



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

C | A | U

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



Übersicht zur heutigen Veranstaltung

I. Grundbuch- und Gesellschafterfähigkeit

II. Gesellschaftsvertrag

1. Wiederholung
2. Schuldrechtliche Elemente
3. Organisationsvertrag

I. Grundbuch- und Gesellschafterfähigkeit

1. Unterscheidung zwischen materieller und formeller Rechtsfähigkeit

- Seit dem Inkrafttreten des MoPeG am 1.1.2020 unterscheidet das Gesetz gemäß **§ 705 II BGB** zwischen der rechtsfähigen und der nicht rechtsfähigen GbR.
- Die Regelungen in **§ 707a I 2 BGB** und **§ 47 II GBO** gebieten es, in bestimmten Bereichen zwischen der **materiellen und formellen Rechtsfähigkeit** zu unterscheiden, nämlich bei der Fähigkeit, Gesellschafter einer anderen Gesellschaft zu sein, und bei der Grundbuchfähigkeit.
- Die **Unterscheidung** zeigt sich z. B. dann, wenn die GbR das **Eigentum an einem Grundstück** erwirbt.
 - Aufgrund ihrer Rechtsfähigkeit kann die rechtsfähige GbR **materiell-rechtlich** das Eigentum erwerben und zwar sowohl durch Rechtsgeschäft (§§ 873 I, 925 BGB) als auch kraft Gesetzes (§ 1922 I BGB).
 - Die für die **rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb** erforderliche **Eintragung in das Grundbuch** (§ 873 I BGB) kann die GbR gemäß § 47 II GBO nur erreichen, wenn sie in das Gesellschaftsregister eingetragen ist.
 - Der **gesetzliche Eigentumserwerb** (§ 1922 I BGB) vollzieht sich zwar außerhalb des Grundbuchs. Will die GbR aber im Wege der **Berichtigung des Grundbuchs** nach § 22 I 1 GBO ihre Eintragung als Eigentümer des Grundstücks betreiben, muss sie sich vorher in das Gesellschaftsregister eintragen lassen.
 - **Erg.:** Ohne Eintragung in das Gesellschaftsregister ist die rechtsfähige GbR zwar materiell, aber nicht formell grundbuchfähig.

I. Grundbuch- und Gesellschafterfähigkeit

1. Unterscheidung zwischen materieller und formeller Rechtsfähigkeit

Die Unterscheidung zwischen materieller und formeller Rechtsfähigkeit betrifft **zwei Bereiche**:

(1) Fähigkeit Gesellschafter einer anderen Gesellschaft zu sein

Nach **§ 707a I 2 BGB** soll eine GbR als Gesellschafter einer (anderen) Gesellschaft nur eingetragen werden, wenn sie (selbst) im **Gesellschaftsregister** eingetragen ist.

(2) Grundbuchfähigkeit

Nach **§ 47 II GBO** „soll“ (s. o.) ein Recht für eine GbR nur (im Grundbuch) eingetragen werden, wenn sie im **Gesellschaftsregister** eingetragen ist.

Bedeutung der Soll-Vorschriften:

- (1) Das **Registergericht muss** die Vorschriften beachten, d. h. den Eintragungsantrag einer nicht eingetragenen GbR ablehnen (siehe § 3 II 1 GesRV).
- (2) Wurde die Gesellschaft bereits unter Verstoß gegen einer der Soll-Vorschriften in das Gesellschaftsregister oder Grundbuch eingetragen, berührt der Rechtsverstoß die **Wirksamkeit der Eintragung** nicht.

I. Grundbuch- und Gesellschafterfähigkeit

2. Gesellschaftsregister

a) Zwecke und Rechtsgrundlagen

- Das Gesellschaftsregister ist ein **öffentliches Register** mit dem Ziel, **Transparenz** und **Rechtssicherheit** über die Existenz, Identität und ordnungsgemäße Vertretung einer GbR herzustellen.
- Rechtliche Grundlagen des Gesellschaftsregisters sind insbesondere die **§§ 707-707d BGB** und die auf Grundlage von § 387 II 1 FamFG erlassene **GesRV**.
- Die Tatsache, dass die Vorschriften des HGB betreffend das Handelsregister entsprechend anwendbar sind (§ 707b Nr. 2 BGB), zeugt von dem **Vorbildcharakter des Handelsregisters** für das Gesellschaftsregister.

I. Grundbuch- und Gesellschafterfähigkeit

2. Gesellschaftsregister

b) Eintragungswahlrecht

- Für den e. K., die OHG und die KG begründen **§ 29 HGB** und **§ 106 I HGB** ggf. i.V.m. § 161 II HGB die Verpflichtung, dass der Kaufmann bzw. die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet wird. Diese **Eintragungspflicht** kann das zuständige Registergericht gemäß § 14 HGB durch die Festsetzung von Zwangsgeld (bis zu 5.000 Euro) durchsetzen.
- Für die **GbR** hat der Gesetzgeber **keine Eintragungspflicht** begründet. Diese wäre z. B. bei einer bloßen Gelegenheits-GbR aufgrund der Eintragungskosten unverhältnismäßig.
- Stattdessen hat er den Gesellschaftern einer **rechtsfähigen GbR** in § 707 I BGB („können“) ein **Eintragungswahlrecht** eingeräumt, d. h. die Gesellschafter können selbst entscheiden, ob sie ihre GbR zur Eintragung in das Gesellschaftsregister anmelden.

I. Grundbuch- und Gesellschafterfähigkeit

2. Gesellschaftsregister

b) Eintragungswahlrecht

Die **Entscheidung der Gesellschafter**, ob sie ihre GbR zur Eintragung in das Gesellschaftsregister anmelden, wird regelmäßig davon abhängen, ob die **mit der Eintragung verbundenen Vorteile** die Nachteile (insbesondere Kosten) überwiegen. Welche Anreize bestehen für die Eintragung?

- (1) Formelle Befähigung, Gesellschafter einer **anderen Gesellschaft** (z. B. GmbH) zu sein,
- (2) formelle Befähigung, **Rechte an einem Grundstück** zu erwerben,
- (3) Wahl eines vom Verwaltungssitz abweichenden **Vertragssitzes** (§ 706 Satz 2 BGB) und
- (4) Ergänzung der **Vertretungsbefugnis** (§ 720 BGB) um die Publizität nach § 707c III 1 BGB i.V.m. § 15 HGB, weshalb die eGbR größeres Vertrauen im Rechtsverkehr und i.d.R. auch eine höhere **Kreditwürdigkeit genießt**.

I. Grundbuch- und Gesellschafterfähigkeit

2. Gesellschaftsregister

c) Aufbau und Inhalt

Das Gesellschaftsregister besteht aus **fünf Spalten**. Deren Inhalt wird durch **§ 4 GesRV** vorgezeichnet.

Im Einzelnen:

- **Spalte 1:** laufende Nummer der Eintragung
- **Spalte 2:** Name, Sitz und Anschrift der Gesellschaft sowie eventuelle Zweigniederlassungen
- **Spalte 3:** allgemeine Regelungen zur Vertretung der Gesellschaft und sämtliche Gesellschafter
- **Spalte 4:** Rechtsform der Gesellschaft und ggf. Zusätze bei Auflösung, Statuswechsel, Umwandlung und Eröffnung des Insolvenzverfahrens
- **Spalte 5:** Tag der Eintragung und Bemerkungen

Einheit 3: GbR (Teil 2/8)

I. Grundbuch- und Gesellschafterfähigkeit

2. Gesellschaftsregister

c) Aufbau und Inhalt

Gemäß **§ 2 II GesRV** sind bei der Führung des Gesellschaftsrechtsregisters die **Muster** der Anlagen zur GesRV zu verwenden. Hier ein Auszug aus **Anlage 1**:

Gesellschaftsregister des Amtsgerichts München				Nummer der Gesellschaft: GsR 3142	
Nummer der Eintragung	a) Name b) Sitz, Anschrift, Zweigniederlassungen, inländische Geschäftsanschrift der Zweigniederlassung	a) Allgemeine Vertretungsregelung b) Gesellschafter, Vertretungsberechtigte und besondere Vertretungsbefugnis	a) Rechtsform b) Sonstige Rechtsverhältnisse	a) Tag der Eintragung b) Bemerkungen	
1	2	3	4	5	
1	a) Müller & Schmidt Immobilienverwaltung eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts b) München Anschrift: Junkerstr. 7, 80117 München	a) Die Gesellschafter sind nur gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt. b) Gesellschafter: Müller, Petra, Starnberg, *18.05.1966; Schmidt, Christian, München, *13.01.1966	a) Gesellschaft bürgerlichen Rechts	a) 14.07.2024 Röcken	
2		a) Nach Änderung: Jeder Gesellschafter ist einzeln zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt. b) Eingetreten als Gesellschafter: Schmidt, Lena, München, *18.08.1990 gemeinsam vertretungsberechtigt mit Petra Müller oder Christian Schmidt		a) 20.08.2024 Schirmer	

I. Grundbuch- und Gesellschafterfähigkeit

2. Gesellschaftsregister

d) Art der Registerführung und Zuständigkeiten

- Das Gesellschaftsregister wird gemäß **§ 707b Nr. 2 BGB i.V.m. § 8 I HGB** – wiederholt in § 1 I GesRV i.V.m. §7 Satz 1 HRV – von den Gerichten **elektronisch geführt**.
- Die Führung des Gesellschaftsregisters ist gemäß **§ 374 Nr. 2 FamFG** eine **Registersache** und als solche eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
- **Sachlich zuständig** sind – abweichend von § 23a I 1 Nr. 2 GVG – nach **§ 376 I FamFG** grds. die **Landgerichte**, es sei denn, dass die Zuständigkeit auf Grundlage von **§ 376 II FamFG** durch VO des jeweiligen Landes auf die **Amtsgerichte** übertragen wurde (z. B. § 3 I JZVO-SH).
- **Örtlich zuständig** ist gemäß **§377 I Fall 2 FamFG** ausschließlich das Land- oder Amtsgericht, in dessen Bezirk der **(Vertrags-)Sitz der GbR** sich befindet.
- **Funktionell zuständig** sind gemäß **§ 3 Nr. 1 lit. n RPfIG** Rechtspfleger.

I. Grundbuch- und Gesellschafterfähigkeit

2. Gesellschaftsregister

e) Anmeldung und Eintragung der Gesellschaft

- Die Anmeldung der GbR zur Eintragung in das Gesellschaftsregister ist gemäß **§ 707 IV 1 BGB** von **sämtlichen Gesellschaftern** zu bewirken.
- Die Anmeldung **muss** die in **§ 707 II BGB** genannten Angaben enthalten. Gemäß **§ 3 I 1 GesRV** „soll“ (s. o.) außerdem der **Gegenstand der Gesellschaft** angegeben werden.
- In Anbetracht der Tatsache, dass das Gesellschaftsregister elektronisch geführt wird (s. o.), können die Gesellschafter den **Gerichten in Schleswig-Holstein** die Anmeldung gemäß § 1 II LVO über den elektronischen Rechtsverkehr mit den Gerichten (erlassen auf Grundlage von § 707d I BGB) wahlweise in **Papierform oder elektronisch** übermitteln.
- Die **Eintragung** muss gemäß **§ 707a I 1 BGB** die in **§ 707 II Nr. 1-3 BGB** genannten Angaben enthalten. Details ergeben sich aus **§ 4 GesRV**.

I. Grundbuch- und Gesellschafterfähigkeit

2. Gesellschaftsregister

f) Publizität

- Eintragungen in das Gesellschaftsregister werden gemäß § 5 Satz 1 GesRV i.V.m. § 10 I 1 HGB durch ihre erstmalige Abrufbarkeit über das elektronische Informations- und Kommunikationssystem, namentlich **Gemeinsames Registerportal der Länder** (erreichbar unter: www.handelsregister.de) bekannt gemacht.
- Die Eintragungen sind **auf mehreren Wegen einsehbar**:
 - (1) Gemäß § 707b Nr. 2 BGB i.V.m. § 9 I 1 HGB sind jedem zu Informationszwecken **einzelne Abrufe** unter www.handelsregister.de gestattet.
 - (2) Außerdem ist die Einsicht in das Register, einschließlich der zum Register eingereichten Dokumente, gemäß § 1 I GesRV i.V.m. § 10 I HRV auf der **Geschäftsstelle des Registergerichts** während der Dienststunden zu ermöglichen.
 - (3) Die Landesjustizverwaltungen haben die Daten nach § 8b III 2 HGB dem **Unternehmensregister** zu übermitteln, was dieses gemäß § 8 II Nr. 2a HGB zugänglich zu machen hat. Gemäß § 9 I 1 HGB sind jedem zu Informationszwecken einzelne Abrufe unter www.unternehmensregister.de gestattet.

I. Grundbuch- und Gesellschafterfähigkeit

2. Gesellschaftsregister

g) Rechtliche Wirkungen der Eintragung

- Mit der Eintragung ist die GbR nach **§ 707a II 1 BGB** verpflichtet, die Bezeichnung „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „**eGbR**“ zu führen.
- Die eGbR kann gemäß § 706 Satz 2 BGB einen vom Verwaltungssitz abweichenden **Vertragssitz** wählen (s. o.).
- Mit der Eintragung erlangt die GbR gemäß § 47 II GBO und § 707a I 2 BGB die **formelle Grundbuch- und Gesellschafterfähigkeit** (s. o.).
- Auf Grundlage der Eintragung ordnet § 707a III 1 BGB die **entsprechende Anwendung von § 15 HGB** an. Diese Wirkung ist insbesondere bei der Vertretung der Gesellschaft von Bedeutung (siehe Einheit 5).

II. Gesellschaftsvertrag

1. Wiederholung

- Gesellschaften sind Personenvereinigungen, die durch **Rechtsgeschäft** begründet werden (siehe Einheit 1).
- Der hierfür erforderliche **Gesellschaftsvertrag** enthält **schuldrechtliche Elemente**, insbesondere die Förderungs- bzw. Beitragspflicht (siehe Einheit 2). Dies erklärt die systematische Stellung der GbR im Schuldrecht BT (§§ 705 ff. BGB), gilt aber auch für die Gesellschaftsverträge anderer Gesellschaften (z. B. GmbH).
- Soweit die Gesellschaften (teil-)rechtsfähig sind, erschöpft der Gesellschaftsvertrag sich nicht in schuldrechtlichen Regelungen. Er ist zugleich **Organisationsvertrag** für das Rechtssubjekt (dazu 3.).

II. Gesellschaftsvertrag

2. Schuldrechtliche Elemente

- Der Gesellschaftsvertrag jeder GbR – sei sie rechtsfähig, sei sie nicht rechtsfähig (§ 705 II BGB) – enthält schuldrechtliche Elemente, nämlich **Pflichten der Gesellschafter**.
- Diese könnten wie folgt untergliedert werden:
 - a) **Förderungs- bzw. Beitragspflicht**
 - b) **Nebenpflichten**

Näherer Betrachtung bedürfen:

 - (1) Treuepflicht
 - (2) Grundsatz der Gleichbehandlung

II. Gesellschaftsvertrag

2. Schuldrechtliche Elemente

a) Förderungs- bzw. Beitragspflicht

(1) Allgemeines, Wiederholung

- Nach § 705 I BGB ist die Verpflichtung, die Erreichung des gemeinsamen Zwecks „in der durch den Vertrag bestimmten Weise“ zu fördern (sog. Förderungspflicht) ein notwendiger Bestandteil des Gesellschaftsvertrags und damit eine **konstitutive Voraussetzung** für die Errichtung einer GbR.
- Gemäß § 709 I BGB können die Gesellschafter **Inhalt und Umfang** der Beitragspflicht **privatautonom** gestalten. Soweit die Vereinbarung **lückenhaft** ist, kann – subsidiär zur Auslegung – ggf. auf **§ 709 II BGB** zurückgegriffen werden.
- Die Beiträge können ausweislich **§ 709 I BGB** – im Unterschied zu Kapitalgesellschaften – auch in der **Leistung von Diensten** bestehen.
- Ob die Beiträge zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks ausreichend oder **offensichtlich unzureichend** sind, ist für die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrags unerheblich. Letzteres führt allenfalls zur Auflösung der Gesellschaft nach **§ 729 Alt. 2 BGB**.

II. Gesellschaftsvertrag

2. Schuldrechtliche Elemente

a) Förderungs- bzw. Beitragspflicht

(2) Nachschüsse

- Die Beitragspflicht kann aus **mehreren Verpflichtungen** bestehen, z. B. einem Anschubbeitrag (z. B. einer Geldzahlung) und laufenden Beiträgen (z. B. monatlichen Zahlungen). Die laufenden Beiträge erschöpfen sich jedoch nicht selten in Dienstleistungen, z. B. der Buchführung.
- Der Gesellschaftsvertrag ist ausweislich § 729 II BGB ein **zweckbefristetes Dauerschuldverhältnis**. Die Idealvorstellung besteht darin, dass die Gesellschafter mithilfe ihrer Beiträge den gemeinsamen Zweck erreichen.
- Nicht selten stellt sich im Laufe des „Lebens einer Gesellschaft“ heraus, dass die vereinbarten und erbrachten Beiträge der Gesellschafter zur Erreichung des gemeinsamen Ziels nicht ausreichen.
- Dieser Zustand wirft zahlreiche Fragen der **Unternehmensfinanzierung** auf. Eine, die das BGB ausdrücklich adressiert, ist die, ob und unter welchen Voraussetzungen die vereinbarten Beiträge erhöht werden können mit der Folge, dass die Gesellschafter zu sog. **Nachschüsse** verpflichtet sind.

II. Gesellschaftsvertrag

2. Schuldrechtliche Elemente

a) Förderungs- bzw. Beitragspflicht

(2) Nachschüsse

Bei der sog. Nachschusspflicht sind **drei Konstellationen** zu unterscheiden:

Konstellation 1: Gesellschafter vor der Auflösung der Gesellschaft

- Für die Zeit vor der Auflösung der Gesellschaft begründet **§ 710 Satz 1 BGB** ein sog. **Mehrbelastungsverbot**, d. h. kein Gesellschafter ist ohne seine Zustimmung zu einem Nachschuss verpflichtet.
- Die Vorschrift ist **Ausdruck der Privatautonomie**, insbesondere des Grundsatzes *pacta sunt servanda*.
- Dieses Mehrbelastungsverbot umfasst **zwei Aussagen**:
 - Soweit bereits **geleistete Beiträge** aufgrund von Verlusten nicht mehr vorhanden sind, haben die Gesellschafter grds. keinen Ausgleich zu leisten.
 - Die noch **ausstehenden Beiträge** sind nur in dem vertraglich vereinbarten Umfang geschuldet, und zwar auch dann, wenn sie zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks offensichtlich unzureichend sind.

II. Gesellschaftsvertrag

2. Schuldrechtliche Elemente

a) Förderungs- bzw. Beitragspflicht

(2) Nachschüsse

Bei der sog. Nachschusspflicht

Konstellation 1: Gesellschaft

- Für die Zeit vor der Auflösung **Mehrbelastungsverbot**, d. h. kein G... ohne seine Zustimmung zu einem Nachschuss verpflichtet.
- Die Vorschrift ist **Ausdruck der Privatautonomie**, insbesondere des Grundsatzes *pacta sunt servanda*.
- Dieses Mehrbelastungsverbot umfasst **zwei Aussagen**:
 - Soweit bereits **geleistete Beiträge** aufgrund von Verlusten nicht mehr vorhanden sind, haben die Gesellschafter grds. keinen Ausgleich zu leisten.
 - Die noch **ausstehenden Beiträge** sind nur in dem vertraglich vereinbarten Umfang geschuldet, und zwar auch dann, wenn sie zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks offensichtlich unzureichend sind.

Kautelarjuristischer Exkurs:

Die Beitragspflicht muss die geschuldeten Leistungen nicht konkret ausformulieren, sondern kann sich z. B. auch in der Vereinbarung erschöpfen, dass die Gesellschafter „**das zur Erreichung des Gesellschaftszwecks Erforderliche**“ leisten. Diese Gestaltung hat zur Folge, dass die konkreten Beiträge im Rahmen der Geschäftsführung fortlaufend festgesetzt werden und kann in einer Krise der Gesellschaft ohne Konflikt mit dem Mehrbelastungsverbot zu einer betragsmäßigen Erhöhung des Beitrags führen.

II. Gesellschaftsvertrag

2. Schuldrechtliche Elemente

a) Förderungs- bzw. Beitragspflicht

(2) Nachschüsse

Bei der sog. Nachschusspflicht sind **drei Konstellationen** zu unterscheiden:

Konstellation 1: Gesellschafter vor der Auflösung der Gesellschaft

- Das sog. **Mehrbelastungsverbot** steht jedoch zur **Disposition des betroffenen Gesellschafters** („ohne seine Zustimmung“).
- Die Zustimmung zu einer Mehrbelastung kann **durch unterschiedliche Akte** erteilt werden:
 - Der Gesellschafter kann der **konkreten Erhöhung** ausdrücklich zustimmen.
 - Die Zustimmung kann auch **antizipiert** erteilt werden, z. B. durch eine abstrakte **Regelung im Gesellschaftsvertrag** (z. B. Verpflichtung zur Erhöhung um 10 % bei einer wirtschaftlichen Krise).
 - Alternativ kann der Gesellschaftsvertrag bestimmen, dass die Entscheidung über die Beitragserhöhung durch einen **Mehrheitsbeschluss** der Gesellschafter getroffen wird. Bei dieser Gestaltung kann der betroffene Gesellschafter überstimmt werden. In diesen Fällen stimmt er nur dem Verfahren, nicht aber Beitragserhöhung zu, weshalb hierin eine nach **§ 708 BGB** grds. zulässige Abweichung von § 710 Satz 1 BGB liegt.

II. Gesellschaftsvertrag

2. Schuldrechtliche Elemente

a) Förderungs- bzw. Beitragspflicht

(2) Nachschüsse

Bei der sog. Nachschusspflicht sind **drei Konstellationen** zu unterscheiden:

Konstellations 1: Gesellschafter vor der Auflösung

- Das sog. **Mehrbelastungsverbot** steht jedoch zur Disposition des betroffenen Gesellschafters („ohne seine Zustimmung“).
- Die Zustimmung zu einer Mehrbelastung kann durch **unterschiedliche Akte** erteilt werden:
 - Der Gesellschafter kann der **konkreten Erhöhung** ausdrücklich zustimmen.
 - Die Zustimmung kann auch **antizipiert** erteilt werden, z. B. durch eine abstrakte **Regelung im Gesellschaftsvertrag** (z. B. Verpflichtung zur Erhöhung um 10 % bei einer wirtschaftlichen Krise).
 - Alternativ kann der Gesellschaftsvertrag bestimmen, dass die Entscheidung über die Beitragserhöhung durch einen **Mehrheitsbeschluss** der Gesellschafter getroffen wird. Bei dieser Gestaltung kann der betroffene Gesellschafter überstimmt werden. In diesen Fällen stimmt er nur dem Verfahren, nicht aber Beitragserhöhung zu, weshalb hierin eine nach **§ 708 BGB** grds. zulässige Abweichung von § 710 Satz 1 BGB liegt.

In seltenen Ausnahmefällen kann die **Treuepflicht** einzelne Gesellschafter verpflichten, einer Beitragserhöhung zuzustimmen (dazu sogleich).

II. Gesellschaftsvertrag

2. Schuldrechtliche Elemente

a) Förderungs- bzw. Beitragspflicht

(2) Nachschüsse

Die beiden weiteren Konstellationen sind in **§ 710 Satz 2 BGB** angedeutet:

Konstellation 2: Auseinandersetzung der Gesellschaft

- An die **Auflösung der GbR** (z. B. aufgrund eines Auflösungsbeschlusses, § 729 I Nr. 4 BGB) schließt sich gemäß § 735 I 1 BGB i.d.R. deren **Liquidation** an.
- Hierzu sind aus dem Vermögen der Gesellschaft zunächst die **Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen** (§ 736d IV 1 BGB). Aus dem verbleibenden Vermögen sind den Gesellschaftern die **geleisteten Beiträge zurückzuerstatten** (§ 736d V 1 BGB).
- Reicht das Gesellschaftsvermögen hierzu nicht aus, haben die Gesellschafter nach **§ 737 Satz 1 BGB** für den **Fehlbetrag** aufzukommen, d. h. die Differenz zwischen dem vorhandenen Vermögen und den Verbindlichkeiten in das Gesellschaftsvermögen einzuzahlen.
- Der Umfang der Beteiligung der einzelnen Gesellschafter ergibt sich aus „dem Verhältnis ihrer Anteile am Gewinn und Verlust“, das seinerseits durch das Stufenverhältnis von § 709 III 1-3 BGB bestimmt wird.

II. Gesellschaftsvertrag

2. Schuldrechtliche Elemente

a) Förderungs- bzw. Beitragspflicht

(2) Nachschüsse

Die beiden weiteren Konstellationen sind in **§ 710 Satz 2 BGB** angedeutet:

Konstellation 3: ausgeschiedener Gesellschafter

- Scheidet ein Gesellschafter aus der GbR aus (z. B. aufgrund der Kündigung seiner Mitgliedschaft, § 725 I BGB), besteht die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fort.
- Im Unterschied zur Liquidation (s. o.) ist die Gesellschaft nicht verpflichtet, dem ausgeschiedenen Gesellschafter die von ihm geleisteten Beiträge zurückzuerstatten. Stattdessen hat sie ihm gemäß **§ 728 I 1 BGB** grds. eine **angemessene Abfindung** zu zahlen.
- Reicht der Wert des Gesellschaftsvermögens bei Ausscheiden des Gesellschafters zur Deckung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft, einschließlich des Abfindungsanspruchs nach § 728 I 1 BGB, nicht aus, hat der ausgeschiedene Gesellschafter gemäß **§ 728a BGB** für den Fehlbetrag aufzukommen, d. h. einen entsprechenden Geldbetrag an die Gesellschaft zu zahlen, und zwar nach dem Verhältnis seines Anteils am Gewinn und Verlust (s. o.).

II. Gesellschaftsvertrag

2. Schuldrechtliche Elemente

b) Treuepflicht

Die vertragliche Verpflichtung der Gesellschafter zur Förderung eines **gemeinsamen Zwecks** impliziert eine Treuepflicht jedes Gesellschafters. Inhaltlich sind **zwei Ausprägungen** zu unterscheiden:

(1) Schrankenfunktion

- Die Treuepflicht erschöpft sich grds. – ähnlich den Geboten von Treu und Glauben (§ 242 BGB) – in einer **jedem Gesellschafterrecht immanente Ausübungsschranke**, d. h. eine untreue Rechtsausübung ist **unbeachtlich**.
- **Ob** eine Rechtsausübung untreu ist, ist im Einzelfall durch **Abwägung** der **persönlichen Interessen des Gesellschafters** mit den **Interessen der Gesellschaft** und der übrigen Gesellschafter zu entscheiden.
- Die Art des betroffenen Rechts impliziert ein **Regel-Ausnahme-Verhältnis**:
 - Bei **eigennützigen Gesellschafterrechten** (z. B. Informationsrechte nach § 717 I 1, 2 BGB) tritt die Treuepflicht **grds.** hinter die persönlichen Interessen des Gesellschafters zurück.
 - Gegenteiliges gilt für **uneigennützige Gesellschafterrechte** (z. B. Maßnahmen der Geschäftsführung). Hier genießen die Belange der Gesellschaft **grds.** Vorrang vor den persönlichen Interessen des handelnden Gesellschafters.

II. Gesellschaftsvertrag

2. Schuldrechtliche Elemente

b) Treuepflicht

Die vertragliche Verpflichtung der Gesellschafter zur Förderung eines **gemeinsamen Zwecks** impliziert eine Treuepflicht jedes Gesellschafters. Inhaltlich sind **zwei Ausprägungen** zu unterscheiden:

(2) Begründung einzelner Verhaltenspflichten

Die Treuepflicht kann sich auch zu Verhaltenspflichten verdichten. Das bekannteste Beispiel hierfür ist das **Wettbewerbsverbot der Gesellschafter**.

Exkurs: Wettbewerbsverbot der GbR-Gesellschafter

- Das Wettbewerbsverbot ist – wie die Treuepflicht insgesamt – der Zweckförderungspflicht immanent, nämlich deshalb, weil der Eintritt eines Gesellschafters in den Wettbewerb mit der Gesellschaft keine Förderung des gemeinsamen Zwecks, sondern Behinderung der Zweckerreichung ist.
- Das Wettbewerbsverbot hat auch im Zuge des MoPeG **keine ausdrückliche Regelung in den §§ 705 ff. BGB** erfahren. Diese Lücke schließt die ganz überwiegende Ansicht durch die entsprechende Anwendung der **§§ 117, 118 HGB**, wenn die rechtsfähige GbR unternehmerisch (§ 14 II BGB) am Rechtsverkehr teilnimmt.

II. Gesellschaftsvertrag

2. Schuldrechtliche Elemente

b) Treuepflicht

(2) Begründung einzelner Verhaltenspflichten

Exkurs: Wettbewerbsverbot der GbR-Gesellschafter

- Den **Umfang des Wettbewerbsverbots** beschreibt **§ 117 I HGB** dahingehend, dass der Gesellschafter „weder in dem Handelszweig der Gesellschaft Geschäfte machen noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft ... teilnehmen“ darf.
- Für die in § 117 I HGB angelegte **Ausnahme** („ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter“) enthält **§ 117 II HGB** eine selten verwirklichte („bei Eingehung der Gesellschaft“) **unwiderlegbare Vermutung**.
- Wird das Wettbewerbsverbot verletzt, kann die Gesellschaft von dem Gesellschafter **Schadensersatz (§ 118 I 1 HGB)** oder die Herausgabe der Vergütung (**§ 118 I 2 HGB**) verlangen.
- Ob diese Ansprüche geltend gemacht werden, haben die übrigen Gesellschafter gemäß § 118 II BGB durch **Beschluss** zu entscheiden.
- Durch **§ 118 IV HGB** wird klargestellt, dass die Ansprüche nach § 118 I HGB weder die Ausschließung des Gesellschafters (§ 134 HGB) noch die Auflösung der Gesellschaft (§§ 138 I Nr. 3, 139 I HGB) ausschließen.

II. Gesellschaftsvertrag

2. Schuldrechtliche Elemente

b) Treuepflicht

(2) Begründung einzelner Verhaltenspflichten

- Das Wettbewerbsverbot ist nicht die einzige aus der Treuepflicht ableitbare Verhaltenspflicht.
- In seltenen Ausnahmefällen kann die Treuepflicht die Gesellschafter z. B. auch zu der **Mitwirkung an der Sanierung der Gesellschaft** verpflichten, wenn jede andere Entscheidung untreu und rechtswidrig wäre (BGHZ 183, 1 ff. – Sanieren oder Ausscheiden).
- Der zu leistende Sanierungsbeitrag stellt i.d.R. einen **Nachschuss** dar. Ein Verstoß gegen § 710 Satz 1 BGB liegt darin dennoch nicht, weil die Treuepflicht den betroffenen Gesellschafter zur Zustimmung verpflichtet.
- Eine solche Sanierungs- bzw. Nachschusspflicht besteht jedoch nur **ausnahmsweise**, wenn
 - die Nachschüsse im Interesse der Gesellschaft **geboten und**
 - dem einzelnen Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen schutzwürdigen Belange **zumutbar** sind.

II. Gesellschaftsvertrag

2. Schuldrechtliche Elemente

c) Grundsatz der Gleichbehandlung

- Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist nur in **§ 53a AktG** ausbuchstabiert.
- Die Regelung setzt eine auf Aktiengesellschaften begrenzte **Vorgabe der Aktionärsrechte-RL** um. Hierfür ist eine ausdrückliche Regelung erforderlich.
- Der unionsrechtliche Hintergrund lässt erkennen, dass **§ 53a AktG keine abschließende Regelung** ist. Vielmehr ist die Gleichbehandlung der Gesellschafter seit jeher ein rechtsformunabhängiger Grundsatz.
- Der Grundsatz der Gleichbehandlung **„verbietet** eine willkürliche, sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung der Gesellschafter. Das bedeutet nicht, dass die Gewährung unterschiedlicher Rechte im Gesellschaftsvertrag nicht erlaubt ist (Anm.: Sondervor- und -nachteile, § 35 BGB). Sie muss lediglich **sachlich berechtigt** sein und darf **nicht den Charakter von Willkür** tragen.“ (BGHZ 116, 359, 373).

II. Gesellschaftsvertrag

2. Schuldrechtliche Elemente

c) Grundsatz der Gleichbehandlung

- Die Formulierung („verbietet“) lässt erkennen, dass der Grundsatz eine (notwendige) **Ausübungskontrolle für die Verbandsmacht** (Mehrheit zulasten der Minderheit oder Einzelner) darstellt.
- In einer Klausur wären **drei Prüfungsschritte** zu durchlaufen:
 - (1) Feststellung der Ungleichbehandlung
 - (2) Erfolgt diese „unter gleichen Voraussetzungen“?
 - (3) Ist sie dennoch sachlich berechtigt?
- Sind die letzteren Fragen zu verneinen, ist die **Verbandsmaßnahme** (z. B. ein Beschluss) gesetzeswidrig und **unwirksam**.

II. Gesellschaftsvertrag

3. Organisationsvertrag

a) Einführung

- Der Gesellschaftsvertrag einer **nicht rechtsfähigen Gesellschaft** besteht ausschließlich aus schuldrechtlichen Regelungen.
- Im Unterschied dazu lässt der Gesellschaftsvertrag einer **rechtsfähigen Gesellschaft** – gleich welcher Rechtsform – ein **neues Rechtssubjekt** entstehen (siehe § 705 I, II Fall 1 BGB). In diesen Fällen ist der Gesellschaftsvertrag der rechtssubjektstituierende Akt und enthält als solcher auch **organisatorische Elemente**.
- Dies sind insbesondere
 - (1) **Sitz** der Gesellschaft und
 - (2) **Name** der Gesellschaft.

II. Gesellschaftsvertrag

3. Organisationsvertrag

b) Sitz der Gesellschaft

- Der Sitz der Gesellschaft entscheidet u. a. über **gerichtliche Zuständigkeiten**, sei es das Registergericht (§377 I Fall 2 FamFG, s. o.), sei es das Prozessgericht bei Klagen gegen die GbR (§ 17 I 1 ZPO).
- Der Sitz einer rechtsfähigen GbR ist gemäß **§ 706 Satz 1 BGB** grds. der Ort, an dem ihre Geschäfte tatsächlich geführt werden (sog. **Verwaltungssitz**).
- Für die **eGbR** eröffnet **§ 706 Satz 2 BGB** den Gesellschaftern die Möglichkeit, im Gesellschaftsvertrag – abweichend vom Verwaltungssitz – einen Ort im Inland als Sitz vereinbaren (sog. **Vertragssitz**).

II. Gesellschaftsvertrag

3. Organisationsvertrag

c) Name der Gesellschaft

- **Handelsgesellschaften** (oHG, KG) agieren gemäß § 105 I HGB und § 161 I HGB unter einer gemeinschaftlichen **Firma** (§ 17 I HGB), die – mit dem gemeinsamen Zweck – im Gesellschaftsvertrag festzulegen ist.
- Die **rechtsfähige GbR** tritt ebenfalls als **Rechtssubjekt** auf und führt daher – wie z. B. in §§ 705 III, 707 II Nr. 1 lit. a BGB vorausgesetzt – ebenfalls einen **Namen** im Rechtsverkehr. Die Festlegung des Namens erfolgt im **Gesellschaftsvertrag**.
- Auf die **Auswahl** und den **Schutz des Namens** sind gemäß **§ 707b Nr. 1 BGB** handelsrechtliche Vorschriften über die Firma (§§ 18, 21-24, 30, 37 HGB) entsprechend anzuwenden.

II. Gesellschaftsvertrag

3. Organisationsvertrag

c) Name der Gesellschaft

- Bei der **Auswahl des Namens** ist gemäß § 707b Nr. 1 BGB i.V.m. §§ 18, 30 HGB darauf zu achten, dass dieser **Unterscheidungskraft** besitzt.
- Der Name ist nach § 707a II 1 BGB um einen **Rechtsformzusatz** (z. B. eGbR) zu ergänzen (s. o.).
- Ein unzulässiger Gesellschaftsname berührt die **Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrags** nicht, berechtigt das Registergericht gemäß § 707b Nr. 1 BGB i.V.m. § 37 I HGB aber dazu, die eGbR durch die Festsetzung von **Ordnungsgeld** zur Unterlassung anzuhalten.
- Außerdem können diejenigen, die durch den unbefugten Namensgebrauch in ihren Rechten verletzt werden, auf Unterlassung klagen (sog. **private enforcement**), und zwar auf Grundlage von § 707b Nr. 1 BGB i.V.m. § 37 II 1 HGB, nach § 12 Satz 2 BGB und nach § 15 II MarkenG.

Lesehinweise zur Vertiefung:

- BGHZ 183, 1 ff. – Sanieren oder Ausscheiden
- BGHZ 116, 359 (Grundsatz der Gleichbehandlung)
- *P. Meier*, NJW 2024, 465 ff. (Grundbuchfähigkeit der GbR)
- *Windbichler/Bachmann*, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2024, § 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>

Facebook: <http://fb.me/LehrstuhlFest>

Twitter: [@FestTimo](https://twitter.com/FestTimo)