt des jeweiligen Vertrages. Das gilt vor allem für die GbR, da sie wegen der hier besonders weitgehenden Dispositionsfreiheit der Gesellschafter (Rn. 132), aber auch wegen der Vielfalt der in Betracht kommenden Gesellschaftszwecke, über eine besonders große Variationsbreite in der Gestaltung der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten verfügt. Sogar der Ausschluss einzelner Gesellschafter von der Erfolgsbeteiligung im Rahmen der sog. *societas leonina* ist nicht ohne weiteres unzulässig (Rn. 151). Die vertragliche Grundlage der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten macht es zugleich notwendig, bei Auslegung und Anwendung der fraglichen Vereinbarungen auf die das Gesellschaftsverhältnis beherrschenden Grundsätze der Treupflicht (Rn. 221 ff.) und der Gleichbehandlung (Rn. 244 ff.) Rücksicht zu nehmen.

**180 b) Rechtsnatur.** Für die Rechtsnatur der Mitgliedschaft in der GbR<sup>516</sup> hat sich, entsprechend der inzwischen vollzogenen Anerkennung der *Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft* und ihrer Eigenständigkeit gegenüber den Mitgliedern (Rn. 303 ff.), die Ansicht durchgesetzt, dass die Mitgliedschaft nicht nur die Stellung der Gesellschafter als Beteiligte des mitgliedschaftlichen Rechtsverhältnisses verkörpert, sondern zugleich als **subjektives Recht** zu qualifizieren ist.<sup>517</sup> Dem entspricht es, dass die Gesellschafter in der Lage sind, die Mitgliedschaft als solche (den Gesellschaftsanteil) zum Gegenstand rechtsgeschäftlicher Verfügungen zu machen. Die Übertragung der Mitgliedschaft oder die Begründung eines beschränkten dinglichen Rechts (Nießbrauch, Pfandrecht) an ihr führt zum Eintritt des Empfängers in das mitgliedschaftliche Rechtsverhältnis, wobei freilich die Wirksamkeit der Verfügung davon abhängt, dass der Gesellschaftsvertrag diese zulässt oder die Gesellschafter ihr ad hoc zustimmen (für die Anteilsübertragung s. § 719 Rn. 27; für sonstige Verfügungen s. § 719 Rn. 48 ff.). Den **Inhalt** des subjektiven Rechts bilden die verschiedenen aus der Gesellschafterstellung entspringenden Mitsprache-, Kontroll- und Vermögensrechte (näher Rn. 188) und die ihnen korrespondierenden mitgliedschaftlichen Verpflichtungen. Deren Bestehen steht der Qualifizierung als subjektives Recht nicht entgegen, wie die Beispiele der Aktie und des GmbH-Geschäftsanteils als nahezu

<sup>513</sup> Jedenfalls wenn die Formvorschriften, wie im Fall der §§ 311b, 518, die Beteiligten vor übereilten Bindungen schützen sollen. Zum Eingreifen der Formvorschriften auch für den Vorvertrag in diesen Fällen vgl. *Henrich*, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, 1965, S. 147 f. und Vor § 145 Rn. 64 (*Busche*), jeweils mN der Rspr.

<sup>514</sup> Für Ergänzung nach § 287 ZPO aber BGH LM Nr. 3 = BB 1953, 97; RG JW 1938, 2740, 2743.

<sup>515</sup> BGH DB 1958, 955; *Staub/Schäfer* § 105 HGB Rn. 203, dort auch zum Argument, das Eingehen einer GbR sei unzumutbar; allg. dazu auch Vor § 145 Rn. 67 (*Busche*) mwN.

<sup>516</sup> Für die Mitgliedschaft in OHG und KG s. *Staub/Schäfer* § 105 HGB Rn. 204 ff. mwN.

<sup>517</sup> Vgl. namentlich *Flume* I/1 § 9, S. 125 ff.; *Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und sonstiges Recht, 1996, S. 62 ff., 98 ff.; *Huber* (Fn. 98) S. 164; *Lutter* AcP 180 (1980), 84, 97 ff.; *K. Schmidt* GesR § 19 I 3, § 19 IV; *Wiedemann* Übertragung S. 39 f.; aA *Soergel/Hadding/Kießling* Rn. 46 und 67a mwN; vgl. auch *Hadding*, FS Reinhardt, 1972, S. 249 ff.; *ders.*, FS Steindorff, 1990, S. 31 ff.; *Lamprecht*, Die Zulässigkeit der mehrfachen Beteiligung an einer Personengesellschaft, 2002, S. 116 ff., 125 f.



allgemein anerkannte Gegenstände subjektiver Rechte zeigen.<sup>518</sup> Als Herrschaftsrecht<sup>519</sup> ist die Mitgliedschaft „sonstiges Recht“ iS des § 823 Abs. 1; daher genießt sie bei Eingriffen in die Substanz des Rechts – nicht dagegen bei Beeinträchtigung ihres Wertes, insbesondere im Fall der Schädigung der Gesellschaft – Schutz sowohl gegenüber außenstehenden Dritten<sup>520</sup> als auch innerhalb des Verbands.<sup>521</sup>

**c) Einheitlichkeit der Mitgliedschaft?** Der Grundsatz, dass die Mitgliedschaft jedes Gesellschafters in einer Personengesellschaft eine einheitliche ist, dh. nicht in zwei oder mehr Anteile aufgeteilt sein kann, gehörte viele Jahrzehnte lang zum **gesicherten Bestand des Personengesellschaftsrechts**;<sup>522</sup> er wurde bis zur 3. Aufl.<sup>523</sup> uneingeschränkt auch in dieser Kommentierung vertreten. Dafür sprach der unmittelbare rechtliche Zusammenhang der Mitgliedschaft mit der Stellung des Mitglieds als *Vertragspartner* des Gesellschaftsvertrags (§ 705). Ebenso wie diese Stellung sich auf die jeweiligen am Gesellschaftsvertrag beteiligten natürlichen und juristischen Personen sowie rechtsfähigen Gesamthandsgesellschaften als solche beschränkt, während die Mehrfachbeteiligung einer Person an ein und demselben Vertragsverhältnis ausscheidet, schien auch die Anerkennung unterschiedlicher Mitgliedschaften in der Hand desselben Gesellschafters ausgeschlossen. Das abweichende Strukturprinzip bei Kapitalgesellschaften, die gegenüber dem Gründungsvertrag und seinen Beteiligten verselbständigte juristische Personen bilden und an denen die Gesellschafter mehrere Anteile entweder von Anfang an in beliebiger Zahl (§§ 8, 23 Abs. 1 Nr. 2 AktG) oder jedenfalls bei späterem Hinzuerwerb (§§ 5 Abs. 2, 15 Abs. 2 GmbHG) erwerben können, lässt sich auf die davon zu unterscheidende, auf Gesellschaftsvertrag und Gesamthandsorganisation beruhende Grundstruktur der Personengesellschaft nicht übertragen, und zwar unabhängig davon, ob diese in der Rechtsform der GbR, der OHG oder der KG organisiert ist. Deswegen ist auch die Gründung einer Einpersonen-GbR nach zutreffender hM ausgeschlossen (Rn. 60). Selbst für den Fortbestand einer ursprünglich aus zwei oder mehr Gesellschaftern bestehenden GbR ist, wenn alle Anteile auf einen einzigen Gesellschafter übergehen, im Grundsatz kein Raum (zu Ausnahmen s. Rn. 63 ff.).

Der Einheitlichkeitsgrundsatz bedarf allerdings – darin ist den neueren Ansichten<sup>524</sup> zuzustimmen – der **Einschränkung** mit Blick auf bestimmte Sonderkonstellationen der Mitgliedschaft. Die wichtigste Ausnahme betrifft das Zusammentreffen von zwei oder mehr Gesellschaftsanteilen in der Hand eines Gesellschafters, sofern an einem dieser Anteile **Rechte Dritter** bestehen (Rn. 63). Das gilt in erster Linie für die dingliche Belastung eines Anteils mit einem *Nießbrauch* oder einem *Pfandrecht*.<sup>525</sup> Es ist aber auch für einen der *Testamentsvollstreckung* oder *Nachlassverwaltung* unterliegenden, als Nachlassbestandteil vom persönlchen Anteil des Erben separierten und der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers oder Nachlassverwalters unterstellten Gesellschaftsanteil anzunehmen<sup>526</sup> (Rn. 64).

<sup>518</sup> So zutr. Lutter AcP 180 (1980), 84, 101 f.; näher Habersack (Fn. 517).

<sup>519</sup> So zu Recht K. Schmidt JZ 1991, 157, 158; Habersack (Fn. 517) S. 142 ff.; ähnlich bereits Wiedemann Übertragung S. 39; Lutter AcP 180 (1980), 84, 102.

<sup>520</sup> So insbes. K. Schmidt GesR § 19 I 3 a, § 21 V 4; Lutter AcP 180 (1980), 84, 130 f.; Habersack (Fn. 518) S. 152 ff.; aA Reuter, FS Lange, 1992, S. 707, 712 f.; Hadding, FS Kellermann, 1991, S. 91, 102 ff.

<sup>521</sup> So für die Mitgliedschaft in einem Verein BGHZ 110, 323, 327 f., 334 = NJW 1990, 2877; dem BGH zust. K. Schmidt JZ 1991, 157, 158 f.; Habersack (Fn. 517) S. 187 ff. mwN; abl. Reuter und Hadding, jeweils aaO (Fn. 520).

<sup>522</sup> St. Rspr. vgl. BGHZ 24, 106, 108 f. = NJW 1957, 1026; BGHZ 101, 123, 129 = NJW 1987, 3184; KG AG 1992, 64, 67 mwN; so auch die früher ganz hM in der Lit., vgl. Schlegelberger/Martens § 161 HGB Rn. 41; Staub/Schilling § 161 HGB Rn. 38; Staub/Schäfer § 105 HGB Rn. 72; K. Schmidt GesR § 45 I 2 b; wN vgl. in Fn. 138 betreffend die – mit dem Einheitlichkeitsgrundsatz eng zusammenhängende – Nichtanerkennung einer Einmann-Personengesellschaft.

<sup>523</sup> § 705 Rn. 152, 152a (Ulmer).

<sup>524</sup> Vgl. Nachweise in Fn. 139.

<sup>525</sup> Heute in der Lit. wohl schon hM, vgl. die Nachweise in Fn. 146.

<sup>526</sup> So – wenn auch auf das Innenverhältnis(?) beschränkt – erstmals BGHZ 98, 48, 57 = NJW 1986, 2431 (IVa-Senat); offenlassend BGHZ 108, 187, 199 = NJW 1989, 3152, und BGHZ 113, 132, 137 = NJW 1991, 844 (II. Senat). Ebenso die neuere Lit., vgl. Nachweise in Fn. 141.

Geht es demgegenüber um die Rechtsfolgen einer anteilsbezogenen **letztwilligen Verfügung**, so erscheint zwar das *Anteilsvermächtnis* geeignet, zur vorübergehenden Aufrechterhaltung des vererbten Anteils als solchen in der Hand des Gesellschafter/Erben zu führen (s. § 2175, s. Rn. 65). Demgegenüber reicht die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft nicht aus, um die Einheitlichkeit der Mitgliedschaft des Gesellschafter/Erben zu durchbrechen und den Fortbestand einer allein aus ihm bestehenden Gesellschaft zu ermöglichen (str., näher Rn. 65). Entsprechendes gilt bei qualifizierter Nachfolge seitens des letztverbliebenen Gesellschafter ungeschadet der Vererbung des Nachlasses als solchen an eine Erbengemeinschaft (Rn. 65).

- 183 **Keinen Ausnahmegrund** bildet – entgegen neueren Ansichten<sup>527</sup> – die Ausstattung der ursprünglich in verschiedenen Händen liegenden **Anteile mit unterschiedlichen Mitgliedschaftsrechten** wie Gewinn- oder Stimmrecht, Sonderrecht auf Geschäftsführung, auf einseitigen Austritt oder auf Hinauskündigung von Mitgesellschaftern. Zwar gehen diese unterschiedlichen Rechte durch das Zusammentreffen der Anteile in einer Hand im Zweifel nicht unter, sondern bestehen in der Person des jeweiligen Anteilserwerbers fort;<sup>528</sup> sie können durch Weiterverfügung über den hinzuerworbenen, kraft gesellschaftsvertraglicher Zulassung oder mit Zustimmung der Mitgesellschafter wieder verselbstständigungsfähigen Anteil erneut separiert werden. Die Anerkennung mehrfacher Mitgliedschaften in der Hand einer Person und ein daraus resultierender Fortbestand des ehemaligen Verbands als eine *Außenwirkungen* entfaltende Einpersonen-Gesellschaft lässt sich auf die unterschiedliche Rechtsausstattung von ursprünglich getrennten Anteilen jedoch nicht stützen.<sup>529</sup> Daran ändert auch der Hinweis auf die den Gesellschaftern zustehende *Privatautonomie* bei Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses nichts.<sup>530</sup> Da sie nur innerhalb der strukturellen Grenzen des Personengesellschaftsrechts besteht, ist sie nicht geeignet, entgegen den gesetzlichen Vorgaben die Einmann-Gründung einer Personengesellschaft zu ermöglichen oder den einzelnen Gründern bzw. ihren Rechtsnachfolgern eine mehrfache Mitgliedschaft zu verschaffen. Auch der persönlich haftende Gesellschafter einer Mehrpersonen-KG erlangt durch Hinzuerwerb eines Kommanditanteils nicht etwa eine doppelte Gesellschafterstellung, sondern bleibt – vorbehaltlich der Umwandlung seiner (Gesamt-)Beteiligung in diejenige eines Kommanditisten durch Vereinbarung mit den übrigen Gesellschaftern oder durch Ausübung eines Gestaltungsrechts – Komplementär, wenn auch mit entsprechend erhöhtem Kapitalanteil.<sup>531</sup>

- 184 Demgegenüber sind die Gesellschafter in der **Ausgestaltung des Innenverhältnisses** ihrer Verbindung grundsätzlich frei; sie können einzelnen von ihnen daher eine Rechtsstellung einräumen, die derjenigen im Fall mehrfacher Beteiligung gleichkommt. Allerdings bedarf es für eine derart ungewöhnliche Gestaltung eindeutiger Vereinbarungen der Beteiligten. Will daher ein Gesellschafter, nachdem er seine Mitgliedschaft wirksam gekündigt hat, von einem Mitgesellschafter einen ungekündigten Anteil erwerben, so erlangt dieser Erwerb auch dann, wenn die Anteile unter Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrag im Grundsatz frei handelbar sind, in der Regel Wirksamkeit nur mit Zustimmung der

<sup>527</sup> So – unter Hinweis auf die Privatautonomie der Gesellschafter, wenn auch nicht durchweg deutlich zwischen Innen- und Außenverhältnis unterscheidend – *Esch* BB 1996, 1625 f.; *Baumann* BB 1998, 229 f.; *Kanzleiter*, FS Weichler, 1997, S. 49 f.; *Priester* DB 1998, 55, 60.

<sup>528</sup> *Ulmer* ZHR 167 (2003), 103, 115 f.

<sup>529</sup> Vgl. näher *Ulmer* ZHR 167 (2003), 103, 115 f.; so auch *Wiedemann*, FS Zöllner, 1998, S. 635, 643 ff. Ähnlich – wenn auch unter problematischer Unterscheidung zwischen einheitlicher Mitgliedschaft und mehrfacher „Beteiligung“ – *Bippus* AcP 195 (1995), 13, 22 ff.; wohl auch *Steinbeck* DB 1995, 761, 763 ff.

<sup>530</sup> So aber die in Fn. 144 genannten Autoren.

<sup>531</sup> Vgl. etwa BGHZ 66, 98, 101 = NJW 1976, 848; BGHZ 101, 123, 129 = NJW 1987, 3184; BGH WM 1963, 989; NJW 1984, 362, 363; OLG Hamm NJW 1982, 835; OLG Hamburg ZIP 1984, 1226; BayObLG DB 2003, 762, 763; *Westermann* Hdb. Rn. I 1027; *Wiedemann*, FS Zöllner, 1998, S. 635, 645 (unter zutr. Hinweis auch auf die notwendig einheitliche Eintragung der Mitgliedschaft im Handelsregister). AA MünchKommHGB/*Grunevald* § 161 Rn. 4 f.; *Esch* BB 1993, 664, 666 ff. und BB 1996, 1626; *Baumann* BB 1998, 229; *Priester* DB 1998, 59 f.

Mitgesellschafter.<sup>532</sup> Denn der Sache nach läuft ein solcher Erwerb entweder auf eine Teilkündigung unter fortbestehender Mitgliedschaft mit dem hinzuerworbenen Anteil oder auf Verkürzung der vertraglichen Kündigungsfrist für diesen Anteil hinaus; beides ist für die Mitgesellschafter ohne entsprechende gesellschaftsvertragliche Abrede nicht zumutbar. Anderes gilt nur dann, wenn der Gesellschaftsvertrag sowohl die Teilabtretung eines Anteils zwischen Gesellschaftern als auch den erneuten Anteilerwerb nach kündigungsbedingtem Ausscheiden gestattet.<sup>533</sup>

**2. Mitgliedschaftsrechte und -pflichten. a) Überblick.** Die Mitgliedschaftsrechte und -pflichten in einer Personengesellschaft lassen sich in zweifacher Hinsicht unterscheiden. Die erste Unterscheidung knüpft an den **Gegenstand der Rechte und Pflichten** an. Insoweit hat sich die Differenzierung zwischen *Vermögens- und Verwaltungsrechten* bzw. *-pflichten* durchgesetzt (Rn. 189 ff.). Sie ist von Bedeutung zum einen für die Frage, ob und inwieweit die Mitgliedschaftsrechte abtretbar sind (§ 717), und zum anderen, ob die Pflichten auf vertretbare Leistung gerichtet oder aber höchstpersönlicher Natur sind.

Eine zweite Unterscheidung bezieht sich auf die jeweilige **Gläubiger- und Schuldnerbeziehung**. Insoweit sind in der Personengesellschaft trotz der einheitlichen Vertragsgrundlage zwei Ebenen streng zu trennen: die Beziehung zwischen Gesellschafter und *Gesellschaft* (Sozialsphäre, Rn. 197 ff.) und diejenige der Gesellschafter untereinander, dh. zu den jeweiligen *Mitgesellschaftern* (Individualsphäre, Rn. 215 ff.). Die Art der Rechtsbeziehung entscheidet auch über die Aktiv- und Passivlegitimation von Gesellschaft oder Gesellschaftern bei gerichtlicher Geltendmachung der Ansprüche<sup>534</sup> sowie über das für den Haftungszugriff in Betracht kommende Vollstreckungsobjekt.

Von den auf dem Gesellschaftsvertrag beruhenden Mitgliedschaftsrechten und -pflichten strikt zu trennen sind schließlich diejenigen Rechtsverhältnisse, die sich aus *laufenden Rechtsgeschäften* der Gesellschaft mit Gesellschaftern ergeben, namentlich aus Austauschverträgen (Kauf, Miete, Dienst- und Werkvertrag u. a.) zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks. Derartige **Drittgeschäfte** kann die Gesellschaft nicht nur mit dritten Personen, sondern auch mit einzelnen Gesellschaftern schließen. Sozialansprüche oder -verbindlichkeiten werden hierdurch nicht begründet, da die daraus resultierenden Rechte und Pflichten ihre Grundlage nicht im Gesellschaftsvertrag finden, sondern in den jeweiligen von der Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäften. Dementsprechend stehen auch die jeweiligen Gesellschafter der Gesellschaft insoweit grundsätzlich wie Dritte gegenüber. Sie können ihre rechtsgeschäftlichen Ansprüche gegen die Gesellschaft grundsätzlich wie ein Drittgläubiger durchsetzen, ohne den gesellschaftsvertraglichen, das Innenverhältnis bestimmenden Schranken unterworfen zu sein (näher Rn. 203).

**b) Stammrecht und Einzelrechte.** Für sämtliche Mitgliedschaftsrechte ist zwischen dem die Mitgliedschaft umfassenden Stammrecht als gesellschaftsvertraglicher Rechtsquelle und der Durchsetzung dieses Rechts im konkreten Fall bzw. – im Fall von Vermögensrechten – dem einzelnen vermögensrechtlichen Anspruch iS von § 717 S. 2 zu unterscheiden.<sup>535</sup> Von Bedeutung ist die Unterscheidung namentlich im Hinblick auf die Übertragbarkeit der verschiedenen Rechte. Für die jeweilige *Rechtsquelle* gilt nämlich, dass sie als untrennbarer Bestandteil der Mitgliedschaft trotz Zustimmung der Mitgesellschafter nicht von dieser abgespalten werden kann (allgemein zum Abspaltungsverbot s. § 717 Rn. 7 f.).

<sup>532</sup> So im Ergebnis auch BGH WM 1989, 1221, 1224 (*Röchling*); vgl. dazu auch Wiedemann, FS Zöllner, 1998, S. 635, 644 (entgegen dem BGH für vorübergehende(?) Verlängerung der Mitgliedschaft); Lamprecht (Fn. 517) S. 241. AA OLG München DB 2004, 479, 480, wenn der Gesellschaftsvertrag den Anteilerwerb eines zuvor durch Kündigung ausgeschiedenen Gesellschafters zulässt.

<sup>533</sup> So (unter Missbrauchsvorbehalt) zutr. OLG München DB 2004, 479, 480.

<sup>534</sup> Individualansprüche können die Gesellschafter uneingeschränkt selbst geltend machen, Gesellschafts- (Sozial-)Ansprüche dagegen nur im Rahmen der *actio pro socio* (Rn. 204 ff.), soweit sie nicht kraft Vertretungsmacht für die Gesellschaft für diese handeln können.

<sup>535</sup> Näher dazu Wiedemann WM 1992, Sonderbeilage 7 S. 23 ff., 29 ff. Vgl. auch (in der Sache ähnlich) Soergel/Hadding/Kießling Rn. 67 a.



Das gilt auch für den – gelegentlich als Vermögensstammrecht<sup>536</sup> bzw. Vermögenswert der Beteiligung<sup>537</sup> bezeichneten – Inbegriff der dem Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsvertrags zustehenden Vermögensrechte (s. § 717 Rn. 15 f.); für dessen Anerkennung als disponible Rechtsposition besteht zumal vor dem Hintergrund der Mitgliedschaft als subjektives und daher (mit Zustimmung der Mitgesellschafter) übertragbares und belastbares Recht kein Bedürfnis. Demgegenüber verselbständigen sich die *vermögensrechtlichen Ansprüche* iS des § 717 S. 2 (Rn. 189; näher § 717 Rn. 34 ff.) gegenüber der Mitgliedschaft im Zeitpunkt ihrer Entstehung und können sodann im Wege der Abtretung gemäß § 398 übertragen sowie gemäß §§ 1279 ff. verpfändet oder gemäß § 1070 mit einem Nießbrauch belastet werden. Demgegenüber können das mitgliedschaftliche *Stimmrecht* sowie die sonstigen mitgliedschaftlichen *Teilhabe- und Kontrollrechte* zwar nicht von der Mitgliedschaft abgespalten werden, auch soweit es um ihre Ausübung im konkreten Einzelfall geht; doch können sie im Einvernehmen mit den Mitgesellschaftern Dritten zur Ausübung überlassen werden (s. § 717 Rn. 9 f.).

- 189 3. Vermögensrechte und -pflichten.** Unter den nach § 717 S. 2 selbständig übertragbaren Vermögensrechten der Gesellschafter steht der **Gewinnanspruch** im Vordergrund. Seine anteilige Höhe ist regelmäßig im Gesellschaftsvertrag selbst bestimmt; anderenfalls gilt nach § 722 Abs. 1 Gewinnverteilung nach Köpfen, soweit nicht die ergänzende Vertragsauslegung als vorrangige Rechtsquelle (Rn. 174) zu einem abweichenden Ergebnis führt. Ist die Gesellschaft auf längere Dauer angelegt, wird der Gewinn im Zweifel nicht erst nach ihrer Auflösung, sondern periodisch zum jeweiligen Geschäftsjahresende verteilt (§ 721 Abs. 2). In diesem Fall ist wie bei den Handelsgesellschaften zwischen dem Recht auf Rechnungslegung und den einzelnen, auf das jeweilige Geschäftsjahr bezogenen und im Anschluss an die Gewinnverteilung realisierbaren Gewinnansprüchen zu unterscheiden (s. § 721 Rn. 8, 11). Ein besonderes, neben den jährlichen Gewinnanspruch tretendes oder dessen Geltendmachung beschränkendes *Entnahmerecht* ist in der GbR nach gesetzlicher Regel unbekannt. Im Gesellschaftsvertrag kann es freilich vereinbart werden (s. § 721 Rn. 13).
- 190** Neben den Gewinnanspruch tritt als weiteres zentrales Vermögensrecht der **Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben** (§ 717 S. 2), dh. auf Rückerstattung der Einlagen und Verteilung des aus der Liquidation resultierenden Überschusses (§§ 733, 734). Er bildet zunächst einen künftigen Anspruch und kommt im Zeitpunkt der Auflösung der Gesellschaft zur Entstehung. Fällig wird er regelmäßig erst mit der Schlussabrechnung (s. § 730 Rn. 61). Scheidet ein Gesellschafter aus, während die Gesellschaft im Übrigen fortbesteht, so steht ihm anstelle des Auseinandersetzungsguthabens ein *Abfindungsanspruch* in grundsätzlich entsprechender Höhe zu (§§ 738, 740). Er richtet sich ebenso wie der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben gegen die Gesellschaft (s. § 738 Rn. 217).
- 191** Ein weiteres aus der Mitgliedschaft fließendes Vermögensrecht bildet der Anspruch auf **Aufwendungsersatz** (s. § 713 Rn. 15). Er bezieht sich einerseits auf den Ausgleich derjenigen Leistungen, die der einzelne Gesellschafter auf Grund seiner gesamtschuldnerischen Haftung für die Gesellschaftsschulden an Dritte erbracht hat, andererseits auf den Ersatz der im Rahmen der Geschäftsführung für die Gesellschaft getätigten, nach §§ 713, 670 ersatzfähigen Aufwendungen. Der Anspruch richtet sich gegen die Gesellschaft. Zur Frage des gesamtschuldnerischen Ausgleichs zwischen den Mitgesellschaftern s. Rn. 217.
- 192** Zu den auf der Mitgliedschaft beruhenden **Vermögenspflichten** gehört in erster Linie die im Gesellschaftsvertrag festgelegte **Beitragspflicht** (§ 706), soweit sie nicht ausnahms-

<sup>536</sup> So noch *Staudinger/Keffler*, 12. Aufl. 1979, § 717 Rn. 26; *Soergel/Schultze-v. Lasaulx*, 10. Aufl. 1969, § 717 Rn. 12; *Siebert BB* 1956, 1126; *Sudhoff NJW* 1971, 483 f.; auch noch die 2. Aufl. Rn. 83 (*Ulmer*) und *GroßkommHGB/Ulmer*, 3. Aufl. 1973, § 139 Rn. 88; aA zu Recht *Flume I/1* § 17 VI; *Habersack* (Fn. 517) S. 86 ff., 88; *Huber* (Fn. 98) S. 414 f.; *Wiedemann*, Übertragung und Vererbung, S. 400 f.; *Münch-KommHGB/K. Schmidt* Vor § 230 Rn. 14 (heute ganz hM).

<sup>537</sup> Vgl. dazu (im Ergebnis ein eigenes „Wertrecht“ zu Recht abl.) *Huber* (Fn. 98) S. 145 ff., 165 ff.; gegen Anerkennung des „Vermögenswerts der Beteiligung“ als eigenes abgespaltes Mitgliedschaftsrecht insbes. auch *Habersack* (Fn. 517) S. 89 ff.