

Rechnung, dass das Fortbestehen der Gesellschaft nicht mehr an die Personen als Vertragspartner geknüpft sein soll, wie es noch in der Tradition des römischen Rechts üblich war. Daher wurden im Interesse der Verbandskontinuität die bisherigen Auflösungsgründe in Ausscheidungsgründe umgewandelt.⁵⁶

Die **Bruchteilsgemeinschaft**⁵⁷ als Rechtsgemeinschaft und die Gütergemeinschaft⁵⁸ können mangels Rechtsfähigkeit nicht Gesellschafterin einer GbR sein. 39

dd) Sonderfälle. Bei Vorliegen eines **Treuhandverhältnisses** wird der Treuhänder, und nicht der Treugeber, Gesellschafter der GbR, sofern er den Gesellschaftsvertrag abschließt.⁵⁹ Dies gilt unabhängig davon, ob die Treuhand verdeckt oder offengelegt, eigen- oder fremdnützig ist. Die Bindung des Treuhänders gegenüber dem Treugeber beruht auf dem Treuhandvertrag. Dieser betrifft ausschließlich das Innenverhältnis der genannten Parteien. Damit der Treugeber bei Beendigung des Treuhandvertrags selbst Gesellschafter der GbR wird, muss die Beteiligung an der Gesellschaft nach den Vorgaben des Gesetzes und des Gesellschaftervertrags übertragen werden. Meist sieht der Gesellschaftsvertrag vor, dass die übrigen Gesellschafter der Übertragung zustimmen müssen. Stimmen die Gesellschafter der Übertragung von Gesellschaftsanteilen an den Treuhänder zu, so liegt in dieser Zustimmung regelmäßig auch die Zustimmung zur Rückübertragung der Anteile auf den Treugeber in dem Zeitpunkt, in dem das Treuhandverhältnis endet.⁶⁰ 40

Praxistipp:

Eine Übertragung der Beteiligung von dem Treuhänder auf den Treugeber sollte für den Fall der Beendigung des Treuhandvertrags zum Schutz des Treugebers bereits im Treuhandvertrag aufschiebend bedingt vereinbart werden. Bei der offengelegten Treuhand wird es sich in der Regel empfehlen, schon beim Abschluss des Treuhandvertrags erforderliche Zustimmungen der Gesellschafter für diese Übertragung (vorsorglich) einzuholen.

Die strikte Trennung zwischen Treuhänder und Treugeber wird bei Publikumsgesellschaften unter dem Gesichtspunkt des Anlegerschutzes teilweise aufgeweicht: Bei Publikumsgesellschaften sind Treuhandkonstruktionen gebräuchlich, bei denen eine Treuhandgesellschaft eine Beteiligung zum Beispiel an einem Immobilienfonds in der Rechtsform der GbR hält. Die Treuhandgesellschaft schließt ihrerseits Treuhandverträge mit den einzelnen Anlegern. Unter den Voraussetzungen des Haustürgeschäfts nach § 312b BGB steht hierbei dem Anleger als Treugeber ein Widerrufsrecht zu. Nach dessen Ausübung ist die Gesellschaft als wirtschaftliche Vertragspartnerin der Anleger selbst Rückgewährschuldnerin, nicht der Treuhänder.⁶¹ 41

Die zivilrechtliche sowie die steuerrechtliche Behandlung des **Nießbrauchs** im Personengesellschaftsrecht wird an anderer Stelle,⁶² die **Testamentsvollstreckung** im Zusammenhang mit der Erbfolge bei der Personengesellschaft dargestellt.⁶³ 42

⁵⁶ BT-Drs. 19/27635, 107.

⁵⁷ MHdB GesR I/Möhrle § 5 Rn. 25; MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 83.

⁵⁸ MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 82; Hopt/Roth HGB § 105 Rn. 29; Apfelbaum MittBayNot 2006, 185 (186).

⁵⁹ BGH 18.10.1962 – II ZR 12/61, WM 1962, 1353 (1354) (für die KG); BGH 24.7.2003 – III ZR 390/02, NJW-RR 2003, 1342 (1343) (für die KG); Brömmelmeyer NZG 2006, 529; Tebben ZGR 2001, 586 (587); Grüneberg/Sprau BGB § 705 Rn. 10.

⁶⁰ BGH 30.6.1980 – II ZR 219/79, BGHZ 77, 392 (395) = NJW 1980, 2708 (2709); BGH 22.4.1985 – II ZR 151/84, BeckRS 1985, 31067048 (1144) (jeweils für die KG).

⁶¹ BGH 2.7.2001 – II ZR 304/00, NJW 2001, 2718 (2719); vgl. auch OLG Köln v. 13.5.2002 – 16 U 65/01, NZG 2003, 28 ff. (unmittelbarer Abfindungsanspruch des Anlegers (Treugebers) gegen den Übernehmer einer Kommanditbeteiligung); BGH 23.6.2003 – II ZR 46/02, NJW-RR 2003, 1392 (1393) (unmittelbare Rechte eines Treugebers).

⁶² → § 17 Rn. 186.

⁶³ → § 20 Rn. 86.

4. Neugründung durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrags

43

Checkliste:
Gründung und Entstehung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts

- Abschluss des Gesellschaftsvertrags (grundsätzlich kein Formerfordernis, in Sonderfällen notarielle Beurkundung erforderlich). Die Gesellschaft ist mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags gegründet und entsteht mit dessen Wirksamwerden.
- Ausnahmsweise ist erforderlich:
 - Zustimmung des anderen Ehegatten (Zugewinngemeinschaft), wenn Einlageleistung des Gesellschafters nahezu sein ganzes Vermögen betrifft (§ 1365 BGB);
 - Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters/Pflegers bei nicht voll geschäftsfähigen Personen; zusätzlich gerichtliche Genehmigung, wenn Gesellschaft auf Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist.
- Betrieb eines Kleingewerbes, eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebes oder Verwaltung eigenen Vermögens: Keine Eintragung in das Handelsregister.
- Freiberufler: Keine Eintragung in das Partnerschaftsregister oder Handelsregister.
- Publikumsgesellschaften: Kein Widerruf nach § 312b BGB (Haustürgeschäfte) oder §§ 491 ff. BGB (Verbraucherdarlehen).
- Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften (zB Kartellrecht; Berufsrecht).
- eGdR: Anmeldung zum und Eintragung im Gesellschaftsregister.

- 44 a) **Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrags.** Der Gesellschaftsvertrag ist im Regelfall ein Dauerschuldverhältnis.⁶⁴ Er hat zweierlei Regelungsbezüge: Einerseits verpflichten sich die Gesellschafter untereinander zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks. Sie begründen damit ein Schuldverhältnis, welches nach ständiger Rechtsprechung den Charakter eines gegenseitigen Vertrags hat.⁶⁵ Andererseits regelt der Gesellschaftsvertrag auch die Organisationsstruktur der Gesellschaft und hat somit verbandsrechtlichen Charakter.⁶⁶
- 45 b) **Abschluss des Gesellschaftsvertrags.** aa) *Vertragsschluss.* Um eine Gesellschaft zu gründen, müssen zwei oder mehr Gesellschafter einen Gesellschaftsvertrag miteinander schließen, durch den sich die Gesellschafter dazu verpflichten, einen gemeinsamen Zweck durch Beitragsleistung oder in sonstiger, vertraglich vereinbarter Weise zu fördern, § 705 Abs. 1 BGB.⁶⁷ Die Gesellschaft kann dabei zu jedem erlaubten Zweck gegründet werden, vorausgesetzt, der Zweck ist nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet.⁶⁸ Dann wäre die Gesellschaft kraft Gesetzes eine offene Handelsgesellschaft, § 105 Abs. 1 HGB.
- 46 Grundsätzlich richtet sich der Abschluss des Gesellschaftsvertrags nach den allgemeinen Regeln der §§ 145 ff. BGB. Teilweise müssen diese Regeln angepasst werden, wenn besondere Konstellationen vorliegen. Dies ist beispielsweise der Fall bei der Beteiligung von mehr als zwei Personen (sogenannte mehrgliedrige Gesellschaft). Bei einer Vielzahl von Gesellschaftern erfolgt der Abschluss des Gesellschaftsvertrags nicht durch einfaches Angebot und Annahme. Er ist vielmehr erst dann abgeschlossen, wenn sämtliche Gesellschafter jeweils das Angebot auf Abschluss des Gesellschaftsvertrags angenommen haben und die Annahmen allen anderen zugegangen sind.⁶⁹ Dabei kann der Vertragsschluss auf verschiedene Weise vollzogen werden: Die Gesellschafter können ihre Erklärungen sukzessive abgeben

⁶⁴ Grüneberg/Sprau BGB § 705 Rn. 13.

⁶⁵ BGH 29.1.1951 – IV ZR 171/50, NJW 1951, 308; Grüneberg/Sprau BGB § 705 Rn. 13 mwN. Die Einordnung als gegenseitiger Vertrag ist streitig, der Streit jedoch im Ergebnis bedeutungslos, siehe MHdB GesR I/Möhrle § 5 Rn. 33 ff. mwN.

⁶⁶ BeckHdBPersG/Sauter § 2 Rn. 10.

⁶⁷ MüKoBGB/Schäfer § 705 BGB Rn. 1.

⁶⁸ BT-Drs. 19/27635, 104.

⁶⁹ BeckHdBPersG/Sauter § 2 Rn. 11; MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 20; GroßkommHGB/Schäfer § 105 Rn. 154 (für oHG und KG); Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch HGB § 105 Rn. 70 (für oHG und KG).

oder den Vertrag in einer „Gründerversammlung“ unterzeichnen. Des Weiteren ist es zulässig, dass Zugangsbevollmächtigte bezüglich der Beitrittserklärung der anderen Gesellschafter bestellt werden. Zuletzt besteht die Möglichkeit einer Stufenründung: Es wird ein Gesellschaftsvertrag zwischen einigen der Gesellschafter geschlossen. Diesem Vertrag treten die übrigen Gesellschafter zu einem späteren Zeitpunkt bei.⁷⁰

Für einen Vertragsschluss müssen sich die Parteien über alle regelungsbedürftigen Punkte einigen. Regelungsbedürftig ist alles, was nach Ansicht auch nur einer Partei festzulegen ist. Findet eine Einigung über diese Punkte nicht statt, so gilt der Vertrag nach der Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 BGB als nicht geschlossen. Etwas anderes gilt, wenn sich die Gesellschafter trotz der unvollständigen Einigung bereits vertraglich binden wollen und sich gleichzeitig vorbehalten haben, noch eine Einigung über die fehlenden Punkte zu treffen.⁷¹ Entsprechend dem gerade Genannten gilt die Auslegungsregel des § 154 BGB in diesem Fall also trotz unvollständigen Vertragsschlusses nicht. Dies setzt allerdings voraus, dass wenigstens der Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrags bereits geregelt wurde. Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (§ 157 BGB) werden die Lücken geschlossen, über die keine Einigung der Parteien erzielt werden konnte.⁷² Um bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags bereits zu dokumentieren, dass die Gesellschafter im Falle von Lücken an dem Vertrag als solchem festhalten wollen, empfiehlt sich die Aufnahme einer salvatorischen Klausel in den Gesellschaftsvertrag.

Formulierungsvorschlag:

Sollten eine oder mehrere Regelungen dieses Vertrags unwirksam oder undurchführbar sein oder werden, so wird die Wirksamkeit der übrigen Vereinbarungen dadurch nicht berührt. An die Stelle der unwirksamen bzw. undurchführbaren Bestimmung tritt eine Regelung, die dem tatsächlich und wirtschaftlich Gewollten am nächsten kommt; auf Verlangen einer Vertragspartei haben die Vertragspartner die ersetzende Regelung unter Beachtung einschlägiger Formvorschriften zu bestätigen und zu fixieren. Regelungslücken sind im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB so auszufüllen, wie dies redliche Vertragspartner bei Vertragsabschluss vereinbart hätten, sofern ihnen die Regelungsbedürftigkeit bekannt gewesen wäre.

Ein Gesellschaftsvertrag kann sowohl mittels ausdrücklicher als auch mit **konkludenter** Erklärung abgeschlossen werden.⁷³ Konkludente Gesellschaftsverträge werden insbesondere von Gelegenheitsgesellschaften und reinen Innengesellschaften geschlossen, zB im Falle einer Lotto-Tipprunde oder einer Fahrgemeinschaft. Hierzu ist es nicht erforderlich, dass den Beteiligten bewusst ist, dass sie eine Gesellschaft gründen. Ebenso wenig muss das entstehende Rechtsverhältnis in zutreffender Weise bezeichnet werden.⁷⁴ In folgenden Fallgestaltungen kann zB eine GbR durch konkludente Erklärungen gegründet worden sein: Ein einzelkaufmännisches Unternehmen wird durch eine Erbengemeinschaft fortgeführt,⁷⁵ eine Honorarforderung wird gemeinsam vereinnahmt und soll verteilt werden⁷⁶ oder Eheleute bzw. Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder einer eingetragenen Lebenspartnerschaft schaffen etwas, was über den Rahmen der Lebensgemeinschaft hinausgeht.⁷⁷ Sofern der Ge-

⁷⁰ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch HGB § 105 Rn. 70 (für oHG und KG).

⁷¹ BGH 28.6.1982 – II ZR 226/81, NJW 1982, 2816 (2817); BGH 23.11.1959 – II ZR 187/58, NJW 1960, 430 (für die oHG); OLG Bremen 13.7.2001 – 4 U 6/01, NZG 2002, 173 (174 f.); GroßkommHGB/Schäfer § 105 Rn. 160 (für oHG und KG).

⁷² GroßkommHGB/Schäfer § 105 Rn. 160.

⁷³ Vgl. etwa BGH 14.12.1998 – II ZR 360/97, NZG 1999, 293; OLG Karlsruhe 19.4.2002 – 14 U 129/00, NZG 2003, 324 (325).

⁷⁴ OLG Dresden 24.9.1998 – 7 U 659/98, ZGR 1999, 151.

⁷⁵ BGH 8.10.1984 – II ZR 223/83, BGHZ 92, 259 (262 ff.) = NJW 1985, 136 (137 ff.) (für die oHG).

⁷⁶ OLG Dresden 24.9.1998 – 7 U 659/98, ZGR 1999, 151.

⁷⁷ BGH 28.10.1959 – IV ZR 91/59, BGHZ 31, 197 (201 ff.) = NJW 1960, 428 (Ehe); BGH 24.3.1980 – II ZR 191/79, BGHZ 77, 55 (56 f.) = NJW 1980, 1520 (nichteheliche Lebensgemeinschaft); BGH 21.7.2003 –

sellschaftsvertrag einem Formerfordernis unterliegt, kann er nicht konkludent abgeschlossen werden.⁷⁸

- 50 Nach den allgemeinen Regeln der §§ 164 ff. BGB ist beim Abschluss von Gesellschaftsverträgen eine gewillkürte **Stellvertretung** zulässig.⁷⁹ Wird ein Mitgesellschafter zur Vertretung ermächtigt, so ist § 181 BGB zu beachten und ggf. eine entsprechende Befreiung zu erteilen. Im Rahmen der **gesetzlichen Vertretung** sind die speziellen Regelungen zur Vertretung der jeweiligen Personen zu beachten, zB das Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung im Rahmen der Vertretung Minderjähriger⁸⁰ oder § 112 AktG, wonach eine Gesellschaft zwingend durch den Aufsichtsrat vertreten wird, wenn eine Aktiengesellschaft und eines der Vorstandsmitglieder Gesellschafter einer GbR werden sollen. Dies gilt nach zutreffender Auffassung auch für den Fall, dass eine von dem Vorstandsmitglied beherrschte Gesellschaft „dazwischengeschaltet“ ist und zwischen dem Vorstandsmitglied und dieser Gesellschaft wirtschaftliche Identität besteht.⁸¹
- 51 Entsprechend der allgemeinen Regel des § 158 BGB können Willenserklärungen, die auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags gerichtet sind, unter einer aufschiebenden oder auflösenden **Bedingung** abgegeben werden.⁸²
- 52 Es ist nicht möglich, den Entstehungszeitpunkt einer GbR im Außenverhältnis in die Vergangenheit, dh vor den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, zu verlagern. Sie kann also **nicht rückwirkend** entstehen. Demgegenüber ist es grundsätzlich zulässig, wenn die Gesellschafter im Innenverhältnis bestimmen, dass die Gesellschaft zu einem anderen als dem tatsächlichen Zeitpunkt gegründet wurde.⁸³ Die Gesellschafter können also zB wirksam festlegen, dass die Geschäfte eines eingebrachten Unternehmens von einem früheren Stichtag an als auf gemeinsame Rechnung laufend behandelt werden sollen.⁸⁴ Unabhängig von einem derart gewillkürten Entstehungszeitpunkt entsteht die GbR in jedem Fall, sobald sie mit Zustimmung aller Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt, § 719 Abs. 2 BGB. In diesem Handeln ist damit stets auch eine konkludente Anpassung des Gesellschaftsvertrags zu sehen, die eine ggf. bestehende doppelte Schriftformklausel des Gesellschaftsvertrags überlagert.
- 53 Bei **Publikumsgesellschaften** sind in bestimmten Konstellationen auch die Vorschriften des **Verbraucherschutzes** zu berücksichtigen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Abschluss bzw. Beitritt zu einem Gesellschaftsvertrag durch ein Haustürgeschäft erfolgt.⁸⁵ Für derartige Fälle hat die Rechtsprechung gemäß § 312g BGB ein Widerrufsrecht im Rahmen einer Treuhandkonstruktion anerkannt.⁸⁶ Gleiches gilt im Falle einer unmittelbaren Beteiligung von Anlegern.⁸⁷ Sofern eine Beteiligung mittels Finanzierung durch den Eintretenden erfolgen soll, sind die Vorschriften der §§ 491 ff. BGB über Verbraucherdarlehen zu berücksichtigen. Anlegern, deren Einlagen eingeworben werden, stehen besondere Auskunftsrechte zu. Außerdem kann eine Haftung nach den Grundsätzen der Prospekthaftung entstehen.⁸⁸

II ZR 249/01, DStR 2003, 1890 (1891) (nichteheliche Lebensgemeinschaft); BGH 19.9.2012 – XII ZR 136/10, NJW 2012, 3374 (3375) (Ehe). Siehe hierzu BeckHdBPersG/Sauter § 2 Rn. 22.

⁷⁸ → Rn. 55 ff.

⁷⁹ OLG München 8.3.2002 – 21 U 1929/01, NZG 2002, 623 (für Vertragsänderung); Grüneberg/Sprau BGB § 705 Rn. 11.

⁸⁰ → Rn. 24.

⁸¹ Werner ZGR 1989, 369 (372 ff.); MüKoAktG/Habersack § 112 Rn. 7 mwN.

⁸² BeckHdBPersG/Sauter § 2 Rn. 12.

⁸³ BGH Urt. v 20.10.1977 – II ZR 167/76, NJW 1978, 264 (266 f.); BGH 24.5.1976 – II ZR 207/74, BeckRS 1976, 31115396 (für die KG); MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 7.

⁸⁴ BGH Urt. v 20.10.1977 – II ZR 167/76, NJW 1978, 264 (266 f.); BGH 24.5.1976 – II ZR 207/74, BeckRS 1976, 31115396 (für die KG); MüKoBGB/Schäfer § 705 Rn. 7.

⁸⁵ EuGH 15.4.2010 – Rs. C-215/08E, NZG 2010, 501 Rn. 34; OLG Hamm 26.11.2002 – 27 U 66/02, NZG 2003, 228 (229) (atypisch stille Gesellschaft).

⁸⁶ → Rn. 41.

⁸⁷ Vgl. BGH 17.9.1996 – XI ZR 164/94, NJW 1996, 3414 (3415); Edelmann DB 2001, 2434 (2435); Paland/Sprau BGB § 312 Rn. 7 mwN.

⁸⁸ Vgl. etwa OLG Schleswig 29.8.2002 – 5 U 8/02, NZG 2003, 166 (167) (stille Gesellschaft); zu Prospekthaftungsansprüchen und deren Verjährung: BGH 14.1.2002 – II ZR 40/00, NZG 2002, 468 ff. (Publikums-KG) mwN.; OLG München 16.11.2001 – 21 U 3114/01, NZG 2002, 930 f.

Gesellschaftsverträge sind in diesen Konstellationen in einer ähnlichen Weise auszulegen wie Allgemeine Geschäftsbedingungen.⁸⁹

Sofern der Abschluss des Gesellschaftsvertrags mit Mängeln behaftet war, greifen die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft.⁹⁰ 54

bb) Form des Gesellschaftsvertrags. Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags ist grundsätzlich **formfrei** möglich. Er kann also auch mündlich oder konkludent geschlossen werden.⁹¹ In der Praxis ist es jedoch ratsam, den Gesellschaftsvertrag schriftlich abzuschließen, um Klarheit über den Inhalt der Vereinbarungen zu schaffen. 55

Der Grundsatz der Formfreiheit wird dann überlagert, wenn der Vertrag Rechtsgeschäfte umfasst, für die eine besondere Form gesetzlich vorgeschrieben ist. In einem solchen Fall bedarf der gesamte Gesellschaftsvertrag der entsprechenden Form. Daher muss zB gemäß § 311b Abs. 1 BGB der Gesellschaftsvertrag notariell beurkundet werden, wenn sich ein Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag bzw. in seiner Beitrittserklärung dazu verpflichtet, ein Grundstück zu erwerben oder in die Gesellschaft einzubringen.⁹² Weitere Beurkundungspflichten ergeben sich im Falle eines Erwerbs ideeller Miteigentumsanteile an Grundstücken nach § 747 BGB, Erbbaurechten (vgl. § 11 Abs. 2 ErbbauVO) und Wohnungseigentum (vgl. § 4 Abs. 3 WEG). Dabei entsteht die Beurkundungspflicht aber nicht schon dadurch, dass der Gesellschaftszweck die „Verwaltung und Verwertung“ von Grundstücken erfasst.⁹³ 56

Während ein Gesellschaftsvertrag, der eine Verpflichtung zur **Übertragung oder zum Erwerb des Eigentums** an einem Grundstück beinhaltet, der notariellen Beurkundung bedarf,⁹⁴ führt eine reine Beitragspflicht zur Einräumung eines schuldrechtlichen Nutzungsrechts, wie beispielsweise die Miete oder Pacht (Einbringung *quoad usum*) oder die Einbringung dem Werte nach (Einbringung *quoad sortem*), nicht zu einem Beurkundungserfordernis.⁹⁵ Sofern die Gesellschaft nicht darauf angewiesen ist, Eigentümerin zu sein, können die Beurkundungspflicht und die damit verbundenen Kosten also vermieden werden, indem das Grundstück lediglich vermietet oder verpachtet wird. Um auch im Rahmen der Einbringung dem Werte nach zu vermeiden, dass der Gesellschaftsvertrag beurkundungspflichtig wird, kann vereinbart werden, dass die Gesellschaft dazu berechtigt wird, das Grundstück zu nutzen und den Ertrag zu vereinnahmen. Gleichzeitig muss sie sonstige Lasten und den Nachteil etwaiger Wertveränderungen tragen.⁹⁶ Soll eine Beteiligung an einer Personengesellschaft, deren wesentliches Vermögen Grundbesitz ist, vertraglich übertragen werden, so ist der Vertrag grundsätzlich nicht beurkundungspflichtig, es sei denn, bei der Gestaltung handelt es sich um eine bewusste Umgehung der Formvorschrift.⁹⁷ 57

Wenn der Eigentümer eines Grundstücks im Zuge einer Gesellschaftsgründung seine **Rechtsform ändert**, der Rechtsträger, dem das Grundstück dinglich zugeordnet ist, aber identisch bleibt, ist der Gesellschaftsvertrag ebenfalls nicht formbedürftig. Dies ist zB der Fall, wenn eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft durch Änderung ihres Gesellschaftszwecks oder Austragung aus dem Handelsregister zu einer GbR wird. Gleiches gilt für die formwechselnde Umwandlung⁹⁸ und für Fälle der Anwachsung.⁹⁹ 58

⁸⁹ BGH 27.11.2000 – II ZR 218/00, NZG 2001, 269 mwN.

⁹⁰ → Rn. 171 ff.

⁹¹ MHdB GesR I/Möhrle § 5 Rn. 55; Scherer/Ploß Unternehmensnachfolge, § 24 Rn. 33.

⁹² BGH 10.4.1978 – II ZR 61/77, NJW 1978, 2505 (2506) (Beitritt zur Publikums-KG).

⁹³ BGH 13.2.1996 – XI ZR 239/94, NJW 1996, 1279 (1280); OLG Köln 13.4.2000 – 8 U 40/99, NZG 2000, 930.

⁹⁴ Wiesner NJW 1984, 95; BeckHdBersG/Sauter § 2 Rn. 74; MHdB GesR I/Möhrle § 5 Rn. 56 mwN.

⁹⁵ BGH 9.10.1974 – IV ZR 164/73, NJW 1974, 2278 (2279) (Ehegatten-Innengesellschaft); BGH 10.1.1955 – I ZR 294/53, BB 1955, 203; Binz/Mayer NJW 2002, 3054 (3056) (für die GmbH & Co KG).

⁹⁶ Binz/Mayer NJW 2002, 3054 (3056) (für die GmbH & Co. KG); siehe hierzu auch: BeckHdBersG/Sauter § 2 Rn. 77 ff.

⁹⁷ BGH 31.1.1983 – II ZR 288/81, BGHZ 86, 367 = NJW 1983, 1110; BGH 2.10.1997 – II ZR 249/96, NJW 1998, 376 f.; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch HGB § 105 Rn. 77.

⁹⁸ MüKoBGB/Kanzleiter § 311b Rn. 18.

⁹⁹ Grüneberg/Grüneberg BGB § 311b Rn. 9 mwN.

- 59 Verpflichtet sich im Rahmen des Gesellschaftsvertrags (mindestens) ein Gesellschafter dazu, einen **GmbH-Geschäftsanteil** in die Gesellschaft einzubringen, so sind sowohl der Gesellschaftsvertrag als auch die dingliche Abtretung des Geschäftsanteils an die GbR gemäß § 15 Abs. 3, 4 GmbHG notariell zu beurkunden.¹⁰⁰
- 60 Ein Anteil an einer Personengesellschaft kann Gegenstand einer **Schenkung**, auch einer gemischten Schenkung, sein.¹⁰¹ Gemäß § 518 Abs. 1 BGB ist der Gesellschaftsvertrag dann ebenfalls notariell zu beurkunden. Gerade im Rahmen von Familiengesellschaften kann diese Regelung praktisch relevant sein. Das Formerfordernis wird jedoch dadurch entschärft, dass ein Formmangel gemäß § 518 Abs. 2 BGB bei Außengesellschaften **heilbar** ist. Die Heilung tritt in dem Zeitpunkt ein, in dem die geschuldete Beteiligung eingeräumt bzw. an den Berechtigten abgetreten wird.¹⁰²
- 61 Auch ein Gesellschaftsvertrag, durch den sich ein Gesellschafter verpflichtet, sein **gegenwärtiges Vermögen** oder einen Bruchteil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten, bedarf gemäß § 311b Abs. 3 BGB der notariellen Beurkundung. Diese Vorschrift gilt sowohl für natürliche als auch für juristische Personen, ist jedoch in der Praxis überwiegend für Letztere relevant. Insbesondere muss der Gesellschaftsvertrag auf seine Formbedürftigkeit hin geprüft werden, wenn das Vermögen einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft eingebracht werden soll.¹⁰³
- 62 Bei der Beurteilung der Formbedürftigkeit ist der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft im Ganzen zu betrachten. Die Formbedürftigkeit eines **Teilaspekts** wirkt sich dabei auf den gesamten Gesellschafts- oder Beitrittsvertrag aus¹⁰⁴ und alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Beteiligten der Vertrag zusammensetzt, sind zu beurkunden.¹⁰⁵ Weitere Verträge, die im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsvertrag abgeschlossen werden, können gemeinsam mit dem Gesellschaftsvertrag ein **einheitliches Rechtsgeschäft** iSd § 139 BGB darstellen. Wenn diese Verträge rechtlich so voneinander abhängen, dass sie nach dem Willen der Parteien miteinander „stehen und fallen“ sollen, gilt das Formerfordernis auch für die weiteren Verträge, sodass letztlich sämtliche Abreden formbedürftig werden. Ob verbundene Verträge vorliegen, bemisst sich danach, ob diesbezüglich ein Wille bei einer Partei vorhanden ist und die andere Partei diesen Willen kennt und hinnimmt.¹⁰⁶ Nicht ausreichend ist ein tatsächlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang für die Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts.

Praxistipp:

In der Praxis werden Gründungsvorgänge häufig in mehrere Verträge aufgeteilt. Ist einer dieser Verträge beurkundungspflichtig, so ist im Zweifel der gesamte Vorgang als beurkundungspflichtig zu behandeln, um eine spätere Auseinandersetzung darüber zu vermeiden, ob ein einheitliches Rechtsgeschäft vorlag und die nicht beurkundeten Verträge deshalb nichtig sind.

- 63 Die Parteien können durch **Rechtsgeschäft** festlegen, dass der Gesellschaftsvertrag einer bestimmten **Form** unterliegt. Beispielsweise kann vereinbart werden, dass der Vertrag zu

¹⁰⁰ Lutter/Hommelhoff/Bayer GmbHG § 15 Rn. 25, 51.

¹⁰¹ BGH 2.7.1990 – II ZR 243/89, BGHZ 112, 40 (45) = NJW 1990, 2616 (2617 f.) (für die KG); hierzu K. Schmidt BB 1990, 1992.

¹⁰² Vgl. BeckHdBPersG/Sauter § 2 Rn. 86 ff.; zur abweichenden Rechtslage bei der stillen Gesellschaft → Rn. 393.

¹⁰³ Siehe hierzu Binz/Mayer NJW 2002, 3054 (3055).

¹⁰⁴ Binz/Mayer NJW 2002, 3054 (3058); vgl. Petzold BB 1975, 905 (908).

¹⁰⁵ StRspr: BGH 20.12.1974 – V ZR 132/73, BGHZ 63, 359 (361 f.) = NJW 1975, 536; BGH 10.4.1978 – II ZR 61/77, NJW 1978, 2505 (2506); BGH 6.4.1979 – V ZR 72/74, BGHZ 74, 346 (348) = NJW 1979, 1496; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch HGB § 105 Rn. 80.

¹⁰⁶ StRspr: BGH 6.12.1979 – VII ZR 313/78, BGHZ 76, 43 (48 f.) = NJW 1980, 829; BGH 6.11.1980 – VII ZR 12/80, BGHZ 78, 346 (349 ff.) = NJW 1981, 274; BGH 24.9.1987 – VII ZR 306/86, BGHZ 101, 393 (396) = DNotZ 1988, 547; Binz/Mayer NJW 2002, 3054 (3059) mwN.

seiner Wirksamkeit notariell beglaubigt oder schriftlich geschlossen werden muss. In der Praxis empfiehlt es sich, den Gesellschaftsvertrag, sofern keine strengere Form vorgeschrieben ist, zumindest schriftlich zu dokumentieren und zu unterzeichnen. Die Schriftform sollte dabei über eine **qualifizierte Schriftformklausel** abgesichert werden.

Formulierungsvorschlag:

Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrags bedürfen der Schriftform. Dies gilt auch für die Aufhebung dieser Schriftformklausel.

64

Um zu verhindern, dass die Schriftformklausel von den Gesellschaftern durch mündliche Erklärung oder konkludent abbedungen werden kann, enthält der zweite Satz des Formulierungsbeispiels eine sogenannte „**Schriftformsicherungsklausel**“.¹⁰⁷ Wenn eine solche Siche-
rungsklausel im Vertrag verankert ist, kann die Schriftform nach Auffassung der Rechts-
sprechung ausschließlich schriftlich abbedungen werden.¹⁰⁸ Ein solcher Beschluss bedarf
der **Einstimmigkeit**; Mehrheitsbeschlüsse binden die Minderheit nicht.¹⁰⁹ Es empfiehlt sich,
beabsichtigte Änderungen des Gesellschaftsvertrags allein zu Beweis Zwecken immer schrift-
lich vorzunehmen, da die Möglichkeit mündlicher Änderungen sowie die Rechtsfolge von
Formverstößen im Einzelnen umstritten sind.¹¹⁰

65

Grundsätzlich hat die Nichteinhaltung einer durch Gesetz oder durch Rechtsgeschäft be-
stimmten Form, insbesondere einer mangelnden Beurkundung, zur Folge, dass nach § 125
BGB zumindest die formbedürftigen Vertragsbestandteile, für welche die erforderliche Form
nicht eingehalten wurde, nichtig sind. Ob der Vertrag im Übrigen wirksam ist, richtet sich
nach § 139 BGB. Ist die Gesellschaft bereits in Vollzug gesetzt und stellt sich im Nachhinein
heraus, dass der Gesellschaftsvertrag insgesamt oder einzelne Teile davon unwirksam sind,
so finden die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft Anwendung.¹¹¹

66

Ein formnichtiger Gesellschaftsvertrag kann jedoch **geheilt** werden. Für beurkundungs-
pflichtige Vorgänge sind die Heilungsmöglichkeiten jeweils ausdrücklich im Gesetz vor-
gesehen: Ein nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungspflichtiges Geschäft wird durch
Auflassung und Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch wirksam (vgl. § 311b Abs. 1
Satz 2 BGB). Die Verpflichtung zur Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils wird gemäß
§ 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG durch die notariell beurkundete Abtretung wirksam und die
Schenkung durch Bewirkung der versprochenen Leistung, § 518 Abs. 2 BGB. Eine weitere
Möglichkeit, durch die der Gesellschaftsvertrag wirksam werden kann, liegt in einer **Be-
stätigung** des Gesellschaftsvertrags in der für das Ursprungsgeschäft vorgesehenen Form
(§ 141 BGB).

67

cc) Öffentlich-rechtliche Anforderungen und Zustimmungserfordernisse. Grundsätzlich
bedarf es zu einer Gründung einer GbR keiner öffentlich-rechtlichen Genehmigung und
keiner Zustimmung durch Dritte.

68

Abweichend vom vorgenannten Grundsatz existieren in manchen Bereichen **öffentlich-
rechtliche** Vorschriften, die bei der Gründung einer GbR zu beachten sind: Steuerberater
(vgl. §§ 32, 40, 49 StBerG), Wirtschaftsprüfer (vgl. §§ 1, 8, 9, 27 WPO) oder Rechtsanwälte
(vgl. § 4 BRAO) dürfen beispielsweise nur tätig sein, wenn die betreffenden berufsrecht-
lichen Voraussetzungen erfüllt sind.

69

Außerdem können in Einzelfällen auch **gewerberechtliche** Vorgaben eine Rolle spielen.
Solche Vorgaben sind entweder in der GewO oder in gewerberechtlichen Spezialgesetzen

70

¹⁰⁷ Römermann NZG 1998, 978 (980).

¹⁰⁸ BGH 2.6.1976 – VIII ZR 97/74, BGHZ 66, 378 (381 ff.) = NJW 1976, 1395 (für einen Individualvertrag unter Kaufleuten); Römermann, NZG 1998, 978 (980 f.). Zur Gegenauffassung siehe: Grüneberg/Ellenberger BGB § 125 Rn. 19.

¹⁰⁹ OLG Düsseldorf 25.3.1977 – 16 U 169/76, NJW 1977, 2216 (2217) (zur KG).

¹¹⁰ Siehe hierzu Römermann NZG 1998, 978 (980 ff.).

¹¹¹ → Rn. 171 ff.

enthalten. Detaillierte Ausführungen zu gewerblichen Vorschriften betreffen in aller Regel Personenhandelsgesellschaften und werden dort behandelt.¹¹²

- 71 Weitere Vorschriften können sich aus **kartellrechtlichen** Zusammenhängen sowie aus den Vorschriften zur Fusionskontrolle¹¹³ ergeben, wenn sich Unternehmen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks in der Rechtsform der GbR zB als Joint-Venture zusammenschließen. Im Hinblick auf steuerrechtliche Pflichten wird auf die Ausführungen zum Steuerrecht verwiesen.¹¹⁴
- 72 In **zivilrechtlicher** Hinsicht können weitere Aspekte im Rahmen der Gründung einer Personengesellschaft relevant werden: Möchte sich ein **nicht voll Geschäftsfähiger** an der Gesellschaft beteiligen, ist zB eine Genehmigung durch das Familiengericht erforderlich, wenn die Gesellschaft zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gegründet wird.¹¹⁵
- 73 Auf familienrechtlicher Ebene kann es auch erforderlich werden, dass der Ehepartner eines Gesellschafters dem Gesellschaftsvertrag zustimmt. Dies ist der Fall, wenn sich ein im gesetzlichen Güterstand der **Zugewinnngemeinschaft** lebender Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag dazu verpflichtet, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen.¹¹⁶
- 74 **Juristische Personen oder Gesellschaften**, die Partei des Gesellschaftsvertrags werden, müssen ihre jeweiligen Bestimmungen über die interne Willensbildung einhalten und etwaig erforderliche Zustimmungen ihres Aufsichtsrats oder ihrer Gesellschafterversammlung einholen. Da sich diese Erfordernisse aus der internen Struktur der juristischen Person bzw. der Gesellschaft ergeben, betreffen sie in der Regel nicht das Außenverhältnis. Dementsprechend führen Versäumnisse hinsichtlich der oben genannten Erfordernisse meist nicht zur Unwirksamkeit der Gründung der GbR. Das oben genannte Zustimmungserfordernis kann im Rahmen der Neugründung jedoch zur Bedingung gemacht werden. Wird die Zustimmung in der Folge nicht erteilt, so tritt die Bedingung nicht ein und der Gesellschaftsvertrag wird nicht wirksam. Soll eine **ausländische juristische Person oder Gesellschaft** sich an einer GbR beteiligen, so können auf Grundlage des jeweiligen ausländischen Rechts ebenfalls weitere Anforderungen gestellt werden. Insbesondere ausländische Devisenbestimmungen können hier zum Tragen kommen und dadurch die Beteiligung beschränken.
- 75 **c) Inhalt des Gesellschaftsvertrags. aa) Mindestinhalt.** Personengesellschaften charakterisiert, dass die Gesellschafter einen **gemeinsamen Zweck** verfolgen, wie aus § 705 Abs. 1 BGB hervorgeht. Anhand ihres Zwecks ist die GbR von anderen Rechtsverhältnissen zu unterscheiden.
- 76 Der gemeinsame Zweck kennzeichnet auch die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander, sodass keine Personengesellschaft zwischen einer Personenmehrheit entsteht, wenn diese sich nicht zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks verpflichtet, selbst wenn sie ihren Vertrag als Gesellschaftsvertrag bezeichnet.¹¹⁷ Ebenfalls genügt es nicht, dass zwar mehrere Parteien wechselseitig Verpflichtungen eingehen, diese jedoch unterschiedliche Zweckrichtungen haben.¹¹⁸ Sofern die Gesellschafter keinen gemeinsamen Zweck verfolgen, kann zwischen ihnen allenfalls ein reiner Austauschvertrag oder ein partiarisches Rechtsverhältnis bestehen, bei dem die Parteien keinen gemeinsamen Zweck, sondern ausschließlich unterschiedliche eigene Interessen verfolgen.¹¹⁹
- 77 Nach dem Grundsatz der Privatautonomie haben die Gesellschafter hinsichtlich der **Wahl des Gesellschaftszwecks** Freiheit, da das Gesetz keinerlei inhaltliche Vorgaben an diesen normiert.¹²⁰ Neben der Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke können ebenso kulturelle, poli-

¹¹² → Rn. 218 ff.

¹¹³ → § 10.

¹¹⁴ → § 9.

¹¹⁵ → Rn. 24.

¹¹⁶ → Rn. 25 ff.

¹¹⁷ BeckHdBPersG/Sauter § 2 Rn. 13.

¹¹⁸ Vgl. BGH 18.10.1976 – II ZR 102/75, WM 1976, 1307 (1308 f.) = BeckRS 1976, 31115354.

¹¹⁹ BGH 10.10.1994 – II ZR 32/94, BGHZ 127, 176 (177 f.) = NJW 1995, 192 (für die stille Gesellschaft) mwN; MHdB GesR I/Möhrle § 5 Rn. 3.

¹²⁰ BGH 2.6.1997 – II ZR 81/96, BGHZ 135, 387 (389) = MittBayNor 1997, 302.