

## 2. Kapitel Recht der Personengesellschaften

### § 4. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts

● **Lernhinweis:** Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (häufig abgekürzt „GbR“, auch „BGB-Gesellschaft“ genannt – das Bürgerliche Gesetzbuch kennt nur eine Gesellschaftsform und spricht deshalb lediglich von „der“ Gesellschaft) ist der Prototyp der Personengesellschaft. Ihr Kennzeichen ist die „gemeinsame Zweckverfolgung durch mehrere“. Bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft ist die Zweckverfolgung spezialisiert: Bei ihnen betreiben die Gesellschafter unter gemeinsamer Firma ein Handelsgewerbe. Die Verwandtschaft der Personengesellschaften untereinander und ihr Stufenaufbau vom Allgemeinen zum Speziellen hin hat für die Anwendung der Rechtsgrundlagen Bedeutung. **Prägen Sie sich ein:** Auf das Recht der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft finden ergänzend die Vorschriften über die BGB-Gesellschaft Anwendung! Dasselbe gilt in gewissem Maße auch für die stille Gesellschaft; freilich nur insoweit, als nicht der Unterschied zwischen der Außengesellschaft (BGB-Gesellschaft) und der Innengesellschaft (stille Gesellschaft) eine entsprechende Rechtsanwendung verbietet.

#### I. Begriff und Rechtsgrundlagen

##### 1. Begriffsbestimmung

Bei der BGB-Gesellschaft handelt es sich um **eine auf Vertrag beruhende Personenvereinigung zur Förderung eines von den Gesellschaftern gemeinsam verfolgten, beliebigen Zwecks.**

Kennzeichen der BGB-Gesellschaft sind demnach

**positiv:**

- der vertragliche Zusammenschluß (ausdrücklich oder stillschweigend)
- die gemeinschaftliche Zweckverfolgung
- die Beliebigkeit jeder gesetzlich erlaubten Zweckverfolgung

**negativ:**

- das Nichtvorliegen eines Handelsgewerbes (dies würde zur oHG bzw. KG führen)
- das Nichtvorliegen einer Firma (weil diese gemäß § 17 HGB eine für Kaufleute vorbehaltene Namensführung darstellt)

**Abzugrenzen** ist die BGB-Gesellschaft **von der** bürgerlich-rechtlichen **Bruchteilsgemeinschaft** nach §§ 741 ff. BGB. Diese Vorschriften finden nach der

ausdrücklichen Anordnung des § 741 BGB Anwendung, wenn „ein Recht mehreren gemeinschaftlich“ zusteht; allerdings nur insofern, als sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Auch bei der BGB-Gesellschaft entsteht eine „Gemeinschaftlichkeit“, die jedoch in wesentlichen Punkten von derjenigen der Bruchteilsgemeinschaft abweicht. Zunächst scheiden für die BGB-Gesellschaft alle die Fälle aus, bei denen sich Gemeinschaften kraft Gesetzes aufgrund eines lediglich tatsächlichen Vorgangs ergeben. Dies ist etwa der Fall beim Miteigentum infolge Verbindung oder Vermischung (§§ 947 f. BGB). Bei rechtsgeschäftlich begründeten Gemeinschaften kommt es dagegen auf die Intensität des „gemeinsamen Zweckes“ an. Ein bloßes „gemeinsames Interesse“, etwa an der Pflege und Nutzung einer gemeinsamen Sache, genügt für die Begründung einer BGB-Gesellschaft nicht. Erforderlich ist „eine über die bloße Rechtsverbundenheit hinausgehende Zweckverfolgung“.

### Beispiel:

Wenn zwei Personen gemeinsam eine Grundstückspartzeile kaufen und sich hälftig im Grundbuch als Eigentümer eintragen lassen, so begründen sie dadurch noch keine BGB-Gesellschaft. Ihre Eintragung im Grundbuch wird als Miteigentum zu Bruchteilen vermerkt werden. Hatten sie zusätzlich beschlossen, auf dem Grundstück einen Freizeitpark zu betreiben, dann liegt eine über den bloßen Grundstückserwerb hinausgehende Zweckverfolgung und somit eine Gesellschaft vor. Der gemeinschaftliche Grundstückserwerb ist nur ein Nahziel auf dem Weg zum gemeinsamen Betrieb eines Freizeitparks.

Nach der Rechtsprechung genügt als Gesellschaftszweck schon das „Halten und Verwalten“ von beweglichen und unbeweglichen Sachen. Ein gemeinsamer Zweck liegt demzufolge schon dann vor, wenn z. B. Ehegatten sich zum Zwecke des Erwerbs und Haltens eines Hauses in einer BGB-Gesellschaft zusammenschließen. Sie werden dann nach § 47 GBO als Gesellschafter mit dem Zusatz „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ im Grundbuch eingetragen, da zwar die Teilrechtsfähigkeit, (bislang) aber (noch) nicht die Grundbuchfähigkeit der GbR anerkannt ist.

#### *Übersicht: Abgrenzung der Bruchteilsgemeinschaft von der BGB-Gesellschaft*

BGB-GESELLSCHAFT	BRUCHTEILSGEMEINSCHAFT
§§ 705–740 BGB	§§ 741–758 BGB
Entstehung durch Vertrag	Entstehung durch Vertrag oder kraft Gesetzes
gemeinsame Zweckverfolgung	mehrheitliche Interessenübereinstimmung
gemeinschaftliches, gesamt händelisch gebundenes Gesellschaftsvermögen	ziffernmäßige Anteilsinnehabung an einem gemeinsamen Gegenstand durch mehrere Teilhaber
keine freie Verfügung über Gesellschaftsanteil	jeder Teilhaber kann über seinen Anteil frei verfügen
kein Recht, Teilung zu verlangen	jeder Teilhaber kann jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen

Die rechtlichen Konsequenzen sind erheblich (**Lernhinweis:** Lesen Sie bitte die §§ 741–758 BGB aufmerksam durch, insbesondere die §§ 744 Abs. 2, 747, 749, 752 und 753 BGB). Vergleichen Sie dann die vorangegangene Übersicht.

## 2. Die Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft

Die Frage, ob die BGB-Gesellschaft rechtsfähig ist (somit als solche selbst Träger von Rechten und Pflichten sein kann) oder ob dies nur die Gesellschafter sind, war lange Zeit sehr umstritten. Das Gesetz hat diese Frage im Gegensatz zur oHG (vgl. § 124 HGB) nicht geregelt. Die „traditionelle Lehre“ vertrat die Auffassung, daß die BGB-Gesellschaft nur in vermögensrechtlicher Hinsicht verselbständigt sei, nicht aber selbst Träger von Rechten und Pflichten sein könne – dies seien nur die einzelnen Gesellschafter. Nachdem der BGB-Gesellschaft von der Rechtsprechung und der Literatur nach und nach die Fähigkeit zuerkannt worden war, Träger bestimmter Rechte und Pflichten zu sein, hat die neuere Rechtsprechung zunehmend anerkannt, daß die BGB-Außen-Gesellschaft als Gesamthand grundsätzlich jede Rechtsposition einnehmen könne, wenn nicht spezielle Gesichtspunkte entgegenstehen. Den Abschluß fand diese Entwicklung mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs v. 29. 1. 2001 (vgl. BGHZ 146, 341), wonach die BGB-Gesellschaft in diesem Rahmen auch rechtsfähig ist. Eine juristische Person (wie z. B. die GmbH) ist sie aber nicht. Für die Anerkennung der Rechtsfähigkeit führt der BGH unter anderem an, daß mittlerweile der Gesetzgeber in § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO die Insolvenzfähigkeit der BGB-Gesellschaft anerkannt hat und auch § 14 Abs. 2 BGB zeige, daß das Gesetz davon ausgeht, daß auch Personengesellschaften die Rechtsfähigkeit besitzen können.

● **Lernhinweis:** Nach der Rechtsprechung ist die BGB-Gesellschaft scheck- und wechselfähig, kann Gesellschafterin anderer Gesellschaften sein und ist im Prozess aktiv und passiv parteifähig. Nicht anerkannt von der Rechtsprechung ist nach wie vor jedoch die Grundbuchfähigkeit der GbR. Zwar kann sie Grundstücke erwerben, nicht jedoch selbst in das Grundbuch eingetragen werden. Statt dessen werden, wie bereits im Beispiel oben gezeigt, die einzelnen Gesellschafter eingetragen mit dem Zusatz „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ (§ 47 GBO). Es wird allerdings abzuwarten bleiben, wie sich die Rechtsprechung weiter entwickeln wird.

## 3. Rechtsgrundlagen

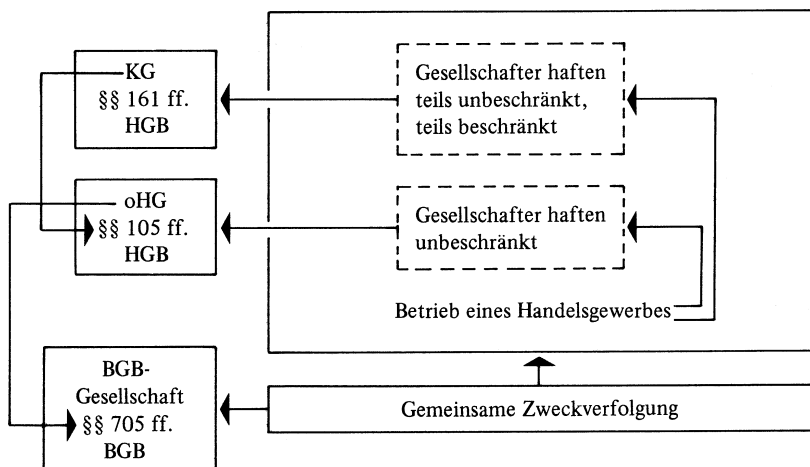
Das Recht der BGB-Gesellschaft ist in den §§ 705 ff. BGB geregelt. Es handelt sich hierbei weitestgehend um **dispositives Recht** (zur Disposition der Gesellschafter gestelltes = nachgiebiges Recht!). Es wird in vielen Fällen durch vertragliche Abreden ersetzt. Bei ausdrücklich begründeten BGB-Gesellschaften treten die §§ 705 ff. BGB deshalb in den Hintergrund. Bedeutung kommt ihnen jedoch in zweierlei Hinsicht zu:

### a) Unbewußte Zusammenschlüsse

Bei manchen gemeinsamen Zweckverfolgungen wird den Beteiligten gar nicht bewußt, daß hierdurch eine Gesellschaft entsteht. Eine ausdrückliche Fest-

legung dessen, was zu gelten hat, unterbleibt demzufolge oder ist zumindest unvollständig. Als Beispiel ist etwa die kurzfristige Zweckverfolgung bei Mitfahrgemeinschaften zu nennen. Hier greift in Streitfällen die gesetzliche Regelung ein.

Schaubild: System der Personen-(Außen)-Gesellschaften



## b) Entsprechende Anwendung auf andere Personengesellschaften

### aa) oHG und KG

Die Bedeutung der §§ 705 ff. BGB liegt vor allem darin, daß sie auf das Recht der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft entsprechend anzuwenden sind. Dies ist für die oHG in § 105 Abs. 3 HGB (lesen!) bestimmt. Da nach § 161 Abs. 2 HGB (lesen!) auf die Kommanditgesellschaft ergänzend wiederum das Recht über die offene Handelsgesellschaft Anwendung findet, gilt letztlich das Recht der BGB-Gesellschaft auch für die Kommanditgesellschaft. Diese Rechtsverweisungen sind lediglich eine Konsequenz aus der Artverwandtheit der genannten Personengesellschaften: Die BGB-Gesellschaft verfolgt einen beliebigen Zweck, die oHG betreibt ein Handelsgeschäft bei unbeschränkter, die Kommanditgesellschaft bei teils unbeschränkter, teils beschränkter Gesellschafterhaftung. Diese Abstufung in der Zwecksetzung bzw. Haftung vom Allgemeinen zum Speziellen gestattet es dem Gesetzgeber, statt einer umfangreichen Durchnormierung jeder einzelnen Gesellschaftsform den eleganten und ökonomischen Weg der Verweisung auf die Vorschriften der §§ 705 ff. BGB bzw. 105 ff. HGB zu gehen.

### bb) Stille Gesellschaft

Darüber hinaus finden die Vorschriften über die BGB-Gesellschaft subsidiär auf die stille Gesellschaft Anwendung, wenn der Gesellschaftsvertrag bzw. die §§ 230 ff. HGB keine Regelung enthalten. Allerdings mit der Einschränkung, daß wegen des Innencharakters der stillen Gesellschaft solche Vorschriften unanwendbar sind, die Außenbeziehungen, etwa das Entstehen eines gemein-

schaftlichen Gesellschaftsvermögens, voraussetzen. Ansonsten liegt auch bei der stillen Gesellschaft eine gemeinschaftliche Zweckverfolgung vor, was die Anwendung der §§ 705 ff. BGB dann ermöglicht und gebietet, wenn die §§ 230 ff. HGB eine Lücke offenlassen und auch der Gesellschaftsvertrag schweigt.

### **Beispiel:**

Was gilt, wenn bei der stillen Gesellschaft ein Gesellschafter stirbt und der Gesellschaftsvertrag keine Regelung enthält? Der Gesetzgeber hat in § 234 Abs. 2 HGB lediglich für den Tod des stillen Gesellschafters eine Anordnung getroffen. Durch dessen Tod wird die Gesellschaft nicht aufgelöst. Für den Tod des Geschäftsinhabers dagegen schweigt das Gesetz. Hier ist, da es sich um eine reine Innenbeziehung handelt, auf die Regelung bei der BGB-Gesellschaft zurückzugreifen, wonach die Gesellschaft nach § 727 Abs. 1 BGB durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird, sofern sich aus dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes ergibt (oder – was im Personengesellschaftsrecht immer möglich ist – eine nachträgliche Vereinbarung mit den Erben getroffen wird).

#### *c) Anwendung des allgemeinen Schuldrechts*

Neben den §§ 705 ff. BGB finden auf das Recht der BGB-Gesellschaft die allgemeinen Vorschriften Anwendung. Dies ist an sich eine Binsenweisheit. So ist etwa ein Gesellschaftsvertrag, der gegen die guten Sitten verstößt, gemäß § 138 BGB nichtig. Auf zwei Dinge ist hinzuweisen:

##### *aa) Anwendung der §§ 320 ff. BGB*

Da der Gesellschaftsvertrag die Gesellschafter verpflichtet, durch ihre Beiträge den gemeinsamen Zweck zu fördern, kommen teilweise die Vorschriften über den gegenseitigen Vertrag zur Anwendung (str.). Unanwendbar sind sie, soweit Sonderregelungen bestehen, insbesondere:

- wenn der Gesellschaftsvertrag bereits vollzogen ist (die Gesellschaft nach außen aufgetreten ist),
- ein gemeinschaftliches Vermögen gebildet wurde sowie
- grundsätzlich, wenn die Gesellschaft aus mehr als zwei Gesellschaftern besteht.

Prüfungsmaßstab ist, ob die Besonderheiten der gemeinsamen Zweckverfolgung dem gegenseitigen Vertrag, der auf ein Austauschverhältnis angelegt ist, nicht entgegenstehen. Dies hat zur Konsequenz, daß etwa Rücktrittsrechte bei Leistungsstörungen gemäß §§ 323, 324 BGB im Gesellschaftsrecht durch dessen spezielle Vorschriften (Kündigung der Gesellschaft nach § 723 BGB) verdrängt werden.

##### *bb) Gesamtschuldnerische Haftung*

Das Gesetz enthält in den §§ 705 ff. BGB keine Aussage über den Umfang der Gesellschafterhaftung. In Betracht kommt ein Rückgriff auf §§ 420 ff. BGB. Für das bürgerliche Recht ordnet § 427 BGB im Zweifel die gesamtschuldnerische Haftung an, wenn sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung verpflichten. Zu den Haftungsfragen bei der BGB-Gesellschaft vgl. unten V.

*cc) Haftungsmaßstab*

Ein Sonderproblem ergibt sich bei der Frage, welcher Haftungsmaßstab unter den Gesellschaftern gilt. Das BGB macht in § 708 BGB eine unmissverständliche Aussage: Danach hat ein Gesellschafter bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für „diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt“ (Repetition zum Bürgerlichen Recht: Man spricht in diesen Fällen in Anlehnung an das Römische Recht von der „diligentia quam in suis“). Dann ergibt sich die Grenze für die Haftung lediglich aus § 277 BGB: Auch wenn man nur für eigene Sorgfalt einzustehen hat, ist man von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit. Die dogmatisch interessante und nicht selten bei Prüfungen aufgeworfene Frage lautet: Gilt diese Haftungsreduktion auch für den Straßenverkehr?

**Beispiel:**

A und B schließen sich (möglicherweise unbewusst) als Fahrer bzw. Beifahrer anlässlich einer gemeinsamen Fahrt mit dem Kraftfahrzeug zu einer BGB-Gesellschaft zusammen. A verursacht als Fahrzeuglenker leicht fahrlässig einen Verkehrsunfall, bei dem B als Beifahrer verletzt wird und wehrt die Schadenersatzansprüche des B mit der Begründung ab, er sei so gefahren wie immer; zwischen ihm und B sei mit der gemeinsamen Fahrt (konkulent) eine BGB-Gesellschaft gegründet worden, mit der Folge, dass er B als Mitgesellschafter gem. § 708 BGB nur die Sorgfalt schulde, die er in eigenen Angelegenheiten anwende.

Mit Recht lehnt die Rechtsprechung die Anwendung des § 708 BGB auf den Straßenverkehr ab. Begründung: Dies liefe „dem ständigen gesetzgeberischen Bestreben, den Gefahren des Straßenverkehrs nicht zuletzt durch strenge Haftungsbestimmungen entgegen zu wirken, völlig zuwider“. § 708 BGB sei eine Norm, die nur die Regelung der vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen den Gesellschaftern im Auge habe. Es wäre „in nicht gewollter Weise völlig unangemessen“, diese Bestimmung auf ein ganz andersartiges Anwendungsfeld zu eröffnen, bei dem die körperliche Unversehrtheit der Gesellschafter auf dem Spiele steht.

**II. Erscheinungsformen der BGB-Gesellschaft**

Das Wesensmerkmal der beliebigen Zweckverfolgung bringt es mit sich, daß der Anwendungsbereich der BGB-Gesellschaft breit gestreut ist. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart, längerfristig oder kurzfristig angelegt sein, materielle oder immaterielle Zwecke verfolgen. Ausgeklammert ist allerdings (wegen §§ 105, 161 HGB) der Betrieb eines Handelsgewerbes.

**1. Zusammenschlüsse von Nichtkaufleuten**

Gewerbetreibende, deren Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert und die sich nicht nach § 2 HGB haben ins Handelsregister eintragen lassen, sind keine Kaufleute (vgl. §§ 1, 2 HGB). Sie können sich als BGB-Gesellschaft zusammenschließen.

● **Lernhinweis:** Vor der Änderung des HGB durch das Handelsrechtsreformgesetz (HRefG) 1998 konnten nach § 4 Abs. 2 HGB a.F. Minderkaufleute keine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft gründen. Entschieden sie sich dennoch für die Wahl einer Personengesellschaft, so blieb die BGB-Gesellschaft als Organisationsform.

**Beispiele** waren:

- Gemeinsamer Betrieb einer Kraftfahrzeugreparaturwerkstatt (BGHZ 45, 311)
- Betrieb einer Gastwirtschaft durch Eheleute (BGHZ 8, 249)
- Einrichtung einer gemeinsamen Annahmestelle durch mehrere Reinigungsbetriebe zur rationellen Abwicklung des Geschäftsbetriebes.

Durch das Handelsrechtsreformgesetz wurde der Kaufmannsbegriff neu geregelt. Nach § 1 Abs. 1 und Abs. 2 HGB n.F. ist Kaufmann jeder Gewerbetreibende ohne Rücksicht auf die Branche, es sei denn, daß das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Die Rechtsfigur des Minderkaufmannes entfällt. Auch Kleingewerbetreibenden ist damit die Möglichkeit zum Erwerb der Kaufmannseigenschaft durch freiwillige Eintragung in das Handelsregister eingeräumt. Das gilt sowohl für den Einzelkaufmann (§ 2 HGB n.F.) als auch für den Zusammenschluß zu einer offenen Handelsgesellschaft (§ 105 Abs. 2 HGB n.F.) oder Kommanditgesellschaft (§ 161 Abs. 2 HGB).

## 2. Zusammenschlüsse von Freiberuflern

Angehörige freier Berufe, wie Anwälte, Ärzte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Architekten üben **kein Gewerbe** aus. Ihr Zusammenschluß hat deshalb auch nicht den Betrieb eines Handelsgewerbes zum Gegenstand. Insofern entfällt die Rechtsform der oHG oder KG. Für Zusammenschlüsse von Freiberuflern bietet sich deshalb die Form der BGB-Gesellschaft an (Lernhinweis: Seit 1995 können sich Freiberufler auch in der Form der Partnerschaftsgesellschaft organisieren, die der oHG stark angenähert ist; vgl. dazu unten § 15 V).

**Beispiele:**

- Rechtsanwaltssozietäten
- ärztliche Gemeinschaftspraxen
- gemeinschaftlich betriebene Steuerberatungsbüros

## 3. Gelegenheitsgesellschaften

Nicht selten handelt es sich bei der BGB-Gesellschaft um kurzfristige Zusammenschlüsse. Man spricht dann von „Gelegenheitsgesellschaften“. Charakteristisch für sie ist, daß sich die Zweckverfolgung entweder auf eine einmalige Angelegenheit beschränkt oder doch absehbar zeitgebunden ist. Dabei kann es sich sowohl um ideelle als auch um wirtschaftliche Zwecke handeln.

**Berlin**  
**Freie und Hansestadt Hamburg**  
**Hessen**  
**Nordrhein-Westfalen**  
**Rheinland-Pfalz**  
**Sachsen-Anhalt**  
**Schleswig-Holstein**



**DM 4.000.000.000,-**  
**6 1/4 % Deutsche-Mark-Länderschatzanweisung Nr. 1**  
**von 1996/2006**

**ABN AMRO Hoare Govett**  
 ABN AMRO Bank (Deutschland) AG

**Commerzbank**  
 Aktiengesellschaft

**Deutsche Morgan Grenfell**  
 Deutsche Bank Aktiengesellschaft

**DG BANK**  
 Deutsche Genossenschaftsbank

**Dresdner Bank – Kleinwort Benson**  
 Dresdner Bank Aktiengesellschaft

**Helaba**  
 Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale

**HSBC Trinkaus**  
 Trinkaus & Burkhardt KGaA

**Paribas Capital Markets**  
 Banque Paribas (Deutschland) OHG

**UBS**  
 Schweizerische Bankgesellschaft (Deutschland) AG

**Westdeutsche Landesbank**  
 Girozentrale

**Bankgesellschaft Berlin**  
 Aktiengesellschaft

**Landesbank Rheinland-Pfalz**  
 – Girozentrale –

**Norddeutsche Landesbank**  
 Girozentrale

**Hamburgische Landesbank**  
 – Girozentrale –

**Landesbank Schleswig-Holstein**  
 Girozentrale

**Bayerische Hypotheken- und  
 Wechsel-Bank**  
 Aktiengesellschaft

**Deutsche Girozentrale**  
 – Deutsche Kommunalbank –

**Merrill Lynch Bank AG**

**Société Générale S.A.**



#### a) Konsortien

Hierbei handelt es sich um wirtschaftliche Zusammenschlüsse vor allem zum Zwecke der Emission und Finanzierung. Wenn beispielsweise eine Anleihe dem Publikum zum Verkauf angeboten wird, dann schließen sich mehrere „Adressen“ zur Abwicklung zusammen, um den Bankkunden die Zeichnung zu ermöglichen.

#### Beispiele:

- Begebung von Anleihen der öffentlichen Hand; vergleichen Sie dazu die Abbildung „Länderschatzanweisung 1996/2006“
- Die Volksrepublik China möchte ein komplettes Industriezentrum durch eine deutsche Firmengruppe unter Führung einer deutschen Großbank erstellen lassen.

Daneben gibt es die Kursregulierungskonsortien sowie Bindungs-, Sperr- und Stimmrechtskonsortien durch Gesellschafter von Kapital- und Personengesellschaften.

#### b) Die Arbeitsgemeinschaft im Baugewerbe

Große Bedeutung hat die BGB-Gesellschaft als Organisationsform im Baugewerbe. Bei Großprojekten sind die technischen Möglichkeiten sowie die personellen und sachlichen Kapazitäten einzelner Unternehmer häufig überfordert. Deshalb schließen sich in zunehmendem Maße mehrere Baufirmen unter der Bezeichnung „Arbeitsgemeinschaft“ (abgekürzt ARGE) für die Dauer des betreffenden Bauvorhabens zusammen.

#### Beispiele:

- „ARGE S-Bahnweiterführung Berlin, Schönhauser Allee/Westend“
- „ARGE Bürocenter X Potsdamer Platz, Berlin“
- „ARGE Autobahn Lübeck/Stralsund, Streckenabschnitt Rostock“.

**Steuerrechtlicher Hinweis:** Die Arbeitsgemeinschaft ist gewerbesteuerlich begünstigt: Nach § 2 a GewStG entfällt die Steuerpflicht für Arbeitsgemeinschaften, deren alleiniger Zweck sich auf die Erfüllung eines einzigen Werkvertrags oder Werklieferungsvertrags beschränkt. Die Betriebsstätten der Arbeitsgemeinschaften gelten insoweit anteilig als Betriebsstätten der Beteiligten.

#### c) Wettgemeinschaften

Namentlich mit dem Aufkommen der staatlichen Toto- und Lottounternehmen erfreuen sich „Lottogemeinschaften“ u. dgl. zunehmender Beliebtheit. In diesen Fällen schließen sich etwa mehrere Arbeitskollegen zu dem Zweck zusammen, durch Summierung des Einsatzes die Gewinnchancen zu erhöhen.

#### d) Mitfahrgemeinschaften

Diese Form des Zusammenschlusses ist vor allem unter Studien- oder Arbeitskollegen häufig anzutreffen. Um Benzin zu sparen, nimmt ein motorisierter Arbeitskollege andere in seinem Kraftfahrzeug gegen Kostenbeteiligung mit. Derartige Gemeinschaften waren Gegenstand höchstrichterlicher Erörterung im Hinblick auf den Umfang der dabei gebotenen Sorgfaltspflicht. Da nach § 708

BGB Gesellschafter bei der Erfüllung der ihnen obliegenden Verpflichtungen nur für „diligentia quam in suis“, also nur für diejenige Sorgfalt einzustehen haben, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen, könnte dies eine Haftungserleichterung gegenüber den straßenverkehrsrechtlichen Erfordernissen bedeuten. Der Bundesgerichtshof hat jedoch festgestellt, daß diese Haftungserleichterung nicht für die Pflicht zum Lenken eines Kraftfahrzeuges gilt, es vielmehr bei den allgemeinen Vorschriften verbleibt (BGHZ 46, 313; „... es besteht kein Spielraum für individuelle Sorglosigkeit im Straßenverkehr!“). Verursacht also der Fahrer einer Mitfahrgemeinschaft einen Unfall und läßt er dabei die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht, dann treffen ihn die Schadensersatzverpflichtungen nach allgemeinen Grundsätzen.

#### e) Investmentclubs

Mit dem Aufkommen der Kapitalanlage in Investmentanteilen haben sich (private) „Investmentclubs“ gebildet, die in unterschiedlichen Varianten in Erscheinung treten. Entgegen dem auf das Vorliegen eines Vereins hindeutenden Ausdruck „Club“ handelt es sich dabei um gesellschaftsrechtliche Zusammenschlüsse, die unter §§ 705 ff. BGB fallen. Es sind damit jedoch nicht die unter das KapitalAnlG fallenden Kapitalanlagegesellschaften, sondern „amateurhafte“ Imitationen, meist auf freundschaftlicher oder kollegialer Basis, gemeint.

#### f) Bauherrngemeinschaften

Weit verbreitet war die BGB-Gesellschaft zu Zeiten des „Immobilien-Booms“ früherer Jahre auf dem Gebiet des Wohnungsbaus im Rahmen von „**Bauherren-Modellen**“. Man verstand darunter eine besondere Form der Kapitalanlage auf dem Immobiliensektor, deren Attraktivität in der Ausschöpfung der für den Wohnungsbau bestehenden Steuervergünstigungen lag. Es gründete sich auf ein von dem jeweiligen Anbeiter vorbereitetes Vertragswerk, aufgrund dessen sich die Interessenten meist in der Form einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (teilweise auch als Gemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB) zusammenschlossen mit dem Ziel der **gemeinsamen Erstellung von Eigentumswohnungen**. Das Bauherren-Modell sollte **dem Kapitalanleger die im Vergleich zum Käufer steuerlich günstigere Stellung eines Bauherrn verschaffen**.

Finanzverwaltung und Gesetzgeber haben im Laufe der Zeit unter dem Eindruck gesellschaftspolitischer Kritik die steuerliche Attraktivität des Bauherren-Modells so stark reduziert, dass derartige Konstruktionen nur noch steuerhistorischen Anschauungsunterricht bieten.

## 4. Überbetriebliche Zusammenschlüsse

Die BGB-Gesellschaft eignet sich auch als Organisationsform für den überbetrieblichen Zusammenschluß.

### Beispiele:

- **Kartelle**, also privatrechtliche Verbindungen zur Beeinflussung von Marktverhältnissen durch Wettbewerbsbeschränkungen (ihre Zulässigkeit und die weitere kartellrechtliche Problematik ist nach dem GWB zu beurteilen).

- **Konzerne** i. w. S., also der Zusammenschluß mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen aufgrund eines Unternehmensvertrages; namentlich der Zusammenschluß unter einheitlicher Leitung entweder in Form der Unterordnung (§ 18 Abs. 1 AktG), der Gleichordnung (§ 18 Abs. 2 AktG) oder als verbundene Unternehmen (§ 15 AktG); für sie gelten die §§ 291–328 AktG und §§ 290–315 a HGB.
- **Interessengemeinschaften**, z. B. Schifffahrtspool, Gewinnbeteiligungen.

## 5. Interne Zusammenschlüsse

### Beispiele:

- Unterbeteiligungen
- Pool-Verträge über das Abstimmungsverhalten von Gesellschaftern (häufig bei mittelständischen Familiengesellschaften, um durch die Konzentration der Stimmrechte entscheidenden Einfluß auch dann zu behalten, wenn sich zur Kapitalaufstockung Familienfremde an der Gesellschaft beteiligen)

## 6. Holding-Gesellschaften

Häufig, aber nicht begriffsnotwendig, sind Holding-Gesellschaften als BGB-Gesellschaften organisiert. Hierbei handelt es sich um den Zusammenschluß mehrerer selbständiger Unternehmen zu einer Organisationsform, die reine Kontroll- oder Dachgesellschaft ist. Sie ist nicht im produktiven Sektor angesiedelt, sondern dient vorwiegend der Verwaltung und Koordinierung.

## 7. Vorgesellschaften

Kapitalgesellschaften erlangen ihre Rechtsfähigkeit erst durch die Eintragung ins Handelsregister (vgl. § 11 Abs. 1 GmbHG, § 41 Abs. 1 AktG). Für das Gründungsstadium wurde u. a. die Meinung vertreten, derartige „Vorgesellschaften“ seien als BGB-Gesellschaften zu qualifizieren. Die neuere Rechtsprechung hat diese Theorie nicht mehr aufrechterhalten (vgl. BGH NJW 72, 1660 ff.; BGH JZ 77, 56 ff.; BGHZ 80, 129 ff.; BGHZ 120, 103 ff.). Nach heutiger Auffassung sind im Gründungsstadium zwei Etappen zu unterscheiden: Zwischen der Verabredung der Gründer, das Entstehen einer Kapitalgesellschaft gemeinsam vorzubereiten, und dem Abschluß des notariellen Gesellschaftsvertrages spricht man von einer „Vorgründungsgesellschaft“; diese ist in der Regel BGB-Gesellschaft. In der Zeit vom Abschluß des Gesellschaftsvertrages bis zur Eintragung ins Handelsregister existiert eine sog. „Vorgesellschaft“ als Personenvereinigung eigener Art, die dem Recht der zu gründenden Gesellschaft untersteht mit Ausnahme der Vorschriften, die die Rechtsfähigkeit voraussetzen (vgl. dazu insbes. unten § 11 IV).

## 8. Nichtrechtsfähige Vereine

Nach § 54 S. 1 BGB müßten die Vorschriften über die BGB-Gesellschaft auch auf den nichtrechtsfähigen, also nicht eingetragenen Verein Anwendung finden. Diese historisch bedingte Vorschrift ist vom Gesetzgeber aus Gründen geschaffen worden, die mit unserem heutigen Rechts- und Verfassungsver-

ständnis nicht mehr vereinbar sind [über den ursprünglich bestehenden Zwang zur Meldung der Mitglieder wollte man vor allem die damaligen „Arbeitervereine“ als Vorläufer der Gewerkschaften unter Kontrolle bringen und die Nichteintragung (und damit Anonymität der Mitglieder) mit der persönlichen Haftung als BGB-Gesellschafter „bestrafen“]. Heute besteht in Rechtsprechung und Schrifttum Übereinstimmung, daß hinsichtlich der Haftung auf den nichtrechtsfähigen Verein die Vorschriften über den rechtsfähigen Verein (§§ 21 ff. BGB) entsprechend Anwendung finden. Ein wesentlicher Unterschied besteht jedoch hinsichtlich der sogenannten „Handlungshaftung“: Während der Vertreter des rechtsfähigen Vereins rechtsgeschäftlich nur bei Überschreitung der Vertretungsmacht haftet, kann der für einen nichtrechtsfähigen Verein „Handelnde“ nach § 54 S. 2 BGB vom Vertragspartner persönlich in Anspruch genommen werden.

## 9. Landwirtschaftliche Zusammenschlüsse

Die Kooperation in der Landwirtschaft zum Zwecke der Intensivierung und Mechanisierung bedient sich häufig der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Kapitalgesellschaften sind hier in der Regel zu aufwendig und schwerfällig, es sei denn, Größe und Aufgabe des Zusammenschlusses legen die Gründung einer Genossenschaft nahe. Die Gründung von Handelsgesellschaften war nach der früheren Fassung des § 3 HGB mangels Kaufmannseigenschaft nicht möglich. Durch die Novellierung dieser Vorschrift 1976 wurde den Land- und Forstwirten die Möglichkeit zur fakultativen Eintragung in das Handelsregister gegeben. So konnten sie Kaufmannseigenschaft erwerben und sich der Rechtsform der Personenhandelsgesellschaften bedienen.

An dieser Rechtslage sollte in bezug auf die Land- und Forstwirtschaft auch durch das Handelsrechtsreformgesetz mit Wirkung zum 1. 7. 1998 nichts geändert werden. Von einer Einbeziehung der Land- und Forstwirte in den Kaufmannsbegriff des HGB wurde abgesehen. Sie können aber durch freiwillige Eintragung in das Handelsregister nach § 3 Abs. 2, § 2 HGB Kaufmannseigenschaft erwerben und sich dann auch der Rechtsform von Handelsgesellschaften bedienen.

Ist die Eintragung einmal erfolgt, so findet die Löschung nach § 3 Abs. 2 HGB auch auf Antrag statt; allerdings nur, wenn nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HGB vorliegen, also das Unternehmen einen nach Art oder Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.

## 10. Gesellschaften von Ehegatten und Familienangehörigen

Soweit sich die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Familienangehörigen im typischen Rahmen der ehelichen Lebens- und Familiengemeinschaft bewegen, beurteilen sich diese naturgemäß zunächst ausschließlich nach Familienrecht: Der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft berücksichtigt unterschiedliche Vermögensentwicklungen durch die Ausgleichung eines etwaigen Zugewinns bei Beendigung der Ehe.

● **Lernhinweis:** Das Güterrecht (die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten) hat mannigfache Ausstrahlung auf das Gesellschaftsrecht! Das deutsche Recht kennt **drei Güterstände**: Die „**Zugewinngemeinschaft**“ (gesetzlicher Güterstand, der immer vorliegt, wenn die Ehegatten keinen anderen Güterstand vereinbaren) sowie die beiden vertraglichen Güterstände der „**Gütergemeinschaft**“ (soweit nicht „Vorbehaltsgut“ oder „Sondergut“ vorliegt, wird das Vermögen von Mann und Frau als „Gesamtgut“ gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten) und der „**Gütertrennung**“ (bei ihr „gelten die Ehegatten vermögensrechtlich als nicht verheiratet“). Während man bei der Zugewinngemeinschaft durch eine einfache Rechenoperation (Endvermögen ./ Anfangsvermögen) bei jedem Ehegatten seinen Zugewinn errechnet und den überschießenden Zugewinn eines Ehegatten ausgleicht, entfällt diese „Korrektur“ bei der Gütertrennung. Das ist der Grund, weshalb die Rechtsprechung namentlich in diesen Fällen versucht hat, über die Annahme „stillschweigender Ehegattengesellschaften“ einen Vermögensausgleich herbeizuführen.

Unter §§ 705 ff. BGB fallende Ehegattengesellschaften können vorliegen, wenn ein Ehegatte über die familienrechtliche Pflicht hinaus im Erwerbsgeschäft des anderen mitarbeitet oder wenn ein Ehepartner dem anderen Vermögen für ein Erwerbsgeschäft zur Verfügung gestellt hat, das dem Familienunterhalt dient.

### Beispiele:

- Die Ehefrau hat ein Metzgereifachgeschäft in die Ehe eingebracht, mitfinanziert und durch ihre Mitarbeit gefördert (BGHZ 31, 197 ff.);
- die Ehefrau hat den Betrieb einer Gastwirtschaft mitfinanziert und durch ihre Mitarbeit gefördert (BGHZ 47, 157 ff.);
- ein Ehegatte hat bei der Errichtung von Mietwohnhäusern Dienstleistungen erbracht und die persönliche Haftung mit übernommen (BGH NJW 74, 2278 f.).

Entscheidend ist jeweils, ob die Beteiligten abredgemäß durch beiderseitige Leistungen einen **über den typischen Rahmen der ehelichen Lebens- bzw. Familiengemeinschaft hinausgehenden Zweck verfolgen** und damit eine schuldrechtliche Sonderverbindung eingehen, die das übersteigt, wozu die Ehegatten nach familienrechtlichen Regeln verpflichtet sind. Diese Kriterien sind nicht erfüllt

- bei der bloßen Errichtung eines Familienwohnheims durch beide Ehegatten (BGH NJW 74, 1554 f.);
- bei bloßer Mitfinanzierung einer Arztpraxis und Mitarbeit als Sprechstundenhilfe beim Aufbau der Praxis (BGH NJW 74, 2045 f.);
- bei bloßer Zusammenarbeit von Mutter und Sohn im gemeinsam errichteten Haus (BGH Betrieb 72, 2459).

## 11. Nichteheliche Lebensgemeinschaften

Das Zusammenleben von Mann und Frau in Form einer „eheähnlichen Lebensgemeinschaft“ begründet nach h.M. allein noch keine Gesellschaft. Unter bestimmten Voraussetzungen können jedoch die Grundsätze der BGB-Gesell-

schaft herangezogen werden (vgl. BGHZ 77, 55). Die Rechtsprechung verlangt als Mindestvoraussetzung, daß die Partner im Innenverhältnis die Absicht verfolgt haben, einen wirtschaftlich gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, den sie während der bestehenden Partnerschaft gemeinsam nutzen und der ihnen gehören soll. Dies wurde z.B. für ein gewerbliches Unternehmen bejaht (BGHZ 84, 388). Der gegenwärtige Stand der Diskussion zur eheähnlichen Lebensgemeinschaft läßt noch viele Fragen offen. So folgt nach der Rechtsprechung die Absicht, einen gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, nicht in jedem Fall schon daraus, daß ein Partner ein Grundstück erwirbt und der andere zu den Erwerbskosten beiträgt. Andererseits soll er nicht bereits daran scheitern, daß ein Partner nach außen das Unternehmen (z. B. eine Arztpraxis) allein führen soll.

Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 165, 1) verlangt für einen gesellschaftsrechtlichen Ausgleich bei Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft einen ausdrücklichen oder konkludenten Gesellschaftsvertrag. Eine rein faktische Willensübereinstimmung reicht nicht, weil die nichteheliche Lebensgemeinschaft vom Ansatz her eine Beziehung ohne Rechtsbindungswillen darstellt. Ausgleichsansprüche beim Scheitern solcher Gemeinschaften werden vom BGH daher aus ungerechtfertigter Bereicherung (vgl. § 812 Abs. 1 S. 2, 2. alt. BGB – sog. „Zweckverfehlungskondiktion“) und dem Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB abgeleitet.

Für die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft wurde zwischenzeitlich mit dem Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft (LPartG) die Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften durch eine weitgehende Gleichstellung solcher Gemeinschaften mit der Ehe beendet. Für sie gilt der (dispositive) gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft.

### III. Gründung der BGB-Gesellschaft

#### 1. Gesellschaftsvertrag

Die BGB-Gesellschaft entsteht durch den vertraglichen Zusammenschluß mehrerer Gesellschafter. Erforderlich ist also zunächst der Abschluß eines Vertrages. Dieser kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Letzteres ist vor allem bei Gelegenheitsgesellschaften der Fall. Eine bestimmte Form ist nicht vorgeschrieben. In der Praxis ist eine schriftliche Fixierung zu Beweis-zwecken empfehlenswert. Form- und Genehmigungserfordernisse sind jedoch wie bei allen Gesellschaftsgründungen aus anderen Aspekten denkbar:

- Wenn etwa **Grundstücke** in die Gesellschaft eingebracht werden, sind wegen der in der Grundstücksveräußerung liegenden Änderung in der Rechtszuständigkeit die entsprechenden Formvorschriften zu beachten (vgl. §§ 311 b Abs. 1, 873, 925 BGB);
- wenn **Minderjährige** mitwirken, kann die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts bzw. eines Ergänzungspflegers erforderlich sein (vgl. § 1822 Nr. 3 i. V. m. § 1643 BGB; § 1909 i. V. m. § 181 BGB).

Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft kann jede natürliche und jede juristische Person sein. Es muß sich um mindestens zwei Gesellschafter handeln („zweigliedrige Gesellschaft“), häufig sind es mehr; dem Charakter einer auf gegenseitige Kenntnis angelegten Personengesellschaft entsprechend ist es jedoch selten, daß die Gesellschafterzahl – wie bei den Publikumsgesellschaften – größere Dimensionen annimmt.

## 2. Gesellschaftsvermögen

### a) Gegenstand des Gesellschaftsvermögens

Das Gesellschaftsvermögen ist die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft. Gegenstand des Gesellschaftsvermögens sind:

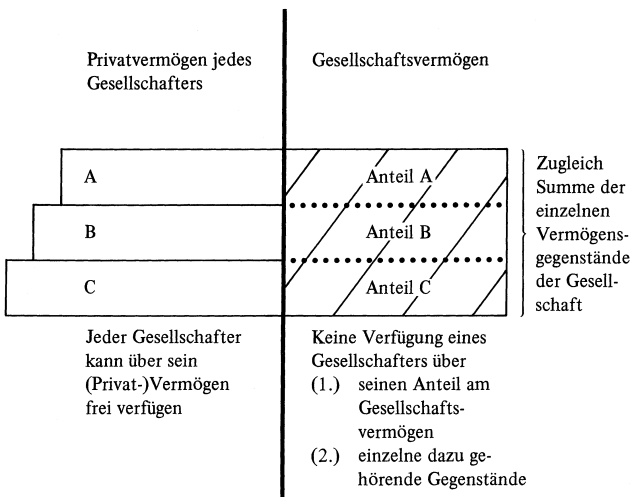
- die vertraglichen Beiträge der Gesellschafter (§ 718 Abs. 1 1. Fall BGB),
- die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände (§ 718 Abs. 1 2. Fall BGB),
- was aufgrund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechts erworben wird (§ 718 Abs. 2 1. Fall BGB),
- was als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird (§ 718 Abs. 2 2. Fall BGB).

Mit anderen Worten: Alles, was die Gesellschafter durch ihre Tätigkeit jetzt oder später in Verfolgung des gemeinsamen Zwecks erwerben und erwirtschaften, wird gemeinschaftliches Vermögen, einschließlich der Surrogate.

### b) Gesamthänderische Bindung

Typisch für das Gesellschaftsvermögen bei Personengesellschaften ist seine „Bindung zur gesamten Hand“. Das Gesellschaftsvermögen (vgl. den Wortlaut

Schaubild: Gesamthänderische Bindung des Gesellschaftsvermögens.



von § 718 Abs. 1 BGB!) ist „**gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter**“ und steht damit nur allen gemeinschaftlich zu. Das Gesetz bringt diese gesamthänderische Bindung vor allem durch drei Aussagen zum Ausdruck (vgl. § 719 Abs. 1 BGB – lesen!):

- Ein Gesellschafter kann nicht über seinen **Anteil am Gesellschaftsvermögen** verfügen;
- ein Gesellschafter kann nicht über seinen **Anteil an den einzelnen** zum Gesellschaftsvermögen gehörenden **Gegenständen** verfügen;
- ein Gesellschafter ist nicht berechtigt, **Teilung** zu verlangen.

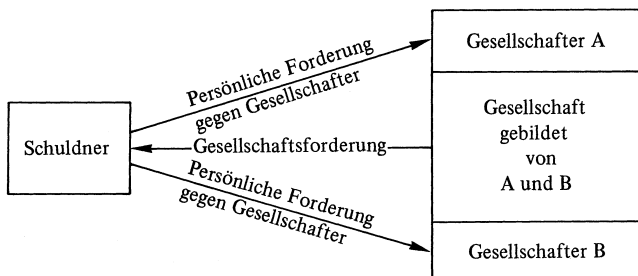
Es handelt sich also beim Gesellschaftsvermögen um ein gegenüber dem Privatvermögen der Gesellschafter abgegrenztes Sondervermögen.

### c) Aufrechnungstatbestände

Die Trennung zwischen Gesellschaftsvermögen und Privatvermögen führt zwangsläufig zu Aufrechnungsverboten. Es muß sichergestellt sein, daß eine Aufrechnung von Privatforderungen gegen Gesellschaftsforderungen nicht möglich ist.

- Gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann der Schuldner gem. § 719 Abs. 2 BGB (lesen!) nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen.
- Dasselbe gilt (mangels Gegenseitigkeit) für den umgekehrten Fall: Ein Gesellschafter kann nicht mit einer der gesamthänderischen Bindung unterliegenden Forderung gegenüber einem Schuldner aufrechnen, der ihn aus einer Privatforderung in Anspruch nimmt.

Schaubild: Aufrechnungsverbot nach § 719 Abs. 2 BGB



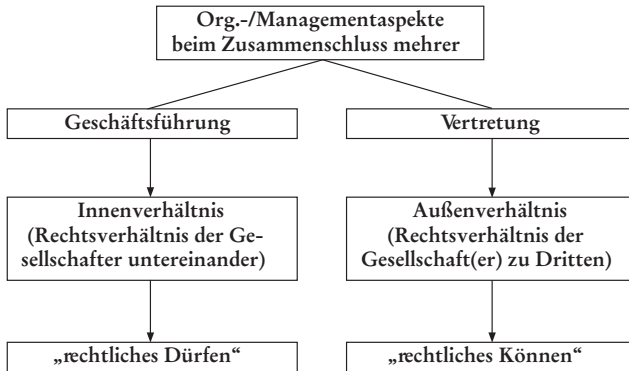
## IV. Geschäftsführung und Vertretung bei der BGB-Gesellschaft

- **Lernhinweis:** Im Gesellschaftsrecht ist streng zwischen der Geschäftsführung einerseits und der Vertretung andererseits zu unterscheiden. Die **Geschäftsführung** betrifft das **Innenverhältnis**, die **Vertretung** das **Außenverhältnis**. Unter die Geschäftsführung fallen neben rechtsgeschäftlichen Handlungen auch alle sonstigen Betätigungen im Interesse der Gesellschaft, die sich aus der gemeinsamen Zweckverfolgung ergeben, also etwa tatsächliche Akte wie Buchführung, Korrespondenz und das sonstige „Management“. Bei der BGB-



Gesellschaft sind Geschäftsführung und Vertretung miteinander gekoppelt: Die Vertretungsbefugnis reicht so weit wie die Geschäftsführungsbefugnis. Deshalb empfiehlt es sich, die beiden Problemkreise zusammen darzustellen. Arbeiten Sie daher den folgenden Abschnitt durch und repetieren Sie das Erlernete noch einmal an Hand der Schaubilder.

Schaubild



## 1. Geschäftsführung

### a) Grundsatz

Die Führung der Geschäfte in der BGB-Gesellschaft steht nach § 709 Abs. 1 BGB (lesen!) den Gesellschaftern **gemeinschaftlich** zu. Für jedes Geschäft ist also die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich. Man spricht bei diesem Organisationsprinzip auch vom „positiven Konsensprinzip“.

### Beispiel:

A, B und C haben sich zu einer BGB-Gesellschaft zusammengeschlossen. Sollen für die Gesellschaft Einkäufe getätigt oder Aufträge erteilt werden, so muß zunächst im Innenverhältnis Einstimmigkeit über die zu treffenden Maßnahmen erzielt werden. Hält A etwa den Kauf eines Kopiergerätes für erforderlich, muß er die Zustimmung von B und C einholen, die selbstverständlich auch stillschweigend erteilt werden kann.

### b) Vertragliche Abweichungen

Das Prinzip der Gesamtgeschäftsführung mit seinem Einstimmigkeitserfordernis ist für den einzelnen Gesellschafter vorteilhaft und „ungefährlich“ (weil er bei jedem Organisationsakt gefragt werden muß), es ist aber auf der anderen Seite außerordentlich schwerfällig und daher in vielen Fällen unbrauchbar. Das Gesetz erlaubt deshalb, die Geschäftsführung durch Gesellschaftsvertrag abweichend zu regeln (vgl. §§ 709 Abs. 2, 710, 711 BGB).

#### aa) Gesamtgeschäftsführung mehrerer Gesellschafter

Durch Gesellschaftsvertrag kann die Führung der Geschäfte mehreren Gesellschaftern übertragen werden (§ 710 BGB). Dabei können sich diese wiederum

(wie bei der Gesamtgeschäftsführung aller Gesellschafter) gegenseitig (ausdrücklich oder stillschweigend) für einzelne oder mehrere Geschäftsführungsakte ermächtigen.

Ist die Geschäftsführung auf diese Weise auf mehrere Gesellschafter übertragen, so findet wiederum das Prinzip der Gesamtgeschäftsführung entsprechende Anwendung (§ 710 S. 2 BGB). Das bedeutet, daß zu Geschäftsführungsakten die Zustimmung aller geschäftsführungsberechtigten Gesellschafter erforderlich ist. Die übrigen Gesellschafter sind dagegen von der Geschäftsführung ausgeschlossen.

### **Beispiel:**

A, B und C haben (entweder bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages oder durch späteren Gesellschafterbeschuß) vereinbart, die Geschäftsführung den sach- und rechtskundigen Gesellschaftern B und C zu übertragen. In diesem Falle sind für Auftragsvergaben usw. nur B und C zuständig; A ist als nicht geschäftsführungsberechtigter Gesellschafter auf die Geltendmachung etwaiger Kontrollrechte (s. u.) angewiesen.

#### *bb) Einzelgeschäftsführungsbefugnis*

Nach § 710 BGB (lesen!) kann durch Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführungsbefugnis auch einzelnen Gesellschaftern übertragen werden. Dies ist entweder in der Weise möglich, daß nur einer der Gesellschafter zur Geschäftsführung ermächtigt wird, denkbar ist es aber auch, daß mehrere Gesellschafter Geschäftsführungsbefugnis in der Weise erlangen, daß jeder allein zu handeln berechtigt ist.

### **Beispiel:**

A, B und C bestimmen in Anbetracht des unter ihnen bestehenden Vertrauensverhältnisses, daß jeder von ihnen die Geschäfte eigenverantwortlich ausüben darf. Dann könnte sowohl A als auch B oder C allein über Einkäufe, Verkäufe und sonstige zu treffende Maßnahmen entscheiden.

#### *cc) Limitierte Einzelgeschäftsführungsbefugnis*

Gesellschaftsvertraglich zulässig und in der Praxis nicht selten ist die Limitierung der Einzelgeschäftsführungsbefugnis bis zu einem bestimmten Höchstbetrag kombiniert mit der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis bei Überschreiten dieser Grenze. Damit wird für „Normalfälle“ Flexibilität gewonnen und im Übrigen (durch ein „Mehraugenprinzip“) dem Sicherheitsgedanken Rechnung getragen.

### **Beispiel:**

A, B und C sind Gesellschafter eines als GbR betriebenen Start-up Unternehmens in der Softwarebranche. Um jedem Gesellschafter für das normale operative Geschäft einen gewissen Spielraum zu gewähren, wird Einzelgeschäftsführungsbefugnis für alle Geschäfte bis 1000 Euro vereinbart; Geschäftsabschlüsse über diesen Betrag hinausgehend bedürfen der Gegenzeichnung der übrigen Gesellschafter.

#### *dd) Widerspruchsrecht*

Steht nach dem Gesellschaftsvertrag die Führung der Geschäfte allen oder mehreren Gesellschaftern derart zu, daß jeder allein zu handeln berechtigt ist, so stellt sich eine Frage: Kann ein geschäftsführungsbefugter Gesellschafter

einen anderen geschäftsführungsbefugten Gesellschafter „blockieren“? Es könnte ja sein, daß der eine Gesellschafter die Maßnahme als vorteilhaft, der andere sie jedoch als nachteilig ansieht.

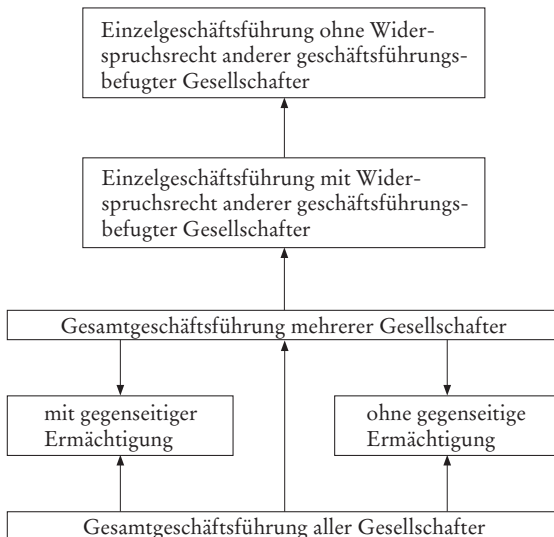
### Beispiel:

A, B und C haben sich im Gesellschaftsvertrag auf Einzelgeschäftsführungsbefugnis geeinigt, weitere Abmachungen jedoch nicht getroffen. Als A ein teures Kopiergerät anschaffen will, kommt es zum Streit mit B, der eine derart teure Anschaffung für nicht angemessen hält. Kann A trotzdem das Gerät bestellen oder ist der Widerspruch des B zu beachten?

Zu unterscheiden sind zwei Möglichkeiten:

- **Die Regelung des Gesetzes:** Nach § 711 BGB (lesen!) muß im Falle eines Widerspruchs anderer Gesellschafter das Geschäft unterbleiben: Steht nach dem Gesellschaftsvertrag die Führung der Geschäfte allen oder mehreren Gesellschaftern in der Art zu, daß jeder allein zu handeln berechtigt ist, so kann jeder der Vornahme eines Geschäfts durch den anderen widersprechen!
- **Gesellschaftsvertragliche Abweichungen:** § 711 BGB ist dispositives Recht. Der Gesellschaftsvertrag kann abweichende Regelungen enthalten. Wenn A, B und C deshalb entweder bei Vereinbarung der Einzelgeschäftsführungsbefugnis oder später durch entsprechenden Gesellschafterbeschuß übereinkommen, daß jeder einzelne Gesellschafter voll verantwortlich in dem Sinne sein soll, daß ein anderer Gesellschafter ihm nicht „dreinreden“ darf, dann würde diese Klausel das Widerspruchsrecht ausschließen. Derartige Bestimmungen können zwar bei unüberlegten und übereilten Entscheidungen geschäftsführungsbefugter Gesellschafter für die Gesellschaft nachteilig sein; auf der anderen Seite läßt sich nicht verkennen, daß Widerspruchsrechte das Gesellschaftsmanagement u. U. lähmen.

*Schaubild: Stufenaufbau der Geschäftsführungsbefugnis bei der BGB-Gesellschaft*



● **Lernhinweis:** Repetieren Sie noch einmal die prinzipiellen Möglichkeiten bei der Geschäftsführung und beachten Sie dabei anhand des nachfolgenden Schaubildes den Stufenaufbau vom Allgemeinen zum Speziellen.

#### *c) Rechte und Pflichten geschäftsführungsbefugter Gesellschafter*

Die Rechtsstellung geschäftsführungsberechtigter Gesellschafter ist zunächst aus dem Gesellschaftsvertrag zu entnehmen. Hilfsweise findet gem. § 713 BGB das Auftragsrecht (§§ 664–670 BGB) entsprechende Anwendung.

● **Lernhinweis:** Hier haben Sie ein gutes Beispiel dafür, daß das Gesetz häufig bei Treuhandverhältnissen und Interessenwahrnehmungen auf das bürgerlich-rechtliche Auftragsrecht verweist. Die Bedeutung des Auftragsrechts liegt deshalb auch weniger in der unmittelbaren Vereinbarung von (definitionsgemäß unentgeltlichen!) Auftragsverhältnissen, als vielmehr in seiner Funktion als „Ersatz-Rechtsordnung“ für gesetzliche oder sonstige Interessenwahrnehmungen. Die Anwendung des Auftragsrechts führt bei der BGB-Gesellschaft vor allem zu zwei Anspruchsgrundlagen:

- Geschäftsführungsbefugte Gesellschafter haben Anspruch auf **Aufwendungsersatz** (§ 670 BGB);
- geschäftsführungsbefugte Gesellschafter **müssen** alles, was sie durch die Geschäftsführung erlangt haben, an die Gesellschaft **herausgeben** (§ 667 BGB).

#### *d) Entziehung und Kündigung der Geschäftsführung*

##### *aa) Entziehung der Geschäftsführung*

Einem Gesellschafter kann durch einstimmigen Beschluß oder, wenn der Gesellschaftsvertrag dies bestimmt, mehrheitlich die Geschäftsführung entzogen werden. Voraussetzung ist, daß ein „wichtiger Grund“ vorliegt. Dies trifft insbesondere bei „**grober Pflichtverletzung**“ oder „**Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung**“ zu (vgl. § 712 Abs. 1 BGB – lesen!). Der Gesellschaftsvertrag kann darüber hinaus engere oder weitere Voraussetzungen aufstellen.

##### *bb) Kündigung der Geschäftsführung*

Umgekehrt kann auch ein geschäftsführungsbefugter Gesellschafter seinerseits die Geschäftsführung kündigen, wenn für ihn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 712 Abs. 2 BGB).

#### **Beispiele:**

In der von A, B und C gegründeten BGB-Gesellschaft kommt es zum Streit, weil C wiederholt Konkurrenzgeschäfte getätigt hatte und auch nach Abmahnung durch A und B Geschäftsinterna für eigene Interessen verwertet. Hier kann durch Beschluß von A und B dem Mitgesellschafter C wegen seiner groben Pflichtverstöße die Geschäftsführung entzogen werden.

Wenn umgekehrt C sich vertragsgetreu verhält, A und B dagegen durch „Schlamperei“ das Ansehen der Gesellschaft schädigen und C um seine eigene Reputation fürchtet, könnte er die Geschäftsführung kündigen, sofern ihm nicht zuzumuten ist, weiterhin für die Gesellschaft tätig zu sein. Die Niederlegung der Geschäftstätigkeit darf jedoch nicht „zur Unzeit“ erfolgen (vgl. § 712 Abs. 2 a. E. i. V. m. § 671 Abs. 2 BGB).

### e) Kontrollrechte

Das Bedürfnis, Geschäftsführungsmaßnahmen zu kontrollieren, ist selbstverständlich. Dies gilt vor allem für solche Gesellschafter, die von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind. „Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser!“ Der Gesetzgeber befriedigt dieses Bedürfnis durch die Normierung von Kontrollrechten zugunsten einzelner Gesellschafter (§ 716 BGB). Bemerkenswert hierbei ist, daß Kontrollrechte durch Gesellschaftsvertrag zwar erweitert und bis zu einem gewissen Grade auch eingeschränkt werden dürfen, zum Nachteil von Gesellschaftern abweichende Klauseln jedoch unbeachtlich sind, wenn „Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung“ besteht (§ 716 Abs. 2 BGB).

Nach § 716 Abs. 1 BGB (lesen!) hat ein Gesellschafter, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, nachfolgende **Kontrollrechte**:

- Er kann sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft **persönlich unterrichten**,
- er kann die **Geschäftsbücher** und die „**Papiere**“ der Gesellschaft (Verträge, Korrespondenz usw.) einsehen und
- er kann sich aus diesen Unterlagen eine **Übersicht** über den Stand des Gesellschaftsvermögens **anfertigen**.

## 2. Vertretung

- **Lernhinweis:** Machen Sie sich noch einmal die Grundprinzipien der Stellvertretung nach bürgerlichem Recht klar: Ein Vertreter gibt (eigene) Willenserklärungen im Namen des Vertretenen ab, die innerhalb seiner Vertretungsmacht für und gegen den Vertretenen wirken (§ 164 Abs. 1 BGB).

Wie immer im Gesellschaftsrecht, lautet auch bei der BGB-Gesellschaft die Frage: Wer kann nach außen hin wirksam Erklärungen abgeben und dadurch die Gesellschaft verpflichten? Früher nahm man in einem Umkehrschluß aus § 124 Abs. 1 HGB an, die BGB-Gesellschaft sei nicht rechtsfähig und könne im Gegensatz zur oHG und KG auch nicht selbständig im Rechtsverkehr auftreten. Daher konnte bei der BGB-Gesellschaft nicht die Gesellschaft vertreten werden, vielmehr wurden es entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes (vgl. § 714 BGB) „die anderen Gesellschafter“. Das hatte zur Folge, daß ein vertretungsbefugter Gesellschafter zugleich im eigenen und im fremden Namen (nämlich für die übrigen (Mit-)Gesellschafter) handelte (sog. „Theorie der Doppelverpflichtung“). Mit der bereits dargestellten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29. 1. 2001 (BGHZ 146, 341) wird die BGB-Gesellschaft als rechtsfähig angesehen, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründen kann. Daraus folgt, daß die Gesellschaft nunmehr selbst als Kläger auftreten und selbst verklagt werden kann, also parteifähig ist. Ein mit Vertretungsmacht für die BGB-Gesellschaft handelnder Gesellschafter verpflichtet nunmehr (entgegen dem Gesetzeswortlaut) die Gesellschaft. Gemäß § 128 HGB analog haften dann die Gesellschafter den Gläubigern der Gesellschaft akzessorisch für die Gesellschaftsverbindlichkeiten (sog. „Akzessorietätstheorie“).

Wie bei der Geschäftsführung sind auch bei der Vertretung die dispositive gesetzliche Regelung und die Möglichkeiten gesellschaftsvertraglicher Abweichungen zu unterscheiden:

#### *a) Prinzip der Gesamtvertretung*

Das Gesetz hat für den „Normalfall“ eine sehr einfache Regelung der Vertretungsmacht getroffen: Soweit einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, ist er im Zweifel auch ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten (§ 714 BGB – lesen!).

Mit anderen Worten: **Das Gesetz verknüpft bei der BGB-Gesellschaft die Geschäftsführung mit der Vertretung.** Wer die Geschäftsführungsbefugnis hat, hat (im Zweifel) auch die Vertretungsbefugnis! Da im gesetzlichen Regelfall die Gesellschafter nur gemeinschaftlich geschäftsführungsbefugt sind, andererseits der Umfang der Vertretungsmacht vom Umfang der Geschäftsführung abhängt, heißt dies: **Die Gesellschafter sind im Zweifel gesamtvertretungsbefugt!** Das bedeutet für die Praxis: Wirksame Erklärungen können für „die Gesellschaft“ nur abgegeben werden, wenn sämtliche Gesellschafter mitwirken.

#### *b) Abweichende Regelungen*

Genauso wie die Geschäftsführung einzelnen oder mehreren allein oder zusammen übertragen werden kann, so ist es durch gesellschaftsvertragliche Regelung zulässig, die Vertretung einzelnen oder mehreren (allein oder zusammen) zu übertragen.

● **Lernhinweis:** Prägen Sie sich die wichtige Regelung des § 714 BGB ein, und vergleichen Sie dazu die Übersicht: Geschäftsführung und Vertretung bei der BGB-Gesellschaft.

#### *c) Konsequenzen bei Überschreitung der Vertretungsbefugnis*

Handelt ein Gesellschafter ohne bzw. außerhalb der ihm eingeräumten Vertretungsmacht, ergeben sich die Rechtsfolgen aus dem allgemeinen BGB-Vertretungsrecht (vgl. §§ 177 ff. BGB). Findet das getätigte Rechtsgeschäft keine Zustimmung, kann der Geschäftspartner den handelnden Gesellschafter nach § 179 BGB auf Erfüllung bzw. Schadenersatz verklagen.

#### *d) Entziehung der Vertretungsmacht*

Wie bei der Geschäftsführung ist auch bei der Vertretung eine Entziehung dieser Befugnis möglich. § 715 BGB (lesen!) bestimmt hierzu, daß die Entziehung nur unter den Voraussetzungen des § 712 BGB (also denselben wie bei der Geschäftsführungsbefugnis) möglich ist. Wurde die Vertretungsbefugnis in Verbindung mit der Geschäftsführungsbefugnis erteilt, dann darf sie des weiteren nur mit dieser zusammen entzogen werden.