



C | A | U

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)
LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, DEUTSCHES UND
EUROPÄISCHES GESELLSCHAFTS- UND WIRTSCHAFTSRECHT
INSTITUT FÜR WIRTSCHAFTS- UND STEUERRECHT

Gesellschaftsrecht im Überblick

Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)

Sommersemester 2024

Einheit 2: Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR, Teil 1/8)

C | A | U

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



Übersicht zur heutigen Veranstaltung

- I. Entstehung der GbR**
- II. Innen- und Außengesellschaft**
- III. Rechtsfähigkeit**
- IV. Partei- und Prozessfähigkeit**

I. Entstehung der GbR

- Das Recht der GbR ist in den **§§ 705-740c BGB** geregelt.
- Die systematische Stellung der Vorschriften lässt erkennen, dass es sich bei der GbR um ein **Schuldverhältnis auf vertraglicher Grundlage** handelt.
- Besonders deutlich wird dies in **§ 705 I BGB**:
„Die Gesellschaft wird durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags errichtet, in dem sich die Gesellschafter verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern.“
- Die zentrale Voraussetzung des Tatbestands und damit der §§ 705 ff. BGB ist der **Gesellschaftsvertrag**.

I. Entstehung der GbR

Die Voraussetzung eines Gesellschaftsvertrags kann in **drei Elemente** zerlegt werden:

1. **Vertrag**
2. **Gemeinsamer Zweck**
3. **Förderungs- bzw. Beitragspflicht**

I. Entstehung der GbR

1. Vertrag

a) Anwendung der §§ 145 ff. BGB

- Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags erfolgt nach den **§§ 145 ff. BGB** durch Antrag und Annahme.
- Der Eintritt eines neuen Gesellschafters bedarf einer Änderung des Gesellschaftsvertrags. Gleichwohl wird die Willenserklärung des neuen Gesellschafters („Beitretenden“) i.d.R. nicht als Antrag, sondern als **„Beitrittserklärung“** bezeichnet.

I. Entstehung der GbR

1. Vertrag

b) Grundsatz der Formfreiheit

- Für den Gesellschaftsvertrag enthalten die §§ 705-740c BGB **keine originäre Formvorschrift**, d. h. der Gesellschaftsvertrag bedarf **grds.** keiner gesetzlichen Form (**Formfreiheit**).
- Daher kann die GbR grds. auch durch **stillschweigendes Verhalten** gegründet werden. In diesen Fällen (z. B. Fahrgemeinschaft, Tippgemeinschaft) besteht die Notwendigkeit, anhand des Rechtsbindungswillens der Beteiligten sog. **Gelegenheitsgesellschaften** von (bloßen) **Gefälligkeiten** zu unterscheiden.
- **Ausnahmen** von dem Grundsatz der Formfreiheit bestehen nur, wenn die **Beitragspflicht** als solche einer gesetzlichen Form unterliegt, z. B. die Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstücks an die GbR (§ 311b I 1 BGB).

I. Entstehung der GbR

1. Vertrag

c) Gerichtliche Genehmigung

Der Gesellschaftsvertrag einer GbR kann **ausnahmsweise** einer gerichtlichen Genehmigung bedürfen. Dies gilt bei der Beteiligung von ...

- **minderjährigen** (§ 2 BGB) Gesellschaftern: §1643 I BGB i.V.m. § 1852 Nr. 2 BGB (Familiengericht);
- Gesellschaftern mit einem **Betreuer** bzw. **Vormund**: § 1852 Nr. 2 BGB ggf. i.V.m. § 1799 I BGB (Betreuungs- bzw. Familiengericht);
- Gesellschaftern mit einem **Pfleger**: § 1852 Nr. 2 BGB i.V.m. § 1888 I BGB (Betreuungsgericht).

Verständnisfrage: Warum genügt die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht?

I. Entstehung der GbR

2. Gemeinsamer Zweck

Zu dem (Mindest-)Inhalt eines Gesellschaftsvertrags enthält **§ 705 I BGB** die Aussage: *„Die Gesellschaft wird durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags errichtet, in dem sich die Gesellschafter verpflichten, die Erreichung eines **gemeinsamen Zwecks** ... zu fördern.“*

a) Zulässige Zwecke

- Tauglicher Zweck ist jeder erlaubte (Grenze: §§ 134, 138 BGB), dauernde oder vorübergehende, auch ideelle Zweck.
- **Beispiele:** Betrieb eines Kleingewerbes, Verwaltung eigenen Vermögens
- Die Voraussetzung dient u. a. der **Abgrenzung** der GbR von der **oHG**, deren Zweck nach § 105 I HGB grds. in dem **Betrieb eines Handelsgewerbes** (§ 1 II HGB) besteht (Ausnahme: § 107 I 1, 2 HGB).

I. Entstehung der GbR

2. Gemeinsamer Zweck

b) Gemeinsamkeit des gewählten Zwecks

- Der Zweck muss – ausweislich der vertraglichen Vereinbarung – ein **gemeinsamer** sämtlicher Gesellschafter sein.
- Charakteristisch für den **Gesellschaftsvertrag** ist daher ein **Interessengleichlauf**.
 - Im Unterschied dazu verfolgen die Parteien bei **Austauschverträgen** gegenläufige Interessen.
- Die Abgrenzung erfolgt im Einzelfall mittels **Auslegung** (§§ 133, 157 BGB). Die **Beteiligung am Gewinn** ist zwar ein **Indiz** für eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung, zwingt hierzu aber nicht. In Betracht kommt z. B. auch ein **partiarisches Darlehen**.

I. Entstehung der GbR

3. Förderungspflicht

- Zu dem (Mindest-)Inhalt des Gesellschaftsvertrags enthält **§ 705 I BGB** die Aussage: „... die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern.“
- Das „Ob“ der Förderungspflicht ist nicht dispositiv, sondern **notwendiges Element jedes Gesellschaftsvertrags**.
- Im Unterschied dazu bestimmt der Gesellschaftsvertrag **Inhalt und Umfang** der Förderungspflicht. Ergänzend gelten die (dispositiven) **§§ 709, 710 BGB**.
- Die Gesellschaft ist – erkennbar u. a. an § 729 II BGB – ein **Dauerschuldverhältnis**. Daher ist die Förderungspflicht eine **kontinuierliche Pflicht**.

I. Entstehung der GbR

3. Förderungspflicht

- Soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, kann der Beitrag jedes Gesellschafters gemäß **§ 709 I BGB** in jeder Förderung des gemeinsamen Zwecks bestehen.
- **Taugliche Beiträge** sind demnach ...
 - (1) die Übertragung oder sonstige Gewährung von Geld, Sachen, Sachgesamtheiten und Rechten,
 - (2) die Leistung von Diensten (§ 709 I BGB) und
 - (3) die Bereitschaft zur Beratung der übrigen Gesellschafter (Erfahrungen, Kenntnisse).
- Im Unterschied zum Personengesellschaftsrecht dienen die Beiträge im **Kapitalgesellschaftsrecht** (AG, GmbH) der Aufbringung des Grund- bzw. Stammkapitals. Der Begriff wird daher enger ausgelegt und umfasst nur solche Leistungen, die einen **Vermögenswert** haben und das **Gesellschaftsvermögen mehren**. Ausgeschlossen werden hierdurch insbesondere Dienstleistungen.

II. Innen- und Außengesellschaft

1. Allgemeines

- **Bis zum 31.12.2023** waren die §§ 705-740 BGB ihrem Wortlaut nach ein universales Normgeflecht für alle Arten der GbR.
- Diese Regelungstechnik beruhte darauf, dass die GbR – im Gegensatz zu der oHG (§§ 105 ff. HGB) und der KG (§ 161 ff. HGB) – historisch als **Gesamthand ohne Rechtsfähigkeit** und **Schuldverhältnis der Gesellschafter untereinander** konzipiert war.
- Ein Auftreten der Gesellschaft als solcher gegenüber Dritten war konzeptionell nicht vorgesehen. Zeugnis hiervon war z. B. **§ 714 BGB a. F.**: „... *die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten.*“
- Aber: Die Gesellschafter, insbesondere rechtliche Laien, handeln nicht selten im Namen der „Gesellschaft“. Diese Gesellschaften wurden aufgrund ihres Auftretens im Rechtsverkehr als **Außen-GbR** bezeichnet, die nur den Gesellschaftern bekannten Gesellschaften als **Innen-GbR**.

II. Innen- und Außengesellschaft

2. Innengesellschaft

- Innengesellschaften sind Gesellschaften, die gegenüber gesellschaftsfremden Dritten **nicht** als Gesellschaft in Erscheinung treten.
- Beispiele:
 - Die **stille Gesellschaft** (§§ 230 ff. HGB) ist stets eine Innengesellschaft.
 - Dies zeigt sich z. B. in **§ 230 II HGB**, wonach aus den im Betriebe geschlossenen Geschäften ausschließlich der Inhaber des Handelsgewerbes berechtigt und verpflichtet wird, nicht hingegen die Gesellschaft als solche.
 - Im Unterschied dazu kann die **GbR** auch nach dem Inkrafttreten des MoPeG – abhängig vom Verhalten der Gesellschafter – **Innen- oder Außengesellschaft** sein
 - Handelt es sich um eine Innengesellschaft, führt diese keinen eigenen Namen im Rechtsverkehr, weshalb die Gesellschafter entweder im eigenen Namen oder – als Stellvertreter (§ 164 I 1 BGB) – im Namen der übrigen Gesellschafter handeln.

II. Innen- und Außengesellschaft

3. Außengesellschaft

- Außengesellschaften nehmen **als solche** am Rechtsverkehr teil. Dies zeigt sich daran, dass sie im Rechtsverkehr einen **eigenen Namen** führen und rechtsgeschäftliches Handeln **im Namen der Gesellschaft** erfolgt.
- Beispiele:
 - **Außen-GbR**,
 - **OHG** und **KG**, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist (§ 105 I HGB ggf. iVm § 161 I HGB),
 - **GmbH** und **AG**, die kraft Rechtsform, dh unabhängig von dem Gegenstand des Unternehmens, Handelsgesellschaften sind (§ 3 I AktG, § 13 III GmbHG), und
 - Partnerschaftsgesellschaft (**PartG**).

III. Rechtsfähigkeit

1. Einführung

- Die Tatsache, dass im Namen der Gesellschaft gehandelt wird, die Gesellschaft also im Rechtsverkehr auftritt, impliziert *nicht notwendig* ihre **Rechtsfähigkeit**.
- Im Ausgangspunkt ist zwischen juristischen Personen und Personengesellschaften **zu unterscheiden**:
 - **Juristische Personen** sind Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit und als solche kraft Natur des Subjekts rechtsfähig. Die gesetzlichen Regelungen (z. B. § 1 I 1 AktG, § 13 I Hs. 1 GmbHG) erschöpfen sich in einer Klarstellung.
 - Im Unterschied dazu sind **Personengesellschaften** nicht notwendig rechtsfähig. Zeugnis hiervon ist die stille Gesellschaft (§§ 230 ff. HGB). Vielmehr obliegt es dem Gesetzgeber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang die jeweilige Gesellschaft (teil-)rechtsfähig ist.

II. Innen- und Außengesellschaft

2. Rechtslage vor dem 1.1.2024

- Die GbR war nach dem Wortlaut der §§ 705-740 BGB a. F. als **bloße Gesamthandsgemeinschaft ohne Rechtsfähigkeit** konzipiert.
- Zeugnis hiervon waren insbesondere **§ 706 II 1 BGB** und **§ 718 I BGB**, wonach die geleisteten Beiträge „... *gemeinschaftliches Eigentum (bzw. Vermögen) der Gesellschafter*“ werden sollten.
- Diese Konstruktion führte bei der Außen-GbR zu **zahlreichen Schwierigkeiten**. Handelte z. B. ein vertretungsberechtigter Gesellschafter **im Namen der „Gesellschaft“** ging die Rspr. über 100 Jahre lang – dogmatisch zweifelhaft – von einer **„einheitlichen Verpflichtung mit doppelter Wirkung“** aus, d. h. verpflichtet wurden sowohl sämtliche Gesellschafter als auch das Gesellschaftsvermögen.
- In **BGHZ 146, 341 ff. – ARGE Weißes Ross** hat der II. ZS seine Auffassung, auch die Außen-GbR sei eine bloße Gesamthandsgemeinschaft, aufgegeben. Seither war anerkannt, dass die **Außen-GbR (teil-)rechtsfähig** war.

III. Rechtsfähigkeit

2. Rechtslage vor dem 1.1.2024

- Die Ablehnung der (Teil-)Rechtsfähigkeit wurde insbesondere damit begründet, dass in den §§ 705-740 BGB a. F. eine § 124 I HGB a. F. (seit 1.1.2024: § 105 II HGB) vergleichbare Vorschrift fehlte.
- Dieses Hindernis war aber überwindbar. Maßgeblich waren **zwei Argumente**:
 - (1) Zum einen existierten im Zeitpunkt der Entscheidung (29.1.2001) neuere Vorschriften, in denen die (Teil-)Rechtsfähigkeit der Außen-GbR vorausgesetzt wird, z. B. **§ 14 II BGB, § 11 II Nr. 1 InsO, § 191 II Nr. 1 UmwG**.
 - (2) Zum anderen erfolgte die **Verwandlung einer Außen-GbR in eine oHG** durch bloße Ausweitung der Geschäftstätigkeit und damit außerhalb des Handelsregisters. Dies warf die Frage auf, wie das **Gesellschaftsvermögen** ohne gesetzliche Regelung von den Gesellschaftern auf die oHG übergehen sollte. Die einzige Erklärung bestand darin, dass das Gesellschaftsvermögen nicht gesamthänderisch gebundenes Vermögen der Gesellschafter war, sondern Vermögen der (teil-)rechtsfähigen Gesellschaft selbst.

III. Rechtsfähigkeit

3. Rechtslage nach dem MoPeG

- Gemäß **§ 705 II BGB** sind seit dem 1.1.2024 **zwei Rechtsformvarianten** zu unterscheiden, nämlich die rechtsfähige GbR und die nicht rechtsfähige GbR.
- Diese Dichotomie zeigt sich in der **Gliederung der §§ 705-740c BGB**. Neben Untertitel 1 (Allgemeine Bestimmungen, § 705 BGB) existieren **zwei Untertitel** mit besonderen Regelungen für jede Rechtsformvariante, nämlich
 - Rechtsfähige Gesellschaft (§§ 706-739 BGB) und
 - Nicht rechtsfähige Gesellschaft (§§ 740-740c BGB).
- Die Reihenfolge der Untertitel und die Ausführlichkeit der Regelungen indizieren, dass die **rechtsfähige Gesellschaft** – entsprechend der praktischen Bedeutung – das gesetzliche **Leitbild** ist.

III. Rechtsfähigkeit

3. Rechtslage nach dem MoPeG

- Die Rechtsformvariante hängt gemäß **§ 705 II Fall 1 BGB** davon ab, ob die Gesellschaft „nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll“.
- Der **gemeinsame Willen der Gesellschafter** findet sich in erster Linie im **Gesellschaftsvertrag**. Daher enthalten (Neu-)Verträge idR eine ausdrückliche Bestimmung der Rechtsformvariante.
- Fehlt eine solche, erlangt die **Vermutung** des **§ 705 III BGB** Bedeutung. Besteht der Gegenstand der Gesellschaft in dem Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichem Namen, wird widerlegbar vermutet, dass die Gesellschaft nach dem Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt, also rechtfähig ist.
- Um die Vermutung zu widerlegen, bedarf es einer Feststellung, dass es keinen gemeinsamen Willen der Gesellschafter zur Teilnahme am Rechtsverkehr gibt. Indizien hierfür sind das Fehlen von Bestimmungen zur **Identitätsausstattung** (Name, Sitz, Handlungsorganisation, Haftungsverfassung) und der **gemeinsame Zweck**.

III. Rechtsfähigkeit

4. Sonderfall: Ehegatteninnengesellschaft

- Nicht rechtsfähige (Innen-)Gesellschaften können **grds. stillschweigend** gegründet werden. Dies gilt auch in Konkurrenz zu anderen Rechtsverhältnissen, z. B. den allgemeinen Ehwirkungen (§§ 1353 ff. BGB).
- Die Frage, ob zwischen Ehegatten eine Innengesellschaft bestand, wird häufig erst bei der Trennung oder Scheidung relevant, nämlich in Bezug auf Auseinandersetzungsansprüche.
- **Beispiel** (in Anlehnung an BGHZ 142, 137 ff.):
 - M und F leben in Gütertrennung (§§ 1408 ff. BGB).
 - M investiert den größten Teil seines Einkommens in den Ausbau von Immobilien, die im Alleineigentum von F stehen.
 - **Steht M bei Scheidung der Ehe ein gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch zu?**

III. Rechtsfähigkeit

4. Sonderfall: Ehegatteninnengesellschaft

Lösungshinweise:

- Ein Anspruch auf Zahlung eines Auseinandersetzungsguthabens könnte sich aus **§ 740b I, II iVm § 736 VI BGB** ergeben.
- Voraussetzung hierfür ist eine **nicht rechtsfähige (Innen-)GbR**.
- Ob die Eheleute M und F eine nicht rechtsfähige (Innen-)GbR eingegangen sind, also einen entsprechenden Gesellschaftsvertrag geschlossen haben, ist regelmäßig durch **Auslegung ihres Verhaltens** zu ermitteln.
- Folgende **Indizien** sprechen dafür:
 - Das eheliche Güterrecht sieht *in concreto* keinen Vermögensausgleich vor.
 - Unveränderte Beibehaltung der Vermögenszuordnung wäre unbillig.
 - Keine bewusste und gezielte Förderung des Privatvermögens der F, sondern Bildung eines (gefühlte) „gemeinsamen Vermögens“.

IV. Partei- und Prozessfähigkeit

1. Parteifähigkeit

- Parteifähig ist nach **§ 50 I ZPO**, wer rechtsfähig ist.
- Daraus folgt in Ansehung von **§ 705 II BGB** folgende Unterscheidung:
 - Die **rechtsfähige GbR** (§ 705 II Fall 1 BGB) ist als solche sowohl aktiv als auch passiv parteifähig.
 - Im Unterschied dazu ist die **nicht rechtsfähige GbR** (§ 705 II Fall 2 BGB) weder aktiv noch passiv parteifähig. Aktiv und passiv parteifähig sind ausschließlich die **Gesellschafter**.

IV. Partei- und Prozessfähigkeit

2. Prozessfähigkeit

- Prozessfähig ist nach **§§ 51 I, 52 ZPO** nur, wer sich (selbst, d. h. ohne Mitwirkung eines Stellvertreters) durch Verträge verpflichten kann.
- Daher sind sowohl die **rechtsfähige GbR** (§ 705 II Fall 2 BGB) als auch die **nicht rechtsfähige GbR** (§ 705 II Fall 2 BGB) prozessunfähig.
- Aufgrund der Tatsache, dass nur die rechtsfähige GbR parteifähig ist, hat dies **unterschiedliche Rechtsfolgen**:
 - (1) Die **rechtsfähige GbR** wird in Aktiv- und Passivprozessen durch ihre **Gesellschafter** (§ 720 I BGB) **vertreten**.
 - (2) Da die **nicht rechtsfähige GbR** selbst nicht Partei eines Rechtsstreits sein kann, wird sie auch nicht vertreten. **Parteifähig** sind ausschließlich die **Gesellschafter**.

IV. Partei- und Prozessfähigkeit

2. Prozessfähigkeit

- Ob die Gesellschafter einer **nicht rechtsfähigen GbR** aufgrund einer **materiell-rechtlichen Streitgenossenschaft** (§ 62 I Alt. 2 ZPO) **nur gemeinschaftlich** prozessfähig sind, bestimmt sich nach der Vermögensordnung der Gesellschaft.
- Im Unterschied zu der Rechtslage vor dem 1.1.2024 verfügt die nicht rechtsfähige GbR über **kein gesamthänderisches Vermögen der Gesellschafter**.
- Stattdessen kommen **zwei Gestaltungen** der Vermögensordnung in Betracht, nämlich
 - (1) treuhänderisch gebundenes **Eigentum eines Gesellschafters**, was neben dem Gesellschaftsvertrag einen **Treuhandvertrag** voraussetzt, oder
 - (2) eine Miteigentums- bzw. **Bruchteilsgemeinschaft aller Gesellschafter** an den einzelnen Gegenständen.

IV. Partei- und Prozessfähigkeit

2. Prozessfähigkeit

- Bei der sog. **Treuhandlösung** ist i.d.R. ein Gesellschafter Inhaber des Rechts. Der Treuhandvertrag begründet lediglich Verpflichtungen gegenüber den anderen Gesellschaftern, z. B. den Gegenstand nicht ohne deren vorherige Zustimmung zu veräußern.
 - Da der Treuhandvertrag die Rechtsinhaberschaft des Gesellschafters nicht beeinträchtigt („Vollrechtsinhaber“), ist er ohne Mitwirkung der übrigen Gesellschafter aktiv und passiv prozessfähig. Es besteht keine **materiell-rechtlich notwendige Streitgenossenschaft**.
- Bei einer **Bruchteilsgemeinschaft** dürfen die Teilhaber gemäß § 747 Satz 2 BGB nur gemeinschaftlich über den Gegenstand verfügen.
 - Ist der Streitgegenstand z. B. ein im Miteigentum der Gesellschafter befindliches Grundstück, sind sie **materiell-rechtlich notwendige Streitgenossen** mit der Folge, dass sie nur gemeinschaftlich aktiv und passiv prozessfähig sind. Wird nur ein Gesellschafter verklagt, ist die Klage als unzulässig abzuweisen.

Lesehinweise zur Vertiefung:

- BGHZ 142, 137 ff. und BGH, WM 2024, 756 ff. (Ehegattinnenengesellschaft)
- BGHZ 146, 341 ff. – ARGE Weißes Ross (Teilrechtsfähigkeit der Außen-GbR)
- *Windbichler/Bachmann*, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2024, §§ 5, 6

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

C | A | U

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und
europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Institut für Wirtschafts- und Steuerrecht

Mail: SekFest@law.uni-kiel.de

Aktuelle Hinweise finden Sie unter:

Homepage: <https://www.fest.jura.uni-kiel.de>

Instagram: [@prof_fest](https://www.instagram.com/prof_fest)