

Gesellschaft

Vorbemerkungen*

ÜBERSICHT

I. Begriff und Abgrenzung	1–19	III. Systematische Stellung der GbR	25, 26
1. Weiter Begriff der Gesellschaft	1	1. Die GbR als Grundmodell der Personalgesellschaften	25
2. Abgrenzung des weiten Begriffs	2–13	2. Gesellschaftsrechtliche Vertragsfreiheit	26
a) Fehlen eines gesellschaftsvertraglichen Zusammenschlusses	2–5	IV. Rechtliche Strukturtypen der GbR	27–40
aa) Körperschaften des öffentlichen Rechts	3	1. Dauergesellschaft und Gelegenheitsgesellschaft	27
bb) Gemeinschaft im Sinne der §§ 741 ff	4	2. Außengesellschaft und Innengesellschaft	28–32
cc) Familien- und erbrechtliche Gemeinschaften	5	a) Unterscheidung	28
b) Fehlen eines Personenzusammenschlusses	6	b) Innengesellschaft	29–31
c) Fehlen einer Zweckgemeinschaft und einer Förderungspflicht	7–13	c) Stille Gesellschaft	32
aa) Austauschverträge	8, 9	3. Unterbeteiligung	33–36
bb) Partiarische Rechtsverhältnisse	10–12	4. „Personalistische“ und „kapitalistische“ Gesellschaft	37
cc) Vertraglich begründete schlichte Rechtsgemeinschaften	13	5. Erwerbsgesellschaft und Gesellschaft ohne Unternehmen	38
3. Enger Begriff der Gesellschaft und Abgrenzung von anderen Personengemeinschaften	14–19	6. Vorgründungsgesellschaft und Vorgesellschaft	39, 40
a) Personalgesellschaften und Vereine	14, 15	a) Vorgründungsgesellschaft	39
b) Nicht eingetragener Verein	16	b) Vorgesellschaft	40
c) Gemischte Verträge	17, 18	V. Erscheinungsformen	41–59
aa) Allgemein	17	1. Im Alltagsleben	41
bb) Rechtliche Beurteilung	17 a	2. Freiberufliche Zusammenschlüsse	42
cc) Beispiele für gemischte Verträge mit gesellschaftlichen Elementen	18	3. Gewerblicher Bereich	43–46
d) Gesellschaftsähnliche Verträge?	19	a) Allgemeines	43, 44
II. Merkmale der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)	20–24	b) Arbeitsgemeinschaften („Arge“) im Baugewerbe	45
1. Die GbR (Gesamthand) als eigenes Zuordnungsobjekt	21	c) Metaverbindungen	46
2. Das Gesellschaftsverhältnis als Schuldverhältnis	22, 23	4. Wirtschaftsorganisatorischer Bereich	47–51
a) Schuldverhältnis im weiteren Sinn	22	a) Konsortien	47, 48
b) Besonderheiten	23	b) Poolverträge	49
3. Das Gesellschaftsverhältnis als Organisationsverhältnis	24	c) Interessengemeinschaften, Konzerne und Kartelle	50, 51

Schrifttum: Kommentare: Düringer/Hachenburg HGB³ Bd II 1 (Allg Einl: Das Gesellschaftsrecht des bürgerlichen Rechts, bearb v Geiler), Bd II 2 (§§ 105 ff, bearb v Flechtheim), 1932; Schlegelberger/Geßler HGB, Bd II, 1965⁴; Bd III/1, 1992⁵; Bd III/2, 1986⁵ (K-P Martens u K Schmidt); GroßKommHGB Bd II 1 (bearb v R Fischer, 1967³, u Ulmer, 1973³), Bd II 2 (bearb v Schilling, 1970³); nunmehr Staub Bd 3: §§ 105–160 HGB (bearb v Schäfer u Habersack, 2009⁵), Bd 4: §§ 161–237 HGB (bearb v Casper u Harbarth, 2011⁵; RGRKomm/BGB/v Gamm, 1978¹²; StudKommzBGB (1.–3. Buch/Hadding, 1979²; Staud/Kessler BGB, 1991¹²; Staud/Habermeier BGB, 2003¹³; MünchKommHGB/K Schmidt ua Bd 2, 2011³; Bd 3 (bearb v K Schmidt, Grunewald, Mühlbert), 2007²; Erman/H P Westermann BGB, 2008¹²; Timm/Schöne, in: Bamberger/H Roth, BGB, Bd 2, 2008²; Jauernig/Stürner BGB 2009¹³; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer Bd 5, 2009⁵; Baumbach/Hopt HGB, 2010³⁴; Prütting/Wegen/Weinreich/von Dittfurth, BGB, 2010⁵; A Bergmann, in: jurisPK-BGB, Bd 2, 2010⁵; Henssler/Strohn (Hrsg), Komm z GesellschaftsR, 2011; Pal/Sprau BGB, 2011⁷⁰.

* Die verdienstvolle Kommentierung durch Professor Dr. Hermann Schultze-v Lasaulx in der 10. Aufl (Frühjahr 1969) hat Rspr und Lehre über 15 Jahre lang vielfältig befruchtet und mitgeprägt. Die seit Erscheinen der 11. Aufl (1985) eingetretene Rechtsentwicklung, insbes auf Grund der Rspr des II. Zivilsenats des BGH, hat in der 12. Aufl (2007) weithin eine Neubearbeitung erforderlich gemacht; das galt namentlich

für die Erläuterungen zu § 705 und §§ 714–720. Wie schon für die Voraufll hinsichtlich der §§ 721–740 danke ich Herrn Dr. Erik Kießling nunmehr für die engagierte und zuverlässige Mitwirkung an der gesamten Kommentierung. – Um die Rechtsentwicklung zu dokumentieren, wird zT weiterhin auch auf ältere Rspr und Lit hingewiesen.

Gesamtdarstellungen und Lehrbücher: P Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1901; Heck, SchuldR, 1929, §§ 122–126; H Würdinger, Gesellschaften I, 1937; A Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 1971⁴; Reinhardt, GesellschaftsR, 1973; Flume, Allg Teil des bürgerlichen Rechts I/1, Die Personengesellschaft, 1977 (mit Würdigung K Schmidt AcP 209 [2009], 181); Wiedemann, GesellschaftsRI: Grundlagen, 1980; Reinhardt/Schultz, GesellschaftsR, 1981²; Hopt/Hehl/Vollrath, GesellschaftsR, 1996; Kraft/Kreutz, GesellschaftsR, 2000¹¹; K Schmidt, GesellschaftsR, 2002⁴; Wiedemann, GesellschaftsRII: Personengesellschaft, 2004; Kübler/Assmann, GesellschaftsR, 2006⁶; U Hüffner, GesellschaftsR, 2007⁷; Grunewald, GesellschaftsR, 2011⁸; H P Westermann/Wertenbruch (Hrsg), Handbuch der Personengesellschaften 2008 (Losebl); I. Teil: GesellschaftsR, Stand Mai 2010; Windbichler, GesellschaftsR, 2009²²; Gummert/Weipert (Hrsg), Münchener Handbuch des GesellschaftsR, Bd 1, 2009³; Klunzinger, Grundzüge des Gesellschaftsrechts, 2009¹⁵; Wank, Handels- und Gesellschaftsrecht, 2010²; G H Roth/Weller, Handels- und Gesellschaftsrecht, 2010⁷; Saenger, Gesellschaftsrecht, 2010; Eckhardt/Hermanns (Hrsg), Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 2010; Eisenhardt/Wackerbarth, Gesellschaftsrecht I, Recht der Personengesellschaften, 2011¹³; Bitter, Gesellschaftsrecht, 2011; Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann (Hrsg), Handbuch des Gesellschaftsrechts, 2011²; Ring/Grziwotz (Hrsg), Systematischer Kommentar, Personengesellschaftsrecht, 2011; C Schäfer, GesellschaftsR, 2011².

Rechtsprechungsberichte: Möhring, Die Rechtsprechung des OGH und des BGH zum Gesellschaftsrecht, GmbHRdsch 1951, 70; Kuhn, Die Rechtsprechung des BGH zur stillen und zur bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft, WM 1963, 1170; 1968, 1114; 1975, 718; 1977, 126; 1978 Sonderbeil 1; U Fischer, Die Rechtsprechung des BGH zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts und zur stillen Gesellschaft, WM 1981, 638; Brandes WM 1986 Sonderbeil 1; 1987 Sonderbeil 1; 1989, 1357; 1990, 1221; 1992 Sonderbeil 7; 1994, 569; 1998, 1; 2000, 385; Reuter JZ 1986, 16, 72; H P Westermann/V Rebmann DZWIR 1993, 272; 327; Kellermann/Stodolkowitz, Höchstgerichtliche Rechtspr z PersonengesellschaftsR⁴, 1994; Grunewald/H-F Müller JZ 1997, 698; 1999, 442; 2001, 1120; Langenfeld BWNorZ 2003, 1; Grunewald JZ 2004, 439; Hirte NJW 2005, 718; 2007, 817; 2008, 964; 2009, 415; 419 f; 2010, 2177, 2182; 2011, 656, 660; Wertenbruch NZG 2006, 408; Strohn, DB 2010, 37.

Einzelarstellungen: Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965; U Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, 1970; M Nitschke, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970; Teichmann, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970; H P Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970; K Schmidt, Zur Stellung der oHG im System der Handelsgesellschaften, 1972; Schulze-Osterloh, Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, 1972; Heckelmann, Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, 1973; Reuter, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 1973 (dazu K Schmidt, in: Kessal-Wulf/Martinek/Rawert [Hrsg], Formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik, 2006, S 9); Schulze-Osterloh, Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften, 1973; W B Schünemann, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft, 1975; B Hennecke, Das Sondervermögen der Gesamthand, 1976; John, Die organisierte Rechtsperson, 1977; L Aderhold, Das Schuldmittel der BGB-Gesellschaft, 1981; Leuthe, Die gewerblich geprägte Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 1991; Göbel, Mehrheitsentscheidungen in Personengesellschaften, 1992; Siegmann, Personengesellschaftsanteil und Erbrecht, 1992; Hermanns, Unverzichtbare Mitverwaltungsrechte des Personengesellschafters, 1993; Beckler, Verwaltungskontrolle durch Gesellschafter, 1997; Hüttemann, Leistungsstörungen bei Personengesellschaften, 1998; Armbrüster, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2001; Hey, Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, 2004; Berghoff, Die organschaftliche Vertretung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2005; M Schwab, Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2005; J-H Schulze, Die akzessorische Haftungsverfassung der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts, 2006; Schürnbrand, Organschaft im Recht der privaten Verbände, 2007; Wandt, Das Innenrecht der (teil-)rechtsfähigen BGB-Gesellschaft, 2009; Wiplinger, Die rechtsfähige BGB-Gesellschaft als Organ der Personenhandelsgesellschaften, 2010.

Gesellschaftsrecht der EG-Staaten: Jura Europae, Gesellschaftsrecht I–III, Losebl (Stand: 1983).

Zur **Gesetzgebungsgeschichte:** Hadдинг, Die Initiativen des Reichsjustizamts und des Reichsjustizministeriums zur Gestaltung des Gesellschaftsrechts, Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz, 1977, S 263, 270 ff; F Thomas, Die persönliche Haftung von Gesellschaftern von Personengesellschaften in der historischen Entwicklung der Neuzeit, 2003; zur **Rechtspolitik:** K Schmidt, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Welche Änderungen und Ergänzungen sind im Recht der BGB-Gesellschaft geboten? Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (hrsg v Bundesminister der Justiz), Bd III, 1983, S 413 ff (dazu: Ulmer, Rückbesinnung als Fortschritt?, ZGR 1984, 313; Hüffner AcP 184 [1984], 584, 588).

Weiteres Schrifttum bei den einzelnen Paragraphen, insbes zum **Gesellschaftsvertrag:** § 705 vor Rz 1; zur **Einzelklagebefugnis (actio pro socio):** § 705 vor Rz 48; zur **fehlerhaften Gesellschaft:** § 705 vor Rz 70; zum **Gesellschafterbeschluss:** § 709 vor Rz 24; zur **Vertretung und Haftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts:** § 714 vor Rz 1; zu **GbR und Zivilverfahren:** § 714 vor Rz 51; zur **Gesellschafternachfolge:** § 727 vor Rz 1; zur **Auseinandersetzung:** § 730 vor Rz 1; zur **Abfindung beim Ausscheiden eines Gesellschafters:** § 738 vor Rz 1.

I. Begriff und Abgrenzung

1. **Weiter Begriff der Gesellschaft.** Eine Gesellschaft ist der auf einem privatrechtlichen Rechtsgeschäft beruhende Zusammenschluss mehrerer Personen, die sich verpflichtet haben, durch ihr Zusammenwirken die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zu fördern. Mit dem wirksamen Zustandekommen des Rechtsgeschäfts (**Abschlussstatbestand:** Gesellschaftsvertrag = Satzung = Statut) ist die Gesellschaft errichtet und zwischen den Beteiligten das **Gesellschaftsverhältnis**

entstanden. Dieser weite Begriff erfasst alle aus einer freien Entscheidung der Beteiligten hervorgehenden Personengemeinschaften, welcher **Organisationsform** sie sich auch zur Erreichung des gemeinsamen Ziels bedienen. Demnach fallen unter den weiten Begriff sowohl die **körperschaftlich** (korporativ) **organisierten Zusammenschlüsse** (Grundmodell: Verein; ferner Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, eingetragene Genossenschaft, Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit), die auf wechselnden Mitgliederbestand angelegt sind (vgl. GenG § 1 Abs 1: Gesellschaften „von nicht geschlossener Mitgliederzahl“), als auch die **nichtkörperschaftlich strukturierten Gesellschaften** (Grundmodell: Gesellschaft bürgerlichen Rechts; ferner offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung, Kommanditgesellschaft, stille Gesellschaft; Gesellschaft mit beschränkter Haftung). Diese grundlegende Unterscheidung deckt sich nur teilweise mit der Einteilung in **Kapitalgesellschaften** und **Personalgesellschaften**, bei denen nach dem gesetzlichen Leitbild entweder das Ausmaß des Kapitaleinsatzes des Gesellschafters oder die Person des einzelnen Mitglieds die rechtliche Struktur des Zusammenschlusses bestimmt (zB Stimmrecht, Gewinn- und Verlustanteil). Insbesondere die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist zwar Kapitalgesellschaft, aber nicht körperschaftlich organisiert¹. Umgekehrt ist die eingetragene Genossenschaft körperschaftlich organisiert, jedoch Personalgesellschaft. Ob eine Gesellschaft „juristische Person“ ist, besagt nur etwas darüber, auf welche Weise sie Rechtsfähigkeit erlangt hat². Alle diese „Gesellschaften im weiten Sinne“³ unterscheiden sich von anderen Gemeinschaften und rechtlichen Tatbeständen durch folgende Merkmale: die auf privatautonomer Willenserklärung der Beteiligten beruhende rechtsgeschäftliche Grundlage, den Zusammenschluss von grundsätzlich mehreren Personen und die Organisation einer Zweckgemeinschaft mit Förderungspflicht.

2. **Abgrenzung des weiten Begriffs.** – a) **Fehlen eines gesellschaftsvertraglichen Zusammenschlusses.** Keine Gesellschaften im weiten Sinne sind Zusammenschlüsse, die als rechtlicher Grundlage eines Gesellschaftsvertrags, das heißt einer privatrechtlichen Übereinkunft, entbehren.

aa) **Körperschaften des öffentlichen Rechts.** Keine „Gesellschaften“ sind mithin die Körperschaften des öffentlichen Rechts, die durch hoheitlichen Akt (zB Errichtungsgesetz) oder auf Grund öffentlichrechtlicher Vereinbarung geschaffen und mit öffentlichen, auch hoheitlichen Aufgaben betraut sind. Um diese Aufgaben zu erfüllen, sind sie meistens mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet. Personal- oder Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts (zB Gemeinden, Kommunalverbände, Zweckverbände, berufsständische Zusammenschlüsse, insbesondere Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern, Rechtsanwaltskammern) scheiden deshalb aus. **Öffentliche Aufgaben** können aber auch in **Rechtsformen des Privatrechts** erfüllt und zu diesem Zweck von Körperschaften des öffentlichen Rechts privatrechtliche Gesellschaften errichtet werden (zB Unternehmen der Daseinsvorsorge als Aktiengesellschaften⁴). Umgekehrt können **privatrechtliche Verbände** durch **Beleihung** damit betraut werden, öffentliche (hoheitliche) Aufgaben wahrzunehmen (zB Abnahme der Führerscheinprüfung, Untersuchung von Kraftfahrzeugen durch Sachverständige der Technischen Überwachungsvereine). So können Rechtsverhältnisse entstehen, die sowohl von privatrechtlichen als auch von öffentlichrechtlichen Elementen geprägt sind. Dann ist im einzelnen Fall jeweils zu prüfen, welche Regelung des privaten oder des öffentlichen Rechts anwendbar ist⁵.

bb) **Gemeinschaft im Sinne der §§ 741 ff.** Keine „Gesellschaften“ sind ferner die **Gemeinschaften nach Bruchteilen** im Sinne der §§ 741 ff. Ihnen fehlt oft schon die vertragliche Grundlage und immer die vereinbarte Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks⁶. Meistens entstehen diese Gemeinschaften kraft Gesetzes aufgrund eines tatsächlichen und/oder rechtlichen Vorgangs (zB § 947; PatG § 6 S 2); nur seltener werden sie vertraglich begründet⁷. Wegen der Einzelheiten vgl. Rz 1, 10 ff vor § 741 und § 741 Rz 1 f.

cc) **Familien- und erbrechtliche Gemeinschaften.** Keine „Gesellschaften“ sind schließlich die familien- und erbrechtlichen Gemeinschaften, die besonderen Vorschriften unterliegen, die ihren andersartigen Zielsetzungen Rechnung tragen. Die Eheschließung ist kein Vertrag mit gesellschaftsrechtlichem Inhalt, weil sein Zweck (Begründung einer ehelichen Lebensgemeinschaft) vorgegeben ist. Der gesetzliche Güterstand von Ehegatten (Gütertrennung mit Zugewinnausgleich, § 1363) und die Erbengemeinschaft (§ 2032) werden nicht vertraglich begründet. Diese Gemeinschaften können aber unter Umständen durch eine vertraglich entstehende Gesellschaft ergänzt oder in sie umge-

1 Vgl. näher Hadding, Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935, 1999, S 147, 166 ff.

2 Vgl. Hadding, Festschr für Kraft, 1998, S 137 ff; ders. ZGR 2001, 712, 718 f; dazu Beuthien ZIP 2011, 1589.

3 Vgl. J v Gierke ZHR 119 (1956), 141 ff; Wiedemann, GesellschaftsR I, § 11 I; K Schmidt, GesellschaftsR § 3 I 1; Kübler/Assmann, GesellschaftsR § 1 I.

4 Vgl. dazu Stober NJW 1984, 449.

5 Vgl. auch § 89 Rz 36 ff.

6 Vgl. unten Rz 7 ff. Zur Unterscheidung App KKZ 2009, 244.

7 Vgl. unten Rz 13.

wandelt werden. Dazu bedarf es einer bewussten Umstellung im Sinne einer, wenn auch nicht notwendig ausdrücklichen, Vereinbarung der Förderung eines gemeinsamen Zwecks⁸. Vgl dazu § 705 Rz 7 und zur Innengesellschaft zwischen Ehegatten siehe unten Rz 55 ff.

6 b) Fehlen eines Personenzusammenschlusses. Eine Gesellschaft im weiten Sinne setzt grundsätzlich einen Zusammenschluss von mehreren Personen voraus. Bei den Personalgesellschaften⁹ kann eine sogenannte **Eine-Person-Gesellschaft** weder gegründet werden noch später entstehen¹⁰; durch eine Vereinigung aller Beteiligungen in einer Hand wird die Gesellschaft aufgelöst¹¹. Demgegenüber ist bei den Kapitalgesellschaften (AG, GmbH) eine Eine-Person-Gesellschaft heute, auch gesetzlich, anerkannt. Eine GmbH kann gemäß GmbHG § 1¹² sogar durch nur eine Person gegründet werden¹³; ebenso eine AG gemäß AktG § 2¹⁴. Ein Personenzusammenschluss fehlt bei einer **Stiftung** als Sondervermögen, dessen Zweck allein der Stifter festlegt; ferner bei den stiftungsähnlichen Formen eines zweckgebundenen Sammelvermögens und des Sammelvermögens nach § 1914 sowie bei Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts¹⁵.

7 c) Fehlen einer Zweckgemeinschaft und einer Förderungspflicht. Jede Gesellschaft im weiten Sinne ist auf die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks gerichtet, den zu fördern die Gesellschafter sich verpflichtet haben¹⁶. Um den Zweck zu erreichen, bedarf es in der Regel einer **Organisation**, das heißt der Bildung eines Gesellschaftsvermögens und einer organschaftlichen Zuständigkeitenregelung. Doch ist eine Organisation nicht stets notwendig (zB bei einer sogenannten Innengesellschaft¹⁷). Eine vorhandene Organisation kann je nach der Gesellschaftsform unterschiedlich und mehr oder weniger intensiv ausgestaltet sein.

Immer muss ein **gemeinsamer Zweck** vereinbart worden sein, den zu fördern die Gesellschafter sich verpflichtet haben. Der in Betracht kommende gemeinsame Zweck ist bei den einzelnen Gesellschaftsformen verschieden begrenzt. Die GbR, die AG, die KGaA, die GmbH und der nicht eingetragene Verein können zu jedem rechtlich erlaubten Zweck gegründet werden¹⁸. Die OHG (HGB § 105 Abs 1) und die KG (HGB § 161 Abs 1) sind auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet (HGB §§ 1–3) oder das Unternehmen ist als OHG oder als KG unter einer Firma im Handelsregister eingetragen (HGB §§ 105 Abs 2, 2; 161 Abs 2); die stille Gesellschaft (HGB § 230) bezweckt die Beteiligung an dem Handelsgewerbe eines anderen. Der rechtsfähige Verein kann auf ideelle (§ 21) oder wirtschaftliche (§ 22) Zwecke gerichtet sein. Die eG (GenG § 1 Abs 1) bezweckt die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs; zum gemeinsamen Zweck des VVaG vgl VAG §§ 7, 15. Fehlt eine vereinbarte Zweckgemeinschaft oder/und eine entsprechende Förderungspflicht (zB insbesondere bei Austauschverträgen)¹⁹, so können die §§ 705 ff nicht unmittelbar angewandt werden. Meistens sind dann die Vorschriften über andere „einzelne Schuldverhältnisse“ anwendbar, je nach dem Schwerpunkt der vertraglichen Regelung. Enthält das Rechtsverhältnis daneben einzelne „typische“ Merkmale einer Gesellschaft, kommt eine entsprechende Anwendung einzelner gesellschaftsrechtlicher Vorschriften in Betracht. Falls keine **atypische Gesellschaft** vorliegt²⁰, kann ein **gemischter Vertrag**²¹ oder nach der Rechtsprechung ein sogenanntes gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis²² gegeben sein.

8 aa) Austauschverträge. Im Gegensatz zu Austauschverträgen, bei denen die Leistung und die Gegenleistung jeweils dem anderen Beteiligten, insbesondere zur Mehrung seines Vermögens, erbracht wird, werden bei der Gesellschaft die Leistungen der Gesellschafter (Beiträge im weitesten Sinne²³) vereint, um die Erreichung des gemeinsamen Zwecks zu fördern²⁴. Während die Interessen der Beteiligten eines Austauschvertrags also **gegenläufig** sind, nämlich jeweils auf das Erlangen von Leistung oder Gegenleistung des anderen Teils, ist es für die Gesellschaft kennzeichnend, dass die auf die Erreichung des Gesellschaftszwecks gerichteten Förderungsmaßnahmen auf **gleichgerichteten Interessen** beruhen²⁵.

8 BGHZ 8, 249 = NJW 1953, 418 = LM Nr 4 zu § 705 (mAnm Fischer); 17, 299 = NJW 1955, 1227.

9 S oben Rz 1.

10 Vgl RGZ 163, 149. Neuerdings aber Kießling, Festschr für Hadding, 2004, S 477, 494 ff; auch § 705 Rz 18.

11 Vgl Rz 14 vor § 723.

12 IdF des Änderungsg v 4. Juli 1980.

13 Vgl dazu K Schmidt ZHR 145 (1981), 540; Fezer JZ 1981, 608; Flume ZHR 146 (1982), 205; Hüffer JuS 1983, 161, 168.

14 IdF des Gesetzes für kleine AG und zur Deregulierung des Aktienrechts v 2. August 1994.

15 Vgl Rz 33 ff vor § 80.

16 Vgl RGZ 141, 145; BGH NJW 1951, 308.

17 S hierzu unten Rz 29 ff.

18 Vgl zum gemeinsamen Zweck und zur Förderungspflicht bei der GbR: § 705 Rz 35 ff.

19 Vgl Rz 8, 9; zu societates leoninae vgl § 705 Rz 36.

20 Zu den Erscheinungsformen bei der GbR vgl unten Rz 27 ff.

21 S unten Rz 17.

22 S unten Rz 19.

23 Vgl hierzu § 706 Rz 1.

24 Vgl BGH NJW 1951, 308.

25 Zur Abgrenzung des Gesellschaftsvertrags vom gegenseitigen Vertrag s der §§ 320 ff vgl § 705 Rz 44.

Ist zB allein eine Gewinnerzielung der Gesellschaftszweck, so setzt dies eine gemeinsame Förderung der Gewinnerzielung voraus²⁶. Dagegen ist die Einräumung des Alleinvertriebs bestimmter Waren gegen die Verpflichtung des ausschließlichen Bezugs vom Hersteller **Kauf** und keine Gesellschaft²⁷; ebenso sind andere Lieferungsverträge mit **Ausschließlichkeitsklauseln** nach der Rechtsprechung des RG Austauschverträge²⁸. Auch liegt ein Kauf vor, wenn Interessenten sich an ausgeschriebenen Lieferungen in der Weise beteiligen, dass sie mit dem, der im Hauptlieferungsvertrag als Beteiligter auftritt, Lieferungsverträge schließen²⁹; dagegen soll ein gesellschaftsähnliches Verhältnis gegeben sein bei Verkauf von Anteilscheinen zur Verwertung eines Patents³⁰. Bei Nachweis von An- und Verkäufen von Grundstücken und von Grundstücksteilen gegen Gewinnbeteiligung ist ein **Maklervertrag**, nicht eine Gesellschaft, anzunehmen, wenn der andere die freie Entscheidung über An- und Verkauf behält³¹. Zur Frage, ob eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung zugleich **Schenkung** oder Schenkungsversprechen sein kann, vgl § 516 Rz 37 ff und § 705 Rz 11. Über Abgrenzung zur **Miete** vgl Rz 343 vor § 535, zur **Pacht** vgl Rz 11 vor § 581, zum **Dienstvertrag**, insbesondere dem partiarischen Dienstvertrag vgl Rz 48 vor § 611 und unten Rz 12, über Dienstverschaffungsvertrag als Gesellschaftsvertrag vgl Rz 49 f vor § 611.

bb) **Partiarische Rechtsverhältnisse**. Sie sind durch das Merkmal gekennzeichnet, dass für eine Leistung als Gegenleistung (ganz oder teilweise) eine **Gewinnbeteiligung** versprochen worden ist. Trotz des gemeinsamen Zwecks möglichst hoher Gewinnerzielung **mangelt** es an der **Gemeinsamkeit der Zweckverfolgung**. Nach außen wird nämlich zur Gewinnerzielung nur ein Beteiligter im eigenen Namen und für eigene Rechnung tätig. Der andere Beteiligte hat nur intern einen schuldrechtlichen Anspruch auf eine Gewinnbeteiligung. Da diese Kennzeichen freilich auch bei der sogenannten Innengesellschaft, insbesondere der stillen Gesellschaft, gegeben sind, ist die Abgrenzung oft schwierig. Bei den partiarischen Rechtsverhältnissen steht nach dem Willen der Beteiligten im Gegensatz zum Gesellschaftsverhältnis der Austausch von Leistung und Gegenleistung im Vordergrund. Jeder Beteiligte verfolgt hier in erster Linie seine eigenen Interessen und hat sich nicht mit dem anderen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks im Zusammenwirken verbunden³². Je nachdem, ob die Gewinnbeteiligung als Entgelt für eine Kapitalnutzung, Dienstleistung oder Gebrauchsüberlassung von Sachen oder Rechten zugesagt wird, unterscheidet man **partiarische Darlehen, Dienstverträge und Miet- oder Pachtverhältnisse**³³.

Die **Abgrenzung zur Gesellschaft** hat unter Berücksichtigung des Vertragszwecks und der wirtschaftlichen Ziele der Beteiligten zu geschehen³⁴. Anzeichen für ein Gesellschaftsverhältnis sind die **Zweckbindung** der zur Verfügung gestellten Leistung, die Festlegung unterschiedlicher, selbständiger **Tätigkeitsbereiche** der Beteiligten³⁵, die Einräumung von **Mitwirkungs- und Kontrollbefugnissen** als Merkmalen des Zusammenwirkens oder zur Sicherung von Ansprüchen³⁶. Eine Einschränkung von Kontrollbefugnissen unter den Umfang von HGB § 233 spricht allerdings für ein partiarisches Rechtsverhältnis³⁷. Auf ein Gesellschaftsverhältnis kann ferner hindeuten die Fortsetzung schon bestehender persönlicher oder geschäftlicher Beziehungen³⁸ oder ein Abtretungsausschluss hinsichtlich vertraglicher Ansprüche³⁹. Der von den Beteiligten gewählten Bezeichnung kommt nur eine Indizfunktion zu; maßgebend sind die von ihnen gewollten Rechtsfolgen⁴⁰. Eine **Beteiligung am Verlust** ist den partiarischen Rechtsverhältnissen entsprechend ihrer Zielsetzung eines Austausches fremd, so dass bei einer vertraglich vorgesehenen Verlustbeteiligung immer von einem Gesellschaftsverhältnis auszugehen ist⁴¹. Freilich kann auch bei der stillen Gesellschaft eine Verlustbeteiligung gesellschaftsvertraglich ausgeschlossen sein (vgl HGB § 231 Abs 2 Halbsatz 1). **Fehlt** eine **Gewinnbeteiligung**, wird weder eine Gesellschaft (vgl HGB § 231 Abs 2 Halbsatz 2) noch ein partiarisches Rechtsverhältnis vorliegen.

26 RGZ 73, 286; auch BGH DB 1955, 47. Vgl Rz 10.

27 RG JW 1907, 104.

28 RGZ 74, 33; 95, 66; RG WarnRspr 1929 Nr 52.

29 RG MuW 1916, 151; s auch RGZ 77, 223: Hoffnungskauf.

30 RG MuW 1920, 19; vgl auch unten Rz 19. Vgl zur sog **Partenfisherei** AG Eckernförde MDR 1950, 48; partiarisches Rechtsverhältnis; LG Kiel MDR 1950, 49: Gesellschaft.

31 RG WarnRspr 1908 Nr 144; vgl auch Rz 4 vor § 652.

32 BGHZ 3, 75, 81 = NJW 1951, 710; BGH WM 1967, 321; Koenigs, Die stille Gesellschaft, 1961, S 29.

33 Vgl auch Huffer, Das partiarische Geschäft als Rechtstypus, 1970; Schön, Gibt es partiarische Darlehen?, ZGR 1993, 210; Schücking, in: MünchHdb GesR, Bd 1, § 2 Rz 34 ff.

34 BGH LM Nr 1 zu HGB § 335; WM 1965, 1052; WM 1967, 321.

35 BGHZ 8, 249, 255 = NJW 1953, 418 = LM Nr 4 zu § 705 (mAnm Fischer).

36 RGZ 57, 175; 141, 143, 145; RG WarnRspr 1940 Nr 151; BGH LM Nr 1 zu HGB § 335.

37 Ebenso Koenigs, Die stille Gesellschaft S 32; anders BFH NJW 1978, 1280 = WM 1978, 994 = BB 1978, 649 (mAnm Zärban S 1043).

38 BGH WM 1964, 1052.

39 MünchKommHGB²/K Schmidt, Bd 3, 2007, § 230 Rz 65.

40 BGH LM Nr 1 zu HGB § 335; WM 1967, 321; BFH NJW 1978, 1280 (= Fn 37); WM 1984, 1207.

41 BGHZ 127, 176, 181 = NJW 1995, 192; BGH WM 1965, 1052, 1053.

- 12 Insbesondere die Abgrenzung des **partiarischen Darlehens** von der **stillen Gesellschaft** ist oft schwierig und hängt von den Umständen des konkreten Falls ab⁴². Über **partiarische Miete und Pacht** vgl RG DR 1942, 1161; BGH NJW 1951, 308; OGH HEZ 2, 245; Stuttgart/Karlsruhe SJZ 1950, 339; auch LG Verden MDR 1950, 733; vgl auch Rz 343 vor § 535; Rz 11 vor § 581; zum **Automatenaufstellungsvertrag** vgl Rz 381–412 vor § 535. Beim **partiarischen Dienstvertrag** werden Dienste gegen eine Gewinnbeteiligung zugesagt; Dienste können aber auch als Beitrag zu einer Gesellschaft versprochen werden (vgl § 706 Abs 3). Für eine Gesellschaft spricht hier die Zuweisung selbständiger Tätigkeitsbereiche. Hat hingegen ein Beteiligter Weisungsbefugnisse gegenüber dem anderen oder ist das Rechtsverhältnis sonst durch Elemente einer Über- und Unterordnung geprägt, wird eher ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis vorliegen⁴³.
- 13 cc) **Vertraglich begründete schlichte Rechtsgemeinschaften**. Eine Zweckgemeinschaft und eine mitgliedschaftliche Förderungspflicht fehlen auch bei vertraglich begründeten sogenannten **schlichten Interessengemeinschaften**, zB beim Sammeldepot (DepotG §§ 5 ff), Sammelager (vgl HGB § 469), unter Umständen auch bei Sammelladung⁴⁴, gemeinschaftlicher Vermietung einer Wohnung durch die Miteigentümer des Hauses⁴⁵. In so gelagerten Fällen erschöpft sich das Rechtsverhältnis in der bloßen Mitberechtigung an dem gemeinschaftlichen Gegenstand⁴⁶.
- 14 3. **Enger Begriff der Gesellschaft und Abgrenzung von anderen Personengemeinschaften**. – a) **Personalgesellschaften und Vereine**. Gegenüber dem weiten Begriff der Gesellschaft⁴⁷ lässt sich ein enger Begriff der Gesellschaft umreißen, wenn man die körperschaftlich (korporativ) organisierten Personenzusammenschlüsse ausnimmt, das heißt den Verein und die auf diesem Grundmodell aufbauenden Personenvereinigungen (AG, KGaA, eG, VVaG); vgl auch HGB § 6 Abs 2: „Vereine“. Dann verbleiben für einen engen Begriff der Gesellschaft die **nicht körperschaftlich strukturierten Gesellschaften**, bei denen sich in ihrem gesetzlichen Leitbild meistens **personale Elemente strukturbestimmend** auswirken. Von solchen Personalgesellschaften ist die **GbR** das **Grundmodell** (vgl HGB §§ 105 Abs 3, 161 Abs 2) für die **OHG** (HGB §§ 105 ff), die **KG** (HGB §§ 161 ff) und die **stille Gesellschaft** (HGB §§ 230 ff). Demgegenüber ist die GmbH zwar nicht körperschaftlich strukturiert, aber Kapitalgesellschaft und die eG zwar Personalgesellschaft, aber körperschaftlich organisiert⁴⁸. Das Gesellschaftsverhältnis besteht bei den zuvor genannten Gesellschaftsformen nicht nur zwischen jedem Gesellschafter und der Gesellschaft, sondern auch zwischen den einzelnen Gesellschaftern⁴⁹. Die Rechte und Pflichten aus der Mitgliedschaft richten sich nicht nach dem Ausmaß des Kapitaleinsatzes. Jeder Gesellschafter hat vielmehr grundsätzlich eine Stimme und gleiche Anteile an Gewinn und Verlust. Auch die Verfassung (Organisation) wird durch das Gewicht der Personen beeinflusst. In der Wahrnehmung von Geschäftsführung und Vertretung können grundsätzlich nur Gesellschafter als Organe der Gesellschaft tätig werden (Grundsatz der sogenannten Selbstorganschaft)⁵⁰. Die Mitgliedschaft ist grundsätzlich unübertragbar⁵¹; das Ausscheiden eines Gesellschafters bewirkt grundsätzlich die Auflösung der Gesellschaft (Kündigung nach § 723, Tod eines Gesellschafters § 727; vgl auch §§ 725, 728). Kennzeichnend sind ferner die persönliche Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten⁵² und die Unübertragbarkeit von Mitverwaltungsrechten (sogenanntes Abspaltungsverbot⁵³). Die Personalgesellschaften sind zwar in der Regel keine juristischen Personen mit Rechtsfähigkeit als solcher kraft Eintragung in ein Register (Ausnahme: eG) oder kraft staatlicher Verleihung. Das zwingt aber nicht zu dem häufig gezogenen Gegenschluss, dass den Personalgesellschaften die eigene Rechtsfähigkeit fehle. Die OHG und die KG sind „im Rahmen von HGB § 124 ein eigenes Rechtssubjekt“ (HGB § 161 Abs 2)⁵⁴. Auch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Gesamthand) ist inzwischen in Rechtsprechung und Lehre überwiegend bei zweckbedingtem Auftreten nach außen als „rechtsfähig“ anerkannt⁵⁵. Keine Rechtssubjektivität hat nur die Innengesellschaft, insbesondere die stille Gesellschaft. Die **Unterscheidung** von nicht körperschaftlich strukturierten Gesellschaften, das heißt meistens Personalgesellschaften (Gesellschaften im engeren

42 Vgl iE Koenigs, Die stille Gesellschaft S 28; H Kühnle, Stille Gesellschaft und partiarisches Darlehen, Diss Köln 1967; Schön ZGR 1993, 210 sowie Rz 47, 48 vor § 607¹²; aus der Rspr: RGZ 141, 143, 145; 168, 284; BGH WM 1965, 1052; WM 1967, 321; Nürnberg DB 1968, 166; BFH NJW 1978, 1280 (= Fn 37); WM 1983, 1066; FG Berlin EFG 1967, 549.

43 Zur Abgrenzung vgl aus der Rspr RGZ 142, 13, 18; RG WamRspr 1914 Nr 37; JW 1920, 645; BGHZ 8, 249, 255 = NJW 1953, 418 = LM Nr 4 zu § 705 (mAnm Fischer); OGH HEZ 2, 248; BayObLG Recht 1916 Nr 1877 sowie Rz 48 vor § 611; zur Abgrenzung vom **Werkvertrag** vgl BGH BB 1951, 547.

44 RGZ 88, 389, 391.

45 RGZ 89, 177.

46 Vgl Rz 4, Rz 13 vor § 741; Schücking, in: MünchHdb GesR, Bd 1, § 2 Rz 21 f.

47 Vgl oben Rz 1.

48 Vgl Hadding, Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935, 1999, S 147, 166 ff.

49 Vgl § 705: „gegenseitig“.

50 Vgl hierzu § 709 Rz 22.

51 § 719 Rz 2, 11.

52 § 714 Rz 29 ff.

53 Vgl § 717 Rz 20 f.

54 So schon BGHZ 10, 91, 100 = NJW 1953, 1217; BGH NJW 1973, 2198; vgl auch BFH DB 1977, 2212: „selbständiger Rechtsträger“.

55 Vgl §§ 714 Rz 2 ff; 718 Rz 3.

Sinne), und Vereinen liegt mithin nicht maßgeblich bei der fehlenden oder gegebenen Rechtsfähigkeit⁵⁶. Entscheidend ist vielmehr die **fehlende körperschaftliche (korporative) Organisation**.

Demgegenüber ist bei **Vereinen** nach ihrem gesetzlichen Leitbild die **körperschaftliche (korporative) Organisation** strukturbestimmend. **Grundmodell** ist der **eingetragene Idealverein (e. V.)**. Vereine sind der **eingetragene** oder **nicht eingetragene Idealverein** (§§ 21, 55 ff; 54) und der **konzessionierte** oder **nicht konzessionierte wirtschaftliche Verein** (§§ 22, 54). Wirtschaftliche Vereine (vgl auch HGB § 6 Abs 2) in besonderer Rechtsform sind die **AG** (AktG §§ 1 ff), die **KGaA** (AktG § 278 ff), die **eG** (GenG) und der **VVaG** (VAG §§ 7, 15–53). Auch die **Reederei** (HGB §§ 489 bis 509) ist weitgehend körperschaftlich ausgestaltet⁵⁷. Die **bergrechtliche Gewerkschaft** (PrABG 1865 in Verbindung mit EGBGB Artikel 67 Abs 1) kann nach BBergG §§ 163 ff⁵⁸ nicht mehr gegründet werden und bestand als Vereinigungsform nur noch bis Ende 1985. Nach einem Gesetzentwurf des BMJ vom 25. 8. 2004 soll der wirtschaftliche Verein abgeschafft werden⁵⁹.

Die körperschaftliche (korporative) Organisation ist auf einen wechselnden Bestand einer Vielzahl von Mitgliedern angelegt, deren Eintritt oder Ausscheiden die Fortdauer der Personenvereinigung rechtlich unberührt lässt (vgl GenG § 1 Abs 1). Demgemäß ist auch die Verfassung (Organisation) von einem Wechsel der Mitglieder unabhängig. Durch konstitutive Eintragung in ein Register (Vereinsregister, Handelsregister, Genossenschaftsregister) oder durch staatliche Genehmigung (Konzession, vgl § 22) werden die Vereine „juristische Person“, das heißt sie erlangen die eigene Rechtsfähigkeit als solche⁶⁰. Die Grundlage ihrer Verfassung ist die von den Gründern vereinbarte Satzung (bei der eG: Statut)⁶¹. Kein Abgrenzungsmerkmal zwischen Gesellschaften im engeren Sinne und Vereinen ist das Auftreten unter einem Gesamtnamen⁶², weil auch die Personalgesellschaften einen Gesamtnamen führen können (vgl HGB §§ 19, 105 Abs 1, 124 Abs 1; 161 Abs 1 und 2)⁶³.

Einige der wirtschaftlichen Vereine (nämlich die AG und die KGaA) sowie die GmbH (als Nichtverein) werden als sogenannte **Kapitalgesellschaften** zusammengefasst (vgl UmwandlungsG § 3 Abs 1 Nummer 3). Denn bei ihnen ist der Umfang der vermögensmäßigen Beteiligung sowohl für den Inhalt der Mitgliedschaft als auch für die Verfassung ausschlaggebend⁶⁴. Die Anzahl der Stimmen eines Gesellschafters und seine Teilhabe an Gewinn und Verlust richten sich hier nach der Höhe seines Kapitaleinsatzes. Die Willensbildung, die Geschäftsführung und die Vertretung der Personenvereinigung sind von der Individualität der Gesellschafter abgelöst und besonderen Organen übertragen, deren Mitglieder nicht Gesellschafter sein müssen (sogenannte Fremddorganschaft).

b) **Nicht eingetragener Verein**. Es ist heute allgemein anerkannt, dass der nicht eingetragene Verein eine körperschaftlich organisierte, unter einem Gesamtnamen im Rechtsverkehr auftretende Personenvereinigung ist und deshalb unabhängig von der Verweisung in § 54 Satz 1 auf das Recht der GbR (§§ 705 ff) in erster Linie die Vorschriften über Vereine (§§ 25 ff) entsprechend anwendbar sind⁶⁵. Allerdings kommen Mischformen in Betracht, auf die zum Teil die Vorschriften des Vereinsrechts, zum Teil die §§ 705 ff anzuwenden sind⁶⁶.

c) **Gemischte Verträge**. – aa) **Allgemein**. Unter den sogenannten gemischten Verträgen⁶⁷, bei denen die Abrede der Beteiligten inhaltlich nicht nur einem der gesetzlich geregelten Vertragstypen („Einzelne Schuldverhältnisse“ im Sinne der §§ 433 ff) entspricht, sondern Elemente verschiedener Vertragstypen verbindet, können auch Verträge vorkommen, in denen Elemente zB eines Kaufs, Darlehens oder einer Geschäftsbesorgung **mit Elementen einer Gesellschaft** verknüpft sind. Auch ein Vertrag eigener Art (sui generis) mit gesellschaftsrechtlichen Elementen kommt in Betracht. Hier ist in der Regel durch die besondere Ausgestaltung oder infolge der Begleitumstände ein Zusammenwirken der Beteiligten auf längere Sicht auf der Grundlage persönlichen Vertrauens zu einem Element des vertraglich begründeten Rechtsverhältnisses geworden, ohne dass die erfor-

56 S auch nicht eingetragener oder nicht konzessionierter Verein (§ 54) und nicht eingetragene Genossenschaft, die keine juristischen Personen sind.

57 AA Reinhardt/Schultz, GesellschaftsR Rz 307 ff iVm Rz 292: Personengesellschaft besonderer Art; s zur Partenreederei insbes K Schmidt, GesellschaftsR § 65.

58 Vom 13. August 1980 (BGBl I, S 1310).

59 Vgl dazu Hadding ZGR 2006, 137.

60 Vgl zum nicht eingetragenen Verein unten Rz 16 u bei § 54.

61 Vgl dazu Hadding, Festschr für R Fischer, 1979, S 165 ff.

62 Vgl § 12 Rz 137.

63 S § 705 Rz 68 f.

64 Vgl näher Hadding, Recht der Kapitalgesellschaften, Handwörterb der Wirtschaftswiss Bd 4, 1978, S 404 ff; Th Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 2010³; J Wilhelm, Kapitalgesellschaftsrecht, 2009³.

65 RGZ 143, 212, 213; BGHZ 13, 5, 10 = NJW 1954, 833; 25, 316 = NJW 1957, 1800; 50, 325, 328 f = NJW 1968, 1830; Nürnberg v 31.1.2011 – 4 U 1639/10 (juris); wegen der Einzelheiten vgl § 54 Rz 8 ff.

66 BGH NJW 1979, 2304, dazu Häuser JA 1980, 244; Reuter ZGR 1981, 364: für den Austritt aus einer Werbegemeinschaft; grundsätzlich zum „nichtrechtsfähigen Verein“ Flume ZHR 148 (1984), 503; Schöpf, Der nichtrechtsfähige Verein, 2003.

67 Vgl § 305¹² Rz 27–35.

derlichen Merkmale einer Gesellschaft vorliegen⁶⁸. Dieses Zusammenwirken muss, wenigstens in der Regel, die Grundlage der wirtschaftlichen Folgen und Gewinnregelung sein⁶⁹. Hingegen genügt eine Gewinnbeteiligung in der Regel ebensowenig⁷⁰ wie ein ausschließlich vermögensrechtlicher Zusammenschluss⁷¹, um in dem Vertrag gesellschaftsrechtliche Elemente feststellen zu können.

17 a bb) Rechtliche Beurteilung. Hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung von gemischten Verträgen mit Elementen einer Gesellschaft gelten keine Besonderheiten. Es ist zu prüfen, ob entweder einzelne Vorschriften aus den für den konkreten Vertrag in Betracht kommenden gesetzlichen Vertragstypen, also zB auch aus dem Recht der GbR (§§ 705 ff), entsprechend anwendbar sind oder ob aufgrund einer Gesamtanalogie eine aus mehreren gesetzlichen Vorschriften abgeleitete Regelung im Rahmen des Rechtsverhältnisses für maßgebend zu erachten ist⁷². Aus dem Recht der GbR kann in erster Linie § 723 heranzuziehen sein, insbesondere § 723 Abs 3 (Unentziehbarkeit des Kündigungsrechts). Ob eine jederzeitige Kündigung nach § 723 Abs 1 Satz 1 zulässig ist, lässt sich aber selbst bei einem zum Teil gesellschaftsrechtlichen Inhalt des Vertrags nicht ohne Weiteres bejahen, sondern muss aus Sinn und Zweck des Vertrags hergeleitet werden. Dabei kann eine Gesamtanalogie (vgl außer § 723 auch §§ 565, 620) hinsichtlich der Kündigungsfrist unter Umständen sogar sachgerechter sein als eine analoge Anwendung des § 723⁷³. Ferner kann § 726 entsprechend heranzuziehen sein, nicht jedoch in der Regel §§ 730 ff hinsichtlich der Auseinandersetzung oder § 708 hinsichtlich des Vertretenmüssens. Einzelne gesetzliche Vorschriften aus dem Gesellschaftsrecht sind stets nur insoweit entsprechend anwendbar, als dies nach dem Willen der Beteiligten und dem Vertragszweck billig ist⁷⁴.

18 cc) Beispiele für gemischte Verträge mit gesellschaftsrechtlichen Elementen. Hierher gehören die sogenannten **Lizenzverträge** und sonstigen **urheberrechtlichen Nutzungsverträge**. Sie sind Verträge eigener Art⁷⁵, die neben pacht- oder werkvertraglichen Elementen auch gesellschaftsvertragliche enthalten können⁷⁶. Eine Beteiligung des Lizenzgebers an dem vom Lizenznehmer durch die Ausnutzung des Schutzrechts erzielten Umsatz oder Gewinn begründet für sich allein kein Gesellschaftsverhältnis⁷⁷. Der Lizenzvertrag hat aber dann auch gesellschaftsrechtliche Elemente, wenn der Lizenzgeber zur Mitarbeit verpflichtet ist, auch etwa zur persönlichen Vermittlung des Know-how⁷⁸, und zur Kontrolle der Geschäftsbücher des Lizenznehmers berechtigt ist und dadurch besonders enge Beziehungen auf Vertrauensgrundlage geschaffen sind⁷⁹. Für Verwertung eines **Patents** siehe oben Rz 9. Endet das Verhältnis durch Aufgabe der Patente, sind §§ 726, 730 anwendbar. **Urheberrechtsgemeinschaften** (vgl UrhG § 8) liegt oft ein ausdrücklich oder stillschweigend geschlossener Gesellschaftsvertrag zugrunde, so dass die §§ 719 Abs 1, 709, 714 unmittelbar anwendbar sind. Es kann aber ein solches ausgeprägtes Gesellschaftsverhältnis fehlen⁸⁰. Auch ein **Verlagsvertrag** kann gesellschaftsrechtliche Elemente enthalten⁸¹, und zwar dann, wenn der Verfasser am Reingewinn des Verlegers beteiligt ist; ebenso der Vertrag zweier Herausgeber mit dem Verleger einer Zeitschrift gegen Gewinnbeteiligung⁸². Bei einem **Filmherstellungs- und Filmverwertungsvertrag** liegt ein Vertrag eigener Art vor, in dem neben werkvertraglichen Elementen gesellschaftsvertragliche stehen⁸³. Es ist zu prüfen, ob das Gesellschaftselement oder das Werkvertragsselement für die konkrete Vertragsbestimmung entscheidend ist. Ein erheblicher gesellschaftsvertraglicher Einschlag kann es rechtfertigen, ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund analog § 723 zu geben; die Ausführung kann soweit gediehen sein, dass nur noch § 723 unter Ausschluss von §§ 325, 326 alte Fassung gerechtfertigt ist⁸⁴, wenn auch auf solche Verträge grundsätzlich §§ 320 ff anwendbar sind⁸⁵. Gesellschaftselemente ergeben sich auch bei einer sogenannten **Gemeinschaftsproduktion** mehrerer Hersteller⁸⁶. Als „zumindest gesellschaftsähn-

68 RGZ 142, 212, 214; BGH LM Nr 6 zu § 723 = WM 1959, 857 = DB 1959, 733 = MDR 1959, 637.

69 RGZ 122, 70; 126, 65.

70 RGZ 73, 286.

71 OGHZ 3, 372, 374 für Ehegatten.

72 Vgl Ballerstedt JuS 1963, 253, 261; H Köhler, Über die Anwendbarkeit von Gesellschaftsrecht auf die sog gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisse, Diss Münster, 1974, mBspn S 9–68.

73 S auch BGH LM Nr 6 zu § 723 = WM 1959, 857 = DB 1959, 733 = MDR 1959, 637.

74 RG JW 1937, 2970.

75 RGZ 142, 212, 213; BGHZ 2, 331, 335 = NJW 1951, 705.

76 Vgl auch BGH WM 1982, 588, der im konkreten Fall einen Austauschvertrag annimmt.

77 BGH BB 1955, 78; Ballerstedt JuS 1963, 253, 261.

78 Goerdeler JR 1960, 398.

79 RG SeuffA 89 Nr 81; vgl auch RGZ 122, 70, 75; 142, 212; RG JW 1929, 1247; 1934, 475; 1937, 2970; 1938, 1897.

80 Vgl BGH BB 1964, 238; G Spindler, Festschr für Schri-cker, 2005, S 539 ff. Zur **Verwertungsgemeinschaft** gem UrhG § 9 vgl BGH GRUR 1973, 382; NJW 1982, 641; NJW 1983, 1192; Frankfurt/M GRUR 2006, 578. Über **Erfindungsgemeinschaften** vgl W Lüdecke, Erfindungsgemeinschaften, 1962; D Wunderlich, Die gemeinschaftliche Erfindung, 1962.

81 RGZ 81, 233; 87, 215.

82 RGZ 115, 358; vgl aber auch Stuttgart SeuffA 66 Nr 117.

83 RGZ 161, 321, 323.

84 RGZ 158, 321, 326.

85 RGZ 158, 321, 330; BGHZ 2, 331, 335 = NJW 1951, 705: für Filmverwertungsverträge unter Vergleich mit Verlagsvertrag.

86 Über den **Bühnenaufführungsvertrag** s BGHZ 13, 115 = NJW 1954, 1081.

lich“ wird teilweise der **Automatenaufstellungsvertrag** angesehen⁸⁷. Zwischen **Bank und Kunden** kann ein Rechtsverhältnis mit gesellschaftsrechtlichen Elementen bestehen, wenn die Bank auf Waren, die der Kunde kauft und weiterverkauft, Kredit einräumt, aber die Bank den ganzen Verkehr zwischen Lieferanten und Abnehmern vermittelt und der Kunde die Bank hierbei unterstützt⁸⁸. Über **Vergleichsgläubiger** siehe unten Rz 44, 49. Über gesellschaftsrechtliche Elemente in Verbindung mit **Miete** siehe Rz 343 vor § 535.

d) **Gesellschaftsähnliche Verträge?** Ein Vertrag oder ein Rechtsverhältnis wird in der Rechtsprechung oder im Schrifttum nicht selten als „gesellschaftsähnlich“ qualifiziert⁸⁹. Diese Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses ist nicht geeignet, zur Feststellung der in Frage stehenden Rechtsfolgen beizutragen. Denn entweder handelt es sich um ein Gesellschaftsverhältnis, mag es auch abweichend vom gesetzlichen Leitbild, das heißt atypisch, ausgestaltet worden sein⁹⁰; dann gelten ergänzend in erster Linie gesellschaftsrechtliche Vorschriften. Oder es handelt sich um einen sogenannten gemischten Vertrag mit gesellschaftsrechtlichen Elementen⁹¹; dann gelten die allgemeinen Regeln für gemischte Verträge. Eine gleichsam dazwischen liegende verschwommene Tatbestandsbildung, wie sie mit angeblich „gesellschaftsähnlichen“ Rechtsverhältnissen vorgenommen wird, ist überflüssig⁹².

II. Merkmale der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)

Für die GbR als Grundmodell der nicht körperschaftlich strukturierten Gesellschaften, die meistens sogenannte Personalgesellschaften sind (Gesellschaften im engeren Sinne⁹³), lassen sich bestimmte tatbestandliche Merkmale feststellen. Die GbR ist die Gruppe der am Gesellschaftsverhältnis beteiligten Personen. Diese Gruppe (Gesamthand) hat – entgegen der früher herrschenden Meinung – eigene Rechtssubjektivität; sie ist rechtsfähig⁹⁴. Das Gesellschaftsverhältnis ist das Schuldverhältnis zwischen jedem Gesellschafter und der Gesellschaft sowie unter den Gesellschaftern. Es enthält in der Regel auch eine Organisationsregelung, das heißt die Zuständigkeitenverteilung unter den Gesellschaftern. Der Gesellschaftsvertrag begründet demnach die GbR als rechtsfähige **Gesamthand** und das Gesellschaftsverhältnis als **Schuldverhältnis** und **Organisationsverhältnis** zwischen den Gesellschaftern und der GbR sowie unter den Gesellschaftern.

1. **Die GbR (Gesamthand) als eigenes Zuordnungssubjekt.** Mit dem Zustandekommen des Gesellschaftsvertrags entstehen aufgrund der einzelnen Versprechen der Gesellschafter in der Regel die Beitragsforderungen als die ersten Gegenstände des Gesellschaftsvermögens (vgl § 718 Abs 1), das der Erreichung des gemeinsamen Zwecks gewidmet ist. **Rechtsinhaber** der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände (Sachen und Rechte) sind nicht die einzelnen Gesellschafter („in ihrer Zusammenfassung“ oder ähnlich); vielmehr stehen die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens der **GbR** selbst zu. Die GbR als Gruppe der am Gesellschaftsverhältnis beteiligten Personen⁹⁵ ist hinsichtlich der Gegenstände des Gesellschaftsvermögens und hinsichtlich der „gemeinschaftlichen Schulden“ die **Gesamthand**. Die **Gesamthand** ist als solche ein **eigenes Zuordnungssubjekt**. Die GbR (Gesamthand) ist zwar **keine juristische Person**, das heißt ein gegenüber den Mitgliedern völlig verselbständigt Rechtssubjekt, das durch Eintragung in ein Register oder durch staatliche Genehmigung entsteht. Diese Feststellung erlaubt aber nicht den Gegenschluss, dass der GbR „deshalb“ jede eigene Rechtsfähigkeit fehle⁹⁶. Angesichts der gesetzlichen Sonderung des Gesellschaftsvermögens (§ 718 Abs 1) und der gemeinschaftlichen Schulden (zB § 733 Abs 1) von den privaten Vermögen und Verbindlichkeiten der Gesellschafter ist davon auszugehen, dass die durch den Gesellschaftsvertrag in der Regel entstehende Gesamthand **vermögensrechtsfähig** ist. Für die OHG und die KG ist dies im Gesetz zweifelsfrei zum Ausdruck gekommen (vgl HGB §§ 124 Abs 1, 161 Abs 2). Für das Grundmodell dieser handelsrechtlichen Personalgesellschaften (vgl §§ 105 Abs 3, 161 Abs 2) kann nichts anderes gelten⁹⁷. Nur wenn eine

87 Vgl dazu Rz 381–412 vor § 535.

88 RG SeuffA 84 Nr 61; auch 81 Nr 161.

89 Vgl BGH LM Nr 6 zu § 723 = WM 1959, 857 = DB 1959, 733 = MDR 1959, 637; WM 1962, 1086; WM 1972, 1128, 1129; JZ 1979, 101; WM 1983, 1157, 1158; ZIP 1992, 191, 194; Köln JMBI NRW 1962, 269; Celle NJW 1965, 399; KG ZIP 1980, 963, 964; Staud¹²/Kefler Rz 160; Schulze-Osterloh, Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften S 60.

90 Vgl dazu unten Rz 27 ff.

91 Vgl oben Rz 17, 18.

92 So namentlich Soergel¹⁰ Rz 34, 35 vor § 705, zust MünchKommUlmer Rz 106 vor § 705; H Köhler,

Über die Anwendbarkeit von Gesellschaftsrecht auf die sog gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisse, Diss Münster 1974, S 162 f; vgl auch Ballerstedt JuS 1963, 253, 261.

93 Vgl oben Rz 14.

94 Vgl § 718 Rz 3.

95 Vgl oben Rz 20.

96 Vgl oben Rz 14.

97 Vgl zur Begründung § 718 Rz 2 u 3; ferner die Angaben § 714 Rz 5; ebenso iE MünchKommUlmer Rz 9 ff vor § 705 u vor allem § 705 Rz 303–317 mNachw; nunmehr BGHZ 146, 341 (= § 714 Fn 7) mBespr Hadding ZGR 2001, 712).

sogenannte **Innengesellschaft**⁹⁸ ohne Gesellschaftsvermögen vereinbart worden ist, entsteht keine Gesamthand. Vgl zu den Auswirkungen der Rechtssubjektivität der GbR im Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht § 714 Rz 51 bis 56; zur Insolvenzfähigkeit § 728 Rz 1 f; zur Wechsel- und Scheckrechtsfähigkeit § 714 Rz 22; zur Grundbuchfähigkeit § 718 Rz 4; zur Erbfähigkeit § 718 Rz 5; zur Mitgliedsfähigkeit § 718 Rz 6.

22 2. Das Gesellschaftsverhältnis als Schuldverhältnis. – a) **Schuldverhältnis im weiteren Sinne.** Nach dem Inhalt der Willenserklärungen, die den Gesellschaftsvertrag ergeben, verpflichten sich die Beteiligten als Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft (Gesamthand) und gegenüber den Mitgesellschaftern. Das durch den Gesellschaftsvertrag entstehende **Gesellschaftsverhältnis** ist daher ein **Schuldverhältnis** (in dem heute geläufigen weiteren Sinne, das heißt nicht im Sinne einer einzelnen Forderung⁹⁹). Dieser Qualifizierung entspricht die systematische Stellung des „Titel 18“ (§§ 705–740) im Abschnitt 8 „Einzelne Schuldverhältnisse“ im Buch 2 des BGB (Recht der Schuldverhältnisse). Für das Gesellschaftsverhältnis gelten daher grundsätzlich sowohl die Vorschriften des **Allgemeinen Teils** (Buch 1 des BGB) als auch die Vorschriften des **Allgemeinen Schuldrechts** (§§ 241–432).

23 b) Besonderheiten. Bei der Qualifizierung des Gesellschaftsverhältnisses als Schuldverhältnis ergeben sich jedoch einige **Besonderheiten**: – aa) Da durch den Gesellschaftsvertrag in der Regel auch die GbR als Gesamthand im Sinne eines eigenen Zuordnungssubjekts¹⁰⁰ entsteht, ist das **Gesellschaftsverhältnis** nicht nur ein Schuldverhältnis unter den einzelnen Gesellschaftern. Das Gesellschaftsverhältnis besteht als Schuldverhältnis **sowohl zwischen allen einzelnen Gesellschaftern**, aber vor allem **auch zwischen jedem Gesellschafter und der Gesellschaft** (Gesamthand). Demgemäß können Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis in erster Linie zwischen der Gesellschaft (Gesamthand) und jedem Gesellschafter entstehen¹⁰¹; außerdem kommen Rechte und Pflichten zwischen den einzelnen Gesellschaftern in Betracht¹⁰². – bb) Ferner ist zu berücksichtigen, dass die **Leistungen der Gesellschafter** (Beiträge im weitesten Sinne¹⁰³) **nicht im Austausch** erbracht, **sondern vereint werden, um die Erreichung des gemeinsamen Zwecks** zu fördern¹⁰⁴. Für die GbR sind es notwendige rechtliche Merkmale, dass die als Gesellschafter Beteiligten sich über einen gemeinsamen Zweck (**Gesellschaftszweck**), das heißt eine gemeinschaftlich zu erfüllende Aufgabe, einig sind¹⁰⁵ und die Pflicht übernommen haben, die Erreichung des gemeinsamen Zwecks zu fördern (**Förderungspflicht**), das heißt sich zu bemühen, durch die vereinbarten Maßnahmen, insbesondere durch Beiträge (§§ 705 bis 707), zur Erfüllung der Gemeinschaftsaufgabe beizutragen¹⁰⁶. Die Vorschriften über gegenseitige Verträge (§§ 320 ff) betreffend synallagmatische Leistungspflichten sind daher grundsätzlich nicht anwendbar¹⁰⁷. – cc) Schließlich ist zu beachten, dass eine Gesellschaft meistens für einen längeren Zeitraum gegründet wird, so dass das Gesellschaftsverhältnis als **Dauerschuldverhältnis** entsteht¹⁰⁸; manche allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften (zB über den Rücktritt) sind unanwendbar; vgl seit 1. 1. 2002: § 314 (Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund). Aus dem Gesellschaftsverhältnis entsteht für die Beteiligten eine **Treupflicht**¹⁰⁹. Für sogenannte **fehlerhafte Gesellschaften** (in Vollzug gesetzte Gesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage) gelten besondere Regelungen¹¹⁰.

24 3. Das Gesellschaftsverhältnis als Organisationsverhältnis. Das durch den Gesellschaftsvertrag entstehende Gesellschaftsverhältnis ist in der Regel nicht nur als Schuldverhältnis zu qualifizieren¹¹¹. Denn nach dem Inhalt der Willenserklärungen, durch die der Gesellschaftsvertrag geschlossen wird, enthält das Gesellschaftsverhältnis in der Regel auch die unter den Gesellschaftern maßgebliche **Organisationsregelung**, das heißt die Zuständigkeitenverteilung hinsichtlich der **Geschäftsführung** (vgl §§ 709–713) und organschaftlichen **Vertretung** (§§ 714, 715) sowie die Regelung über die Art und Weise der **Gesamtwillensbildung** (zB einstimmige oder Mehrheitsbeschlüsse; Mehrheit nach Köpfen oder nach dem Verhältnis der Einlagen). Für den einzelnen Gesellschafter ergeben sich aus dem Gesellschaftsverhältnis als Organisationsverhältnis die verschiedenen **Mitverwaltungsrechte**¹¹², namentlich das Stimmrecht (vgl § 709 Abs 2), die Geschäftsführungsbefugnis (§§ 709, 710), das Widerspruchsrecht (§ 711), die organschaftliche Ver-

98 Vgl unten Rz 29 ff.

99 Vgl auch § 705 Rz 42, 46; Hadding, Festschr für Konzen, 2006, S 193, 196.

100 Vgl oben Rz 21.

101 Vgl § 705 Rz 47–53.

102 Vgl § 705 Rz 54.

103 Vgl § 706 Rz 1.

104 Vgl oben Rz 8.

105 Vgl § 705 Rz 35 f.

106 Vgl § 705 Rz 37.

107 Vgl § 705 Rz 44 f.

108 Vgl zu den Besonderheiten des im BGB bisher nur in § 314 nF allgemein geregelten Dauerschuldverhältnisses ausführlich H Weber, Die fehlerhafte Gesellschaft, 1978, S 108–142; Michalski JA 1979, 401; Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994; Mülberr, in: Festschr für Westermann, 2008, S 291.

109 Vgl § 705 Rz 58–64.

110 Vgl § 705 Rz 70–92.

111 Vgl oben Rz 22, 23.

112 Vgl näher § 705 Rz 53; § 717 Rz 5, 20.