

# Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft: GbR, PartG

Schäfer

9. Auflage 2023  
ISBN 978-3-406-79646-3  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition.  
Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage  
C.H.BECK und Franz Vahlen.  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit:

über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](http://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

werden, wenn die Gesellschafter die Begründung von Gesellschaftsvermögen verhindern wollen (→ Rn. 203 ff.).

**b) Sondergestaltungen.** Nach **ganz hM** bildet das Gesellschaftsvermögen kein notwendiges Merkmal der Außengesellschaft.<sup>542</sup> Es soll vielmehr auch möglich sein, das Gesellschaftsvermögen seitens der Gesellschafter als Bruchteilseigentum zu halten, es einem der Gesellschafter als – ggf. treuhänderisch gebundenes – Alleineigentum zuzuweisen oder schließlich auf die Bildung von Gesellschaftsvermögen ganz zu verzichten.<sup>543</sup> Daran hat auch das neue Recht nichts Prinzipielles geändert, zumal § 713 zu den Vorschriften des zweiten Kapitels zählt, die nach § 708 grundsätzlich dispositiv sind. Nur für die (nichtrechtsfähige) Innengesellschaft steht gemäß § 740 Abs. 1 jetzt eindeutig fest, dass ihr kein eigenes Vermögen (dinglich) zugeordnet werden kann.

**Stellungnahme.** Da **§ 713 nachgiebiges Recht** enthält (→ Rn. 203), können abweichende Regelungen für die Außengesellschaft wirksam getroffen werden (→ § 741 Rn. 4), während die Vermögensträgerschaft der Innengesellschaft durch § 740 Abs. 1 zwingend ausgeschlossen wird (→ § 740 Rn. 8). Freilich reicht hierfür eine entsprechende Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag nicht aus. Vielmehr muss eine von § 713 abweichende Zuordnung des aus **Rechtsgeschäften für die Gesellschaft resultierenden Vermögens** auch in den jeweiligen, namens der (Außen-)Gesellschaft mit Dritten geschlossenen Verträgen zum Ausdruck kommen, wenn sie dingliche Wirkung entfalten soll.<sup>544</sup> So muss die Übereignung einer der Gesellschaft geschuldeten Sache im Falle einer abweichend von § 713 gewollten Zuordnung eindeutig an die einzelnen Gesellschafter **als Bruchteilseigentümer** erfolgen; es bedarf so vieler Verfügungen über die Sache, wie auf der Erwerberseite Gesellschafter beteiligt sind. Entsprechendes gilt bei Übereignung zu (treuhänderischem) Alleineigentum eines Gesellschafters (→ § 713 Rn. 6).<sup>545</sup> Aber auch der Erfüllungsanspruch aus einem namens der Gesellschaft geschlossenen Vertrag steht nur dann nicht der Gesellschaft, sondern den einzelnen Gesellschaftern als Gesamtgläubigern nach Bruchteilen zu, wenn eine dahin gehende Vereinbarung im Kausalgeschäft getroffen ist; der Sache nach handelt es sich dabei um eine Art Abrede zu Gunsten Dritter (der Gesellschafter persönlich). Diese Voraussetzungen lassen bereits erkennen, dass es sich bei der vermögenslosen Außengesellschaft um einen eher theoretisch interessanten Ausnahmefall handelt.

Hiervon abzuweichen scheint auf den ersten Blick die Rechtslage im Falle der **Beiträge**.<sup>205</sup> Insoweit steht zwar außer Streit, dass die Gesellschafter Vereinbarungen über die **Art der Beitragsleistung** treffen können; die Begründung von Eigentum der Gesellschaft an den Einlagen ist keine notwendige Voraussetzung für eine Gesellschaft iSv § 705. Insbesondere gibt es auch die Möglichkeit, die geschuldeten Gegenstände nur zum Gebrauch oder dem Werte nach in die Gesellschaft einzubringen, während das Eigentum entweder beim Gesellschafter verbleibt (→ § 709 Rn. 16) oder aber auf einen Mitgesellschafter übertragen wird. Ebenso ist denkbar, einen für die Verfolgung des gemeinsamen Zwecks bestimmten Vermögensgegenstand entweder im – bisher schon bestehenden – Bruchteilseigentum der Gesellschafter zu belassen oder auf diese nach Bruchteilen zu übertragen;<sup>546</sup> zu denken ist namentlich an die Behandlung von Grundstücken (zur Abgrenzung derartiger Fälle gegenüber der reinen Bruchteilsgemeinschaft → Vor § 705 Rn. 129 ff.; → § 741 Rn. 4 ff.).

Anderes scheint aber für die **Begründung der Sozialansprüche** im Gesellschaftsvertrag selbst zu gelten, darunter namentlich derjenigen auf Beitragsleistung (→ Rn. 261). Sie werden zwar in aller Regel der (Außen-)Gesellschaft als solcher zustehen und damit notwendig auch zum Gesellschaftsvermögen gehören. Ebenso gut können sie konstruktiv aber entsprechend § 328 auch für einen oder bestimmte Gesellschafter (dann als Gesamtgläubiger) persönlich begründet werden (entsprechend der Rechtslage bei der Innengesellschaft → § 740 Rn. 10). In einem solchen Fall gehört schon der Sozialanspruch als solcher nicht zum Gesellschaftsvermögen. Deshalb ist es durchaus zutreffend, dass ein Gesellschaftsvermögen für die Außengesellschaft nicht begriffsnotwendig ist.<sup>547</sup>

<sup>542</sup> StRSpr, vgl. RGZ 80, 268 (271); 92, 341 (342); 142, 13 (20 f.); OLG München NJW 1968, 1384 (1385); Düringer/Hachenburg/Geiler, 3. Aufl. 1932, HGB Anm. 53, 307; Soergel/Hadding/Kießling Vor § 705 Rn. 28, § 718 Rn. 9; Erman/Westermann Vor § 705 Rn. 28; aA aber K. Schmidt JuS 1988, 444 f.; K. Schmidt GesR § 58 II 2b; BeckOK BGB/Schöne Rn. 136 f.; wohl auch Staudinger/Habermeier, 2003, Rn. 59, 61.

<sup>543</sup> Vgl. dazu iE Düringer/Hachenburg/Geiler, 3. Aufl. 1932, HGB Anm. 53, 307; Soergel/Hadding/Kießling Vor § 705 Rn. 28; Soergel/Hadding/Kießling § 718 Rn. 9; Erman/Westermann Vor § 705 Rn. 28.

<sup>544</sup> So zutr. Flume ZHR 136 (1972), 177 (184); Flume BGB AT I 1 § 1 IV; aA etwa Larenz SchuldR BT II § 60 V a.

<sup>545</sup> Dazu Staudinger/Habermeier, 2003, § 718 Rn. 6.

<sup>546</sup> Erman/Westermann § 718 Rn. 2; iE auch Staudinger/Habermeier, 2003, § 718 Rn. 4.

<sup>547</sup> So früher Düringer/Hachenburg/Geiler, 3. Aufl. 1932, HGB Bd. 2/1. Hälfte Anm. 307; StRSpr, vgl. RGZ 80, 268 (271); 92, 341 (342); 142, 13 (20 f.); auch noch OLG München NJW 1968, 1384 (1385); zweifelnd wegen der gesamthänderisch gebundenen Sozialansprüche aber Flume ZHR 136 (1972), 177 (181); Soergel/Hadding/Kießling Vor § 705 Rn. 28.

Wegen der äußerst diffizilen Anforderungen an die Vertragsgestaltung zur Vermeidung eines Gesellschaftsvermögens handelt es sich aber alles in allem um eine praktisch bei der Außengesellschaft allenfalls höchst ausnahmsweise relevante Erkenntnis. Soll nach dem Parteiwillen ein gemeinsames Vermögen ausgeschlossen sein, liegt in aller Regel keine Außen-, sondern eine Innengesellschaft vor (→ Rn. 213).

**207 4. Gesellschaftsname. a) Grundlagen.** Beteiligt sich die (rechtsfähige) Gesellschaft am Rechtsverkehr, bedarf sie in der Regel einer unterscheidungskräftigen Bezeichnung. Nach Abs. 3 ist der Name zudem Basis für die **Vermutung zugunsten der Außengesellschaft**, wengleich nur in Verbund mit einer unternehmerischen Betätigung (→ Rn. 189). Darüber hinaus hat auch die (isolierte) Verwendung eines Gesellschaftsnamens zumindest indizielle Bedeutung für das Vorliegen einer Außengesellschaft (→ Rn. 186). **Zwingend** ist die Angabe eines Namens der Gesellschaft bei der **Anmeldung zum Gesellschaftsregister** (§ 707 Abs. 2 Nr. 1 lit. a). Die Gesetzesbegründung weist darauf hin, dass ein eigener Name zwar für die Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft nicht unbedingt erforderlich, zum Zwecke ihrer Identifizierung, insbesondere bei Gesellschaften mit identischem Gesellschafterkreis, aber sehr sinnvoll sei. Sie werde deshalb zur notwendigen Angabe bei der Registeranmeldung erhoben, was es zugleich erlaube, die Grundsätze der Firmenwahrheit und -klarheit für entsprechend anwendbar zu erklären.<sup>548</sup> Zwar kommt der Gebrauch einer **Firma** für die GbR nicht in Betracht, weil das Recht zur Firmenführung ausschließlich Kaufleuten zusteht (§§ 1, 17 ff. HGB) und der Betrieb eines Handelsgewerbes als Zweck der GbR kraft Rechtsformzwang (→ Rn. 7) ausgeschlossen ist. Doch ist das **Firmenrecht** gemäß **§ 707b Nr. 1** auf die **eingetragene GbR**, ebenso wie bei der Partnerschaftsgesellschaft (vgl. § 2 Abs. 2 PartGG), **entsprechend anwendbar** (näher → § 707b Rn. 2 f.). Zusätzlich stellt sich aufgrund dieser Neukonzeption die Frage, ob nicht einzelne dieser Regeln auch auf die nicht eingetragene Gesellschaft zur Anwendung gelangen, wengleich der Gesetzgeber in der Begründung explizit betont, dass die Verweisung auf das handelsrechtliche Firmenrecht nur gelte, wenn die Gesellschafter von ihrem Eintragungswahlrecht Gebrauch machten.<sup>549</sup> Das ist im Ansatz gewiss nachvollziehbar, und viele firmenrechtlichen Regeln funktionieren auch nur im Falle einer Eintragung. Anderes gilt aber insbesondere hinsichtlich der basalen Anforderungen an einen unterscheidungskräftigen sowie „klaren und wahren“ Namen (→ Rn. 208). Im Übrigen war **schon bislang** anerkannt, dass die Gesellschafter sich unter einem unterscheidungskräftigen, schlagwortartigen Gesamtamen am Rechtsverkehr beteiligen konnten, solange dadurch weder Rechte Dritter verletzt wurden noch Verkehrsverwirrung zu befürchten war. Die ursprünglich gegen die Zulässigkeit eines besonderen Gesellschaftsnamens erhobenen Bedenken waren schon lange vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR überholt (→ 8. Aufl. 2020, Rn. 278). Demgemäß sind die Anforderungen (vor allem) des **§ 18 HGB auch auf die nicht eingetragene Gesellschaft** entsprechend anzuwenden (→ Rn. 211 zum Rechtsformzusatz).

**208** Die **Auswahl** des Gesellschaftsnamens kann entweder im Gesellschaftsvertrag selbst oder durch späteren Gesellschafterbeschluss getroffen werden. Sie unterliegt zwar im Ansatz keinen gesetzlichen Vorschriften oder Mindestvoraussetzungen.<sup>550</sup> Anderes gilt aber für die eingetragene Gesellschaft (→ Rn. 207). Außerdem wird man aufgrund der Neukonzeption des Gesetzes auch für die nicht eingetragene Gesellschaft basale Anforderungen an die Namensgebung erheben müssen; insbesondere muss der Name **unterscheidungskräftig** (vgl. § 18 Abs. 1 HGB) sein, was zugleich im Interesse von Namensfunktion und Schutzfähigkeit des Namens liegt (→ Rn. 209 f.). Überdies muss der Name **„klar und wahr“** sein (vgl. § 18 Abs. 2 HGB), darf also nicht in die Irre führen (→ § 707b Rn. 3). Schon auf Basis des alten Rechts wurde betont, dass die Wahlfreiheit vor allem durch das handelsrechtliche Firmenrecht und die dem Registergericht zustehenden Befugnisse gegen einen unzulässigen Firmengebrauch (§ 37 Abs. 1 HGB) eingeschränkt ist, die sich auch dagegen richten, andere Bezeichnungen nach Art einer Firma zu gebrauchen.<sup>551</sup> Dies gilt jetzt gemäß § 707b Nr. 1 allemal auch im Verhältnis zwischen eingetragener und nichteingetragener GbR. Von hier aus ist die Anwendung auch zwischen nichteingetragenen Gesellschaften nurmehr ein kleiner Schritt, zumal sich auch aus § 12 zumindest das Erfordernis der Unterscheidungsfähigkeit ableiten lässt (→ Rn. 209). Unabhängig hiervon sind Rechte Dritter auch nach Maßgabe der **§ 12 BGB, §§ 5, 15 MarkenG** zu beachten. **Unbedenklich** dürften danach regelmäßig solche Bezeichnungen sein,

<sup>548</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 19/27635, 129.

<sup>549</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 19/27635, 129.

<sup>550</sup> So auch Soergel/Heinrich § 12 Rn. 138; *Wertenbruch* in Westermann/Wertenbruch PersGesR–HdB I. Teil § 7 Rn. 183; zur Bildung des Namens einer RA-Sozietät *Wellkamp* NJW 1993, 2715 ff.; aA *Wessel* BB 1978, 1084, der unter Berufung auf § 15b GewO stets die Angabe der Namen sämtlicher Gesellschafter im Geschäftsverkehr fordert; einschr. auch *Zuernemann* BB 1987, 774 (778).

<sup>551</sup> BayOblG BB 1960, 996; OLG Frankfurt BB 1975, 247 (248); OLG Karlsruhe BB 1978, 519; Staub/Burgard HGB § 37 Rn. 9 ff., 14; Hopt/Merkel HGB § 37 Rn. 2.

die sich aus dem Namen eines oder mehrerer Gesellschafter zusammensetzen und einen deutlichen, auf die Rechtsform als GbR hinweisenden Zusatz enthalten (→ Rn. 211). Aber auch die Aufnahme eines **Sachbestandteils** in den Gesellschaftsnamen<sup>552</sup> erscheint jedenfalls dann zulässig, wenn durch entsprechende Zusätze („Arbeitsgemeinschaft“, „Konsortium“ oder Ähnliches) der Gefahr der Verkehrsverwirrung vorgebeugt wird.

**b) Namensschutz.** Der Schutz des Namens der **eingetragenen Gesellschaft** richtet sich gemäß § 707b Nr. 1 im Prinzip nach dem handelsrechtlichen Firmenschutz (→ § 707b Rn. 2). Für die **nicht eingetragene** (Außen-)Gesellschaft ist Grundlage für einen Schutz ihres Namens in erster Linie die **Vorschrift des § 12**. Über Wortlaut und systematische Stellung hinaus erstreckt sie sich nach heute hM auch auf die Namen von Personengesellschaften (→ § 12 Rn. 20).<sup>553</sup> Auf die Verkehrsgeltung des Gesellschaftsnamens kommt es für den Schutz gegen Eingriffe Dritter nicht an,<sup>554</sup> für eine derartige Verschärfung der Schutzvoraussetzungen gegenüber dem gesetzlichen Anwendungsbereich des § 12 besteht kein Anlass, sofern nur die Bezeichnung Namensfunktion entfaltet.<sup>555</sup> Wohl aber setzt die Berufung auf § 12 die individuelle **Unterscheidungskraft** der fraglichen Bezeichnung voraus sowie ihre Verwendung zur Identifizierung der Gesellschaft als Namensträger in deren durch den gemeinsamen Zweck geprägten Wirkungskreis.<sup>556</sup> Auch räumlich wird der Namensschutz durch den Wirkungsbereich der Gesellschaft begrenzt; ein grundsätzlich unbeschränkter Schutz ist anders als bei natürlichen Personen nicht veranlasst.<sup>557</sup>

Wird der Name der GbR **im geschäftlichen Verkehr** benutzt, so genießt er als Unternehmenskennzeichen iSd § 5 Abs. 2 MarkenG Schutz gemäß § 15 MarkenG.<sup>558</sup> Bei der eingetragenen Gesellschaft liegt dann zugleich eine Rechtsverletzung gemäß § 707b Nr. 1 iVm § 37 S. 2 HGB vor.<sup>559</sup> Nach § 15 Abs. 4 und 5 MarkenG können Dritte insbesondere bei Verwendung einer verwechslungsfähigen, prioritätsjüngeren Bezeichnung auf Unterlassung (§ 15 Abs. 4 MarkenG) und Schadensersatz (§ 15 Abs. 5 MarkenG) in Anspruch genommen werden. Die Ansprüche aus § 15 MarkenG stehen der GbR gemäß § 5 Abs. 2 MarkenG nicht nur bezüglich ihres etwaigen Gesamtnamens, sondern auch dann zu, wenn sie zur Unterscheidung ihres Geschäfts von anderen Unternehmen im geschäftlichen Verkehr ein Unternehmenskennzeichen verwendet.

**c) Rechtsformzusatz.** Mit dem Gesellschaftsregister hat das MoPeG auch einen „amtlichen“ Rechtsformzusatz für die eingetragene GbR eingeführt; diese muss ihrem Namen gemäß § 707a Abs. 2 S. 1 entweder „**eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts**“ oder „**eGbR**“ als Rechtsformzusatz hinzufügen; haftet in der Gesellschaft keine natürliche Person unbeschränkt, muss gemäß § 707a Abs. 2 S. 2 „der Name eine Bezeichnung enthalten, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet“. Wie bei dem gleichformulierten § 19 Abs. 2 HGB kommt dann also insbesondere die Bezeichnung als **GmbH & Co. GbR** in Betracht (→ § 707a Rn. 18). Zugleich hat das Gesetz damit den Rechtsformzusatz „**GbR**“ als jedenfalls zulässiges Kürzel auch für die nichteingetragene Gesellschaft anerkannt. Im Übrigen bleibt weiterhin § 11 Abs. 1 S. 3 PartGG zu beachten. Danach darf der Zusatz „Partnerschaft“ oder „und Partner“, wenn er schon vor dem 1.7.1995 im Namen einer GbR verwendet wurde, über den 30.6.1997 hinaus nur dann weitergeführt werden, wenn dem Namen ein Hinweis auf die von der Partnerschaftsgesellschaft abweichende, andere Rechtsform des Namensträgers beigefügt wird. Angesichts der Verbreitung des Partner-Zusatzes speziell bei Freiberufler-Sozietäten in der Rechtsform der GbR ist Vorschrift besonders für freiberuflich tätige Gesellschaften bedeutsam. Darüber noch hinausgehend, sprechen gute Gründe dafür, im obligatorischen Rechtsformzusatz des § 19 HGB ein allgemeines Prinzip zu sehen, wonach die am Rechtsverkehr teilnehmenden Gesellschaften ihre **Rechtsform** auch dann **offenzulegen** haben, wenn sie nicht firmenpflichtig bzw. eingetragen sind,

<sup>552</sup> Rechenzentrum, vgl. OLG Karlsruhe BB 1978, 519.

<sup>553</sup> Vgl. Soergel/Heinrich § 12 Rn. 31; Soergel/Hadding/Kießling Rn. 69; Erman/Westermann Rn. 69; Fezer Markenrecht, 4. Aufl. 2009, MarkenG § 15 Rn. 66, 94 ff.

<sup>554</sup> So aber noch Soergel/Schultze-v. Lasaulx, 10. Aufl. 1969, Rn. 79; tendenziell auch Holstein, Der Name der BGB-Gesellschaft, 1968, 113 f., 133, offenbar in der – rechtstatsächlich nicht belegten – Annahme, nur bei Verkehrsgeltung könne der Gesamtname Namensfunktion für die GbR entfalten.

<sup>555</sup> So auch Soergel/Hadding/Kießling Rn. 69; Erman/Westermann Rn. 69; für ein Vereinselement auch BGH GRUR 1976, 644 (646) – Kyffhäuser.

<sup>556</sup> Zu Unterscheidungskraft und Namensfunktion der Bezeichnung als Voraussetzung für das Eingreifen des § 12 vgl. statt aller Soergel/Heinrich § 12 Rn. 115 ff. (118, 137, 145 f.); Fezer, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, MarkenG § 15 Rn. 78 ff.

<sup>557</sup> Fezer, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, MarkenG § 15 Rn. 86 f.

<sup>558</sup> Näher hierzu Ingerl/Rohnke NJW 1994, 1247 (1255); Starck WRP 1994, 698 (700 f.); vgl. auch Fezer, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, MarkenG § 15 Rn. 185, 222.

<sup>559</sup> Vgl. nur Staub/Burgard, 5. Aufl. 2009, HGB § 37 Rn. 63.

sondern (nur) einen firmenähnlichen Namen führen.<sup>560</sup> Neben den für die eingetragene Gesellschaft gemäß § 707a Abs. 2 (ausschließlich) zulässigen Rechtsformbezeichnungen „**Gesellschaft bürgerlichen Rechts**“ oder „**GbR**“ wird man allerdings bei der nichteingetragenen Gesellschaft weiterhin auch die Bezeichnung „**BGB-Gesellschaft**“ als Rechtsformhinweis ausreichen lassen können. Alle- mal irreführend und daher entsprechend § 18 Abs. 2 HGB unzulässig ist freilich die Aufnahme des weiteren Zusatzes „mit beschränkter Haftung“ oder „mbH“.<sup>561</sup>

- 212 5. Sitz der Gesellschaft.** Auch der (vereinbarte) Sitz einer GbR gehört zu den **typischen Merkmalen einer Außengesellschaft** und **indiziert** daher den Willen zur gemeinsamen Teilnahme am Rechtsverkehr iSv § 705 Abs. 2 (→ Rn. 186, → Rn. 188 f.).<sup>562</sup> Enthält der Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung zum Sitz der Gesellschaft, spricht dies also für das Vorliegen einer Außengesellschaft. § 706 enthält jetzt erstmals eine allgemeine Definition des Sitzes der GbR; dieser ist grundsätzlich der Verwaltungssitz (**S. 1**), der schon bislang vorherrschenden Betrachtung entspricht.<sup>563</sup> § 706 **S. 2** gestattet der **eingetragenen Gesellschaft** darüber hinaus aber auch, einen von der faktischen Geschäftsleitung unabhängigen **Vertragsitz** zu wählen, der dann über die Zuständigkeit des Registergerichts entscheidet. Auf diese Weise wird die Gesellschaft gleichsam „mobilisiert“; sie kann ihren Sitz „spalten“ und sich vom Ort des Vertragssitzes wegbewegen. Wegen der Einzelheiten ist auf die Erläuterungen zu § 706 zu verweisen.

### III. Zum Begriff der Innengesellschaft (noch Abs. 2)

- 213 1. Grundlagen.** Wie in → Rn. 183 f. ausgeführt, sind die **Begriffe** der Innengesellschaft (Var. 2) und der Außengesellschaft (Var. 1) in § 705 Abs. 2 **komplementär** angelegt. Während die Außengesellschaft nach dem gemeinsamen Willen ihrer Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll, gilt dies für die Innengesellschaft gerade nicht.<sup>564</sup> Sie dient den Gesellschaftern ausschließlich, wie Abs. 2 Var. 2 formuliert, „zur Ausgestaltung ihres Rechtsverhältnisses untereinander“. Das entspricht der Sache nach dem schon bislang verbreiteten Begriffsverständnis.<sup>565</sup> Unverkennbar lehnt sich das Gesetz an die *Flume'sche* Formulierung an, für die Innengesellschaft sei entscheidend, ob die Beziehungen zwischen den Beteiligten sich auf ein reines Schuldverhältnis beschränken sollen.<sup>566</sup> Das Nichtvorhandensein eines **Gesellschaftsvermögens** gehört danach zwar nicht unmittelbar zum Tatbestand der Innengesellschaft. Weil aber § 740 Abs. 1 ein Gesellschaftsvermögen bei der Innengesellschaft zwingend ausschließt (→ § 740 Rn. 8), wie dies nach der hM auch schon bislang der Fall war,<sup>567</sup> liegt notwendig eine Außengesellschaft vor, wenn der Gesellschaft ein eigenes

<sup>560</sup> So mit guten Gründen *Wertenbruch* in *Westermann/Wertenbruch PersGesR-HdB I. Teil* § 7 Rn. 184; tendenziell auch *Staudinger/Habermeier*, 2003, Vor §§ 705–740 Rn. 23.

<sup>561</sup> Ganz hM, vgl. *Soergel/Hadding/Kießling* Rn. 68; *Wertenbruch* in *Westermann/Wertenbruch PersGesR-HdB I. Teil* § 7 Rn. 185; *BeckOK BGB/Schöne* Rn. 148; so auch schon *BayObLG NJW* 1999, 297 (298) (der Sache nach bestätigt durch *BGHZ* 142, 315 [318 ff.] = *NJW* 1999, 3483); ebenso *OLG München DB* 1998, 2012; offenlassend noch *OLG Jena ZIP* 1998, 1797 (1798).

<sup>562</sup> Vgl. auch *Schäfer* Gutachten E für den 71. DJT, 2016, E 38 f.; ebenso *iErg. Otte-Gräbener FS Seibert*, 2019, 613, die den Sitz sogar für geeignet hält, eine gesetzliche Vermutung zu stützen (was vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen wurde, der aber nichtsdestotrotz von einer indiziellen Wirkung des vereinbarten Sitzes ausgeht; → Rn. 186).

<sup>563</sup> *Begr. RegE, BT-Drs. 19/27635*, 126 mit Hinweisen zur Rechtslage bei der Personenhandelsgesellschaft und Bezug auf *OLG Schleswig NZG* 2012, 775; *MüKoHGB/Langhein*, 4. Aufl. 2016, HGB § 106 Rn. 26; s. dazu auch in *Habersack/Schäfer/Schäfer HGB* § 106 Rn. 18 ff.

<sup>564</sup> So deutlich auch *Begr. RegE, BT-Drs. 19/27635*, 126.

<sup>565</sup> Vgl. *BGHZ* 12, 308 (314 f.) = *NJW* 1954, 1159; *BGHZ* 126, 226 (234 ff.) = *NJW* 1994, 2536; *BGHZ* 191, 354 (361) = *NZG* 2012, 222 (224); *BGH NJW* 1960, 1851 (1852); *WM* 1965, 793; 1973, 296 (297); *ZIP* 2018, 2267 = *NZG* 2018, 1387 Rn. 11; *RGZ* 166, 160 (163); *OLG Frankfurt BB* 1969, 1411; *OLG Karlsruhe WM* 2013, 643 (644); ebenso *Düringer/Hachenburg/Geiler*, 3. Aufl. 1932, HGB Bd. 2/1, Hälfte Anm. 315–317; *Soergel/Hadding/Kießling* Vor § 705 Rn. 28; *BeckOK BGB/Schöne* Rn. 158, 161 f.; *Staudinger/Kießling*, 12. Aufl. 1979, Vor § 705 Rn. 91 f.; *Erman/Westermann* Vor § 705 Rn. 27; *K. Schmidt GesR* § 43 II 3b; *Blaurock*, *Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen*, 1981, 89 ff.; grds. aA *Steckhan*, *Die Innengesellschaft*, 1966, insbes. 20 ff., der Differenzierung zwischen Innen- und Außengesellschaft überhaupt ablehnt; ähnlich, aber für Rechtsfähigkeit auch der Innengesellschaft *Beuthien NZG* 2011, 161 ff.; *Beuthien NZG* 2017, 201; unverändert *Beuthien NZG* 2019, 41 (dagegen *Schäfer FS Seibert*, 2019, 723 [729 ff.]); dem grds. folgend *Erman/Westermann* Vor § 705 Rn. 28.

<sup>566</sup> So *Flume ZHR* 136 (1972), 177 (180 ff.); *Flume BGB AT I* 1 § 1 III, 6 f.

<sup>567</sup> *StRspr*, seit *RGZ* 166, 160 (163); ferner *BGHZ* 126, 226 (234 f.) = *NJW* 1994, 2536; *BGHZ* 191, 354, 361 = *NZG* 2012, 222 (224); *BGH WM* 1973, 296 (297); *OLG Karlsruhe WM* 2013, 643 (644); aus dem Schrifttum insbes. *Ballerstedt JuS* 1963, 253 (255); *Flume BGB AT I* 1 § 1 III, 6; *Larenz SchuldR BT II*

Vermögen dinglich zugeordnet werden soll (→ Rn. 201). Das MoPeG hat sich damit das herrschende Verständnis der Innengesellschaft zu eigen gemacht und sich ausdrücklich nicht der Gegenposition angeschlossen, die argumentierte, der Charakter der GbR als Innen- oder Außengesellschaft könne nicht von dem häufig zufälligen Umstand abhängen, ob die Gesellschaft – trotz grundsätzlicher Beschränkung auf das Innenverhältnis – im einen oder anderen Fall nach außen hervortrete,<sup>568</sup> und einen notwendigen Zusammenhang zwischen einer Beschränkung auf das Innenverhältnis und dem Fehlen von Gesamthandsvermögen bestritt.<sup>569</sup> Geht es systematisch bei der Abgrenzung zwischen Innen- und Außengesellschaft um die Abgrenzung zwischen rechtsfähiger und nichtrechtsfähiger Gesellschaft, so kann die Innengesellschaft mangels Rechtsfähigkeit konsequentermaßen nicht selbst Vermögensträgerin sein, wie die Begründung (zu § 740) zutreffend hervorhebt und dem hinzufügt:<sup>570</sup> „Es kommt auch kein gesamthänderisches Vermögen der Gesellschaft in Betracht.“ Denn für ein solches Vermögen hätten Sonderregeln geschaffen werden müssen, für die der Gesetzgeber kein „durchgreifendes praktisches Bedürfnis“ erkannt hat.<sup>571</sup>

Die **fehlende Rechtsfähigkeit** der Innengesellschaft hat unterschiedliche **Konsequenzen** und bedingt naturgemäß erhebliche Unterschiede zur Außengesellschaft: Das gilt nicht nur für das (bei ihr ausgeschlossene) Gesellschaftsvermögen (→ Rn. 213), sondern auch für die notwendigerweise fehlende Vertretungsmacht der GbR-Geschäftsführer, für die Gesellschaft zu handeln, und damit auch für die infolgedessen gegenstandslose Gesellschafterhaftung gemäß § 721. Seit dem MoPeG werden die unterschiedlichen Regeln durch eigene, nur für die Innengesellschaft geltende Vorschriften (§§ 740–740c) gesetzlich geregelt und auf diese Weise transparent zusammengefasst; auf die entsprechende Kommentierung ist also zu verweisen. Darüber hinaus ist der Charakter als Innengesellschaft nach zutreffender Ansicht auch für das Recht der fehlerhaften Gesellschaft von Bedeutung (str., → Rn. 342 ff.).

**2. Fehlendes Auftreten im Rechtsverkehr.** Wie in → Rn. 213 hervorgehoben, ist das **fehlende Auftreten der Gesellschaft nach außen** das einzige Begriffsmerkmal der Innengesellschaft gemäß § 705 Abs. 2 Var. 2 und hat danach zugleich ihre Rechtsunfähigkeit zur Folge. Im Hinblick auf die Haftungs- und Vermögensfolgen handelt es sich hierbei um ein zentrales Strukturelement. Für den Begriff der Innengesellschaft kommt es insoweit nicht auf die objektive Lage, das tatsächliche Verhalten der geschäftsführenden Gesellschafter an,<sup>572</sup> sondern darauf, welche **Vereinbarungen** hierüber im Gesellschaftsvertrag getroffen worden sind. Dies ergibt sich nicht nur aus der komplementären Begriffsbestimmung in § 705 Abs. 2, wonach es für die Außengesellschaft (und damit notwendigerweise auch für die Innengesellschaft) auf den gemeinsamen Willen der Gesellschafter ankommt, sondern wird auch von der Gesetzesbegründung explizit hervorgehoben.<sup>573</sup> Soll die Gesellschaft nach dem Vertragsinhalt also nicht selbst am Rechtsverkehr teilnehmen, sollen die

§ 60 V b; K. Schmidt GesR § 43 II 3 b; Staudinger/Habermeier, 2003, Vor §§ 705–740 Rn. 63; Bälz FS Zöllner, 1998, 35 (47 f.); Röder AcP 215 (2015), 450 (495); s. auch Düringer/Hachenburg/Geiler, 3. Aufl. 1932, HGB Anm. 315–317; Soergel/Hadding/Kießling/Kefler, 11. Aufl. 1985, Vor § 705 Rn. 91 f.; Blawrock, Handbuch der stillen Gesellschaft, 8. Aufl. 2016, § 4 Rn. 4.11; Blawrock, Unterbeteiligung und Treuhander an Gesellschaftsanteilen, 1981, 95 ff.

<sup>568</sup> Koenigs, Die stille Gesellschaft, 1961, 339; Steckhan, Die Innengesellschaft, 1966, 20 ff.; H. P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, 187 f.; ähnlich auch Beuthien NZG 2011, 161 ff., der die Innengesellschaft mit Gesellschaftsvermögen sogar für rechtsfähig hält; zust. Erman/Westermann Vor § 705 Rn. 28.

<sup>569</sup> So früher Steckhan, Die Innengesellschaft, 1966, 74 ff.; ebenso Koenigs, Die stille Gesellschaft, 1961, 337 f.; H. P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, 188, 201 ff.; Beuthien NZG 2011, 161 ff., der die vermögenstragende Innengesellschaft mit Gesellschaftsvermögen sogar für rechtsfähig hält; zust. Erman/Westermann Vor § 705 Rn. 28; ferner Soergel/Hadding/Kießling Vor § 705 Rn. 28; uneingeschränkt auch noch → 6. Aufl. 2013, Rn. 280; entsprechende Kritik am Ansatz des MoPeG auch bei BeckOGK/Geibel Rn. 244 f. und Geibel ZRP 2020, 137 (139); zurückhaltende (und danach nicht erneuerte Kritik) auch bei Bachmann NZG 2020, 612, 616 – dagegen auch K. Schmidt ZHR 185 (2021), 16 (21); Otte-Gräbener FS Seibert, 2019, 613 (619 f.).

<sup>570</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 19/27635, 190.

<sup>571</sup> Vgl. dazu auch K. Schmidt ZHR 185 (2021), 16 (21); Schäfer FS Seibert, 2019, 723 (729 f.); Schäfer FS Windbichler, 2020, 981 (985 f.); zust. Otte-Gräbener FS Seibert, 2019, 613 (619 f.).

<sup>572</sup> So aber Blawrock, Unterbeteiligung und Treuhander an Gesellschaftsanteilen, 1981, 91 f.

<sup>573</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 19/27635, 126; ebenso zuvor zutr. schon BGH WM 1966, 31 (32); BGHZ 12, 308 (314 f.) = NJW 1954, 1159; BGHZ 126, 226 (234 ff.) = NJW 1994, 2536; BGHZ 191, 354, 363 = NZG 2012, 222 (225); BGH ZIP 2018, 1492 Rn. 20; NZG 2018, 1387 Rn. 11; NJW 1960, 1851 (1852); WM 1965, 793; 1973, 296 (297); RGZ 166, 160 (163); OLG Frankfurt BB 1969, 1411; OLG Karlsruhe WM 2013, 643 (644); ferner etwa ebenso zB Wiedemann WM-Beil. 4/1994, 3 f.; Geibel WM 2007, 1496 (1499); Erman/Westermann Vor § 705 Rn. 27 f.; K. Schmidt GesR § 43 II 3b.

Geschäfte vielmehr vom geschäftsführenden Gesellschafter zwar auf Rechnung der Gesellschaft, aber im eigenen Namen getätigt werden, so handelt es sich demnach um eine Innengesellschaft. Das gilt unabhängig davon, ob die Beteiligten abweichend vom Vertragsinhalt entweder einem Gesellschafter im Einzelfall Vollmacht zum Handeln für sie gemeinsam erteilen oder ob alle Gesellschafter gemeinsam rechtsgeschäftlich tätig werden, solange sich damit nicht entweder eine Änderung des Gesellschaftsvertrags und des daraus resultierenden Charakters der Gesellschaft verbindet oder die Grundsätze über die Schein-(Außen-)gesellschaft eingreifen. Eine **gesetzliche Vermutung** gegen das Vorliegen einer Innengesellschaft besteht, abgesehen von § 705 Abs. 3 (→ Rn. 189), nicht; wer sich – etwa aus Haftungsgründen – darauf beruft, es handele sich um eine Außengesellschaft oder die Beteiligten hätten einen entsprechenden Rechtsschein gesetzt, hat dieses grundsätzlich dazulegen und zu **beweisen**.<sup>574</sup> Hierbei kommt den in → Rn. 186 bezeichneten Merkmalen (Name, Sitz, Organisation etc) allerdings eine die Außengesellschaft **indizierende Wirkung** zu, so dass die Gesellschafter eine sekundäre Darlegungslast insofern trifft, als sie die Indizien (qualifiziert) zu entkräften haben, einfaches Bestreiten also wirkungslos bleibt. Gelingt überdies der Nachweis, dass die Gesellschaft über ein **eigenes Vermögen** verfügt, steht damit zugleich fest, dass eine Außengesellschaft vorliegt (→ Rn. 213). Schließlich führt die Eintragung gemäß § 719 Abs. 1 notwendig zur Außengesellschaft.

- 216 **3. Typische Merkmale.** Kommt es tatbestandlich entscheidend auf die vertraglich geregelte **Nichtteilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr** an (→ Rn. 215), gehört zu den typischen Merkmalen einer Innengesellschaft das **Fehlen einer Organisationsverfassung**, namentlich das Fehlen von Vertretungsregelungen im Gesellschaftsvertrag, sowie das **Fehlen einer Identitätsausstattung** (insbesondere Name und Sitz). Allen diesen Merkmalen kommt zugleich eine Indizwirkung für die Außengesellschaft zu (→ Rn. 215). Mangels Rechtsfähigkeit kann die Innengesellschaft zudem **nicht über ein eigenes Vermögen** verfügen (→ Rn. 213). Demgegenüber ist für die Innengesellschaft nicht entscheidend, dass die Gesellschafter die Existenz der Gesellschaft gegenüber Dritten geheim halten.<sup>575</sup> Bei einer Innengesellschaft kommt es deshalb nicht zur Entstehung von Gesellschaftsverbindlichkeiten, weil für Rechtsgeschäfte im Namen der GbR schon mangels Teilnahme am Rechtsverkehr kein Raum ist oder solche Geschäfte, sollten sie doch vorkommen, jedenfalls nicht von einer entsprechenden Vertretungsmacht der Gesellschafter gedeckt sind. Ferner ist entgegen der Rspr. des BGH auch eine Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf die Innengesellschaft ohne Gesellschaftsvermögen abzulehnen (→ Rn. 344). Hiervon unabhängig eignet freilich auch den Innengesellschaften ein gewisses organisationsrechtliches Element, wenn gleich in nur rudimentärer Form.<sup>576</sup>

## D. Die (Außen-)Gesellschaft als rechtsfähiger Personenverband (Überblick)

### I. Die Entwicklung zur Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft

- 217 **1. Ursprüngliche Konzeption des BGB.** Das BGB konzipierte die Gesellschaft ursprünglich als Gesamthandsvermögen ihrer Gesellschafter. Die Rechtsfigur der Gesamthand wurde bei Erlass des BGB – als **Zweckschöpfung** des Gesetzgebers – für je ein Rechtsinstitut aus den Bereichen des Schuldrechts (Gesellschaft bürgerlichen Rechts), des Familienrechts (eheliche Gütergemeinschaft) und des Erbrechts (Erbengemeinschaft) gesetzlich geregelt. Terminologisch knüpfte das Gesetz damit zwar an die deutsch-rechtliche Tradition an; wie neuere rechtswissenschaftliche Forschungen bestätigen haben, gab es jedoch keine feststehende oder allgemein akzeptierte Rechtsfigur der Gesamthand in der Zeit vor 1900, auf die man hätte zurückgreifen können.<sup>577</sup> Entsprechend frei war der BGB-Gesetzgeber in deren rechtlicher Ausgestaltung. Er hat von dieser Möglichkeit unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Rechtsinstitute Gebrauch gemacht.<sup>578</sup> Eine **einheitliche**

<sup>574</sup> BGHZ 12, 308 (315) = NJW 1954, 1159; BGH NJW 1960, 1851. Vgl. aber auch OLG Köln DB 1973, 1065 – gemeinsames Auftreten der Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten lässt rechtsgeschäftliches Handeln im Namen der Gesellschaft vermuten.

<sup>575</sup> So bereits BGH NJW 1960, 1851 (1852); Soergel/Hadding/Kießling Vor § 705 Rn. 29.

<sup>576</sup> Zur Geschäftsführung in der Innengesellschaft insbes. BGH NZG 2018, 1387; dazu Schäfer FS Windbichler, 2020, 981 (986 f.).

<sup>577</sup> Eingehend *Wächter*, Die Aufnahme der Gesamthandsgemeinschaften in das Bürgerliche Gesetzbuch, 2002, insbes. 37 ff., 205 ff.

<sup>578</sup> Vgl. *Wächter*, Die Aufnahme der Gesamthandsgemeinschaften in das Bürgerliche Gesetzbuch, 2002, 243 ff., 258 ff., 267 ff.



**Rechtsfigur der BGB-Gesamthand** wurde damit **nicht geschaffen**. – Wegen der Einzelheiten ist auf die → 8. Aufl. 2020, Rn. 297 ff. zu verweisen.

Die für die gesellschaftsrechtliche Gesamthand kennzeichnenden Vorschriften, darunter in erster Linie diejenigen der §§ 718–720 aF über das Gesellschaftsvermögen und dessen gesamthänderische Bindung sowie des § 738 Abs. 1 S. 1 aF über die Anwachsung des Anteils eines ausscheidenden Gesellschafters bei denjenigen der übrigen Gesellschafter, wurden in den Entwurf des BGB erst von der 2. Kommission aufgenommen.<sup>579</sup> Dadurch wurde die im 1. Entwurf als bloßes Schuldverhältnis (*societas*), ggf. verbunden mit Bruchteilseigentum der Gesellschafter, ausgestaltete Rechtsform der GbR<sup>580</sup> zur Gesamthandsgemeinschaft erweitert.<sup>581</sup> Nach den Vorstellungen der Gesetzesverfasser sollten die Änderungen dazu dienen, mit der Rechtsfigur der Gesamthand die Grundlage für ein der Verfolgung des gemeinsamen Zwecks dienendes **Sondervermögen der GbR** zu schaffen und dessen Bestand gegenüber dem Zugriff einzelner Gesellschafter und ihrer Privatgläubiger abzusichern. Diesem vermögensrechtlichen Zweck trug neben dem Ausschluss von Verfügungen der Gesellschafter über ihren „Anteil“ an den einzelnen Vermögensgegenständen einerseits die Vorschrift des § 736 ZPO aF über das Erfordernis eines Titels gegen alle Gesellschafter zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen Rechnung, andererseits die Regelungen des § 725 aF über das Sonderkündigungsrecht des Privatgläubigers eines Gesellschafters zur Ermöglichung des Zugriffs auf den Anteilswert sowie diejenigen der §§ 730 ff. aF über die Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens nach Auflösung der Gesellschaft unter vorrangiger Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden. Auch die Vorschrift des § 714 aF über die Vertretungsmacht der geschäftsführenden Gesellschafter war ersichtlich nicht im Sinne einer Organstellung für den Personenverband der Gesellschafter als solchen (die Gruppe) konzipiert, sondern als Befugnis, „die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten“.

Aufgrund der Verweisung in § 105 Abs. 3 HGB, § 161 Abs. 2 HGB wurde die Gesamthandsstruktur im Grundsatz auch für die **Personenhandelsgesellschaften** übernommen. Dies geschah zwar mit der Maßgabe, dass deren Behandlung als am Rechtsverkehr unter eigener Firma und mit eigenen Organen teilnehmender **Personenverband** in den §§ 124–127 HGB aF abweichend vom GbR-Recht ausdrücklich geregelt wurde. An der Gesamthandsstruktur auch von OHG und KG als den handelsrechtlichen Sonderformen der Personengesellschaft bestand jedoch kein Zweifel. Zugleich haben die neueren Entwicklungen auch im Recht der GbR (→ Rn. 220 ff.) dazu geführt, entgegen der deutlichen Unterscheidung im BGB und HGB des Jahres 1900 zwischen GbR einerseits, OHG und KG andererseits, die Rechts- und Parteifähigkeit auch der Außen-GbR anzuerkennen und sie damit insoweit den Personenhandelsgesellschaften gleichzustellen. Die Sondervorschrift des **§ 124 HGB aF** hatte sich damit zu einer auch für die Außen-GbR maßgeblichen, das Wesen der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand definierenden **Grundlagennorm** entwickelt. **Unverändert** blieb jedoch der Charakter der (Außen-)GbR als **Schuldverhältnis der Gesellschafter** mit gesamthänderisch strukturierter Organisation, der auch die Personengesellschaften des Handelsrechts (OHG und KG) prägte. Die Vorschriften der §§ 718–720 aF blieben unverändert maßgebend für die Strukturierung des Gesellschaftsvermögens und dessen gesamthänderische Bindung. Entsprechendes galt für das in § 738 Abs. 1 S. 1 aF verankerte Prinzip der An- und Abwachsung beim Ausscheiden oder Neueintritt eines Gesellschafters. Für eine isolierte Verfügung von Gesellschaftern über ihren „Anteil am Gesellschaftsvermögen“ (§ 719 Abs. 1 aF) ohne gleichzeitige Übertragung der Mitgliedschaft als solcher war kein Raum.

**2. Entwicklung bis zum MoPeG.** Die in → 8. Aufl. 2020, Rn. 304 ff. im Einzelnen nachgezeichnete Entwicklung führte, ausgehend vom historischen Normtext, von der traditionellen Gesamthandslehre – mit gewissermaßen wörtlicher („gesetzestreuer“) Interpretation der (historischen) Gesetzesregeln – zu der von *Flume* begründeten und auch in diesem Kommentar seit dessen erster Auflage,<sup>582</sup> von *Ulmer* maßgeblich vorgebrachten sog. **Gruppenlehre**, welche die Außengesellschaft selbst als rechtsfähig anerkannte. *Flume*<sup>583</sup> knüpfte an eine von *Otto v. Gierke* schon vor Verabschiedung des BGB entwickelte, damals jedoch nicht auf Zustimmung gestoßene Ansicht an,

<sup>579</sup> *Wächter*, Die Aufnahme der Gesamthandsgemeinschaften in das Bürgerliche Gesetzbuch, 2002, 243 ff.; vgl. auch schon *Flume* ZHR 136 (1972), 177 ff.; *Flume* BGB AT I 1 § 1 II mN.

<sup>580</sup> Vgl. näher *Wächter*, Die Aufnahme der Gesamthandsgemeinschaften in das Bürgerliche Gesetzbuch, 2002, 115 ff.; *Flume* BGB AT I 1 § 1 II.

<sup>581</sup> Eingehend *Wächter*, Die Aufnahme der Gesamthandsgemeinschaften in das Bürgerliche Gesetzbuch, 2002, 243 ff.; dazu auch *Flume* BGB AT I 1 § 1 II.

<sup>582</sup> → 1. Aufl. 1980, Rn. 130 ff.; vgl. zuvor schon *Schünemann*, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft, 1975, 110 ff., 148 ff.

<sup>583</sup> *Flume* ZHR 136 (1972), 177 ff.; sodann *Flume* BGB AT I 1 § 4 II; vgl. zuvor auch schon *Fabricius*, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963, 158 ff.

wonach die gesamthänderische Gesellschaft bürgerlichen Rechts sich als eine auf personenrechtlicher Verbundenheit beruhende Personenmehrheit darstelle, die durch das Gesamthandsprinzip zu einer **Personeneinheit** werde.<sup>584</sup> Vor diesem Hintergrund zeigte *Flume* auf, dass als **Rechtssubjekt** nicht nur OHG und KG, sondern auch die gesamthänderisch strukturierte GbR in Gestalt der gesellschaftsvertraglich zu einer „Gruppe“ verbundenen Gesellschafter anzusehen sei, ein Rechtssubjekt, das hinsichtlich seiner Rechtsfähigkeit den Regeln des § 124 HGB aF unterliege.<sup>585</sup> Das Gesamthandsprinzip erschöpfe sich nicht in der Bündelung der gemeinsamen Vermögensgegenstände zu einem Sondervermögen, sondern eröffne der Gesamthand als Personenverband in Gestalt ihrer Gesellschafter oder der für sie handelnden Geschäftsführer zugleich auch die Teilnahme am Rechtsverkehr. **Zuordnungsobjekt** für das Gesamthandsvermögen und Haftungsschuldner waren aus dieser Sicht nicht die Gesellschafter „in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit“, sondern die Gesamthand (Gruppe) als solche, dh als Personenverband unabhängig von dessen jeweiliger Zusammensetzung.

**221** Im **Schrifttum** zum Gesellschaftsrecht begann sich die Gruppenlehre alsbald durchzusetzen.<sup>586</sup> An diese hL konnte schließlich auch der **BGH** – nach diversen Zwischenschritten – mit seinem Urteil in Sachen „ARGE Weißes Ross“ anknüpfen und ihr dadurch endgültig zum Durchbruch verhelfen.<sup>587</sup> Dieses **Grundsatzurteil vom 29.1.2001**<sup>588</sup> erklärte die Außen-GbR kraft richterlicher Rechtsfortbildung ausdrücklich und uneingeschränkt für **rechts- und parteifähig** und verabschiedete damit die traditionelle Lehre endgültig.<sup>589</sup> Das Urteil wurde lebhaft diskutiert und überwiegend zustimmend kommentiert (ausführlich → 8. Aufl. 2020, Rn. 309).<sup>590</sup> Auch das **BVerfG** hat das Grundsatzurteil in der Folgezeit zustimmend zur Kenntnis genommen und sich zugleich für die **Grundrechtsfähigkeit** der GbR ausgesprochen.<sup>591</sup>

**222** In der **Gesetzgebung** hat diese Entwicklung schon vor dem MoPeG punktuell ihren Niederschlag gefunden. So unterscheidet die im Jahr 2000 in das BGB aufgenommene und durch das MoPeG nicht veränderte Vorschrift des **§ 14 Abs. 1** für den Begriff des Unternehmers zwischen natürlichen Personen, juristischen Personen und **rechtsfähigen Personengesellschaften**; eine entsprechende Differenzierung zwischen den beiden letztgenannten Rechtssubjekten findet sich bereits seit 1996 in **§ 1059a** betreffend die Übertragbarkeit des Nießbrauchs. Die Vorschrift des **§ 191 UmwG aF** rechnete schon seit 1994 zu den aus einem Formwechsel hervorgehenden „Rechtsträgern neuer Rechtsform“ in Abs. 2 Nr. 1 auch die GbR (zur Umwandlungsfähigkeit der GbR seit dem MoPeG → Rn. 15 ff.). Nach **§ 7 Nr. 3 MarkenG 1994** können auch rechtsfähige Personengesellschaften Inhaber eingetragener Marken sein. Schließlich bestimmte **§ 11 Abs. 2 InsO aF** seit 1994, dass ein Insolvenzverfahren auch über das Vermögen einer „Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit“, darunter neben OHG und KG auch dasjenige einer GbR, eröffnet werden kann; durch das MoPeG wurde die Nomenklatur allgemein (zB auch in §§ 15, 15a InsO) angepasst in „rechtsfähige Personengesellschaft“. Auch wenn also die Terminologie der zitierten Regelungen ursprünglich noch schwankte, war doch schon vor dem MoPeG (→ Rn. 220 f.) unverkennbar, dass die (Außen-)GbR vom Gesetzgeber seit 1994 zunehmend als Rechtssubjekt angesehen wurde. Zu diesen Normen gehörten sodann auch **§ 162 Abs. 1 S. 2 HGB aF**, der klarstellte, dass die GbR Kommanditanteile halten kann, und **§ 899a aF** und **§ 47 Abs. 2 GBO aF** aus denen sich ergab, dass die GbR auch Träger von Immobilienrechten sein kann.

## II. Gesetzliche Anerkennung der Rechtsfähigkeit durch das MoPeG

**223** **1. Grundlagen.** Wie schon in Rn. 185 ff. dargestellt, geht das BGB seit dem MoPeG (→ Vor § 705 Rn. 31) in den §§ 705–739 vom Regelfall der **Außengesellschaft** als **rechtsfähige Perso-**

<sup>584</sup> O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht I, 1895 – Nachdruck 1936, 671 ff.

<sup>585</sup> *Flume* ZHR 136 (1972), 177 (187 ff.); *Flume* BGB AT I 1 § 4 I und II.

<sup>586</sup> Vgl. nur *K. Schmidt* GesR § 8 III; *K. Schmidt* GesR § 58 IV; *Wiedemann* WM-Sonderbeil. 4/1994, 4 ff.; wN bei *Ulmer* AcP 198 (1998), 114 Fn. 6; *Hueck* FS Zöllner, 1998, 275 (277) Fn. 9; aus neuerer Zeit s. die Darstellung von *K. Schmidt* AcP 209 (2009), 181 und *Beuthien* NZG 2011, 481 mit einem Versuch, die Gruppenlehre zu „entzaubern“, ohne freilich ihren Ergebnissen zur Rechtsfähigkeit zu widersprechen.

<sup>587</sup> So der einhellige Stand in den Kommentaren zu § 705, vgl. *Staudinger/Habermeier*, 2003, Vor §§ 705–740 Rn. 8; *BeckOK BGB/Schöne* Rn. 13, 16 f.; *Grüneberg/Sprau* Rn. 24; *Wertenbruch* in *Westermann/Wertenbruch* PersGesR–HdB I. Teil § 32 Rn. 786 ff.; ferner nur *Wiedemann* GesR II § 7 III 2.

<sup>588</sup> BGHZ 146, 341 (344 ff.) = NJW 2001, 1056 – ARGE Weißes Ross; ebenso dann BGH NJW 2002, 1207 (Folgeentscheidung); BGHZ 148, 291 (293 f.) = NJW 2001, 3121; BGHZ 151, 204 (206) = NJW 2002, 3539; BGHZ 154, 88 (94) = NJW 2003, 1445 ua.

<sup>589</sup> Der „soweit“-Zusatz im 1. Ls. steht nicht entgegen; → 8. Aufl. 2020, Rn. 318.

<sup>590</sup> S. nur *K. Schmidt* NJW 2001, 993; *Ulmer* ZIP 2001, 585; rückblickend *Schäfer* NJW 2017, 3089.

<sup>591</sup> BVerfG NJW 2002, 3533 bezogen auf die Eigentumsgarantie und die Verfahrensgrundrechte der Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 103 Abs. 1 GG; krit. dazu *Stürmer* JZ 2003, 44 f.