

II Die Gesellschafter

1 Allgemeines

Die GbR muss wie jede Personengesellschaft aus mindestens zwei Personen bestehen. Eine GbR als Ein-Mann-Gesellschaft gibt es nicht.¹⁶⁷ 55

Gesellschafter kann **jede natürliche oder juristische Person** sein; aber auch eine **Vor-GmbH**,¹⁶⁸ eine **OHG**, eine **KG** oder eine **EWIV**¹⁶⁹ kann sich an einer GbR beteiligen.

Nach der Rechtsprechung des BGH kann eine GbR ihrerseits Gesellschafterin in einer anderen GbR sein.¹⁷⁰ Dem ist zuzustimmen. Weder bei Innen- noch bei Außengesellschaften¹⁷¹ wird die Klärung der Beteiligungsverhältnisse dadurch über Gebühr erschwert, dass man es mit einer „verschachtelten“ statt mit einer „einfachen“ GbR zu tun hat.

Entsprechendes gilt für die Beteiligung eines **nicht rechtsfähigen Vereins**.¹⁷²

Nach einhelliger Meinung kann eine **Erbengemeinschaft** nicht Gesellschafter einer GbR sein.¹⁷³ Allerdings können die Miterben im Zuge der Auseinandersetzung oder neben der Erbengemeinschaft eine – von der Erbengemeinschaft völlig unabhängige – GbR bilden, z.B. zum Zwecke der gemeinsamen Verwaltung eines ererbten Grundstücks.¹⁷⁴

¹⁶⁷ H.M.; a.A. Baumann, Die Einmann-Personengesellschaft, BB 1998, 225 m.w.N.

¹⁶⁸ BGH, Urteil v. 9.3.1981, II ZR 54/80, BGHZ 80, 129 = NJW 1981, 1373.

¹⁶⁹ In dem Rahmen, in dem sich die EWIV überhaupt an anderen Unternehmen beteiligt; siehe auch Rn. 15.

¹⁷⁰ Siehe dazu oben Rn. 13; siehe auch Rn.13a zur Beteiligung der GbR an einer OHG oder KG.

¹⁷¹ Siehe Rn. 45.

¹⁷² Ulmer, § 705 Rn. 80.

¹⁷³ BGH, Urteile v. 22.11.1956, II ZR 222/55, BGHZ 22, 186 = NJW 1957, 180 und v. 10.2.1977, II ZR 120/75, BGHZ 68, 225 = NJW 1977, 1339; K. Schmidt, GesR, § 45 V 3 a; Ulmer, § 705 Rn. 81; Westermann, Rn. 169; siehe auch Rn. 514 f.

¹⁷⁴ Ulmer, § 705 Rn. 81.

2 Ehegatten und Kinder als Gesellschafter

2.1 Beteiligung von Ehegatten

- 56 Bei der Aufnahme von Ehegatten in eine Gesellschaft sind die güterrechtlichen Regelungen zu beachten.

Eine verheiratete Person, die im Güterstand der **Zugewinnngemeinschaft** lebt, benötigt zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrags oder zum Eintritt in eine Gesellschaft die **Zustimmung des Ehepartners**, wenn sie sich verpflichten will, ihr ganzes oder nahezu ganzes Vermögen – oder auch nur einzelne Gegenstände, die das Vermögen im Wesentlichen ausmachen – in die Gesellschaft einzubringen (§ 1365 Abs. 1 BGB).¹⁷⁵ Sofern die übrigen Gesellschafter wissen, dass es sich um das gesamte oder nahezu das ganze Vermögen des verheirateten Mitgesellschafters handelt, ist der Gesellschafts- oder Beitrittsvertrag ohne diese Zustimmung unwirksam.¹⁷⁶ Entsprechendes gilt für etwaige spätere Verfügungen über die Beteiligung.¹⁷⁷

- 57 Dieser Punkt ist unproblematisch, wenn beide Ehepartner an der Gesellschaft beteiligt sind. Will sich nur ein Ehepartner beteiligen, wird die Rechtslage vereinfacht, wenn die Eheleute vorher **Gütertrennung** vereinbaren. Bei Gütertrennung ist der Ehepartner keinen Verfügungsbeschränkungen unterworfen. Darüber hinaus sind damit auch spätere Ausgleichsforderungen in Bezug auf einen Zugewinn am Gesellschaftsvermögen ausgeschlossen. Bei späteren Änderungen des Gesellschaftsvertrags, bei Auflösung der Gesellschaft oder bei Kündigung stellt sich die Frage nach der Zustimmung des Ehepartners nicht. Wer keine Gütertrennung vereinbaren will, kann durch **notariellen Ehevertrag** die Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB ausschließen.¹⁷⁸ Dies ist vorzuziehen, weil bei einer Gütertrennung Vorteile der Zugewinnngemeinschaft, insbesondere erbschaftsteuerrechtlicher Art, verloren gehen.¹⁷⁹
- 58 Leben die Eheleute im Güterstand der **Gütergemeinschaft**, kann sich ein Ehegatte mit Mitteln seines Vorbehaltsguts ohne Weiteres beteiligen.¹⁸⁰

¹⁷⁵ BGH, Beschluss v. 28.4.1961, V ZB 17/60, BGHZ 35, 135 = NJW 1961, 1301; Urteil v. 25.6.1980, IV b ZR 516/80, BGHZ 77, 293 = NJW 1980, 2350.

¹⁷⁶ BGH, Urteil v. 23.6.1983, IX ZR 47/82, NJW 1984, 609; Ulmer, § 705 Rn. 73 u. 341.

¹⁷⁷ Siehe dazu Rn. 476 ff.

¹⁷⁸ Formulierungsvorschläge dazu bei: Arens, § 1 Rn. 16.

¹⁷⁹ Westermann, Rn. 150; vgl. auch Westermann/Crezelius, Rn. 12.

¹⁸⁰ BGH, Urteil v. 10.7.1975, II ZR 154/72, BGHZ 65, 79 = NJW 1975, 1774.

Der Ehepartner braucht nicht mitzuwirken. Die erworbene Beteiligung wird ebenfalls Vorbehaltsgut (§ 1418 Abs. 2 Nr. 3 BGB).

Beteiligt er sich – die Zustimmung des Ehepartners (§ 1421 BGB) vorausgesetzt – aus Mitteln des Gesamtguts, so wird die Beteiligung aus zwei Gründen nicht zum Gesamtgut:

- Ein und derselbe Gegenstand kann nicht zugleich mehreren Gesamthandsgemeinschaften – hier der GbR und der Gütergemeinschaft – angehören.
- Diejenigen Gegenstände sind vom Gesamtgut ausgeschlossen, die – wie ein GbR-Anteil (§ 719 Abs. 1 BGB) – nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können.

Die Beteiligung wird vielmehr Sondergut des Ehegatten, auf dessen Namen sie erworben wurde. Dieser hat sie auf Rechnung des Gesamtguts zu verwalten (§ 1417 BGB).

2.2 Beteiligung minderjähriger Kinder

Da sich jede natürliche Person an einer GbR beteiligen kann, können auch Kinder Gesellschafter sein, obwohl sie geschäftsunfähig oder nur beschränkt geschäftsfähig sind. 59

Geschäftsunfähig sind Kinder bis zur Vollendung des 7. Lebensjahres (§ 104 Nr. 1 BGB). Sie können nur durch ihren gesetzlichen Vertreter handeln. Kinder sind von der Vollendung des 7. Lebensjahres bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres **beschränkt geschäftsfähig**. Sie bedürfen der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, da sie hinsichtlich der Beteiligung an einer Gesellschaft nicht nur rechtliche Vorteile erlangen (§§ 107, 108 Abs. 1 BGB).

Wenn ein Elternteil selbst an der Gesellschaft beteiligt ist – wie es bei der Familiengesellschaft regelmäßig der Fall sein wird –, können die **Eltern als gesetzliche Vertreter** den Minderjährigen wegen des Verbots des Selbstkontrahierens beim Abschluss und bei späteren Änderungen des Gesellschaftsvertrags nicht vertreten. Es muss daher ein **Pfleger** bestellt werden (§ 1909 Abs. 1, § 1629 Abs. 2 Satz 1, §§ 1795, 181 BGB).¹⁸¹ Eine **Dauerpflegschaft** ist für den minderjährigen Gesellschafter allerdings **nicht erforderlich**. Der gesetzliche Vertreter ist bei Gesellschafterbeschlüssen über 60

¹⁸¹ BGH, Urteil v. 20.9.1962, II ZR 209/61, BGHZ 38, 26, 31 = NJW 1962, 2344; Happ/Möhrle, Münchener Handbuch 1, § 5 Rn. 58; Sudhoff, Personengesellschaften, S. 10; Ulmer, § 705 Rn. 69 ff.

Maßnahmen der Geschäftsführung und andere Gesellschafterangelegenheiten im Rahmen des bestehenden Gesellschaftsvertrags nicht durch das Verbot des Selbstkontrahierens gehindert, sowohl im eigenen Namen wie auch als Vertreter des minderjährigen Gesellschafters mitzuwirken.¹⁸²

- 61 Sofern der Zweck der Gesellschaft auf den **Betrieb eines Erwerbsgeschäftes** gerichtet ist, ist bei der Beteiligung von minderjährigen Kindern in jedem Fall die Genehmigung des Familien- bzw. **Vormundschaftsgerichts** erforderlich (§ 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 BGB). Der Begriff des „Erwerbsgeschäftes“ erfasst über die Handelsgewerbe des HGB hinaus jede handwerkliche, landwirtschaftliche, freiberufliche oder künstlerische auf Erwerb gerichtete Tätigkeit. Darunter fallen auch Verwaltungs- und Verpachtungsgesellschaften. War zunächst keine Genehmigung erforderlich, weil die GbR ursprünglich einen anderen Zweck verfolgte, so muss ein späterer Übergang zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden.¹⁸³

Ohne familien- oder vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gibt es im Übrigen keine steuerliche Anerkennung der **Mitunternehmerschaft**. Die Genehmigung wirkt zivilrechtlich auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurück. Diese Rückwirkung wird steuerlich nur anerkannt, wenn die Genehmigung unverzüglich nach Vertragsabschluss beantragt und in angemessener Frist erteilt wurde.¹⁸⁴

Nach h.M ist auch das **Ausscheiden** des Minderjährigen aus einer Erwerbsgesellschaft genehmigungspflichtig, nicht dagegen jede spätere **Änderung des Gesellschaftsvertrags**¹⁸⁵ – es sei denn, sie begründet eine Verpflichtung, die aus anderen Gründen genehmigungsbedürftig ist (z.B. nach § 1821 Nr. 4 BGB die Einbringung eines Grundstücks).

- 61a Bei der Beteiligung Minderjähriger ist zu bedenken, dass sie mit Eintritt der Volljährigkeit die Gesellschaft kraft Gesetzes fristlos kündigen können (§ 723 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 BGB),¹⁸⁶ jedenfalls aber nur noch beschränkt

¹⁸² BGH, Beschluss v. 18.9.1975, II ZB 6/74, BGHZ 65, 93, 95 = NJW 1976, 49.

¹⁸³ BayObLG, Beschluss v. 26.7.1979, BReg 1 Z 49/79, DB 1979, 2314; Ulmer, § 705 Rn. 70.

¹⁸⁴ BFH, Urteile v. 8.11.1972, I R 227/70, BStBl. 1973 II S. 287 und v. 1.2.1973, IV R 49/68, BStBl. 1973 II S. 307.

¹⁸⁵ BGH, Urteil v. 26.1.1961, II ZR 240/59, NJW 1961, 724 und NJW 1962, 2344; Ulmer, § 705 Rn. 71; Happ/Möhrle, Münchener Handbuch 1, § 5 Rn. 75; Soergel/Hadding, § 705 Rn. 21; a.A. z.B. Erman/Holzhauser, § 1822 Rn. 20.

¹⁸⁶ Siehe unten Rn. 609a.

für die vorher begründeten Verbindlichkeiten haften (§ 1629a BGB). Beides können die Gesellschafter nur ausschließen, wenn der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb des von der Gesellschaft zu führenden Erwerbsgeschäfts ermächtigt und das Vormundschaftsgericht dies genehmigt (§ 112 BGB).¹⁸⁷

Von Haftungsbegrenzung und Kündigungsmöglichkeit sind nur solche Gesellschaftsbeteiligungen eines Minderjährigen gesetzlich ausgenommen, „die allein der Befriedigung seiner persönlichen Bedürfnisse dienen“ (§ 1629a Abs. 2 letzter Halbsatz BGB). Dieser Ausnahmetatbestand, bei dem der Gesetzgeber als Beispiel an die Gründung einer Musikgruppe gedacht hatte, dürfte kaum praktische Bedeutung erlangen.¹⁸⁸

3 Treuhand

Es ist zulässig und in der Praxis nicht selten, die Verwaltung eines Gesellschaftsanteils einem Treuhand¹⁸⁹ zu übertragen (Verwaltungstreuhand) – sei es von Anfang an bei der Gründung der Gesellschaft oder später durch Übertragung des Anteils¹⁹⁰ auf den Treuhand.

Treuhandverhältnisse werden begründet, wenn der eigentlich Beteiligte aus eigennützigen oder uneigennützigen Gründen nicht in Erscheinung treten will, oder weil mehrere Beteiligte ihre Anteile zusammen verwalten lassen wollen.

Beispiel

Die Erben eines Gesellschaftsanteils setzen den Testamentsvollstrecker als Treuhand ein.¹⁹¹

Materiell-rechtlich steht die Beteiligung dem Treugeber zu, jedoch werden die Gesellschafterrechte und -pflichten nach außen hin vom Treuhand ausgeübt. Dieser ist im Verhältnis zu den Gesellschaftern wie auch gegenüber Dritten Gesellschafter. Dabei spielt es keine Rolle, inwieweit er sich

¹⁸⁷ Siehe dazu Behnke, Minderjährige als Gesellschafter – Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz und Beratungspraxis, NZG 1999, 244, 246.

¹⁸⁸ Behnke, a.a.O., 245.

¹⁸⁹ Vgl. Beuthin, Treuhand an Gesellschaftsanteilen, ZGR 1974, 26 ff.; K. Schmidt, GesR, § 61 III; Ulmer, § 705 Rn. 84 ff.

¹⁹⁰ Siehe Rn. 504 ff.

¹⁹¹ Siehe Rn. 539 ff.

im Innenverhältnis gegenüber dem Treugeber gebunden hat. Da der Treugeber allerdings wirtschaftlich Inhaber der Gesellschaftsbeteiligung ist, können ihm auch Kontroll- und Anweisungsrechte direkt gegenüber der Gesellschaft eingeräumt werden.¹⁹²

- 63 Soweit der Gesellschaftsanteil nach dem Gesellschaftsvertrag nicht frei übertragbar ist, können Treuhandverhältnisse nur mit Zustimmung aller Gesellschafter begründet werden.¹⁹³ Eine Treuhand entsteht auch, wenn ein Gesellschafter seinen Anteil nur wirtschaftlich „überträgt“ und fortan als Treuhänder in der Gesellschaft bleibt, weil der Erwerber nicht in Erscheinung treten will (verdeckte Treuhand). Da hier formal nicht über den Gesellschaftsanteil verfügt wurde, ist eine Zustimmung der Mitgesellschafter zur wirksamen Begründung der Treuhand nicht erforderlich. Allerdings wird der Gesellschafter in der Regel gegen die gesellschaftliche Treuepflicht verstoßen, wenn er ohne Kenntnis und Zustimmung der Mitgesellschafter handelt.

¹⁹² BGH, Urteil v. 13.5.1953, II ZR 157/52, BGHZ 10, 44, 50 = NJW 1953, 1548.

¹⁹³ Siehe Rn. 505.

III Gründung einer GbR

1 Gesellschaftsvertrag

1.1 Inhalt

Die GbR entsteht durch Vertrag zwischen den Gesellschaftern. 64

Der Gesellschaftsvertrag muss mindestens enthalten, dass die Gesellschafter sich zur Förderung eines gemeinsamen Zweckes zusammenschließen und dazu die vereinbarten Beiträge leisten. Alle weiteren Einzelheiten der vermögensrechtlichen und personellen Organisation der GbR sind im Gesetz geregelt. Die Vorschriften sind aber nicht zwingend und meist bei Erwerbsgesellschaften (unternehmenstragenden Gesellschaften) auch nicht ausreichend. Die Gesellschafter können die **innere Organisation** der GbR abweichend von den gesetzlichen Regeln ausgestalten und so ihre Gesellschaft den Umständen des Einzelfalles und ihren besonderen Wünschen anpassen. Insbesondere können sie die Gesellschaft im Innenverhältnis, vor allem hinsichtlich der vermögensrechtlichen Beteiligung¹⁹⁴ sowie der Geschäftsführung und ihrer Überwachung,¹⁹⁵ nach dem **Vorbild der Handelsgesellschaft** ausrichten.

In jedem Fall sollte ein GbR-Vertrag neben der Aufzählung der Beteiligten folgende Punkte regeln.¹⁹⁶ 65

- Die Bestimmung des **Gesellschaftszwecks**,
- die **Beiträge**, die die Partner zu erbringen haben,
- das **Beteiligungsverhältnis**,
- die **Gewinn- und Verlustverteilung**,
- das **Entnahmerecht**,
- die „**Organe**“, die die Geschäfte führen und die GbR vertreten, und ggf. solche, die die Geschäftsführung überwachen,
- je nach Größe der Gesellschaft Vorschriften über die **Willensbildung** (z.B. Gesellschafterversammlung, Beschlussfassung, Stimmrecht),
- die Bestimmungen zur **Sicherung des Fortbestandes**, z.B. bei Kündigung oder Tod eines Gesellschafters,
- die Modalitäten der **Auseinandersetzung** und der **Auflösung**.

¹⁹⁴ Siehe Rn. 157.

¹⁹⁵ Siehe Rn. 309 ff. und 359 ff.

¹⁹⁶ Siehe Checkliste S. 456

- 66 Für Arbeitsgemeinschaften im **Baugewerbe**¹⁹⁷ haben der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie und der Zentralverband des Deutschen Baugewerbes einen ausführlichen Mustervertrag herausgegeben.¹⁹⁸ In erster Linie für Großvorhaben gedacht, enthält er eine vollständige Kodifizierung des Rechts der ARGE, so dass die gesetzlichen Vorschriften für die GbR nur noch ergänzend hinzuzuziehen sind.¹⁹⁹

1.2 Form

1.2.1 Grundsatz: Formfreiheit

- 67 Für den Gesellschaftsvertrag ist keine besondere Form vorgeschrieben. Er kann stillschweigend und durch schlüssiges Verhalten zustande kommen.²⁰⁰

Beispiel

Die Gesellschafter haben zwar den Abschluss eines schriftlichen Gesellschaftsvertrags vorgesehen, haben aber ihre gemeinsame Geschäftstätigkeit ohne Rücksicht darauf schon vorher begonnen.²⁰¹

Unter Familienmitgliedern wird oft eine stillschweigende Übereinstimmung bei der Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes festzustellen sein.

1.2.2 Empfehlung: Schriftform

- 68 Soll allerdings ein Erwerbsunternehmen geführt werden – sei es auch klein –, empfiehlt es sich, den Gesellschaftsvertrag in jedem Fall **schriftlich** abzufassen. Dies ist aus Gründen der Rechtssicherheit und der Festlegung der benötigten funktionsfähigen Organisation ratsam.

Die überwiegende Zahl der Gesellschaftsverträge wird schriftlich abgefasst. Die Schriftform hat Klarstellungsfunktion und zwingt darüber hinaus die Beteiligten bereits bei Abschluss des Vertrags, ihre Vorstellungen deutlich zu formulieren. Sind Familienangehörige beteiligt, ist mitunter zu beobachten, dass eine gewisse Scheu zur vollständigen Formulierung

¹⁹⁷ Siehe Rn. 41.

¹⁹⁸ Wiesbaden 1987.

¹⁹⁹ Vgl. für eine kleinere ARGE das Vertragsmuster H.

²⁰⁰ BGH, Urteil v. 14.12.1998, II ZR 360/97, NZG 1999, 498; Happ/Möhrle, Münchener Handbuch I, § 5 Rn. 51; K. Schmidt, GesR, § 59 I 2 a; Ulmer, § 705 Rn. 32; Westermann, Rn. 121 ff.

²⁰¹ BGH, Urteil v. 28.11.1953, II ZR 188/52, BGHZ 11, 190 = NJW 1954, 231.

besteht. Sollen im Vertragstext Rechtsfolgen für Konfliktsituationen formuliert werden, so sind diese zu erörtern. Es sei davor gewarnt, aus falsch verstandener Rücksichtnahme und wegen familiärer Abhängigkeiten Konfliktfragen auszuklammern und ihre Lösung der Zukunft zu überlassen.

1.2.3 Notarielle Beurkundung in Sonderfällen

Eine notarielle Beurkundung ist dann notwendig, wenn Gesellschafter 69 Vermögensgegenstände einbringen, zu deren Übertragung sie sich nur in Form notarieller Beurkundung verpflichten können.²⁰²

Beispiel

Einbringung

- eines Grundstücks (§ 313 BGB)²⁰³ oder einer Eigentumswohnung (§ 4 Abs. 3 WEG) zu Eigentum,
- eines GmbH-Anteils (§ 15 Abs. 4 GmbHG),
- des ganzen Vermögens eines Gesellschafters (§ 311 BGB).

Dabei ist es gleichgültig, ob bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags das betreffende Vermögenobjekt dem Gesellschafter schon gehört oder von ihm erst noch erworben werden soll. Formbedürftig ist die Verpflichtung, den betreffenden Vermögensgegenstand der Gesellschaft zu übertragen.

Wird dagegen das Grundstück oder der GmbH-Anteil nur **zur Benutzung** oder dem Werte nach eingebracht,²⁰⁴ so ist der Vertrag nicht formbedürftig.²⁰⁵

Auch eine **Verpflichtung zum Erwerb eines Grundstücks** ist notariell 70 zu beurkunden (§ 311b BGB). Gehört daher zum Gegenstand der Gesellschaft der Erwerb eines konkreten oder zumindest konkretisierbaren Grundstücks, so muss der Vertrag notariell beurkundet werden.²⁰⁶ Dagegen ist ein Gesellschaftsvertrag, der ganz generell den Erwerb von Grundstücken zum Gegenstand hat, nicht schon formbedürftig,²⁰⁷ ebenso

²⁰² Vgl. Happ/Möhrle, Münchener Handbuch 1, § 5 Rn. 52; K. Schmidt, GesR, § 59 I 2 a; Westermann, Rn. 126; Ulmer, § 705 Rn. 36. Zur Formbedürftigkeit eines Vorvertrags siehe unten Rn. 74.

²⁰³ BGH, Urteil v. 9.12.1971, II ZR 33/68, BGHZ 58, 72 = NJW 1971, 480.

²⁰⁴ Siehe Rn. 128.

²⁰⁵ BGH, Urteile v. 9.10.1974, IV ZR 164/73, NJW 1974, 2278 und v. 16.3.1998, II ZR 323/96, BB 1998, 1279.

²⁰⁶ Ulmer, § 705 Rn. 36.

²⁰⁷ Ulmer, § 705 Rn. 39; BGH, Urteil v. 10.4.1978, II ZR 61/77, NJW 1978, 2505; Westermann, Rn. 127.

wenig ein Vertrag, der den Zweck einer Grundstücksgesellschaft mit „Verwaltung und Verwertung“ beschreibt.²⁰⁸

- 71 Nicht formbedürftig ist auch eine Regelung, wonach ein Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen, zu dem auch ein Grundstück gehört, gegen Zahlung einer Abfindung an die ausscheidenden Gesellschafter **übernimmt**. Bei Ausscheiden aller anderen Gesellschafter wächst dem verbleibenden Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen an, ohne dass es einer Einzelübertragung bedarf.²⁰⁹
- 72 Wenn ein Gesellschafter unentgeltlich beteiligt wird, kann ein **formbedürftiges Schenkungsversprechen** vorliegen (§ 518 Abs. 1 BGB).²¹⁰ Allerdings muss man in dem Beitritt zu einer Außengesellschaft²¹¹ einschließlich der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen und der Haftung nach außen den Vollzug der Schenkung sehen, der den Formmangel jedenfalls heilt (§ 518 Abs. 2 BGB).²¹²

Notariell beurkundet werden muss auch ein Vorvertrag, in welchem die Gesellschafter sich zum Abschluss eines GmbH-Vertrags verpflichten.²¹³

1.2.4 Schriftformklausel für spätere Vertragsänderungen

- 73 Was für die Schriftform bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags gesagt wurde, gilt ebenso für spätere Vertragsänderungen. Die Parteien sollten sich darauf verständigen, dass nur das geschriebene Wort gilt und dass die Vertragsänderungen unwirksam sind, für die die Schriftform nicht eingehalten wird (§ 125 Satz 2 BGB). Enthält der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmungen über die bei Änderungen einzuhaltende Form, so kann er formlos geändert werden.

Da die Gesellschafter die „Herren des Geschäftes“ sind,²¹⁴ steht es ihnen frei, eine im Gesellschaftsvertrag enthaltene Schriftformklausel für eine Vertragsänderung später zu durchbrechen, und zwar auch stillschweigend.

²⁰⁸ BGH, Urteil v. 13.2.1996, XI ZR 239/94, WM 1996, 537.

²⁰⁹ BGH, Urteile v. 19.5.1960, II ZR 72/59, BGHZ 32, 307, 317 = NJW 1960, 1664 und v. 13.12.1965, II ZR 10/64, NJW 1966, 827.

²¹⁰ BGH, Urteil v. 2.7.1990, II ZR 243/89, NJW 1990, 2616.

²¹¹ Siehe Rn. 45.

²¹² Hamann, Münchener Handbuch 1, § 27 Rn. 14; Ulmer, § 705 Rn. 44 ff.; Westermann, Rn. 129. Anders bei der Unterbeteiligung als Innengesellschaft; siehe dazu Rn. 677.

²¹³ Siehe Rn. 42, 50, 74.

²¹⁴ Ulmer, § 705 Rn. 49 ff.

Der BGH sieht großzügig in einer formlos beschlossenen Vertragsänderung gleichzeitig eine stillschweigende Aufhebung der Schriftform.²¹⁵ Nach seiner Meinung haben Schriftformklauseln in Gesellschaftsverträgen im Regelfall nur Klarstellungsfunktion.²¹⁶ Diese Auffassung wird dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit nur schwer gerecht und daher vom Schrifttum überwiegend abgelehnt.²¹⁷ Jedenfalls müssen Anzeichen dafür vorhanden sein, die den Schluss zulassen, dass die Gesellschafter sich der Abweichung von der vereinbarten Form bewusst waren und diese Abweichung auch auf die Schriftformklausel erstrecken wollten.²¹⁸ Nach der Rechtsprechung des BGH kann nicht nur die Schriftformklausel stillschweigend durchbrochen werden. Auch der vertragsändernde Beschluss selbst kann durch schlüssiges Verhalten zustande kommen. Falls die Gesellschafter längere Zeit vorbehaltlos und widerspruchslos eine Praxis hingenommen haben, die in einem bestimmten Punkt vom Gesellschaftsvertrag abweicht, besteht eine tatsächliche – allerdings widerlegbare – Vermutung, dass sie den Vertrag stillschweigend abgeändert haben, und zwar auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag für solche Änderungen die Schriftform vorschreibt.²¹⁹

Um die geschilderten Rechtsunsicherheiten und tatsächlichen Vermutungen zu vermeiden, ist es ratsam, die Schriftformklausel im Vertrag so zu formulieren, dass zweifelsfrei klar ist, dass die Schriftform eine **Wirksamkeitsvoraussetzung** sein und nicht nur eine Klarstellungsfunktion haben soll. Es sollte also ausdrücklich festgelegt werden, dass auch ein Verzicht auf die Schriftform seinerseits schriftlich vereinbart werden muss, um wirksam zu sein.

Vertragsmuster →  **A § 16**

1.3 Vorvertrag

Häufig steht am Beginn einer gemeinsamen Unternehmung die Erklärung der Beteiligten, sich zu einer Gesellschaft zusammenschließen zu wollen, wobei die wesentlichen Bedingungen meist schon formuliert sind. Es ist 74

²¹⁵ BGH, Urteile v. 17.1.1966, II ZR 8/64, NJW 1966, 826, v. 7.2.1972, II ZR 169/69, BGHZ 58, 115 und BGHZ 71, 162.

²¹⁶ BGH, Urteil v. 5.2.1968, II ZR 85/67, BGHZ 49, 364 = NJW 1968, 1378.

²¹⁷ Ulmer, § 705 Rn. 50; Westermann, Rn. 151 m.w.N.

²¹⁸ So Ulmer, § 705 Rn. 51; ähnlich Westermann, Rn. 151.

²¹⁹ BGH, Urteile v. 17.1.1966, I 1 ZR 8/64, NJW 1966, 826 und v. 5.2.1990, II ZR 94/89, NJW 1990, 2684.

durch Auslegung zu ermitteln, ob hierin schon der Abschluss des Hauptvertrags zu sehen ist oder aber erst der **Abschluss eines Vorvertrags**, der für die Beteiligten nur die Verpflichtung begründet, demnächst einen anderen schuldrechtlichen Vertrag – nämlich den Hauptvertrag – abzuschließen.

Für eine beabsichtigte ARGE²²⁰ kann es hilfreich sein, zunächst einen Vorvertrag zu schließen, falls für längere Verhandlungen deshalb keine Zeit ist, da mit den Vorarbeiten für das gemeinschaftliche Angebot an den Auftraggeber bereits begonnen werden muss („Bietergemeinschaft“).

Der Vorvertrag unterscheidet sich vom Hauptvertrag im Wesentlichen dadurch, dass aus ihm nur auf Abschluss des Hauptvertrags und nicht auf Erfüllung der im Hauptvertrag begründeten Verpflichtungen geklagt werden kann.

Er muss allerdings so vollständig sein, dass der Inhalt des demnächst abzuschließenden Gesellschaftsvertrags hinreichend bestimmt oder wenigstens bestimmbar ist oder das Fehlende im Streitfall festgestellt werden kann, z.B. im Wege ergänzender Vertragsauslegung durch das Gericht.²²¹

Auch ein Vorvertrag ist nur wirksam, wenn er in der für den Hauptvertrag vorgeschriebenen Form abgeschlossen wurde.²²² Er endet mit Zustandekommen des Hauptvertrags und kann aus wichtigem Grund gekündigt werden.²²³

2 Fehlerhafte Gesellschaft

- 74a Ist eine GbR, deren Gesellschaftsvertrag aus irgendeinem Grund unwirksam ist, bereits in Vollzug gesetzt worden,²²⁴ ist sie bis zu ihrer Auflösung als wirksam entstanden zu behandeln, sofern nicht im Einzelfall überwiegende Interessen der Allgemeinheit entgegenstehen. Es würde zu unerträglichen Ergebnissen führen, eine auf Dauer angelegte und tatsächlich voll-

²²⁰ Siehe Rn. 41.

²²¹ BGH, Urteile v. 17.12.1952, II ZR 19/52, BB 1953, 97 und v. 10.11.1975, I ZR 127/73, WM 1976, 180; K. Schmidt, GesR, § 11 II 2 b; Ulmer, § 705 Rn. 177 f.

²²² K. Schmidt, GesR, § 11 II 2 b; Schücking, Münchener Handbuch 1, § 2 Rn. 31; Soergel/Hadding, § 705 Rn. 15.

²²³ BGH, Urteil v. 20.6.1958, I ZR 132/57, DB 1958, 955; Ulmer, § 705 Rn. 178.

²²⁴ Bälz, Münchener Handbuch 1, § 100; K. Schmidt, GesR, § 6; Ulmer, § 705 Rn. 323 ff.; Westermann, Rn. 750 ff.

zogene Leistungsgemeinschaft, für die Beiträge erbracht und Werte geschaffen wurden, mit rückwirkender Kraft aus dem Rechtsleben zu streichen und so zu behandeln, als ob sie niemals bestanden hätte.²²⁵

In Vollzug gesetzt ist die Gesellschaft nicht erst, wenn sie nach außen hin tätig geworden ist, sondern schon dann, wenn sie Gesellschaftsvermögen²²⁶ gebildet hat²²⁷ und damit „die vom Gesellschaftsvertrag geplante Vermögensgemeinschaft entstanden ist“.²²⁸ Die Einzelheiten sind umstritten. Hilfreich erscheint die Formel: Vollzug ist das „Ingangsetzen einer verfassten Organisation“,²²⁹ weil sie eine interessengerechte Bewertung aller Umstände des Einzelfalles zulässt, anstatt einzelne Kriterien festzuschreiben.

Die „Macht der Tatsachen“ führt dazu, dass Gründungsmängel nicht mehr nach allgemeinen Regeln geltend gemacht werden können. Die Unwirksamkeitsgründe oder eine Anfechtung wegen Irrtums oder Täuschung (§§ 119 ff. BGB) können daher nur zur **Auflösung der Gesellschaft** für die Zukunft führen. Das gilt sowohl im Außenverhältnis gegenüber Dritten (z.B. Haftung für ein der GbR gewährtes Darlehen²³⁰) als auch im Innenverhältnis unter den Gesellschaftern und auch dort, wo die Gesellschafter durch arglistige Täuschung zum Abschluss des Gesellschaftsvertrags veranlasst worden sind.²³¹

Einschränkungen sind nur dort geboten, „wo die rechtliche Anerkennung 75 des geschaffenen Zustandes mit gewichtigen Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen in Widerspruch treten würde“.

²²⁵ BGH, Urteile v. 10.12.1973, II ZR 73/72, NJW 1974, 498 und v. 12.10.1987, II ZR 251/86, NJW 1988, 1321 = DB 1988, 698.

²²⁶ Siehe Rn. 153.

²²⁷ Bälz, Münchener Handbuch 1, § 100 Rn. 154; Ulmer, § 705 Rn. 331; jeweils m.w.N.

²²⁸ So Westermann, Rn. 765.

²²⁹ K. Schmidt, GesR, § 6 III 1 a, kritisch dazu Ulmer, § 705 Rn. 331 Fn. 894.

²³⁰ BGH, Urteil v. 30.9.1982, III ZR 58/81, NJW 1983, 748 = BB 1983, 461.

²³¹ H.M.: BGH, Urteile v. 19.12.1974, II ZR 27/73, BGHZ 63, 339 und v. 16.5.1988, II ZR 6/87, NJW-RR 1988, 1379; Ulmer, § 705 Rn. 342 f.; Westermann, Rn. 784; jeweils m.w.N.