

§ 2 Die Errichtung der Personengesellschaften

I. Abschluss des Gesellschaftsvertrags

1. Allgemeines

Privatrechtlicher (schuldrechtlicher, denn die §§ 705 bis 740 BGB stehen im Schuldrecht BT = §§ 241 bis 853 BGB!) Vertrag,

- für den damit **außer diesen** §§ 705 bis 740 BGB über die Gesellschaft
- **auch die §§ 1 bis 240 BGB (= BGB AT)**
- **sowie die §§ 241 bis 432 BGB (= Schuldrecht AT) gelten,**
also z.B.
 - Geschäftsfähigkeit, Willenserklärung, Vertragsschluss §§ 104 ff., 116 ff. (119/123, 134/138), 145 ff. BGB
 - oder auch allgemeine Leistungspflichten/-störungen §§ 241 ff., 280 ff., 320/323 ff. BGB.

2. Form des Gesellschaftsvertrags

Grundsatz:

- Bei **GbR,**
- **OHG**
- **und KG formlos**
(also auch konkludent!),
 - bspw. Lotto-Tippgemeinschaft (= GbR),
 - aber auch bei Handelsgewerben (= OHG oder KG).

Ausnahmen:

- **EWIV,**
da beim Register zu hinterlegen **Art. 7 S. 1 EWIV-VO faktisch Schriftform § 126 BGB**
(oder zumindest elektronische Form § 126a BGB oder Textform § 126b BGB)
- und **Partnerschaft**
kraft Gesetzes § 3 Abs. 1 PartGG Schriftform (§ 126 BGB).

[**Anders**

- **Schriftform** (§ 126 BGB)
 - beim **Idealverein, §§ 25, 59 Abs. 2 Nr. 1 BGB**
 - sowie bei der **eG, § 5 GenG**
 - und der **SCE, Art. 5 Abs. 2 SCE-VO i.V.m. § 5 GenG**
- und **notarielle Beurkundung** (§ 128 BGB) bei den Kapitalgesellschaften
 - **AG/KGaA, §§ 23 Abs. 1 S. 1 und 280 Abs. 1 S. 1 AktG**
 - sowie **SE, Art. 3 Abs. 1 SE-VO i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 1 AktG**
 - und **GmbH/UG (haftungsbeschränkt) § 2 Abs. 1 S. 1 GmbH-G.]**

3. Inhalt des Gesellschaftsvertrags

a) Gemeinsame Zweckverfolgung

Der gemeinsam verfolgte Zweck muss **nicht unbedingt dauerhaft**, sondern kann auch vorübergehender Natur sein und kann im Auftreten gegenüber Dritten (Außengesellschaft) oder **auch nur untereinander** (Innengesellschaft) bestehen.

- Er darf aber **nicht generell verboten oder sittenwidrig §§ 134, 138 BGB** sein.
- Und er muss über das **bloße Anschaffen, Halten und Benutzen** (§§ 744, 748 BGB) eines Gegenstands **hinausgehen**
= **Abgrenzung Gesellschaft § 705 BGB** (GbR, ggf. OHG/KG sowie auch EWIV oder Partnerschaft) mit **eigener Rechtspersönlichkeit**
↔ bloße **Gemeinschaft § 741 BGB** ohne Rechtsfähigkeit.

Beispiel:

Wenn A und B einen Mähdrescher erwerben,

(a) den A an geraden und B an ungeraden Tagen benutzen darf, also bloßes Anschaffen, Halten und Benutzen und kein darüber hinaus gehender Zweck = **Gemeinschaft**:

Will A oder B seine Beteiligung an dieser veräußern §§ 433 Abs. 1 S. 1, 929 S. 1 BGB, so geht dies nach **§ 747 i.V.m. §§ 1008 ff. BGB (Bruchteileigentum)**.

(b) Anders dagegen z.B. bei einem Lohndruschunternehmen, da hier ein über das bloße Anschaffen, Halten und Benutzen hinausgehender Zweck und damit eine **Gesellschaft** (GbR) vorliegt.

Dann wäre wegen der **gesamthänderischen Verbundenheit § 719 Abs. 1 Halbs. 1 BGB** der Gesellschaft die Verfügung über den Anteil grundsätzlich nicht möglich.

- **Abgrenzung Gesellschaft § 705 BGB** (GbR, ggf. OHG/KG sowie auch EWIV oder Partnerschaft)
= **mit i.d.R. einer Verlustbeteiligung sowie Mitwirkungs-/Kontrollrechten** (wenn auch bei der stG § 230 HGB mit sehr eingeschränkten)
↔ rein **partiarische Verträge** (Beteiligungsverträge):

Austauschverträge, bei denen das Entgelt in Beteiligungen besteht. Hier wird kein gemeinsamer Zweck angestrebt, sondern **jeder verfolgt einen eigenen Zweck**, wobei der andere am Eintritt des Zwecks des einen lediglich/allerdings interessiert ist.

Beispiele:

(1) Bank vergibt Darlehen nicht (nur) gegen Zinsen (§ 488 Abs. 1 S. 2 BGB), sondern gegen Beteiligung am Gewinn,

(2) oder Dienstvertrag (mit oder ohne Vergütung, § 611 Abs. 1 Halbs. 2 BGB) mit Umsatzbeteiligung.

- **Abgrenzung Gesellschaft § 705 BGB** (GbR, ggf. OHG/KG sowie auch EWIV oder Partnerschaft)

= mit eigener gesellschaftsrechtlicher **Auseinandersetzung** nach §§ 723 ff./730 ff. BGB bei der GbR (bzw. für OHG/KG §§ 131 ff./145 ff., 161 Abs. 2 und für die stG §§ 233 ff. HGB)

↔ **Lebensgemeinschaften der Ehe** oder der **Lebenspartnerschaft** sowie der **nichtehelichen Gemeinschaften** und der **Erbengemeinschaft mit Auseinandersetzung** gemäß §§ 747 ff., 1564 ff. BGB/6, 15 ff. LPartG, 2032 ff. BGB bei einem nicht über die Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck:

Beispiele:

- (1) Nicht Bau eines Einfamilienhauses.
- (2) Aber entweder ausdrücklich: GbR, Partnerschaft, OHG/KG, EWIV (jeweils innen oder außen) oder stG (nur innen),
- (3) Oder konkludent: Beide betreiben Handwerk, Gaststätte oder Landwirtschaft etc. (aber nicht mehr „gemeinsam“, wenn/weil eine/r davon nur untergeordnete Tätigkeiten wahrnimmt).

b) Handelsgewerbe als gemeinsamer Zweck für Personenhandelsgesellschaften OHG und KG

= sog. besondere Zweckbestimmung der OHG/KG!

(1) Wenn der „wirtschaftliche“ Zweck ein Handelsgewerbe § 1 Abs. 2 HGB ist, dann **kraft Betätigung § 123 Abs. 2 HGB**

- entweder OHG, wenn nur Vollhafter (**Komplementäre**)
- oder KG, wenn **mindestens ein** Vollhafter (**Komplementär**) **und mindestens ein** Teilhafter (**Kommanditist**), § 161 Abs. 2 HGB.

§ 123 HGB:

(1) Die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft tritt im Verhältnis zu Dritten mit dem Zeitpunkt ein, in welchem die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird.

(2) Beginnt die Gesellschaft ihre Geschäfte schon vor der Eintragung, so tritt die Wirksamkeit mit dem Zeitpunkt des Geschäftsbeginns ein, soweit nicht aus § 2 (Anmerkung: oder § 3) oder § 105 Abs. 2 sich ein anderes ergibt.

(3) Eine Vereinbarung, dass die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkt ihren Anfang nehmen soll, ist Dritten gegenüber unwirksam.

§ 161 HGB:

(1) ...

(2) Soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, finden auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung.

(2) Wenn der „wirtschaftliche“ Zweck aber auf die

- gemeinsame Ausübung
 - eines Kleingewerbes,

- einer Land-/Forstwirtschaft/eines Nebengewerbes
 - (oder **eigene Vermögensverwaltung**)
- gerichtet ist, dann **ohne Eintragung** ins Handelsregister **GbR**, § 705 BGB.

[– Wird **jedoch**

- das **Kleingewerbe eingetragen**, § 2 S. 1/§ 105 Abs. 2 S. 2 HGB,
 - die **Land-/Forstwirtschaft/das Nebengewerbe eingetragen**, § 3 Abs. 2 und 3 HGB,
 - **oder eigenes Vermögen verwaltet** und das **eingetragen**, § 105 Abs. 2 1 HGB,
- dann mit **konstitutiver Wirkung § 123 Abs. 1 HGB OHG/oder KG** (§ 161 Abs. 2 HGB).]

§ 123 HGB:

(1) Die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft tritt im Verhältnis zu Dritten mit dem Zeitpunkt ein, in welchem die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird.

(2) Beginnt die Gesellschaft ihre Geschäfte schon vor der Eintragung, so tritt die Wirksamkeit mit dem Zeitpunkt des Geschäftsbegins ein, soweit nicht aus § 2 (Anmerkung: oder § 3) oder § 105 Abs. 2 sich ein anderes ergibt.

(3) Eine Vereinbarung, dass die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkt ihren Anfang nehmen soll, ist Dritten gegenüber unwirksam.

§ 105 HGB:

(1) Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist.

(2) ¹Eine Gesellschaft, deren Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 Handelsgewerbe ist oder die nur eigenes Vermögen verwaltet, ist offene Handelsgesellschaft, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist.

²§ 2 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.

(3) Auf die offene Handelsgesellschaft finden, soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft Anwendung.

§ 161 HGB:

(1) ...

(2) Soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, finden auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung.

(3) Und wenn der „wirtschaftliche“ Zweck auf eine gemeinsame Berufsausübung hinzielt, die kein Gewerbe, sondern einen sog. **freien Beruf** darstellt,

– dann ohne Eintragung **GbR**, § 705 BGB

– **jedoch nach konstitutiver Eintragung** ins Partnerschaftsregister **Partnerschaft**, § 1 Abs. 1 S. 1 PartGG.

(4) Und wenn überhaupt kein „wirtschaftlicher“, sondern ein **sonstiger Zweck** vorliegt,

– dann **stets GbR**, § 705 BGB,

– und zwar, ohne dass eine Eintragung ins Handels- oder Partnerschaftsregister möglich ist!

II. Publizität des Handelsregisters bei den Personenhandelsgesellschaften (und des Partnerschaftsregisters bei der Partnerschaft)

– Bei den Personenhandelsgesellschaften

- **OHG**
- **und KG**
- **sowie der EWIV (§ 2 EWIV-AG)**

erfolgt die Eintragung in Abteilung A des Handelsregisters (**HRA** = Einzelkaufleute und Personenhandelsgesellschaften), §§ **8 ff. HGB**.

– Bei der **Partnerschaft** erfolgt die Eintragung gemäß §§ **4 f., 7 PartGG** ins **Partnerschaftsregister**.

– Jedoch (derzeit noch) **keine Eintragung** bei der **GbR** (und stG)!

[**Exkurs:**

- Und für **e.V.:**
Vereinsregister,
- für **eG und SCE:**
Genossenschaftsregister
- sowie für Kapitalgesellschaften **AG, KGaA, SE und GmbH/UG (haftungsbeschränkt):**
HRB.]

1. Inhalt der Eintragung und Bekanntmachung

a) Firma der OHG, KG und EWIV

Nach § **17 Abs. 1 HGB** ist die Firma der Name **eines = jeden Kaufmanns**, unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt und unter der er gemäß § 17 Abs. 2 HGB klagen und verklagt werden kann, also von

- **Einzelkaufleuten**, §§ 1 bis 5 HGB
- **Personenhandelsgesellschaften** die Kfm. sind, § 6 Abs. 1 HGB
- und **juristischen Personen** die Kfm. sind, § 6 Abs. 2 und § 33 HGB.

Dabei ist wegen der Abgrenzung insbesondere auch zu Nichtkaufleuten (also insbesondere der GbR!) bei den Personenhandelsgesellschaften

- **außer** dem sog. **Firmenkern**
- auch ein jeweiliger **Rechtsform-Zusatz** nach § **19 HGB** zu verwenden:
 - § 19 Abs. 1 Nr. **2 HGB** „OHG“
 - § 19 Abs. 1 Nr. **3 HGB** „KG“

- und § 19 Abs. 2 HGB, wenn keine natürliche Person persönlich haftet (= insbesondere „GmbH & Co. KG“)
- bzw. § 2 Abs. 2 Nr. 1 EWIV-AG „EWIV“.

b) Name der Partnerschaft

Bei der **Partnerschaft** hat der **Name**

- nach § 2 Abs. 1 PartGG den Zusatz „und Partner“ oder „Partnerschaft“
- sowie die **Berufsbezeichnungen** aller in der Partnerschaft vertretenen Berufe zu enthalten.

2. Bedeutung der Eintragung für die Entstehung der Personenhandelsgesellschaften (sowie der Partnerschaft)

a) OHG und KG sowie EWIV

(1) Eine

- **handelsgewerbetreibende** (§ 1 Abs. 2 HGB) Gesellschaft
 - ist **kraft Betätigung OHG/KG §§ 123 Abs. 2/161 Abs. 2 HGB** und damit **Kaufmann § 6 Abs. 1 HGB**
 - und als solche daher nach § 29 HGB zur **deklaratorischen Eintragung der Firma** verpflichtet,

vgl. §§ 106 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 sowie 19 Abs. 1 Nr. 2 und 3 HGB: „OHG“ bzw. „KG“,

(also Parallele zum Istkaufmann nach §§ 1 Abs. 2, 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB: „e.K.“).

§ 123 HGB:

(1) Die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft tritt im Verhältnis zu Dritten mit dem Zeitpunkt ein, in welchem die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird.

(2) Beginnt die Gesellschaft ihre Geschäfte schon vor der Eintragung, so tritt die Wirksamkeit mit dem Zeitpunkt des Geschäftsbeginns ein, soweit nicht aus § 2 (Anmerkung: oder § 3) oder § 105 Abs. 2 sich ein anderes ergibt.

(3) Eine Vereinbarung, dass die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkt ihren Anfang nehmen soll, ist Dritten gegenüber unwirksam.

§ 161 HGB:

(1) ...

(2) Soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, finden auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung.

(2) Aber eine

- ein **Kleingewerbe**

– bzw. eine **Land-/Forstwirtschaft**/ein **Nebengewerbe** betreibende
(– oder eine nur **eigenes Vermögen verwaltende**) **Gesellschaft**

- **wird erst Kaufmann** und damit **OHG/KG** durch die **konstitutive Eintragung** der **Firma §§ 123 Abs. 1/161 Abs. 2 HGB**
- Sie kann daher, muss sich aber nicht entsprechend
 - **§ 2 S. 2 HGB**
 - bzw. **§ 3 Abs. 2** und **Abs. 3 HGB**
 - (○ sowie **§ 105 Abs. 2 S. 1 HGB**)
als Unternehmer die Firma eintragen lassen und damit **Kaufmann § 6 Abs. 1 HGB** werden,

(also Parallele zum Kannkaufmann nach §§ 2 und 3 HGB bei Kleingewerben sowie Land- und Forstwirtschaft/ Nebengewerben und Erweiterung dazu durch § 105 Abs. 2 S. 1 HGB für eigenes vermögen verwaltende Gesellschaften).

§ 123 HGB:

(1) Die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft tritt im Verhältnis zu Dritten mit dem Zeitpunkt ein, in welchem die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird.

(2) Beginnt die Gesellschaft ihre Geschäfte schon vor der Eintragung, so tritt die Wirksamkeit mit dem Zeitpunkt des Geschäftsbeginns ein, soweit nicht aus § 2 (Anmerkung: oder § 3) oder § 105 Abs. 2 sich ein anderes ergibt.

(3) Eine Vereinbarung, dass die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkt ihren Anfang nehmen soll, ist Dritten gegenüber unwirksam.

§ 161 HGB:

(1) ...

(2) Soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, finden auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung.

(3) Die EWIV führt gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 EWIV-AG ebenfalls eine Firma, welche zur Eintragung anzumelden ist.

Eine **EWIV entsteht** nach **Art. 1 Abs. 2 EWIV-VO** und § 1 Halbs. 1 a.E. EWIV-AG i.V.m. § 123 Abs. 1 HGB (nicht § 123 Abs. 2 HGB, vgl. Art. 1 Abs. 2 EWIV-VO!) als Vereinigung im Außenverhältnis dabei **stets** erst mit der **konstitutiven Eintragung** im Handelsregister.

b) Partnerschaft

bei der **Partnerschaft** gilt **§ 2 Abs. 1 PartGG**. Es ist der „Name“ der Partnerschaft gemäß **§ 4 Abs. 1 PartGG** zur Eintragung anzumelden, für den gemäß **§ 2 Abs. 2 PartGG** die Regeln über die Firma grundsätzlich entsprechend gelten.

Eine **Partnerschaft entsteht** dabei gemäß **§ 7 Abs. 1 PartGG** ebenso erst mit der **konstitutiven Eintragung** im Partnerschaftsregister.