

§ 2 Die Grundprinzipien der Personengesellschaft

	Rz. I		Rz. I
I. Gesamthandsprinzip und MoPeG	31	VII. Doppelnatur des Gesellschaftsvertrags	46
II. Rechtsfähigkeit als Gruppe und § 705 Abs. 2 Alt. 1 BGB n.F.	34	VIII. Formfreiheit des Gesellschaftsvertrags	50
III. Anwachsungsprinzip und Wertanteil	37	IX. Fehlerhafte Gesellschaft ..	51
IV. Selbständigkeit im Verfahren	38	X. Persönliche Haftung der Gesellschafter	52
1. Parteifähigkeit	38	XI. Gesellschaftsanteil (Mitgliedschaft) als übertragbares subjektives Recht ...	59
2. Insolvenzfähigkeit	39	XII. Formfreiheit der Anteilsübertragung	60
V. Eigentumserwerb und Grundbuchfähigkeit	40	XIII. Keine generelle Insolvenzantragspflicht	61
VI. Selbstorganschaft	42		

I. Gesamthandsprinzip und MoPeG

Tragendes Prinzip aller Personengesellschaften war bislang das den römischrechtlichen *numerus clausus* der rechtsfähigen Subjekte (die natürliche Person und juristische Person)¹ durchbrechende deutschrechtliche Gesamthandsprinzip. Daher werden die Personengesellschaften gegenwärtig auch noch als **Gesamthandsgesellschaften** bezeichnet. Das Gesamthandsprinzip betrifft nicht nur als sachenrechtliches Zuordnungsprinzip das Gesellschaftsvermögen, sondern stellt auch ein **umfassendes Zuständigkeitsprinzip** für alle Angelegenheiten der Gesellschaft dar. Es besagt, dass die Gesellschaft grundsätzlich **mit gesamter Hand**, d.h. durch alle Gesellschafter gemeinsam und damit als Gruppe, handelt. Verfügungsberechtigt im Hinblick auf das Gesamthandseigentum und die sonstigen Vermögensgegenstände der Gesellschaft sind grundsätzlich nur alle Gesellschafter gemeinsam (vgl. dazu Rz. I 558 ff.). Ein einzelner Gesellschafter ist – anders als beim Bruchteilseigentum – nicht Verfügungsbefugt. Aufgrund des Prinzips der gesamthänderischen Vermögensbindung existieren bei der Personengesellschaft von vornherein **keine verfügbaren Anteile an Gegenständen des Gesellschaftsvermögens**. Den einzelnen Gesellschaftern steht nur ein **Wertanteil** in Gestalt einer Beteiligung am Gesellschaftsgewinn und an einem etwaigen Auseinandersetzungsguthaben in der Liquidation oder bei Ausscheiden aus der Gesellschaft zu (vgl. dazu Rz. I 33, I 558). Das am **1.1.2024** in Kraft tretende **MoPeG** gibt die **Gesamthand als Begriff** auf und re-

¹ Vgl. dazu *Flume*, Die Personengesellschaft, 1977, S. 61 f., 87 ff.

gelt die **Rechtsfähigkeit der Außen-GbR** durch § 705 Abs. 2 Alt. 1 BGB n.F. ausdrücklich. Die jetzigen Vorschriften der §§ 718, 719 BGB über die gesamthänderische Vermögensbildung entfallen mit Inkrafttreten des MoPeG ersatzlos.

- 32 Auch die nicht unmittelbar auf Gegenstände des Gesellschaftsvermögens bezogenen Beschlüsse der Gesellschafter müssen grundsätzlich mit gesamter Hand und damit **einstimmig** ergehen (§ 119 HGB und § 709 BGB). An diesem dispositiven Grundprinzip ändert das **MoPeG** nichts (§ 109 Abs. 3 HGB n.F., § 714 BGB n.F.). Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Gesellschaftsvertrag Mehrheitsklauseln einführen (vgl. dazu Rz. I 514 ff.). Im Hinblick auf die **Geschäftsführung und Vertretung** der Gesellschaft gilt bei der BGB-Gesellschaft (GbR) kraft Gesetzes gegenwärtig das Gesamthandsprinzip. Es sind also grundsätzlich nur alle Gesellschafter gemeinsam geschäftsführungs- und vertretungsbefugt (§§ 709 ff. BGB). Das dispositive Prinzip der Geschäftsführung und Vertretung durch alle Gesellschafter der GbR wird durch das **MoPeG** nicht angetastet. Für die OHG und KG (soweit es um die Komplementäre geht) hat der Gesetzgeber zum Zwecke der Erleichterung des Handelsverkehrs bei der Geschäftsführung und Vertretung das Prinzip des gemeinschaftlichen Handelns aller Gesellschafter zugunsten einer dispositiven Einzelberechtigung jedes Gesellschafters durchbrochen (§ 115 Abs. 1, § 125 Abs. 1 HGB). Auch dieser bewährte Grundsatz wird durch das MoPeG nicht verändert (§ 116 Abs. 3 HGB n.F., § 124 Abs. 1 HGB n.F.). Der Gesellschaftsvertrag der OHG/KG kann aber vorsehen, dass die (persönlich haftenden) Gesellschafter nur gemeinsam – oder mehrere Gesellschafter gemeinschaftlich – geschäftsführungs- und vertretungsbefugt sind. Der Rechtsverkehr muss sich aber eine gesellschaftsvertragliche Gesamtvertretungsregelung nur dann entgegenhalten lassen, wenn die nach § 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB (§ 106 Abs. 2 Nr. 3 HGB n.F.) erforderliche **Handelsregistereintragung** vorgenommen worden ist. Bei der GbR kann durch Gesellschaftsvertrag das für die Geschäftsführung und Vertretung kraft Gesetzes geltende Prinzip des gemeinschaftlichen Handelns aller Gesellschafter auch auf Grundlage des **MoPeG** zugunsten einer Einzelberechtigung oder einer gemeinsamen Berechtigung mehrerer Gesellschafter durchbrochen werden.
- 33 Auch im Hinblick auf die **Besitzverhältnisse** gilt bislang das Gesamthandsprinzip (vgl. dazu Rz. I 570 ff.). **Gesamthandsbesitz** bedeutet, dass der Besitz an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen den Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit und damit der rechtsfähigen Gesellschaft (Gruppe) als solcher zusteht. Verfügungsbefugt über den Besitz ist damit nur die Gesellschaft; für ihre Vertretung gelten auch insoweit die allgemeinen Regeln. Die von den **organschaftlichen Vertretern** ausgeübte tatsächliche Sachherrschaft wird unmittelbar der Gesellschaft zugerechnet. Durch das **MoPeG** tritt insoweit im Ergebnis und insbesondere in Bezug auf die Rechtsfolgen des Besitzes keine Veränderung ein. Durch die ausdrückliche Regelung der Rechtsfähigkeit der GbR in § 705 Abs. 2 Alt. 1 BGB n.F. ist davon auszugehen, dass sie auch **Besitzerin der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Sachen** ist. Dafür wird die von organschaftlichen

Vertretern ausgeübte **tatsächliche Sachherrschaft** unmittelbar der Gesellschaft zugerechnet.

II. Rechtsfähigkeit als Gruppe und § 705 Abs. 2 Alt. 1 BGB n.F.

Die Personengesellschaften sind bislang als Gruppe, nicht aber als juristische Person rechtsfähig (zur Rechtsfähigkeit der OHG/KG Rz. I 700 ff.; zur Rechtsfähigkeit der GbR Rz. I 786 ff.). Für die GbR gilt dies allerdings nur, soweit es sich um eine **Außengesellschaft** handelt; die **Innengesellschaft** ist nicht rechtsfähig (vgl. zur Abgrenzung von Innen- und Außengesellschaft Rz. I 137 ff.). Der auf dem **MoPeG** beruhende **§ 705 Abs. 2 Alt. 1 und 2 BGB n.F.** stellt dies klar. OHG/KG, Partnerschaftsgesellschaft und EWIV sind per se Außengesellschaften und daher immer als Personengesellschaft rechtsfähig. Nach außen besteht im Hinblick auf die Rechtsfähigkeit kein Unterschied zwischen der Personengesellschaft und der juristischen Person. Der Unterschied zeigt sich nur im Innenverhältnis, das ein Schuldverhältnis der Gesellschafter untereinander darstellt und durch den Gesellschaftsvertrag als Vertrag i.S. des § 705 BGB (§ 705 Abs. 1 BGB n.F.) begründet wird (Rz. I 46). Die **„Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit“** und damit die Gruppe sind mit der Gesellschaft als solcher identisch (vgl. Rz. I 790). Bei der Personengesellschaft besteht also – anders als bei der juristischen Person – keine Verselbständigung der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern. Hier fehlt die bei der juristischen Person bestehende „Mauer“ zwischen Verband und allen Verbandsmitgliedern als Gesamtheit. Aus dieser der Gesamthandsgesellschaft im Verhältnis zur Gesellschaftergruppe **fehlenden Verselbständigung** folgen insbesondere das Prinzip der **Selbstorganschaft** (vgl. Rz. I 41) und die nicht einschränkbare Verfügungsbefugnis aller Gesellschafter gemeinsam („Handeln mit gesamter Hand“).

Die fehlende Verselbständigung der Personengesellschaft gegenüber der Gesamtheit der Gesellschafter zwang allerdings nicht dazu, anstelle des Begriffs „Rechtsfähigkeit“ den Begriff **„Teilrechtsfähigkeit“** zu verwenden (vgl. dazu Rz. I 788). Dieser auf *Fabricius*¹ zurückgehende Begriff ist zum einen **überholt** und zum anderen auch **irreführend**.² Denn das römisch-rechtliche Dogma, nach dem nur natürliche und juristische Personen rechtsfähig sein können, kann schon aufgrund des § 14 Abs. 2 BGB („rechtsfähige Personengesellschaft“) keine Geltung für das deutsche Privatrecht beanspruchen.³ Irreführend ist der Begriff „Teilrechtsfähigkeit“ deshalb, weil die Personengesellschaft nicht nur „teilweise“ rechtsfähig ist und auch nicht nur einem „Teil“ dieser Gesellschaft die Rechtsfähigkeit zukommt. Der BGH⁴ verwendet in der Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 2000 zu Recht nicht den Begriff „Teilrechtsfähigkeit“, sondern spricht zutreffend von der **Rechtsfähigkeit der Personen-**

1 *Fabricius*, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963, S. 117 ff.

2 Vgl. dazu *Wertenbruch* in FS Seibert, 2019, S. 1089 ff.

3 Vgl. *Wertenbruch* in FS Seibert, 2019, S. 1089 ff.

4 BGH v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 (343 ff.) = ZIP 2001, 330 (331).

gesellschaft.¹ Der im Rahmen des MoPeG am 1.1.2024 in Kraft tretende § 705 Abs. 2 Alt. 1 BGB n.F. spricht ausdrücklich von der Rechtsfähigkeit der GbR.

- 36 Im **Einkommensteuerrecht** ist die Personengesellschaft trotz ihrer auch im Steuerrecht weitgehend anerkannten Rechtsfähigkeit nicht als solche Steuerrechtssubjekt. Während die **Kapitalgesellschaften** als solche der **Körperschaftsteuer** unterliegen, sind bei der Personengesellschaft die **einzelnen Gesellschafter als Mitunternehmer** i.S. des § 15 EStG Steuerschuldner (zu den Einzelheiten Rz. II 1 ff., II 180 ff.). Aufgrund der Einkommensteuerpflicht der einzelnen Gesellschafter der Personengesellschaft kommt den **Gesellschafterkonten** auch steuerrechtlich eine besondere Bedeutung zu (vgl. zu den Gesellschafterkonten Rz. I 582 ff.). Das Gleiche gilt für die auf die Gesellschafterkonten bezogenen **Entnahmerechte**, und zwar insbesondere dann, wenn es um Entnahmen zum Zwecke der Entrichtung der gesellschaftsbezogenen Steuern geht (vgl. zum Steuerentnahmerecht Rz. I 637). Die handelsrechtlichen Rechnungslegungspflichten treffen die Personenhandelsgesellschaften als solche (vgl. dazu Rz. I 592 ff.).

III. Anwachsungsprinzip und Wertanteil

- 37 Nach der für alle Personengesellschaften geltenden Regelung des § 738 Satz 1 BGB „wächst“ **der Anteil eines ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen** den übrigen Gesellschaftern zu. Da die einzelnen Gesellschafter auch keine dinglichen Berechtigungen am gesamten Gesellschaftsvermögen haben (vgl. Rz. I 31), wächst der **Wertanteil** – also der Anteil an einem etwaigen **Liquidationsüberschuss** – den verbleibenden Gesellschaftern zu. Sozusagen als Gegenleistung muss die Gesellschaft dem ausgeschiedenen Gesellschafter die ihm zustehende **Abfindung** zahlen. Für diesen Abfindungsanspruch haften die übrigen Gesellschafter grundsätzlich persönlich.² Das Prinzip der An- und Abwachsung wird durch das **MoPeG** im Grundsatz nicht verändert, aber ausführlicher und präziser geregelt (§§ 712, 712a BGB n.F.).

IV. Selbständigkeit im Verfahren

1. Parteifähigkeit

- 38 Trotz der Regelung des gegenwärtig geltenden § 124 Abs. 1 HGB, nach der die OHG unter ihrer Firma vor Gericht klagen und verklagt werden kann, wurde die Parteifähigkeit der **OHG/KG** endgültig erst im Jahre 1974 vom BGH anerkannt³ (vgl. dazu

¹ Ausführlich dazu *Wertenbruch* in FS Seibert, 2019, S. 1089 ff.

² BGH v. 17.5.2011 – II ZR 285/09, ZIP 2011, 1359 (Rz. 12); vgl. dazu *Wertenbruch*, NZG 2011, 1133.

³ BGH v. 13.2.1974 – VIII ZR 147/72, BGHZ 62, 131 (132 f.) = NJW 1974, 750.

Rz. I 735). Der Streit um die Parteifähigkeit der OHG/KG hing damit zusammen, dass die Regelung des Art. 111 ADHGB als „Vorgänger“ des § 124 Abs. 1 HGB in erster Linie nur eine firmenrechtliche Bedeutung hatte (Firma als ausreichende Parteibezeichnung) wobei offengelassen wurde, ob die Gesellschaft oder die einzelnen Gesellschafter als Streitgenossen die Parteistellung innehatten. Die Parteifähigkeit der GbR wurde vom BGH erst im Jahre 2001 anerkannt¹ (vgl. dazu Rz. I 821 ff.). Bis zu diesem Grundsatzurteil wurde die Parteifähigkeit der GbR von der h.M. unter Hinweis auf § 736 ZPO abgelehnt, wonach zur **Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen** ein Titel „gegen alle Gesellschafter“ erforderlich ist. Da die Personengesellschaft identisch ist mit den „*Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit*“ (Gruppe), ist ein Titel gegen die rechts- und parteifähige GbR ohne Weiteres auch ein Titel gegen alle Gesellschafter (in ihrer Verbundenheit) i.S. der bis zum 31.12.2023 geltenden Fassung des § 736 ZPO² (vgl. dazu Rz. I 823). In Bezug auf die Bezeichnung „die Gesellschafter“ muss also bis zum Inkrafttreten des MoPeG bei der Personengesellschaft unterschieden werden zwischen den einzelnen Gesellschaftern als Trägern eigener Rechte und Pflichten (insbesondere Sozialansprüche und -verbindlichkeiten) und den Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit (Gruppe) als parteifähiges Rechtssubjekt. Im Rahmen der **Zwangsvollstreckung** kann in das Gesellschaftsvermögen der GbR ein Titel gegen die Gesellschaft als selbständige Partei (Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit) und ebenso ein Gesamtschuldtitel gegen alle einzelnen Gesellschafter vollstreckt werden (vgl. dazu Rz. I 864 ff.). Dies gilt nach zutreffender Auffassung auch für **Gesamtschuldtitel**, die nicht auf einer akzessorischen Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten beruhen (vgl. zum Streitstand Rz. I 865).

2. Insolvenzfähigkeit

Soweit die Personengesellschaften rechts- und parteifähig sind, ist gem. § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO auch die Insolvenzfähigkeit gegeben (vgl. zu den Einzelheiten Rz. I 1801 ff.). Grundlage für die Insolvenzfähigkeit ist die **Rechtsfähigkeit**. Aus Letzterer folgt nämlich, dass die Verbindlichkeiten und das Vermögen der Gesellschaft als solcher zuzuordnen sind. Mit dieser materiell-rechtlichen Stellung korrespondiert nicht nur gem. § 50 Abs. 1 ZPO (§ 50 ZPO n.F.) die Parteifähigkeit in Prozess und Zwangsvollstreckung, sondern auch Stellung als Insolvenzschuldner in der Insolvenz. Dies gilt auch für die GbR (Rz. I 1801a). Der Gesetzgeber hat dafür schon vor Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR mit der Regelung des § 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO die Weichen gestellt. 39

¹ BGH v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = ZIP 2001, 330.

² BGH v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 (353) = ZIP 2001, 330 (334).

V. Eigentumserwerb und Grundbuchfähigkeit

- 40 Die Personengesellschaften können aufgrund ihrer Rechtsfähigkeit **Eigentum an beweglichen Sachen und Grundstücken erwerben**. Auch im Hinblick auf die GbR war die Fähigkeit zum Erwerb von Grundeigentum nach Erlass des Grundsatzurteils zur Rechts- und Parteifähigkeit aus dem Jahre 2001 (vgl. dazu Rz. I 40 und I 821) im Ergebnis im Wesentlichen unbestritten. Der Streit um die **Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft** konzentrierte sich lange auf die Frage, unter welcher **Bezeichnung** die rechtsfähige Gesellschaft in das **Grundbuch** einzutragen ist (vgl. dazu Rz. I 797 ff.). Da nach § 873 Abs. 1 BGB der Erwerb von Grundstücken und Grundstücksrechten sowohl die Einigung als auch die Eintragung in das Grundbuch voraussetzt, kann es auch bei der GbR keinen Eigentumserwerb ohne Eintragung geben. Wegen der fehlenden Existenz eines **Gesellschaftsregisters** für GbR, das in verlässlicher Weise Auskunft über die „Firma“, die persönlich haftenden Gesellschafter und die Vertretungsverhältnisse geben könnte, ist eine Grundbucheintragung entgegen der Ansicht des BGH¹ allein unter einem eigenen Namen der Gesellschaft abzulehnen (vgl. Rz. I 797). Der Gesetzgeber hat im Anschluss an diese BGH-Entscheidung durch eine Änderung des § 47 Abs. 2 GBO klargestellt, dass neben einem eigenen Namen der Gesellschaft auch die **Namen der Gesellschafter** in das Grundbuch eingetragen werden müssen. Der **öffentliche Glaube** des Grundbuchs erstreckt sich nach der Neuregelung des § 899a BGB auch auf die Eintragung der Gesellschafter (vgl. zu den Einzelheiten Rz. I 797). Mit **Inkrafttreten des MoPeG** und der damit verbundenen **Einführung des Gesellschaftsregisters für die GbR** entfällt sowohl § 899a BGB als auch die gegenwärtige Fassung des § 47 Abs. 2 GBO.²
- 41 Bei der **OHG/KG** und der Partnerschaftsgesellschaft ist die Grundbucheintragung unproblematisch, weil diese Gesellschaften unter ihrer Firma bzw. ihrem Namen in einem Register (Handelsregister/Partnerschaftsgesellschaftsregister) registriert sind mit der Folge, dass gem. § 15 Abs. 1 lit. b GBV eine Eintragung ausschließlich unter der Firma bzw. dem Namen ausreichend ist (Rz. I 704).

VI. Selbstorganschaft

- 42 Der Grundsatz der Selbstorganschaft folgt aus dem Gesamthandsprinzip und der Rechtsfähigkeit der Personengesellschaft als Gruppe. Die Selbstorganschaft hat im Wesentlichen drei Ausprägungen: (1) Die **Gesellschafter sind ohne besonderen Beststellungsakt schon kraft ihrer Mitgliedschaft geschäftsführungs- und vertretungsbefugt**, soweit nicht einzelne durch Gesellschaftsvertrag oder kraft Gesetzes (der Kommanditist gem. §§ 164, 170 HGB) von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen sind. Insoweit unterscheidet sich die Personengesellschaft wesentlich von der Kapitalgesellschaft, deren Vertretungsorgane besonders bestellt wer-

¹ BGH v. 4.12.2008 – V ZB 74/08, BGHZ 179, 102 = ZIP 2009, 66 (69).

² Vgl. dazu Begr. Gesetzentwurf, BT-Drucks. 19/27635, S. 206 f.

den und nicht Mitglieder der Gesellschaft sein müssen. (2) Ein Ausschluss aller Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung der Personengesellschaft ist mit dem Prinzip der Selbstorganschaft nicht vereinbar. Es muss **mindestens ein Gesellschafter vertretungsbefugt** sein. (3) Die Gesellschafter können einem nicht der Gesellschaft angehörenden Dritten keine organschaftliche Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis einräumen. Grundsätzlich möglich ist aber die Erteilung einer **Generalvollmacht**.¹ Das **MoPeG** berührt das Prinzip der Selbstorganschaft nicht, sondern sieht darin nach wie vor einen systembildenden Grundsatz.²

Der Grundsatz der Selbstorganschaft ist auch bei der sog. **gemischten Gesamtvertretung**, d.h. im Falle einer gemeinsamen Vertretungsberechtigung von Gesellschafter und **Prokurist**, zu beachten. Eine solche Gesamtvertretung ist zwar bei der Personenhandelsgesellschaft grundsätzlich möglich. Es muss aber mindestens ein Gesellschafter ohne Bindung an einen Nichtgesellschafter vertretungsberechtigt sein. Dieser Gesellschafter muss nicht notwendig allein vertretungsbefugt sein. Es müssen aber ein oder mehrere Gesellschafter ohne Mitwirkungsrechte eines Nichtgesellschafters zur Vertretung berechtigt sein. 43

Bei der **Kommanditgesellschaft** gilt der Grundsatz der Selbstorganschaft nur für die **Komplementäre**. Es ist also nicht möglich, die Vertretungsberechtigung des einzigen Komplementärs an die Zustimmung eines Prokuristen zu binden. Es müssen ein oder mehrere Komplementäre die Gesellschaft ohne die Zustimmung eines Nichtgesellschafters oder eines Kommanditisten vertreten können. Einem Kommanditisten kann aber ohne Verstoß gegen den Grundsatz der Selbstorganschaft eine **Prokura** erteilt werden³ (vgl. dazu Rz. I 238a f.). Vgl. zur Problematik des Widerrufs einer gesellschaftsvertraglichen Kommanditisten-Prokura Rz. I 238a. 44

Bei der jetzt nicht mehr möglichen Rechtsform der **Partenreederei** wird für die noch Bestandsschutz genießenden Altgesellschaften der Grundsatz der Selbstorganschaft durchbrochen. Die Mitreeder können nämlich die Vertretung einem **Korrespondentreeder** überlassen, der nicht Mitglied der Gesellschaft ist (vgl. dazu Rz. I 251a). Auch für die EWIV hat der Gesetzgeber die Fremdorganschaft als Option zugelassen (vgl. dazu Rz. I 250a ff.). 45

VII. Doppelnatur des Gesellschaftsvertrags

Der in § 705 BGB (§ 705 Abs. 1 BGB n.F.) geregelte Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft hat eine Doppelnatur. Zum einen ist er ein **gegenseitiger Vertrag** 46

¹ Vgl. zur Problematik einer unwiderruflichen Vollmacht Rz. I 239 ff., der Bestellung von „besonderen Vertretern“ Rz. I 247 ff., der Übertragung von Befugnissen auf einen Beirat Rz. I 249 ff. und eines Beherrschungsvertrags Rz. I 242 ff.

² Vgl. dazu Begr. Gesetzentwurf, BT-Drucks. 19/27635, S. 164.

³ BGH v. 27.6.1955 – II ZR 232/54, BGHZ 17, 392 (394) = NJW 1955, 1394 (1395).

i.S. der §§ 320 ff. BGB und begründet demzufolge ein **Schuldverhältnis** der Gesellschafter untereinander. Dieses Schuldverhältnis bildet das Innenverhältnis der Personengesellschaft und ist nicht nur für die GbR, sondern subsidiär auch für die anderen Personengesellschaften in den §§ 705 ff. BGB geregelt (vgl. Rz. I 4). Zum anderen ist der Gesellschaftsvertrag i.S. des § 705 BGB ein **organisationsrechtlicher Vertrag**, der die Grundlage bildet für die Errichtung einer rechts- und parteifähigen Gesellschaft (vgl. Rz. I 4). Im Hinblick auf dieses organisationsrechtliche Element des Gesellschaftsvertrags besteht im Wesentlichen kein Unterschied zum Statut der juristischen Person. Die Besonderheit der Personengesellschaft zeigt sich vielmehr im Hinblick auf das Innenverhältnis und den hier bestehenden schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den einzelnen Gesellschaftern (vgl. dazu Rz. I 34).

- 47 Das bei der Personengesellschaft zwischen den einzelnen Gesellschaftern bestehende Schuldverhältnis führt dazu, dass ein **Gesellschafterwechsel** ebenso wie der Eintritt eines Gesellschafters eine Änderung dieses Schuldverhältnisses darstellt und daher der Zustimmung aller Gesellschafter als Vertragspartner bedarf (vgl. dazu Rz. I 57 und I 641 ff.). Das **MoPeG** regelt die Übertragung von Gesellschaftsanteilen und Gesellschafterrechten ausführlich in den §§ 711, 711a BGB n.F.
- 48 Aufgrund der Doppelnatur des Gesellschaftsvertrags ist die **actio pro socio** sowohl ein Fall einer **Prozessstandschaft** als auch die Konsequenz eines eigenen **materiell-rechtlichen Anspruchs** des einzelnen Gesellschafters aus dem Gesellschaftsvertrag als Schuldverhältnis (vgl. Rz. I 426). Das **MoPeG** regelt die actio pro socio (Gesellschafterklage) ausführlich in § 715b BGB n.F. Dass Klagen eines einzelnen Gesellschafters, welche die Grundlagen der Gesellschaft betreffen (insbesondere Beschlussanfechtungsklagen), bei Fehlen einer abweichenden Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag grundsätzlich bislang gegen die anderen Gesellschafter zu richten sind, ist zwar ebenfalls eine Konsequenz des bestehenden Schuldverhältnisses der Gesellschafter untereinander (vgl. dazu Rz. I 2 und I 34). Das im Rahmen des **MoPeG** in Kraft tretende Beschlussanfechtungsmodell der §§ 110 ff. HGB n.F. sieht aber mit § 113 Abs. 2 HGB n.F. die **Passivlegitimation der OHG für die Anfechtungsklage** vor. Das Gleiche gilt für die Nichtigkeitsklage (§ 113 Satz 1 HGB n.F.). Das OHG-Modell kann bei GbR als Option bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags gewählt werden.
- 49 Die allgemeinen Vorschriften des BGB-Schuldrechts und insbesondere des **Leistungsstörungenrechts** werden trotz der Einordnung des Gesellschaftsvertrags als gegenseitigen Vertrag i.S. der §§ 320 ff. BGB bei der schon in Vollzug gesetzten Personengesellschaft durch **gesellschaftsrechtliche Spezialregelungen** und vor allem durch die Regelung über die **Kündigung der Gesellschaft** (§ 723 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 729 Abs. 1 Nr. 3 BGB n.F.), den Ausschluss eines Gesellschafters (§ 737 BGB, § 727 BGB n.F., § 140 HGB, § 134 HGB n.F.) sowie die Klage auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund (§ 133 HGB, § 138 Abs. 1 Nr. 3, § 139 HGB n.F.) verdrängt (vgl. Rz. I 391). Der Allgemeine Teil des Schuldrechts gilt eben auch im Be-

reich des Gesellschaftsrechts nur insoweit, als der Besondere Teil des Schuldrechts oder das HGB keine eigenständige Regelung der Materie enthält.

VIII. Formfreiheit des Gesellschaftsvertrags

Der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft bedarf keiner Form¹ (vgl. Rz. I 50 16 und I 136). Dies gilt auch für die **GmbH & Co. KG**. Hier muss allerdings der Gesellschaftsvertrag der Komplementär-GmbH gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG notariell beurkundet werden. Der Grundsatz der Formfreiheit bei der Gründung von Personengesellschaften gilt auch dann, wenn die Gesellschaft zum Zwecke des Erwerbs und des Haltens von **Grundstücken oder/und GmbH-Anteilen** errichtet wird. Mit der Formfreiheit des Gesellschaftsvertrags korrespondiert die Formfreiheit der Anteilsübertragung (vgl. Rz. I 60, I 643). Auch dieser Grundsatz wird bei Grundstücksgesellschaften *nicht* durchbrochen. Das **MoPeG** führt insoweit nicht zu einer Änderung.

IX. Fehlerhafte Gesellschaft

Bei den **Kapitalgesellschaften** führt ein rechtlicher Mangel des Gesellschaftsvertrags schon kraft Gesetzes *nicht* unmittelbar **zur Nichtigkeit des Vertrags**. Der Nichtigkeitsgrund muss vielmehr mit einer besonderen Klage geltend gemacht werden. So kann gem. § 275 Abs. 1 AktG jeder Aktionär und jedes Mitglied des Vorstands und des Aufsichtsrats darauf klagen, dass die Gesellschaft im Falle der Nichtigkeit von Bestimmungen der Satzung für nichtig erklärt wird. Entsprechendes gilt gem. § 75 GmbHG für die GmbH. Das Recht der Personengesellschaft enthält keine besonderen Vorschriften über eine Nichtigkeitsklage. Die sich insbesondere aus dem Allgemeinen Teil des BGB ergebenden **Nichtigkeitsgründe** sind zwar generell auf den Gesellschaftsvertrag i.S. des § 705 BGB (§ 705 Abs. 1 BGB n.F.) anwendbar, modifiziert wird allerdings die Rechtsfolge: An die Stelle der Nichtigkeit treten nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft die gesetzlichen Vorschriften über die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund mit Wirkung ex nunc (vgl. zu den Einzelheiten Rz. I 222). Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft finden auch Anwendung auf eine an einem rechtlichen Mangel leidende **Anteilsübertragung**.² Das **MoPeG** enthält – wie das bis 31.12.2021 geltende Recht – keine Regelung des Rechtsinstituts der fehlerhaften Gesellschaft.

¹ Roth in Baumbach/Hopt, 40. Aufl. 2021, § 105 HGB Rz. 54; Großkomm.HGB/Schäfer, 5. Aufl. 2009, § 105 HGB Rz. 16; Schäfer in Habersack/Schäfer, Recht der OHG, 2. Aufl. 2019, § 105 HGB Rz. 16; Wertenbruch in E/B/J/S, 4. Aufl. 2020, § 105 HGB Rz. 75; Kindler in Koller/Kindler/Roth/Drüen, 9. Aufl. 2019, § 105 HGB Rz. 6; Henssler in Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl. 2021, § 105 HGB Rz. 83; BeckOK.HGB/Klimke, 33. Ed. 15.4.2021, § 105 HGB Rz. 23.
² BGH v. 20.7.2010 – XI ZR 465/07, BGHZ 186, 253 = ZIP 2010, 1590 – Rz. 36 ff.

X. Persönliche Haftung der Gesellschafter

- 52 Die Gesellschafter einer OHG haften ebenso wie die Komplementäre der KG gem. § 128 HGB (§ 126 HGB n.F.) persönlich als Gesamtschuldner i.S. des § 421 BGB für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. An die Stelle der grundsätzlich eintretenden gesamtschuldnerischen Haftung kann durch Vereinbarung mit den einzelnen Gesellschaftsgläubigern eine **quotale Haftung** nach Maßgabe der Beteiligungsquoten der Gesellschaft treten (vgl. Rz. I 887a). Für die **persönliche Haftung** kommt es nicht darauf an, ob es sich um vertragliche oder gesetzliche Verbindlichkeiten handelt (vgl. Rz. I 895 ff.). Die Gesellschafter haften auch für gesetzliche Verbindlichkeiten und daher insbesondere auch für Verpflichtungen der Gesellschaft aus einer **unerlaubten Handlung** (vgl. Rz. I 896). Diese Frage war zwar auf der Grundlage des ADHGB vor Erlass des BGB umstritten, die auch auf Personengesellschaften entsprechend anwendbare¹ Zurechnungsnorm des § 31 BGB führt aber dazu, dass eine in Gesellschaftsangelegenheiten begangene unerlaubte Handlung eines Gesellschafters der Gesellschaft als solcher zuzurechnen ist mit der Folge, dass eine Gesellschaftsverbindlichkeit i.S. des § 128 HGB (§ 126 HGB n.F.) entsteht (vgl. dazu Rz. I 896).
- 53 Auf die GbR ist gegenwärtig noch § 128 HGB (§ 126 HGB n.F.) auf Basis der Grundsatzentscheidung des BGH² zur Frage der Rechts- und Parteifähigkeit (vgl. dazu Rz. I 786 ff.) analog anzuwenden (vgl. Rz. I 882). Der BGH hat mit diesem Urteil die früher überwiegend vertretene **Doppelverpflichtungstheorie** aufgegeben. Auch bei der GbR ist aufgrund der analogen Anwendung des § 128 HGB in Bezug auf die persönliche Haftung nicht zu differenzieren zwischen vertraglichen und gesetzlichen Verbindlichkeiten. Die Zurechnungsnorm des § 31 BGB ist ebenfalls analog anwendbar (vgl. Rz. I 809). Ab dem **1.1.2024** ergibt sich die persönliche Gesellschafterhaftung bei der GbR auf Grundlage des **MoPeG** aus § **721 BGB n.F.**
- 54 Das Prinzip der akzessorischen Gesellschafterhaftung wurde bei der **Partnerschaftsgesellschaft** zunächst nur durch § 8 Abs. 2 PartGG eingeschränkt. Danach haften die Partner für berufliche Fehler eines Partners neben der Gesellschaft nur dann, wenn sie mit der Bearbeitung des Auftrags befasst waren (vgl. Rz. I 994 f.). Die persönliche Haftung setzt aber nicht voraus, dass ein konkreter Schaden des Auftraggebers der Gesellschaft mitverursacht worden ist (vgl. Rz. I 995 f.). Dieses Haftungsprivileg für freiberufliche Berufsausübungsgesellschaften in der Rechtsform der Partnerschaftsgesellschaft wurde durch Einfügung des § 8 Abs. 4 PartGG im Jahre 2013 für die PartG mbB noch erheblich erweitert, denn die Gesellschafter der PartG mbB haften nicht für Schäden aus fehlerhafter Berufsausübung (vgl. Rz. I 996 ff.).

¹ BGH v. 24.2.2003 – II ZR 385/99, BGHZ 154, 88 (93 f.) = ZIP 2003, 664 (665 f.); Roth in Baumbach/Hopt, 40. Aufl. 2021, § 124 HGB Rz. 25; MünchKomm.BGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 705 BGB Rz. 262 ff.; Grunewald, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2020, § 1 Rz. 119 ff.

² BGH v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 (347) = ZIP 2001, 330 (332).

- Bei der **Partenreederei** i.S. des § 489 HGB a.F. haften die einzelnen Gesellschafter (Mitreeder) der noch bestehenden (Alt-)Gesellschaften zwar auch persönlich, aber nicht als Gesamtschuldner, sondern gem. § 507 HGB a.F. als Teilschuldner. Bei der **EWIV** haften die Gesellschafter gem. Art. 24 Abs. 1 Satz 1 EWIV-Verordnung¹ unbeschränkt als Gesamtschuldner für Verbindlichkeiten der Gesellschaft (vgl. dazu Rz. I 14). 55
- Wer als persönlich haftender Gesellschafter **in eine bestehende OHG/KG eintritt**, haftet gem. § 130 HGB auch für die bereits bestehenden Gesellschaftsverbindlichkeiten. Die Vorschrift des § 130 HGB ist analog auf die GbR anzuwenden (zu den Einzelheiten Rz. I 917 ff.). Da der BGH bis zu der diese Anwendung behandelnden Entscheidung aus dem Jahre 2003² eine analoge Anwendung des § 130 HGB auf die GbR abgelehnt hatte, greift eine persönliche Haftung für **Altverbindlichkeiten** hier grundsätzlich nur dann ein, wenn der Eintritt nach der Veröffentlichung dieses BGH-Urteils erfolgte (Rz. I 917). Bei der GbR folgt die persönliche Haftung des eintretenden Gesellschafters ab **Inkrafttreten des MoPeG** aus § 721a BGB n.F. 56
- Der **Inhalt der persönlichen Haftung** stimmt grundsätzlich mit dem Inhalt der Gesellschaftsverbindlichkeit überein. Es gilt insoweit prinzipiell die **Erfüllungstheorie** und nicht die nur auf eine Haftung in Geld hinauslaufende Haftungstheorie (vgl. Rz. I 903 ff.). Im Falle der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der nach der Erfüllungstheorie grundsätzlich geschuldeten persönlichen Erfüllung der originären Gesellschaftsschuld greift zum Schutze des Gesellschafters die allgemeine Regelung des § 275 BGB ein. 57
- Die persönliche Haftung eines Gesellschafters wird durch ein **Ausscheiden aus der Personengesellschaft** grundsätzlich nicht berührt, soweit die Gesellschaftsverbindlichkeit schon vor dem Austritt begründet wurde. Ein Fälligwerden bis zu diesem Zeitpunkt ist nicht erforderlich. Zum Schutze des Gesellschafters greifen allerdings die Regelungen über die **Begrenzung der Nachhaftung** ein. Nach § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB (§ 160 Abs. 1 Satz 1 HGB n.F.) kommt es zu einer **Enthftung**, sofern die bis zum Ablauf von fünf Jahren nach der Handelsregistereintragung des Ausscheidens fällig werdenden Verbindlichkeiten nicht gerichtlich geltend gemacht werden (vgl. zu den Einzelheiten Rz. I 938 ff.). Da für die GbR bislang kein Gesellschaftsregister existiert, führt die gegenwärtig in § 736 Abs. 2 BGB angeordnete entsprechende Anwendung des § 160 HGB dazu, dass für den Fristbeginn auf die Kenntnis des Gläubigers vom Ausscheiden des Gesellschafters abzustellen ist (vgl. Rz. I 941). Auf Grundlage des **MoPeG** regelt § 728b BGB n.F. die Nachhaftung des **ausgeschiedenen GbR-Gesellschafters** selbständig. 58

¹ Verordnung (EWG) Nr. 2137/86 des Rates v. 25.7.1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), ABl. EG L 199 v. 31.7.1985, S. 1 ff.

² BGH v. 7.4.2003 – II ZR 56/02, BGHZ 154, 370 (377 f.) = ZIP 2003, 899 (902).

XI. Gesellschaftsanteil (Mitgliedschaft) als übertragbares subjektives Recht

- 59 Der Gesellschaftsanteil (Mitgliedschaft) als Inbegriff aller Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer Personengesellschaft ist als subjektives Recht grundsätzlich **durch Abtretung übertragbar** (Rz. I 639). Das **MoPeG** stellt dies mit § 711 **BGB n.F.** klar. Im Hinblick auf die Mitgliedschaft als Verfügungsgegenstand besteht kein Unterschied zwischen der Personengesellschaft und der Kapitalgesellschaft. Dies gilt im Wesentlichen auch für das Mitgliedschaftsverhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft als Grundlage für die einzelnen mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten. Die Besonderheit der Personengesellschaft besteht darin, dass der Gesellschaftsvertrag i.S. des § 705 BGB (§ 705 Abs. 1 BGB n.F.) auch ein Schuldverhältnis zwischen den einzelnen Gesellschaftern begründet. Während bei der AG und der GmbH die Gesellschaftsanteile bei fehlender statutarischer Vinkulierung grundsätzlich ohne Zustimmung der Gesellschaft frei übertragbar sind, ist bei den Personengesellschaften aufgrund dieses Schuldverhältnisses der Gesellschafter untereinander (Rz. I 45) grundsätzlich eine **Zustimmung der anderen Gesellschafter erforderlich** (Rz. I 641 ff.). Auch dies wird durch das **MoPeG** bestätigt (§ 711 Abs. 1 Satz 1 **BGB n.F.**). So wie bei der AG und der GmbH mit einer **statutarischen Vinkulierung** der Gesellschaftsanteile eine Annäherung an das Recht der Personengesellschaften bewirkt werden kann, so kann der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft von vornherein eine freie oder an bestimmte Voraussetzungen geknüpfte Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile zulassen und damit insoweit eine Gleichstellung mit der Kapitalgesellschaft erreichen.

XII. Formfreiheit der Anteilsübertragung

- 60 Ist die Übertragung des Anteils an einer Personengesellschaft schon im Gesellschaftsvertrag zugelassen oder stimmen die anderen Gesellschafter im konkreten Einzelfall einer Übertragung zu, so ist die Abtretung des Anteils auch dann formfrei möglich, wenn das Gesellschaftsvermögen aus **Grundstücken oder GmbH-Geschäftsanteilen** besteht¹ (vgl. zu den Einzelheiten Rz. I 643). Der BGH hält zwar eine **Umgehung** der einschlägigen Formvorschriften (§ 311b BGB; § 15 Abs. 3, 4 GmbHG) grundsätzlich für möglich, in den vom BGH entschiedenen Fällen wurde aber im Ergebnis eine Umgehung immer abgelehnt. Da die Formfreiheit der Anteilsübertragung aus der Rechtsnatur der Personengesellschaft folgt, steht das Prinzip der **gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfreiheit** als Bestandteil der Privatautono-

¹ Vgl. zur Formfreiheit im Falle des Haltens von Grundstücken BGH v. 31.1.1983 – II ZR 288/81, BGHZ 86, 367 = NJW 1983, 1110; BGH v. 13.2.1996 – XI ZR 239/94, NJW 1996, 1279 (1280); BGH v. 12.12.2005 – II ZB 30/04, NJW-RR 2006, 1289 (1290); *Wertenbruch*, NZG 2008, 454 ff.; für das Halten von GmbH-Geschäftsanteilen BGH v. 10.3.2008 – II ZR 312/06, ZIP 2008, 876; *Wertenbruch*, NZG 2008, 454 ff.

mie der Annahme eines Umgehungsfalls grundsätzlich entgegen.¹ Es darf also demjenigen, der für eine geplante Grundstücksgesellschaft aufgrund der Formfreiheit der Anteilsübertragung die Rechtsform der Personengesellschaft wählt, generell nicht eine Umgehung von Formvorschriften vorgeworfen werden. Der **Grundsatz der Formfreiheit** wird durch § 711 BGB n.F. nicht angetastet.

XIII. Keine generelle Insolvenzantragspflicht

§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO ordnet bei Zahlungsunfähigkeit oder/und Überschuldung eine Insolvenzantragspflicht der organschaftlichen Vertreter juristischer Personen an. Dies betrifft in erster Linie die AG, GmbH, KGaA und die Genossenschaft. Bei der Personengesellschaft besteht aufgrund der persönlichen Haftung der Gesellschafter keine generelle Insolvenzantragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (vgl. Rz. I 1819). Auch bei der Personengesellschaft besteht jedoch ausnahmsweise gem. § 15a Abs. 1 Satz 2 InsO unter der allgemeinen Voraussetzung eines Insolvenzgrundes eine Insolvenzantragspflicht, wenn es sich um eine **atypische Personengesellschaft** handelt, d.h. kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist und auch den Gesellschafter-Gesellschaften keine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter angehört (vgl. zu den Einzelheiten Rz. I 1819 ff.).

frei

61
62–70

¹ Wertenbruch, NZG 2008, 454 (455 f.).

