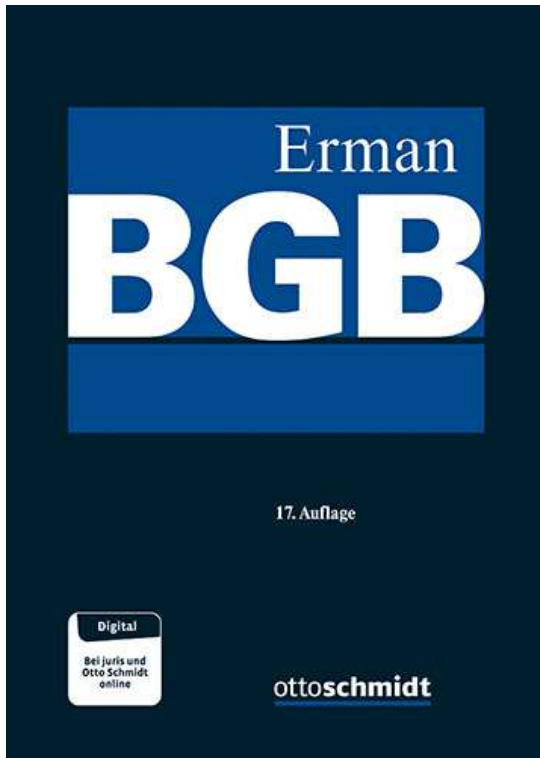


Leseprobe zu

Erman

BGB

Kommentar mit Nebengesetzen (AGG, BVerstG, EGBGB, ErbbauRG, ProdhaftG, VbVG, VersAusglG, WEG – teils in Auszügen) und Internationalem Privatrecht



170 X 240 mm, 17. neu bearbeitete Auflage 2023, 7.859 Seiten, Kommentar, 3 Bände, Buch Hardcover

499,00 € inkl. MwSt. September 2023

ISBN 978-3-504-47113-2

§ 705 Rechtsnatur der Gesellschaft

(1) 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.

(2) Die Gesellschaft kann entweder selbst Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, wenn sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll (rechtsfähige Gesellschaft), oder sie kann den Gesellschaftern zur Ausgestaltung ihres Rechtsverhältnisses untereinander dienen (nicht rechtsfähige Gesellschaft).

(3) Ist der Gegenstand der Gesellschaft der Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichem Namen, so wird vermutet, dass die Gesellschaft nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt.

I. Normzweck und Grundlagen	1	3. Publikumpersonengesellschaften	95
II. Entstehung der GbR	3	4. Geltungserhaltende Reduktion	98
1. Abschluss des Gesellschaftsvertrags	3	VII. Der Gesellschaftsvertrag als gegenseitiger Vertrag und als Gemeinschaftsverhältnis	100
2. Umwandlung	6	1. Gesellschaftsvertrag und gegenseitiger Vertrag	100
III. Gesellschaftsvertrag	12	2. Anwendung der §§ 320ff im Einzelnen	102
1. Vertragliche Einigung	12	VIII. Rechte und Pflichten der Gesellschafter	105
2. Formvorschriften	20	1. Mitgliedschaft	105
3. Mängel des Gesellschaftsvertrags	30	2. Arten von Mitgliedschaftsrechten	106
4. Änderung des Gesellschaftsvertrags	36	3. Treupflichtbindung	110
IV. Gesellschafter	39	4. Gleichbehandlungsgrundsatz	141
1. Gesellschafterzahl	39	5. Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschafter und Gesellschaft	147
2. Einheitlichkeit des Gesellschaftsanteils	40	IX. Rechtsfähige und nicht rechtsfähige Gesellschaft	151
3. Natürliche Personen	41	1. Definition	151
4. Juristische Personen	49	2. Abgrenzung	152
5. Rechtsfähige Personengesellschaften	53	3. Rechtsfähige Gesellschaft	158
6. Weitere Personenvereinigungen	55	4. Nicht rechtsfähige Gesellschaft	160
7. Treuhandverhältnisse	59	X. Fehlerhafte Gesellschaft	164
8. Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen	78	1. Grundlagen	164
V. Gemeinsamer Zweck und Förderungspflicht	79	2. Mängel des Gesellschaftsvertrags	169
1. Grundsätzliche Bedeutung	79	3. Vollzug des Gesellschaftsvertrags	177
2. Gemeinschaftlichkeit des Zwecks	80	4. Rechtsfolgen	180
3. Förderungspflicht	85	5. Fehlerhafte Änderungen	183
VI. Auslegung und Anwendung des Gesellschaftsvertrags	86	6. Fehlerhafte Innengesellschaft	194
1. Auslegungsmaßstäbe, ergänzende Vertragsauslegung	86	XI. Scheingesellschaft	199
2. Revisibilität	94		

1 **I. Normzweck und Grundlagen.** Die zentrale Spitzenvorschrift des BGB-Gesellschaftsrechts definiert in § 705 I die GbR als eine Gesellschaft, deren Gesellschafter sich dazu verpflichtet haben, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise zu fördern. Nach Maßgabe des § 705 II sind zwei Varianten zu unterscheiden, und zwar zum einen die rechtsfähige **Außen-GbR**, die selbst Rechte erwerben und Verpflichtungen eingehen kann, und zum anderen die nicht rechtsfähige **Innen-GbR**, die über kein Gesellschaftsvermögen verfügt (§ 740 I). Da die Unterscheidung der beiden Rechtsformvarianten der GbR im Einzelfall nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereiten kann, wird gem § 705 III das Vorliegen einer **rechtsfähigen Gesellschaft vermutet**, wenn der Gegenstand der Gesellschaft auf den Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftl Namen gerichtet ist. Die Systematik der GbR wird komplettiert durch die weitere Unterteilung der Außen-GbR in eine in das Gesellschaftsregister nach § 707 **eingetragene GbR** (eGbR; dazu § 707 Rn 2ff) und eine **nicht eingetragene Variante der GbR**.

2 Das durch das MoPEg reformierte BGB-Gesellschaftsrecht findet **ab 1.1.2024** auch auf vor diesem Zeitpunkt entstandene Gesellschaften (**Altgesellschaften**) grds **Anwendung** (MüKo/Schäfer Rn 1). **Übergangsregelungen** bestehen für vor diesem Zeitpunkt bereits in das Grundbuch oder das Schiffsregister eingetragene Gesellschaften sowie für Gesellschaften, deren Eintragungsverfahren bereits vor diesem Zeitpunkt in Gang gesetzt worden sind (Art 229 § 21 EGBGB). Zudem bleiben nach Art 229 § 61 EGBGB die §§ 723–728 aF anwendbar, wenn ein Gesellschafter dies schriftlich ggü der GbR bis zum 1.1.2024 verlangt und zwischenzeitlich keine Auflösungs- oder Ausscheidensgrund eintritt.

3 **II. Entstehung der GbR. 1. Abschluss des Gesellschaftsvertrags.** Die Gesellschaft wird errichtet und entsteht durch **Abschluss** eines **Vertrags**, der die Pflicht begründet, einen gemeinsamen Zweck in der vereinbarten Weise zu fördern. Besondere Regeln über die Form des Vertragsschlusses bestehen nicht, und es gibt kein förmliches Gründungsverfahren; nur im Einzelfall sind besondere Formvorschriften einzuhalten (Rn 20ff). Wird ein unwirksamer Gesellschaftsvertrag von den Beteiligten durch gemeinsames Handeln in Verfolgung des Gesellschafts-

zwecks vollzogen, findet die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft (Rn 165ff) Anwendung. Nicht erforderlich ist für die Entstehung der Gesellschaft insb, dass ein nach dem Vertrag zu bildendes Gesellschaftsvermögen bereits existiert oder die versprochenen Beiträge geleistet werden. Zudem darf der **Gesellschaftszweck** gerade nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet sein (Vor § 705 Rn 26; Rn 15). Geht es um Zusammenschlüsse von Freiberuflern iSd § 1 II PartGG, darf außerdem keine Eintragung in das **Partnerschaftsregister** erfolgen.

In Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtslage entsteht die GbR in dem **Zeitpunkt**, in dem der **Gesellschaftsvertrag wirksam** wird. Die **Rechtsfähigkeit** der GbR hängt nach Maßgabe des § 705 II davon ab, ob die Gesellschaft nach dem Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll (rechtsfähige Außen-GbR) oder ob sie den Gesellschaftern ausschließlich zur (internen) Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse untereinander dient (nicht rechtsfähige Innen-GbR). Ist die Gesellschaft auf eine Teilnahme am Rechtsverkehr gerichtet, dann entsteht sie als Rechtsträger mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags. Das entspricht der zum bisherigen Recht hM (*Bayer/Lieder* Rn 434; 16. Aufl Rn 1 [*Westermann*]; aA *MüKo/Schäfer* Rn 2; *Schäfer* FS *Schneider*, 2011, 1085ff). Auch § 719 I ist kein gegenteiliges Ergebnis zu entnehmen (zur Dogmatik des § 719 I näher § 719 Rn 2). Denn dieser – § 123 HGB aF nachgebildeten – Vorschrift geht es ausschließlich darum, denjenigen Zeitpunkt festzulegen, zu welchem die §§ 720ff auf die Außen-GbR zur Anwendung gelangen (Begr RegE, BT-Drs 19/27635, 161). Auch zu § 123 HGB aF ist anerkannt, dass er weder das Wirksamwerden des Gesellschaftsvertrags noch die Entstehung der Gesellschaft als Rechtsträger betrifft, sondern die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Gesellschaft dem Recht der Handelsgesellschaften untersteht; das betrifft namentlich die Geltung der Vertretungsnormen (vgl *MüKo/K. Schmidt/Drescher* § 123 HGB Rn 2; *Röhrich/v Westphalen/Haas/Haas* § 123 HGB Rn 1). Wenn ein Vertrag unter **aufschiebender Bedingung** geschlossen ist, entsteht die Gesellschaft nach § 158 I erst mit Eintreten der Bedingung (*MüKo/Schäfer* Rn 6, 31; *Staudinger/Habermeier* Rn 7). Zulässig ist zudem die Vereinbarung einer **auflösenden Bedingung**, die zur Auflösung der GbR mit Wirkung ex nunc führt (§ 729 Rn 3). Der Entstehungszeitpunkt ist außerdem beim Fehlen einer familiengerichtlichen **Genehmigung** (Rn 43) hinausgeschoben.

Die Gesellschaft kann durch **Einbringung eines bereits bestehenden Geschäfts** gegründet werden. In diesem Rahmen kann es vorkommen, dass die Parteien die Wirkung des Vertragsschlusses **zurückzudatieren** suchen, indem sie vereinbaren, dass die Geschäfte des bisher alleinigen Inhabers von einem bestimmten (zurückliegenden) Zeitpunkt an zu ihnen als gemeinsame behandelt werden sollen. Das ist zulässig (BGH NJW 1978, 264; WM 1976, 972, 974; *U.H. Schneider* AcP 175, 279, 298f), vorbehaltlich steuerrechtl Bedenken gegen die willkürliche Zuordnung von Gewinn (Koblenz WM 1979, 1435). Die damit ausgelösten Rechtswirkungen sind ausschließlich schuldrechtl Natur; die Gesellschafter sind verpflichtet, einander so zu stellen, als ob der Geschäftsbeginn bereits früher erfolgt sei. Die Gesellschaft als solche entsteht damit indes nicht rückwirkend (*MüKo/Schäfer* Rn 7). Bei der Aufnahme eines Partners in eine Freiberuflersozietät steht in Ermangelung einer Vereinbarung über die **Behandlung der Honorare** aus abrechnungsreifen Mandaten ein solches Entgelt noch dem bisherigen Alleininhaber zu, wenn er die Sache bis zur Abrechnungsreife bearbeitet hat (BGH NJW 1972, 101; WM 1987, 1073, 1074). Anderes kann für Honorare aus bei Eintritt laufenden Angelegenheiten gelten, wenn sich die vor der Gründung der Sozietät einem Anwalt erteilten Mandate überhaupt auf die anderen Gesellschafter erstrecken, was nicht immer der Fall sein wird (BGH WM 1988, 497 m zust Anm *Huff* WuB IV A § 675 BGB 4/88; zur Zuordnung der Mandate bei bestehender Sozietät s Vor § 705 Rn 59).

2. Umwandlung. a) Umwandlungen nach dem UmwG. Eine GbR kann auch durch Umwandlung entstehen. Nachdem §§ 190ff UmwG aF nur die formweschelnde, zugleich identitätswahrende Umwandlung einer AG, KGaA oder GmbH, deren Unternehmensgegenstand nicht handelsgewerblicher Natur ist, in eine GbR (nicht umgekehrt aus der GbR) erlaubten, hat das MoPeG der **eingetragenen GbR** (§ 707 Rn 4) eine Umwandlungsfähigkeit in demselben Umfang wie Personengesellschaften zuerkannt (Begr RegE, BT-Drs 19/27635, 263ff; *Storz* GWR 2020, 257, 260f). Die eGbR kann sich daraufhin an **Verschmelzung** (§ 3 I Nr 1, §§ 39ff UmwG), **Spaltung** (§ 124 I UmwG) und **Formwechsel** (§ 191 I Nr 1, II Nr 1, § 214 UmwG) als übertragender, übernehmender und neuer Rechtsträger beteiligen. Fungiert die GbR als neuer Rechtsträger, dann entsteht sie infolge einer solchen Umwandlungsmaßnahme mit der (letzten) Eintragung im jew Register.

b) Statuswechsel und schlichter Rechtsformwechsel. Von diesen Vorgängen nach UmwG zu unterscheiden sind der schlichte Rechtsformwechsel sowie das durch das MoPeG neu eingeführte Institut des Statuswechsels (vgl § 190 II UmwG), die im Einzelfall auch nebeneinander zur Anwendung gelangen können. Durch **Statuswechsel** nach § 707c kann eine GbR aus einer OHG, KG und PartG entstehen. Zentrales Anknüpfungsmoment dafür ist die Überführung der Personengesellschaften aus dem Handels- bzw Partnerschaftsregister in das Gesellschaftsregister (auf § 707c Rn 1ff). Der Statuswechsel steht nur eingetragenen Personengesellschaften offen. IÜ müssen sich eingetragene Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften regelmäßig des Statuswechsels zur Umwandlung bedienen, weil die Transparenz und Publizität der Gesellschaftsverhältnisse auch bei einem Übergang zur GbR gewahrt werden soll. Eine Personengesellschaft soll nicht ohne Weiteres aus dem Register verschwinden können. Das gilt zunächst für den Fall, dass eine eingetragene OHG zu einem Kleingewerbe herabsinkt, weil die Gesellschaft aufgrund Registereintragung nach § 107 I 1 HGB auch weiterhin OHG ist. Der Statuswechsel entfaltet in dieser Konstellation **konstitutive Wirkung**. Der nach bisherigem Recht gangbare Weg, die OHG oder KG in eine GbR zu überführen und die Firma im Handelsregister zu löschen (*MüKo/Schäfer* Rn 11), ist nach neuem Recht verbaut. Davon ist der Fall zu unterscheiden, dass die Gesellschaft kein Gewerbe mehr betreibt. Dann führt auch die Eintragung im Handelsregister nicht nach § 107 I 2, II HGB zu einer Qualifikation

als OHG, sondern es handelt sich in materiellrechtl Hinsicht um eine GbR, die im Rechtsverkehr womöglich als Schein-OHG auftritt. Aus rechtstechnischer Perspektive findet ein **schlichter Rechtsformwechsel** statt. Der infolge des Formwechsels indizierte Statuswechsel, der zur Überführung der Gesellschaft aus dem Handels- in das Gesellschaftsregister führt, entfaltet daraufhin lediglich **deklaratorische Wirkung**.

- 8 Klassischer Anwendungsfall des **schlichten Rechtsformwechsels** ist der Übergang von einer nicht eingetragenen Personenhandelsgesellschaft auf eine (nicht eingetragene) GbR wegen Entfallens eines handlungsgewerblichen Zwecks. Normativer Anknüpfungspunkt ist § 105 I HGB, wonach eine (nicht eingetragene) OHG ein Handelsgewerbe betreiben muss. Ist dies nicht länger der Fall, sorgt die Typenfixierung im Gesellschaftsrecht (Vor § 705 Rn 25) dafür, dass aus der OHG ipso iure im Wege eines – sich außerhalb des UmwG vollziehenden – identitätswahrenden Formwechsels eine GbR wird. Aus rechtsdogmatischer Perspektive bleibt der Rechtsträger als Zuordnungssubjekt des Gesellschaftsvermögens identisch; es ändert sich lediglich das Rechtskleid des Verbands (vgl BGH DStR 2010, 284, 285; KG FGPrax 2009, 54, 55; MüKo/Schäfer Rn 13; aA Kießling WM 1999, 2391, 2394). Es findet folglich auch keine Gesamtnachfolge von der Personenhandelsgesellschaft auf die GbR statt (BGH NJW 1967, 821). Regelmäßig bleiben außerdem die an der Gesellschaft beteiligten Mitglieder in ihrem Bestand unverändert. Es ist allerdings anerkannt, dass im Zuge des schlichten Rechtsformwechsel und auch des Statuswechsels Personen eintreten und ausscheiden können. Soweit **Grundstücke** zum Gesellschaftsvermögen gehören, bedarf es keiner Grundbuchberichtigung iSd § 894 BGB, § 22 GBO (so aber RGZ 155, 75, 85; Hamm DB 1984, 341; Soergel/Hadding/Kießling Rn 3; 16. Aufl Rn 4 [Westermann]), weil in materiellrechtl Hinsicht der richtige Inhaber eingetragen ist; die fehlerhafte Rechtsform wird als fehlerhafte tatsächliche Angabe lediglich richtiggestellt (BayObLG NJW 1952, 28, 29; Zweibrücken ZIP 2012, 2254, 2255; KG FGPrax 2009, 54, 55; MüKo/Schäfer Rn 13).
- 9 Solche Umwandlungen außerhalb des UmwG kommen vor bei einer **Betriebsaufspaltung**, indem sich die Besitz-Personengesellschaft auf die Vermietung oder Verpachtung von Anlagevermögen beschränkt (BGH WM 1976, 1053), was allerdings vermieden werden kann, indem die bisherige Handelsgesellschaft nicht gelöscht wird; sie besteht dann nach § 107 I 1 HGB fort (MüKo/Schäfer Rn 17). Gleiches gilt, wenn sich die bisherige Handelsgesellschaft auf eine bloße Holding-Funktion beschränkt oder das bisher betriebene Handelsgewerbe unter Verpachtung der benutzten Anlagen an einen Dritten eingestellt wird (BGHZ 32, 307, 312; BGH WM 1962, 10, 12). Anders gelagert ist hingegen die Übertragung sämtlicher Anteile an einer Personenhandelsgesellschaft auf eine personengleiche, schon bestehende GbR, die hierdurch als Rechtsnachfolgerin der Handelsgesellschaft deren Geschäftsbetrieb übernimmt und selbst zur Handelsgesellschaft wird (s BGH ZIP 1990, 505).
- 10 Für den Fall des Status- und Rechtsformwechsels sollten die Gesellschafter Vorsorge treffen und ihre Befugnisse im Innenverhältnis sowie im Rechtsverkehr einer ausdrückl Regelung zuführen. Im Anschluss an die BGH-Rspr (BGH NJW 1987, 3124; NJW 1971, 1698) ist im Wege erg Vertragsauslegung davon auszugehen, dass in der GbR die das Innenverhältnis der Handelsgesellschaft betreffenden Vertragsregeln fortgelten. Für die ursprüngl KG bedeutet das, dass die bisherigen Komplementäre, wie es § 715 IV zulässt, unter Ausschluss der bisherigen Kommanditisten zur Geschäftsführung und damit zur Vertretung befugt sind, und zwar ungeachtet des Umstands, dass die bisherigen Kommanditisten mit der Folge persönlicher Haftung vertreten werden. Die bisherigen Kommanditisten und jetzigen BGB-Gesellschafter können eine Vollhaftung durch Vereinbarung mit dem Vertragspartner vermeiden. Ob man ihnen darüber hinaus einen Freistellungsanspruch gegen die ehemaligen Komplementäre oder ein außerordentliches Kündigungsrecht zubilligt (MüKo/Schäfer Rn 20), hängt von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab. Zu berücksichtigen ist hierbei namentlich, ob die Kommanditisten den Formwechsel bewusst herbeigeführt haben oder ob sie in besonderem Maße schutzbedürftig erscheinen. Hatte ein Kommanditist rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht und in (zulässiger) Abwandlung des § 164 HGB Geschäftsführungsmacht, gelten auch diese Befugnisse im Grundsatz ebenso fort, wie auch im Fall der fehlgeschlagenen OHG- oder KG-Gründung, die daran scheiterte, dass kein Handelsgewerbe zustande kam.
- 11 c) **Von der nichtrechtsfähigen Personengemeinschaft zur Personengesellschaft**. Gänzlich untechnisch wird der Begriff der Umwandlung gebraucht, wenn vom Abschluss eines Gesellschaftsvertrags durch Personen die Rede ist, die an einer nichtrechtsfähigen Personengemeinschaft beteiligt sind. Dies kommt bei den Mitgliedern einer **Bruchteilsgemeinschaft** in Betracht, die den gemeinschaftl gehaltenen Gegenstand rechtsgeschäftlich in das Gesellschaftsvermögen einbringen, obwohl sie auch in der Rechtsform der GbR einen für den Gesellschaftszweck benötigten Gegenstand zu Bruchteilen halten können (Vor § 705 Rn 4). Gleiches gilt für **Miterben** und Eheleute in **Gütergemeinschaft**, die bisher gesamthänderisch beteiligt waren (BGHZ 92, 259, 263; Hamm DNotZ 1958, 416, 418; MüKo/Schäfer Rn 21; abw Ganßmüller DNotZ 1955, 172, 178). In rechtsdogmatischer Hinsicht unterscheiden sich die Gestaltungen von den vorstehend bezeichneten Formwechseln dadurch, dass die Beteiligten einen Gesellschaftsvertrag auf klassische Weise neu abschließen müssen (Rn 12ff). Ein Gesellschaftsvermögen können die hierdurch neu entstandenen Gesellschaften auch nur durch rechtsgeschäftliche Übertragungsgeschäfte aufbauen (vgl RGZ 65, 227, 233; BayObLG Rpfleger 1981, 58, 59; Soergel/Hadding/Kießling Rn 3). Die Personengemeinschaften und die GbR sind folglich auch nicht identisch.

- 12 **III. Gesellschaftsvertrag. 1. Vertragliche Einigung. a) Rechtsbindungswille**. Für den **Abschluss des Gesellschaftsvertrags** gelten die allg Regeln des Vertragsrechts. Aus der systematischen Stellung des § 705 I im Besonderen Schuldrecht folgt, dass es sich bei der GbR zumindest auch um ein vertragl Schuldverhältnis handelt (vgl auch Begr RegE, BT-Drs 19/27635, 125). Wie üblich bedarf es für den Vertragsschluss korrespondierender Willenserklärungen iSd §§ 145ff. Gerade bei Gelegenheitsgesellschaften (Vor § 705 Rn 52) bedarf es der Feststellung,

dass die Gesellschafter sich wechselseitig rechtsverbindlich zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks verpflichten wollten. Die Beteiligten müssen also nach allg Grundsätzen mit **Rechtsbindungswillen** gehandelt haben (vgl LAG Köln ZIP 2021, 194, 196; Grü/*Sprau* Rn 1, 11). Unzureichend ist es namentlich, dass sich die Willensübereinstimmung der Beteiligten auf die Begründung von Neben- oder Schutzpflichten beschränkt (MüKo/*Schäfer* Rn 23). Stattdessen ist anhand sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls – unter Berücksichtigung der Art der Handlung, deren Grund und Zweck sowie der Interessenlage der Parteien – danach zu fragen, welche wirtschaftl und rechtl Relevanz die Handlung für den anderen Teil hat (BGHZ 21, 102, 106f). Wurzelt die Handlung nur im rein gesellschaftlichen Bereich, dann handelt es sich um eine Gefälligkeit, die regelmäßig keine Rechtspflichten begründet (BGHZ 21, 102, 107). Im gesellschaftsrechtl Kontext ist ein rechtsgeschäftlicher Wille nahelegend, wenn ein Projekt von gewisser Bedeutung aus wirtschaftl oder anderen relevanten Gründen auf gemeinsame Rechnung verfolgt wird (MüKo/*Schäfer* Rn 25).

Ein einmaliges Zusammenwirken kann leicht nur aus **Gefälligkeit** ggü den Wünschen eines anderen, also ohne Verpflichtungswillen im Hinblick auf einen gemeinsamen Zweck geschehen; so die Verabredung zu einem Ausflug oder einem Theaterbesuch. Allerdings macht es einen Unterschied, ob ein Verhandlungspartner sich lediglich auf eine sorgfältige Berücksichtigung seiner Interessen oder schon auf die Mitwirkung am gemeinsamen Zweck verlassen zu können glaubte. So könnte die Vereinbarung der Mütter soeben eingeschulter Kinder, einige Zeit abwechselnd alle Kinder zur Schule zu bringen, durchaus Gesellschaft sein (aA BGH NJW 1968, 1874f), ebenso die Verabredung zu gemeinsamen Reisen mit Kostenteilung (anders BGH JZ 1979, 110; s aber Saarbrücken NJW 1985, 811). Die Gründung einer Lottospielgemeinschaft (zurückhaltend ggü einer Gesellschaftsgründung BGH NJW 1974, 1705f; s aber auch *Plander* ACP 176, 424ff; eingehend *Fleischer/Hahn* NZG 2017, 1, 4) wird nicht ohne Weiteres zu Beitragsleistungen auch für die Zukunft verpflichtet (s auch Vor § 705 Rn 56). Auch Kostenteilung allein lässt grds nicht auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags schließen (LG Arnsberg NJW 2017, 2421, 2422). Eine Facebook-Gruppe ist regelmäßig nicht als GbR zu qualifizieren (AG Menden NZG 2014, 661). Wird schon ein unternehmerisches Risiko, etwa in Gestalt einer Verbindlichkeit, begründet, das alle aktiv Mitwirkenden trifft, liegt der Schluss auf einen **stillschweigenden Vertrag** dagegen sehr nahe (BFH BB 1980, 1835). Gleiches gilt, wenn das erstrebte Ergebnis nur durch längeres Zusammenwirken und mit Einsatz von Finanzmitteln erreicht werden kann, wie bei der Sanierung oder Umstrukturierung eines Unternehmens durch ein Konsortium. Bei Sammelbestellungen liegt an sich eine Gesellschaft unter den „Bestellenden“ nahe, die aber nicht zustande kommt, wenn der Lieferant Bestellungen und Zahlungspflichten jedes einzelnen Vertragspartners unterscheiden kann (LG Augsburg NJW-RR 2004, 852).

b) Anforderungen an die Einigung. Die Einigung braucht nicht uno actu zu erfolgen; auch ist es möglich, dass ein Partner dem geschlossenen Vertrag später beitrifft (RGZ 163, 392). Indessen bringt es der intuitus personae des Gesellschaftsvertrags (dazu *Westermann*, Vertragsfreiheit, 20) mit sich, dass der Vertrag grds erst entsteht, wenn alle Personen, deren Beteiligung auch nur ein Vertragsschließender will, beigetreten sind, was den Zugang ihrer Erklärung bei allen übrigen Beteiligten voraussetzt (*Staudinger/Habermeier* Rn 2). Diesbzgl kann ein Gesellschafter zum Abschluss mit Beitrittswilligen **bevollmächtigt** sein (BGH WM 1978, 136). Diese Möglichkeit hat die Rspr in problematischem Umgang mit dem Erfordernis der Selbstorganschaft (§ 715 Rn 12ff) sogar auf nichtgesellschaftsangehörige **Dritte** ausgedehnt, wobei die Forderung des BGH (WM 1982, 40), der Dritte müsse der Gesellschaft besonders verbunden sein, von Hamburg ZIP 1985, 740 noch abgeschwächt worden ist; diese Entwicklung steht im Zusammenhang mit den Bauherrengemeinschaften und Publikumspersonengesellschaften unter Kapitalanlegern (Vor § 705 Rn 63; Rn 95), wobei die Initiatoren häufig als Treuhänder der Anleger fungieren.

Wie im allg Vertragsrecht besteht die Möglichkeit, den Vertrag nach **Einigung über die wesentlichen Punkte** in Vollzug zu setzen. Zu diesen elementaren Faktoren zählen im Gesellschaftsrecht die Einigung über den Zweck iSd § 705 und die grds Art der Förderung. Ist der gemeinsame Zweck nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet, meinen aber die Beteiligten, eine OHG oder KG einzugehen, so ist gleichwohl von der Einigung auf einen Zweck und damit auf eine Gesellschaft iSd § 705 auszugehen (BGHZ 32, 307, 310; *Soergel/Hadding/Kießling* Rn 6). Wer sich hierüber beim Vertragsschluss **geirrt** hat, kann nach § 119 II anfechten oder die Gesellschaft, wenn sie in Vollzug gesetzt ist, nach den Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft kündigen (s Rn 182; *Soergel/Hadding/Kießling* Rn 6; zur Abgrenzung zum Dissens *Tröger* in *Westermann/Wertenbruch* Rn I 123a). Voraussetzung ist allerdings, dass es sich bei der Falschbezeichnung nicht nur um eine falsa demonstratio gehandelt hat, sondern es dem Irrenden entscheidend auf die Rechtsform der Gesellschaft ankam (MüKo/*Schäfer* Rn 29). Keine Abweichung vom allg Vertragsrecht stellt es dar, dass die Parteien ihre Regelung auf wenige Punkte beschränken und sich iÜ auf das **dispositive Gesetzesrecht** verlassen oder einen unbewusst **lückenhaften Vertrag** geschlossen haben, der dann einer ergänzenden Auslegung zugänglich ist (näher zur Auslegung Rn 96), soweit nicht eine Leistungsbestimmung nach §§ 315ff erfolgen sollte (BGH NJW 1960, 430f). Das Letztere wird besonders dadurch ermöglicht, dass der willentliche Vollzug des Gesellschaftsvertrags die Rspr in Umkehrung des § 154 zu dem Schluss geführt hat, die Parteien hätten einen vorläufigen Vertrag gewollt (BGHZ 11, 190, 192; BGH NJW 1960, 430; *Wertenbruch* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, § 105 HGB Rn 103). Das ist zutreffend, weil die Beteiligten mit Invollzugsetzung der Gesellschaft ihren rechtl Bindungswillen dokumentieren.

c) Konkluenter Vertragsschluss. Die Möglichkeit eines konkludenten Vertragsschlusses, theoretisch unzweifelhaft, führt zu Auslegungsschwierigkeiten namentlich bei der **Gelegenheitsgesellschaft**, die jedenfalls eine Einigung über den Zweck und die Art des Zusammenwirkens voraussetzt. Maßgebliche Voraussetzung für die An-

nahme eines stillschweigenden Vertragsschlusses ist das Vorliegen eines allseitigen **Rechtsbindungswillens** (Rn 12), der die GbR vom außerrechtl **Gefälligkeitsverhältnis** unterscheidet. In der Sache ist von dem notwendigen Rechtsbindungswillen auszugehen, wenn die Beteiligten an dem gemeinsamen Projekt ein wirtschaftlich oder sonstiges Interesse von gewisser Bedeutung haben. Bestehen zu den Beteiligten im Zeitpunkt des (vermeintlichen) Vertragsschlusses nicht bereits anderweitige Rechtsbindungen (Rn 18f), dann begründet die einvernehmliche Durchführung der gemeinsamen Transaktion die **widerlegliche Vermutung** für den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags (vgl BGHZ 11, 190, 192; BGH NJW 1960, 430; Soergel/Hadding/Kiefling Rn 7; MüKo/Schäfer Rn 32). Ein rein tatsächliches Zusammenwirken der Beteiligten genügt freilich nicht (BGHZ 165, 1, 10; BGH NJW 2012, 3374 Rn 17; Fest AcP 215, 765, 768).

- 17 **d) Sternvertrag.** Ein nicht ausdrückl Gesellschaftsvertrag kann sich beim Abschluss gleichförmiger Verträge eines Unternehmens, meist eines Lieferanten, mit mehreren in gleicher Lage befindlichen, meist im nachgeordneten Vertrieb oder im Franchising tätigen Unternehmen ergeben (Sternvertrag). Nach einer Literaturauffassung entsteht hier eine Gesellschaft, wenn die Vertriebsverträge Teil eines Systems aufeinander bezogener Vertriebswege sind, nicht aber bei Initiative und Schwerpunktsetzung bei den Vertriebsbemühungen des jew Lieferanten (eingehend *Steindorff* DB 1979 Beil 3; MüKo/Schäfer Rn 27). Der BGH (EWiR § 705 BGB 4/85 m Kurzkomm *Bunte*) sah demggü gleichlautende individuelle „Beitragsvereinbarungen“ mehrerer Vertriebsfirmen mit den Lieferanten trotz der Einrichtung gemeinsamer Kontrollorgane, etwa einer „Vollversammlung“ der Vertriebsfirmen, zu Recht nur als (jew) zweiseitigen Geschäftsbesorgungsvertrag an. Vom Sternvertrag zu unterscheiden sind flächendeckende Systeme eines Herstellers oder Rechteinhabers mit jew nur einem in einem bestimmten Bezirk tätigen Partner, die jew BGB-Gesellschaften, wenn auch mit „Kartellverdacht“, sein können.
- 18 **e) Vertragsschluss bei bereits bestehender Rechtsbindung. Besonderer Anhaltspunkte** für einen Vertragsschluss bedarf es, wenn unter den betr Personen bereits eine rechtl Bindung besteht. Dies gilt für die **Ehегatten-gesellschaft** (Vor § 705 Rn 89ff), aber auch für die Miteigentümer bei **Bruchteilsgemeinschaft** (Vor § 705 Rn 8ff; für eine Einschränkung des Gesellschaftszwecks *Fest AcP* 215, 765ff). Bei der Prüfung, ob eine **Erben-gemeinschaft** das ererbte Handelsgeschäft als Gesellschaft fortführen will (dazu allg BGHZ 17, 299; NJW 1985, 136 m Anm *K. Schmidt*), sollte darauf abgestellt werden, ob die Beteiligten sich über die Art der Förderpflichten und der Risiken, insb Haftungsfolgen, im Unterschied zu bloß gemeinschaftl Verwaltung oder Verzehr des Nachlasses klar waren. Zu Recht hat die Rspr (BGHZ 92, 259, 264) ein längeres, über die Frist des § 27 HGB hinausgehendes Zusammengehen als Erbengemeinschaft auch bei einem ererbten Handelsgeschäft für möglich gehalten, während im Schrifttum (*Fischer* ZHR 144, 1, 10ff; *Damrau* NJW 1985, 2236, 2239; dagegen *K. Schmidt* NJW 1985, 2785, 2787; *M. Wolf AcP* 189, 480ff; MüKo/Schäfer Rn 34) in solchen Fällen zuweilen bereits das Vorliegen einer **OHG** angenommen wird. Für einen Vertragsschluss ist ein nicht unerheblicher Grad an Bewusstheit zu verlangen; selbst der Einsatz der gesamten Arbeitskraft für das Unternehmen reicht nicht aus (*Hüffer* ZGR 1986, 610; *Tröger* in Westermann/Wertenbruch Rn I 123; zum Ganzen eingehend *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, 477ff). In Bezug auf die **GbR** ist weiter zu berücksichtigen, dass kleingewerbliche Zwecke auch längerfristig im Rahmen der gemeinsamen Verwaltung des Nachlasses verfolgt werden können, ohne dass eine Teilauseinandersetzung unter den Erben erfolgen muss. Aufgrund der bestehenden Rechtsbindung unter den Erben bedarf es hier wiederum besonderer Anhaltspunkte, die darauf schließen lassen, dass die Miterben einen über die gemeinsame Nachlassverwaltung hinausgehenden gemeinsamen Zweck verfolgen (MüKo/Schäfer Rn 34).
- 19 Für die Frage, wann ein gültiger Gesellschaftsvertrag vorliegt, wenn nur ein **Vorvertrag** zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrags verpflichtet, gelten die gewöhnlichen Regeln (Vor § 145 Rn 46ff). Ohne Klarheit über den zu verfolgenden Zweck und die Beitragspflichten wird es aber an der nötigen **Bestimmtheit** fehlen (vgl RGZ 66, 116, 121; 156, 129, 138; BGH BB 1953, 97; Karlsruhe NJW-RR 1996, 997, 998; Naumburg NZG 1999, 717). Bestimmbarkeit nach Maßgabe der §§ 315, 317 reicht aus. Unterliegt der Gesellschaftsvertrag, dessen Abschluss angestrebt wird, einer Formpflicht, erfasst diese regelmäßig auch den Vorvertrag (MüKo/Schäfer Rn 184; diff *Henrich*, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, 1965, 147f). Zur **Vorgesellschaft** und zur **Vorgründungs-gesellschaft** bei der Entstehung von Kapitalgesellschaften s Vor § 705 Rn 31ff.
- 20 **2. Formvorschriften. a) Verpflichtung zur Grundstücksübertragung.** Für den Gesellschaftsvertrag gelten keine besonderen Formvorschriften, sodass das Formerfordernis des § 311b I anwendbar ist, wenn der Gesellschafter sich zur Übertragung eines Grundstücks an die Gesellschaft oder einen Dritten verpflichtet (*Staudinger/Habermeier* Rn 10). Missverständlich ist es, wenn im Schrifttum die Verpflichtung zur Grundstücksübertragung nur für eGbR als zulässig erachtet wird (so MüKo/Schäfer Rn 42). Denn § 47 II GBO betrifft ausschließlich die Eintragung als Bestandteil des dinglichen Verfügungsgeschäfts, während die gesellschaftsvertragl Übertragungspflicht schuldrechtl Natur ist und § 47 II GBO dementspr nicht berührt.
- 21 Das Formbedürfnis erfasst den **gesamten Vertrag** (BGH NJW 1979, 915; NJW-RR 1990, 340f), auch wenn in einem zusammengesetzten Vertrag die Übertragungspflicht nur untergeordnet ist (krit München DB 1993, 2477; dazu auch *Sigle/Maurer* NJW 1984, 2567f). Fraglich ist die Anwendung des § 311b, wenn der Gesellschaftsvertrag zur Finanzierung von Grundstücksgeschäften verpflichtet, die durch **Treuhänder** abgeschlossen werden sollen, oder wenn er nur die Bebauung und Verwaltung bereits im Eigentum der „Bauherren“ stehenden Grundeigentums betrifft (s auch Vor § 705 Rn 63). Keine Lösung liegt darin, darauf abzustellen, ob ein Gesellschafter unmittelbar von einem Vertragspartner erwirbt oder an ihn verkauft. Der Gesellschaftsvertrag, der zum Erwerb oder zur Veräußerung eines bestimmten Grundstücks verpflichtet, unterliegt dem Formzwang (BGH NJW-RR

1991, 613f; NJW 1992, 3237; Köln NZG 2000, 930), wobei eine praktische Erleichterung möglicherweise darin besteht, den gemeinsamen notariellen Erwerb bereits als im Gesellschaftsvertrag bestimmt zu betrachten (*Petzoldt* BB 1975, 905f, 908; näher dazu *Heckschen*, Die Formbedürftigkeit mittelbarer Grundstücksgeschäfte, 1987, 127ff).

Formbedürftig ist weiter die Vereinbarung eines **Vorkaufsrechts** der Gesellschaft am Grundstück eines Gesellschafters (RGZ 110, 327, 333; 125, 261, 263) sowie die auf ein Grundstück bezogene Erwerbsverpflichtung eines Gesellschafters, um das Grundstück daraufhin an die GbR oder einen Dritten zu übertragen (BGHZ 85, 245, 250f; BGH NJW-RR 1991, 613, 615). Beim Grundstückserwerb durch **Treuhänder** besteht Formzwang, wenn der Vertrag unmittelbar eine Erwerbsverpflichtung begründet (BGHZ 85, 245, 251; 127, 168, 175). Entgegen der hM (BGHZ 89, 41, 44f, 46f; *Grü/Grüneberg* § 311b Rn 5) unterliegt auch eine im Gesellschaftsvertrag verankerte Verpflichtung zur **Abtretung eines Auflassungsanspruchs** dem Formerfordernis des § 311b I 1 (*Ertl* DNotZ 1976, 68, 79ff; *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, 347), weil sich beide Vertragsparteien aus der Verpflichtung gegenseitig auf Erfüllung in Anspruch nehmen können und andernfalls der mit § 311b I 1 intendierte Zweck verfehlt würde. Gleiches gilt für die Vereinbarung von schweren Nachteilen unter der Voraussetzung, dass das Grundstück von der Gesellschaft nicht erworben oder veräußert wird (*MüKo/Fleischer* § 105 HGB Rn 133; *Oetker/Lieder* § 105 HGB Rn 13).

Der Beitritt zu einer **Grundstücksgesellschaft**, die im Allg zum Ziel hat, Grundstücke zu erwerben und zu veräußern, unterliegt dem Erfordernis dagegen nicht (Köln NZG 2000, 930; *Soergel/Hadding/Kießling* Rn 10), weil die Warnfunktion der Form sich nur auf die Veräußerung oder den Erwerb bestimmter Grundstücke richtet und bei konkreten Grundstücksgeschäften der Gesellschaft erfüllt werden kann (BGH NJW 1996, 1279). Allerdings müssen dann die Geschäftsführer für die Gesellschaft handeln können; wenn daher allein ein solcher Vertragsschluss vom Erfordernis des § 311b ausgeschlossen sein sollte, der zur Gesamtgeschäftsführung der Gesellschaft führt (*Petzoldt* BB 1975, 905, 907; eingehend *Heckschen*, Die Formbedürftigkeit mittelbarer Grundstücksgeschäfte, 1987, 137ff), so kann andererseits dem Schutzbedürfnis der Gesellschaft als Erwerberin auch bei Handeln Alleinvertretungsbefugter genügt werden. Auch die **Anteilsübertragung** an einer Grundstücksgesellschaft ist nicht formbedürftig, es sei denn, es handelt sich um ein Umgehungsgeschäft (BGHZ 86, 367, 369ff; BGH NJW 1998, 376f; BFH NJW-RR 2012, 265 Rn 19). Formfrei ist außerdem der **Rechtsformwechsel** innerhalb der Gruppe der Personengesellschaften möglich, auch wenn zum Gesellschaftsvermögen ein Grundstück gehört.

Zur Formbedürftigkeit der **Vollmacht** zum Grundstückserwerb neben einem nicht dem § 311b genügenden Beitritt zur Gesellschaft s § 167 Rn 4 und zum speziellen Problembereich *Heckschen*, Die Formbedürftigkeit mittelbarer Grundstücksgeschäfte, 1987, 89ff; *Mock* FS Bezzenberger, 2000, 529ff. Die **Gebrauchsunterlassung** des Grundstücks (praktisch bei der Betriebsüberlassung) kann formlos vereinbart werden, ebenso die Einbringung dem Werte nach ohne die Möglichkeit des Zugriffs der Gesellschaft auf die Substanz des Grundstücks, namentlich in Form eines Verwertungsrechts in der Liquidation (BGH WM 1967, 609f). Die **Rechtsfolge** eines Formmangels bestimmt sich nach § 139 (BGHZ 45, 376f; BGH NJW 1983, 565; *MüKo/Fleischer* § 105 HGB Rn 137, 139; aA *MüKo/Schäfer* Rn 40: Anwendung des § 140), soweit nicht (etwa im Sonderfall der durch die Einbringung zur Nutzung ersetzbaren Grundstückübertragung) eine Umdeutung möglich ist (*Wiesner* NJW 1984, 98).

b) Schenkweise zugewendete Beteiligung. Bei einer schenkweise zugewendeten Beteiligung ist § 518 zu beachten, freilich mit einigen Besonderheiten. Im Ausgangspunkt muss die Beteiligung an der Gesellschaft beim Begünstigten zu einer Vermögensmehrung führen und alle Beteiligten müssen sich über den unentgeltlichen Charakter der Transaktion einig sein (§ 516 Rn 6). Unentgeltlich kann die Einräumung einer beitragsfreien Unterbeteiligung (Vor § 705 Rn 66ff) eher sein als die des Anteils an einer Außengesellschaft, da die Übernahme der persönlichen Haftung und/oder von Tätigkeitspflichten als Entgelt gedacht sein kann oder jedenfalls zweifeln lässt, ob überhaupt eine Vermögenszuwendung an den neuen Gesellschafter gewollt war (BGH NJW 1959, 1433; DB 1965, 472; *Soergel/Hadding/Kießling* Rn 11; zweifelnd BGH NJW 1981, 1956; NJW 1990, 2616). Die Annahme, dass Zuwendung des Anteils an einer Außengesellschaft nicht als unentgeltlich anzusehen ist, was jetzt auch für die GbR zu gelten hätte, während bei einer Innengesellschaft Unentgeltlichkeit eher in Betracht kommt, sieht zu Unrecht von den maßgeblichen Wertverhältnissen ab (Schleswig NZG 2012, 1424; *K. Schmidt* BB 1990, 1992, 1994; *MüKo/Schäfer* Rn 49; *Staudinger/Habermeier* Rn 10). Es kommt also maßgeblich darauf an, ob der durch die Aufnahme in die Gesellschaft zugewendete Wert die Belastung des Beigetretenen durch Tätigkeitspflichten und persönliche Haftung aufwiegt.

Auch hinsichtl des **Vollzugs von Schenkungen** (§ 518 II) ist eine Unterscheidung nach Innen- und Außengesellschaft, wie sie die Rspr bei dieser verneint und bei jener bejaht (BGHZ 7, 174, 179; 7, 378f; BGH WM 1967, 685), abzulehnen, da es neben dem Abschluss eines Gesellschaftsvertrags auch bei der Außengesellschaft keiner Übertragungsakte hinsichtl eines Gesellschaftsvermögens bedarf und die innergesellschaftlichen Pflichten sich nicht wesentlich von der Innengesellschaft unterscheiden müssen (*Brandner/Bergmann* FS Sigle, 2000, 327, 331; *MüKo/Schäfer* Rn 51f). Nach neuerer Rspr (BGHZ 191, 354 Rn 21ff; BFH ZIP 2014, 2131, 2134) reicht der zivilrechtl Vollzug einer atypischen stillen Beteiligung für § 518 II aus (diff *Westermann* ZIP 2012, 1007), während die bloße **Umbuchung** von Kapitalanteilen bei unentgeltlicher Aufnahme keinen Vollzug darstellen soll (BGHZ 7, 174, 179; 7, 378, 340; s auch § 518 Rn 9). Wird eine Einlage zur Begünstigung eines Gesellschafters bewusst zu hoch bewertet, hängt es von den Gründen für diese Maßnahme ab, ob es sich um eine unentgeltliche Vermögenszuwendung handelt, was ebenso möglich ist (BGH NJW 1959, 1433) wie die Annahme einer bloß ge-

mischten Schenkung, wie sie bei der Übertragung eines Anteils an einer rein vermögensverwaltenden GbR in Betracht kommt (Schleswig NZG 2012, 1423f; Koblenz NZG 2002, 570). Die Annahme einer Schenkung hat – besonders bei den Handelsgesellschaften – ua zur Folge, dass bei Spannungen unter den Gesellschaftern auch ohne Rücksicht auf gesellschaftsrechtlich Hindernisse für eine Ausschließung uU ein Widerruf der Schenkung wegen groben Undanks in Betracht kommt (BGHZ 112, 40, 46; dazu *K. Schmidt* BB 1990, 1992; *Kollhoser* AcP 194, 231, 239f; *Mayer* ZGR 1995, 93; *Jülicher* ZGR 1996, 82ff); auch sind Auswirkungen auf Pflichtteilsansprüche denkbar (dazu auch Schleswig NZG 2012, 1423; *Westermann* ZIP 2012, 1007ff).

- 27 **c) Vertragliche Schriftformklauseln.** Vertrag Schriftformklauseln betreffen hauptsächlich Änderungen des Gesellschaftsvertrags. Ob mit der Form entgegen § 125 S 2, § 154 II nur Klarstellung und Beweissicherung gewollt ist, oder ob die Gültigkeit der Erklärung von der Einhaltung der Form abhängen soll (für die erstere Meinung BGHZ 49, 364, 366; *Soergel/Hadding/Kießling* Rn 14; dagegen *Tiefenbacher* BB 1968, 608; *MüKo/Schäfer* Rn 55; *Staudinger/Habermeier* Rn 11), kann nicht allg entschieden werden, da es sich um Vertragsauslegung handelt. Bei Änderungen des Gesellschaftsvertrags ist eine konstitutive Bedeutung der Schriftform anzunehmen, soweit nicht an eine bloß einmalige Durchbrechung einer Vertragsregelung gedacht ist (s auch BeckOK/*Schöne* aF Rn 50), die dann freilich im allseitigen Einverständnis geschehen sein muss. Schwierig ist auch die Beurteilung eines Verhaltens der Gesellschafter, das als **Aufhebung** der vereinbarten Schriftform in Anspruch genommen wird. Die Parteien können – ggf mit den im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Mehrheiten – das Formerfordernis ändern (*Römermann* NZG 1998, 978, 980), wobei man allerdings bei dem hier praktisch häufigen bloß schlüssigen Verhalten verlangen muss, dass sie sich der Abweichung ihres Verhaltens vom Vertrag bewusst sind und auch für die Zukunft eine andere Regelung wollen (gegen formlose Änderung bei „qualifizierten Schriftformklauseln“ BGHZ 66, 378, 381f – anders bei einer Publikums-Personengesellschaft, wo Protokollierung eines Beschlusses genügt). Eine generelle Änderung wird oft nicht gewollt sein, sodass für die Praxis die Frage wichtig wird, ob die Gesellschafter auch für einen Einzelfall (bewusst) vom Formerfordernis abweichen können. Das ist zu bejahen (BGHZ 110, 283, 291; speziell für Gesellschaftsvertrag *A. Hueck* DB 1968, 1207f; *MüKo/Schäfer* Rn 57). Eine längerdauernde abweichende Handhabung eines Formerfordernisses begründet die Vermutung, dass ein Abgehen gewollt war (BGH NJW 1966, 826; WM 1978, 300). Bei Publikumpersonengesellschaften mit vorformuliertem Gesellschaftsvertrag neigt die Rspr zu erleichterten Voraussetzungen für die Aufhebung von Schriftformklauseln (BGH WM 1981, 121f).
- 28 **d) Weitere Formerfordernisse.** Weitere Formerfordernisse ergeben sich aus § 15 IV 1 GmbHG bei Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils (BGHZ 75, 352, 354), nebst im Gesellschaftsvertrag vereinbarter Abtretung des Übertragungsanspruchs (BGHZ 75, 352; *Lutter/Hommelhoff/Bayer* § 15 GmbHG Rn 55) und Heilungsmöglichkeit nach § 15 IV 2 GmbHG, aus § 311b III bei Übertragung eines gesamten Vermögens oder eines Vermögensbruchteils (*K.J. Müller* NZG 2007, 201ff) und aus § 1031 ZPO bei Vereinbarung von Schiedsklauseln (*Oetker/Lieder* § 105 HGB Rn 16), entgegen BGH (BGHZ 65, 79, 81) aber nicht aus § 1410 bei Gütergemeinschaft (*MüKo/Schäfer* Rn 33).
- 29 **e) Rechtsfolgen von Formverstößen.** Der **Verstoß** gegen Formvorschriften, auch gewillkürte, gehört zu den Mängeln des Gesellschaftsvertrags, die, wenn sie beim Vollzug unerkannt geblieben sind, zur Annahme einer fehlerhaften Gesellschaft (Rn 164ff) führen können, wenn nicht mit den Regeln über die Teilnichtigkeit geholfen werden kann (Rn 33).
- 30 **3. Mängel des Gesellschaftsvertrags. a) Einzelne Vertragsmängel.** Mängel eines Gesellschaftsvertrags können den Vertrag als Ganzes oder die Beitrittserklärung nur eines Gesellschafters betreffen. Als Fehlerquellen kommen die allg **Unwirksamkeits- und Anfechtungsgründe** aus dem Recht der Willenserklärung in Betracht, von denen aber nur wenige gesellschaftsspezifisch ausgeprägt sind. Hervorzuheben sind das Fehlen oder die **Störung der Geschäftsgrundlage** (RGZ 165, 193, 199; BGHZ 10, 44, 51; BGH NJW 1974, 1656), dessen Rechtsfolgen hier mit der aus der Treupflicht (Rn 110ff) erwachsenen Verpflichtung der Gesellschafter zu einer Anpassung des Gesellschaftsverhältnisses (§ 731 Rn 4), aber auch einzelner Individualrechte an veränderte Umstände konkurrieren (näher *Westermann* FS Hefermehl, 1976, 227ff; eingehend zum Letzteren *Lettl* AcP 202, 3ff; *Teichmann*, GS M. Wolf, 2011, 169). Einzelne spezielle Schranken der Vertragsfreiheit enthalten die **gesetzlichen Regeln** etwa der § 717 I 3, II 2, § 725 VI sowie weithin anerkannte Grundsätze wie das Prinzip der **Selbstorganschaft** (§ 715 Rn 12) oder das Verbot gezielter **Gläubigerbenachteiligung** bei der Abfindung (§ 735 Rn 22f), bei der sich auch eine übermäßige Beschneidung von Gesellschafterrechten ergeben kann.
- 31 In Betracht kommen ferner **Sittenwidrigkeit**, etwa wegen Knebelung eines Gesellschafters (BGHZ 44, 158) oder im Hinblick auf die Art des verfolgten Gesellschaftszwecks, sowie ein Verstoß gegen bestimmte gesetzl Bestimmungen etwa gegen Kartellrecht (Rn 171). Eine Ungleichbehandlung der Gesellschafter im Vertrag genügt hingegen nicht (BGH WM 1965, 1284; WM 1975, 325). Stattdessen bedarf es einer Gesamtwidrigung sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls. Nicht sittenwidrig ist etwa die gesellschaftsvertragl Abrede, wonach die an der Gesellschaft beteiligte Ehefrau, die von einem Mitgesellschafter eingelegte Beträge ihrem im Interesse der Gesellschaft tätigen Ehemann zuleiten, aber Fehlbeträge ausgleichen sollte, da die Ehefrau an der gesellschaftlichen Tätigkeit ein erhebliches Eigeninteresse hatte und daher die Grundsätze über die Ehegattenbürgschaft keine Anwendung finden (BGH ZIP 2013, 1620; zust *Schäfer* EWIR 2013, 545).

Verzeichnis der kommentierten Gesetze

	Seite
AGG	6857
BGB	1
BVersTG	5493
Dt.-frz. Abkommen über den Güterstand der Wahlzugewinnungsgemeinschaft	5193
EGBGB (Auszug)	7151
ErbbauRG	6949
ESÜ	7355
EuErbVO	7361
EuGüVO	7405
EuPartVO	7421
EuUnthVO (Auszug)	7427
HKÜ	7433
HTestfÜbk	7439
KSÜ	7445
ProdhaftG	6987
Rom I-VO	7469
Rom II-VO	7549
Rom III-VO	7609
UnthProt	7641
VBVG	6237
VersAusglG	5341
WEG	7001