

Prof. Dr. Diederich Eckardt, Trier

Die GbR im Verfahrensrecht (Zivilprozess und Zwangsvollstreckung)

aus: AnwK-BGB, Bd. II/2, 1. Aufl. 2005, Anhang zu § 705

Literatur: a) Kommentare zur ZPO: *Baumbach/Lauterbach* (62. Aufl. 2004); *Münchener Kommentar* (2. Aufl. 2000 -2001, Erg.-Bd. 2002); *Musielak* (4. Aufl. 2004); *Stein/Jonas* (22. Aufl. 2002 ff.); *Thomas/Putzo* (25. Aufl. 2003); *Wiezcorek* (3. Aufl. 1994 ff.); *Zimmermann* (6. Aufl. 2002); *Zöller* (24. Aufl. 2004)

b) Sonstiges: *Behr*, Die Vollstreckung in Personengesellschaften, NJW 2000, 1138; *Bergmann*, Die fremdorganschafflich verfasste offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und BGB-Gesellschaft als Problem des allgemeinen Verbandsrechts, 2002; *Bork/Oepen*, Einzelklagebefugnisse des Personengesellschafters, ZGR 2001, 551; *Breyer/Zwecker*, Auswirkung der neuen BGH-Rechtsprechung zur Parteifähigkeit der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts auf den besonderen Gerichtsstand bei Werklohnklagen, BauR 2001, 705; *Dauner-Lieb*, Ein neues Fundament für die BGB-Gesellschaft, DStR 2001, 356; *dies.*, Das "Weiße Roß"-Urteil des BGH vom 29.1.2001 zur BGB-Gesellschaft: rechtsdogmatische Konsequenzen, in: *Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2001* (2002), S. 117; *Elsing*, Alles entschieden bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts?, BB 2003, 909; *Engels*, Prozessrechtliche Sicherung von Ansprüchen gegen die vermögenslose BGB-Gesellschaft, MDR 2003, 1028; *Früchtl*, Noch einmal: Wird die Actio pro socio unzulässig, sobald der Gesellschafter aus der BGB Gesellschaft ausscheidet?, NJW 1996, 1327; *Gesmann-Nuissl*, Die Rechts- und Parteifähigkeit sowie die Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach dem Urteil des BGH II ZR 331/00, WM 2001, 973; *Göckeler*, Die Stellung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Erkenntnis-, Vollstreckungs- und Konkursverfahren, 1992; *Grunewald*, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und in der GmbH, 1990; *Gummert*, Das "Weiße Roß"-Urteil des BGH vom 29.1.2001 zur BGB-Gesellschaft: Auswirkungen auf die Rechtspraxis, in: *Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2001* (2002), S. 139; *Habersack*, Die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR und der akzessorischen Gesellschafterhaftung durch den BGH, BB 2001, 477; *Hadding*, Actio pro socio, 1966; *ders.*, Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie zur Haftung ihrer Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten, ZGR 2001, 712; *Heller*, Der Zivilprozeß der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 1989; *Huber*, Rechtsfähigkeit, juristische Person und Gesamthand, FS Lutter, 2000, S. 107; *Hörstel*, Wird die Actio pro socio unzulässig, sobald der Gesellschafter aus der BGB-Gesellschaft ausscheidet?, NJW 1995, 1271; *Hüffer*, Die Gesamthandsgesellschaft in Prozeß, Zwangsvollstreckung und Konkurs, FS Stimpel, 1985, S. 165; *Jacoby*, Die Folgen der GbR-Rechtsfortbildung in Altprozessen, NJW 2003, 1644; *Jauernig*, Zur Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, NJW 2001, 2231; *Jungbauer*, Das aktuelle BGH-Urteil zur BGB-Gesellschaft: Umsetzung der neuen Rechtsprechung in die Praxis der Zwangsvollstreckung und des Kostenrechts, JurBüro 2001, 284; *A. Kellermann*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Rechtsfähigkeit, Parteifähigkeit, Haftung der Gesellschafter, FS Wiedemann, S. 1069; *M. Kellermann*, Die BGB-Gesellschaft in ihrer Ausgestaltung durch die neuere Rechtsprechung, JA 2003, 648; *Kemke*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Prozess: Parteibezeichnung und Kostendrittwerklage gegen die Gesellschafter, NJW 2002, 2218; *Kraemer*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Überblick und Entwicklungstendenzen, RWS-Forum Gesellschaftsrecht 2003 (2004), S. 145; *Langenfeld*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach Maßgabe der geänderten Rechtsprechung des BGH, BaWüNotZ 69 (2003), 1; *Müther*, Die BGB-Gesellschaft im Zivilprozeß, MDR 1998, 625; *ders.*, Zivilprozessuale Probleme der "neuen" BGB-Gesellschaft, MDR 2002, 987; *Pache/Knauff*, Die BGB-Gesellschaft im Verwaltungsprozess, BayVBl 2003, 168; *Peters*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und das System der Personengesellschaften nach der Reform des Handelsrechts, 2003; *Pohlmann*, Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, WM 2002, 1421; *Prütting*, Die Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Methodenproblem, FS Wiedemann, 2002, S. 1177; *Raster*, Die Verselbständigung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts im Zivilprozess und in der

Zwangsvollstreckung, 2001; *Reichert*, Die BGB-Gesellschaft im Zivilprozeß: Auswirkungen der modernen Gesamthandsdoktrin auf die Stellung der BGB-Gesellschaft im Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren, 1988; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl. 1997; *Schemmann*, Parteifähigkeit im Zivilprozeß, 2002; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002; *ders.*, Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig, NJW 2001, 993; *Schwab*, Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2004; *Timme/Hülk*, Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, JuS 2001, 536; *Ulmer*, Die höchstrichterlich "enträtselte" Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP 2001, 585; *Wertenbruch*, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, 2000; *ders.*, Die BGB-Gesellschaft in der Zwangsvollstreckung, DGVZ 2001, 97; *ders.*, Die Parteifähigkeit der GbR - die Änderungen für die Gerichts- und Vollstreckungspraxis, NJW 2002, 324; *ders.*, Publizität der Vertretungsmacht eines GbR-Geschäftsführers, DB 2003, 1099; *ders.*, Die Stellung der BGB-Gesellschaft im Rechtsverkehr - Rechtsfähigkeit, Schuldenhaftung, Prozess und Zwangsvollstreckung, in: Westermann u. a., Handbuch der Personengesellschaften, Stand 2004, § 33; *Westermann*, Erste Folgerungen aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft, NZG 2001, 289; *Wiegand*, Die "neue" Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Schiedsverfahren, SchiedsVZ 1 (2003), 52; *Wieser*, Rechtsfähige BGB-Gesellschaft - neue Rechtslage nach der BGH-Entscheidung, MDR 2001, 421.

A. Einleitende Bemerkungen

"Die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts besitzt Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet. In diesem Rahmen ist sie zugleich im Zivilprozess aktiv und passiv parteifähig." Schon der amtliche Leitsatz der Grundsatzentscheidung des II. Zivilsenats des BGH vom 29. Januar 2001¹ macht deutlich, dass der BGH die Konsequenzen der von ihm damit endgültig anerkannten "neuen Gesamthandslehre" nicht auf das materielle Recht beschränken will; die Urteilsgründe zeigen im Gegenteil, dass es ihm sogar vorrangig darum ging, entgegen der bis zu diesem Tag als gesichert geltenden Rechtsauffassung in Rechtsprechung und Lehre² die zivilprozessuale Parteifähigkeit der GbR zu begründen. In der Tat legt § 50 Abs. 1 ZPO - danach ist parteifähig, wer rechtsfähig ist - den Schluss nahe, die Parteifähigkeit der GbR lasse sich unmittelbar aus der Anerkennung der Rechtssubjektivität der GbR im Verhältnis zu Dritten folgern, und natürlich lässt sich hierfür auch der sachliche Zusammenhang ins Feld führen, der zwischen der Rechtsfähigkeit und der zur Durchsetzung der eigenen subjektiven Rechte notwendigen aktiven Parteifähigkeit einerseits sowie zwischen Verpflichtungsfähigkeit, passiver Parteifähigkeit und vollstreckungsrechtlicher Realisierung der Vermögenshaftung andererseits besteht. Dass dieses Ergebnis, ganz abgesehen von einigen speziell für die GbR doch recht offensichtlich entgegen stehenden gesetzlichen Bestimmungen (vgl. insbes. §§ 50 Abs. 2, 736 ZPO), nicht zwingend ist, zeigt sich indes schon daran, dass die meisten Vertreter der modernen Lehre von der Gesamthand als Personenverbundenheit ("Gruppe") dieser zwar eine eigene Rechtszuständigkeit - und damit die Fähigkeit, selbst Trägerin von Rechten und Pflichten zu sein - beimaßen, sie aber gerade nicht als parteifähig im Sinne der ZPO ansehen wollten.³ Jedenfalls für die Praxis ist jedoch von der breiten

¹ BGHZ 146, 341ff. ("ARGE Weißes Ross")= NJW 2001, 1056 = BB 2001, 374 = DB 2001, 423 = DNotZ 2001, 234 = DStR 2001, 310 = JZ 2001, 655 = MDR 2001, 459 = MittBayNot 2001, 192 = NZG 2001, 311 = WM 2001, 408 = ZIP 2001, 330.

² BGHZ 80, 222, 227; BGH ZIP 1990, 715, 716; BGH NJW 1997, 1236; BGH NJW 2000, 291, 292; w.N. in der Entscheidung vom 29.1. 2001 aaO. (Fußn. 1).

³ So namentlich *Flume*, Personengesellschaft, § 16 IV 5, S. 334 f.; *ders.*, ZHR 136 (1972), 177, 189 ff., 194 f.; w. Nachw. in diesem Sinne bei *Prütting*, FS Wiedemann, S. 1177, 1192 Fn. 40; anders schon vor 2001 etwa *MüKo-ZPO/Lindacher*, § 50 Rn 26; *Musielak/Weth*, ZPO, § 50 Rn 22; *Hüffer*, FS Stimpel, S. 165, 166 ff.; *Soergel/Hadding*, 11. Aufl., § 714 Rn 52; *Wertenbruch*, S. 211 ff.

Akzeptanz auszugehen, die die **Anerkennung der (Außen-)GbR als parteifähig** nach der "kopernikanischen Wende" in der Rechtsprechung sogleich gefunden hat,⁴ so dass diese - den gegen sie erhobenen gewichtigen Einwänden zum Trotz⁵ - hier ohne weitere Diskussion als gesichertes Ergebnis richterlicher Rechtsfortbildung zugrunde gelegt werden kann. Als nunmehr geltendes Recht zugrunde zu legen ist folglich auch die Annahme, dass die GbR damit zwar noch nicht juristische Person ist,⁶ wohl aber Rechtssubjekt, und mithin - insofern ganz wie die juristische Person - selbst und losgelöst von ihren Gesellschaftern als Zurechnungsendpunkt von materiellrechtlichen wie prozessualen Rechten und Pflichten anzusehen ist.

Die Bedenken gegen die Annahme der Parteifähigkeit sind ohnehin vor allem solche methodischer und dogmatischer Art. Für die forensische Praxis bietet die neuere Entwicklung unumstrittene **Verbesserungen und Vereinfachungen** gegenüber der bisherigen Rechtslage, angefangen von der Klageerhebung (bei der die GbR nunmehr selbst als Prozesssubjekt bezeichnet werden kann und die mühevoll Benennung der einzelnen Gesellschafter im Regelfall entbehrlich ist) über die Prozessführung (die nunmehr - notwendig einheitlich - durch die geschäftsführenden Gesellschafter wahrgenommen werden kann, wodurch die bisher trotz der zwischen ihnen bestehenden notwendigen Streitgenossenschaft möglichen unterschiedlichen Dispositionshandlungen der einzelnen Gesellschafter entfallen) bis hin zu den Rechtsfolgen einer Veränderung im Gesellschafterbestand (der anders als bisher Prozess und Vollstreckung nunmehr völlig unberührt lässt). Zivilprozessuale Praktikabilitätsabwägungen waren ersichtlich auch das Hauptmotiv des BGH, die Rechts- und Parteifähigkeit der GbR anzuerkennen; er befand, dass "die Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung und das erkennbare Bestreben des historischen Gesetzgebers, eine konkrete Festlegung [über das Wesen der Gesamthand] zu vermeiden, [...] Raum für eine an den praktischen Bedürfnissen des Gesamthandprinzips orientierte Beurteilung der Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts" lassen.

Auch die Anerkennung der Parteifähigkeit der GbR stellt die forensische Praxis freilich immer noch vor **genügend Probleme**, da auch die Außen-GbR häufig eben nicht unter einem eigenen Namen im Rechtsverkehr auftritt, für sie kein Register existiert und überdies im Vorfeld eines Prozesses vielfach nicht einmal sicher feststellbar ist, ob es sich um tatsächlich eine Außengesellschaft mit Gesamthandsvermögen handelt. In Prozessen unter Beteiligung einer GbR müssen die Gerichte nunmehr von Amts wegen (§ 56 Abs. 1 ZPO) prüfen, ob eine wirksame Außengesellschaft überhaupt vorhanden ist und wer nach dem Gesellschaftsvertrag zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist; hierbei werden sie nicht, wie bei den

⁴ Vgl. BGHZ 148, 291 ff.; BGHZ 151, 204 ff.; BGH NJW 2002, 1207; BGH NJW 2003, 1043, 1044; BGH BB 2003, 2706; OLG Karlsruhe NJW 2001, 1072; BayObLG ZIP 2002, 2175; OLG Düsseldorf NZG 2003, 323; aus der Lit. etwa *Dauner-Lieb*, DStR 2001, 356, 358; *Gesmann-Nuissl*, WM 2001, 973, 976; *Habersack*, BB 2001, 477, 480; *Hadding*, ZGR 2001, 712, 729 ff.; *Pohlmann*, WM 2002, 1421 ff.; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 999 f.; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 590 f.; *Zöller/Vollkommer*, § 50 Rn 18. Im Anschluss an den BGH hat inzwischen auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG NJW 2002, 3533 = JZ 2003, 43 m.Anm. *Stürner*) die Grundrechts- und Parteifähigkeit der GbR als "einer nicht rechtsfähigen Personengruppe" bestätigt und sie damit einer "juristischen Person" i.S. von Art. 19 Abs. 3 GG gleichgestellt; vgl. für die Beteiligtenfähigkeit im Verwaltungsprozess ferner OVG Bautzen NJW 2002, 1361 f.

⁵ Vgl. *Heil*, NZG 2001, 302ff.; *Jauernig*, NJW 2001, 2232 f.; *Peifer*, NZG 2001, 296 ff.; *Prütting*, FS Wiedemann, S. 1177 ff.

⁶ So heißt es in der Entscheidung vom 29.1. 2001 aaO. (Fußn. 1), die GbR sei zwar rechtsfähig, dies jedoch anders als eine juristische Person nicht "als solche", sondern "als Gruppe ihrer gesamthänderisch verbundenen Mitglieder"; der Unterschied macht sich nach außen hin allerdings kaum bemerkbar, wohl aber z.B. bei den gesellschaftsinternen "Grundlagenstreitigkeiten".

juristischen Personen und den Personengesellschaften des Handelsrechts, in materieller Hinsicht durch den öffentlichen Glauben der Register (s. insbesondere §§ 5, 15 HGB), in formeller Hinsicht durch die Beweiskraft der beim Registergericht erhältlichen Bescheinigungen entlastet (s. § 418 ZPO). Da diese Verhältnisse auch im Nachhinein modifiziert werden können, sind Gericht und Gegner Manipulationen auf Seiten der Gesellschaft in weitem Umfang schutzlos ausgeliefert. Auch die praktischen Schwierigkeiten der Vollstreckungsorgane, trotz Gesellschafterwechsels nach Urteilserlass Vollstreckungsmaßnahmen durchzuführen, werden durch die Annahme der Parteifähigkeit der GbR nur scheinbar beseitigt, da das Vollstreckungsorgan nun eher weniger als mehr Anhaltspunkte hat, wie es Gesellschaftsvermögen und handlungsfähige Organe auffinden kann; insbesondere ist, solange man die GbR als grundbuchunfähig ansieht, der Titel gegen sie zur Vollstreckung in Grundvermögen der GbR nur wenig tauglich. All dies wird es in der Regel erforderlich machen, die Gesellschafter weiterhin mit zu verklagen,⁷ was die praktischen Vorzüge des neuen Konzepts mindestens für den Passivprozess doch stark relativiert.

B. Die GbR im Zivilprozess

I. Parteifähigkeit der GbR

1. Parteifähigkeit der Außen-GbR mit Gesamthandsvermögen

Die **Außen-GbR mit Gesamthandsvermögen** kann nunmehr unter ihrem Namen klagen und verklagt werden, so dass man nicht mehr persönlich gegen alle Gesellschafter vorzugehen braucht. Ist das Vorliegen einer Außen-GbR im Prozess umstritten oder sonst zweifelhaft, so trifft das Gericht die Verpflichtung, diese Sachurteilsvoraussetzung von Amts wegen (§ 56 Abs. 1 ZPO) zu klären. Bleiben Zweifel an der **Existenz und Parteifähigkeit der GbR**, so gehen diese sowohl im Aktiv- wie im Passivprozess der GbR zu Lasten der jeweils klagenden Partei, die die Existenz und die Parteifähigkeit der klagenden wie der verklagten Partei beweisen muss;⁸ letztlich muss also der jeweilige Kläger das Vorliegen einer wirksamen Außen-GbR beweisen. Auch wenn eine GbR verklagt wird, trifft den Kläger folglich die **Darlegungslast** hinsichtlich der Existenz und Parteifähigkeit der GbR. Ist es dem Kläger jedoch nicht möglich, die von ihm behauptete Existenz und Parteifähigkeit der GbR näher zu substantiieren, so trifft die beklagte GbR insofern eine "**sekundäre Darlegungslast**": Solange die GbR als Rechtssubjekt im Geschäftsverkehr auftritt, ohne dass sie in einem Register eingetragen ist, wird man dem Kläger die Darlegungslast nicht auferlegen können, während es für die beklagte GbR keine unzumutbare Belastung bedeutet, die Voraussetzungen ihrer (Nicht-)Existenz dem Gericht darzulegen. Allgemeinen Grundsätzen entsprechend ist die GbR jedoch während des Streits um ihre Existenz und Parteifähigkeit als parteifähig zu behandeln.⁹ Die **Parteifähigkeit der GbR entfällt** erst mit ihrer Vollbeendigung, nicht schon mit der Beantragung, Eröffnung oder Einstellung eines Insolvenzverfahrens. Die Auflösung und Vollbeendigung der GbR durch Ausscheiden aller Gesellschafter bis auf einen sind analog §§ 239 ff., 246 ZPO zu behandeln.¹⁰

2. Innen-GbR

Im Fall einer bloßen **Innengesellschaft** stellt sich die Frage der Parteifähigkeit von vornherein nicht, da die Gesellschaft als solche mangels Auftretens nach außen keine Rechte und Pflichten erwirbt, so dass keine Grundlage für eine Beteiligung an Prozessen bestehen kann. Das ggf. auch bei einer Innen-GbR wie etwa

⁷ So auch der BGH aaO. (Fußn. 1): es sei "praktisch immer ratsam, neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter persönlich zu verklagen."

⁸ Vgl. BGHZ 12, 308, 315; BGH NJW 1960, 1851.

⁹ Vgl. BGHZ 74, 212, 215; BGH NJW 1982, 238; Zöller/Vollkommer, § 50 Rn 8, § 56 Rn 13 m.w.N.

¹⁰ BGH NJW 2002, 1207.

der Ehegatten-Grundstücksgesellschaft vorhandene Gesamthandsvermögen¹¹ macht diese GbR nicht rechts- und parteifähig, wenn die Gesellschaft von den Beteiligten nicht zur Teilnahme am Rechtsverkehr bestimmt worden ist und keine Verbindlichkeiten der Gesamthand begründet worden sind.¹² Gegenüber Dritten verpflichtet und somit allein im Außenverhältnis aktiv- oder passivlegitimiert ist der handelnde Gesellschafter. Stellt sich im Prozess gegen ihn nachträglich heraus, dass es sich doch um eine Außen-GbR mit Gesamthandsvermögen handelte, so muss dem durch Parteiwechsel i.S. einer sachdienlichen Klageänderung analog § 263 ZPO Rechnung getragen werden.¹³

3. Außen-GbR ohne Gesamthandsvermögen

Bei der unselbstständigen **Außengesellschaft ohne gesamthänderisch gebundenes Gesellschaftsvermögen** handelt der vertretungsberechtigte Gesellschafter sowohl für seine Rechnung als auch auf Rechnung der übrigen Gesellschafter. Als Gesamtschuldner sind die Gesellschafter deshalb jeder für sich passivlegitimiert, so dass sie dementsprechend getrennt verklagt werden können. Die als Gesamtschuldner verklagten Gesellschafter sind einfache Streitgenossen, ihre Prozesse danach völlig unabhängig voneinander.

4. (Außen-)GbR ohne eigene Identitätsausstattung

Die überkommenen Grundsätze zur Behandlung der GbR im Zivilprozess haben danach nur dann ein Anwendungsfeld behalten, wenn - entgegen der ganz h.M. - man der Auffassung ist, eine Gesellschaft, der es an einer eigenen Identitätsausstattung mangle, könne selbst bei Vorhandensein von Gesamthandsvermögen keine rechts- und parteifähige Außen-GbR bilden.¹⁴ Nur in diesem Fall können noch die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Partei des Rechtsstreits angesehen werden. In diesem Fall bleibt es also bei der bisher für alle GbR mit Gesamthandsvermögen geltenden Rechtslage.¹⁵ Im Aktivprozess, also bei Durchsetzung von Sozialansprüchen, betreiben die Geschäftsführer den Rechtsstreit namens aller Gesellschafter, die notwendige Streitgenossen aus materiell-rechtlichen Gründen (§ 62 Abs. 1 Alt. 2 ZPO) sind.¹⁶ Auch im Passivprozess, in dem Sozialverpflichtungen aller Gesellschafter geltend gemacht werden, die aus dem Gesamthandsvermögen zu erfüllen sind (Gesamthandsschuldprozess), sind die Beklagten nach ganz überwiegender Ansicht ebenfalls als notwendige Streitgenossen aus materiell-rechtlichen Gründen (§ 62 Abs. 1 Alt. 2 ZPO) anzusehen.¹⁷ Die

¹¹ Erman/Westermann, § 705 Rn 67; Hadding, ZGR 2001, 712, 715; a.A. m.w.N. Staudinger/Keßler, Vorb § 705 Rn 92; K. Schmidt, GesR, § 58 II 2b; so wohl auch BGH, NJW 1982, 99, 100.

¹² Hadding, ZGR 2001, 712, 715.

¹³ Vgl. BGH NJW 2002, 3536, 3538.

¹⁴ So Prütting, FS Wiedemann, S. 1177, 1184, 1191, unter Hinweis auf Schemmann, S. 27 ff., 31 ff.; ebenso MüKo/Ulmer, § 705 Rn 306, 320, § 718 Rn 47; ders., ZIP 2001, 585, 593 f.; ders., AcP 198 (1998), 113, 126 ff.; a.A. jedoch die h.M., vgl. BGHZ 146, 341, 356 f.; Habersack, BB 2001, 477, 478 f.; Hadding, ZGR 2001, 712, 716 f.; Müther, MDR 2002, 987, 988; Pohlmann, WM 2002, 1421, 1423.

¹⁵ Zu dieser ausführlich noch MüKo/Ulmer, § 718 Rn 49ff., 60 f.

¹⁶ BGHZ 30, 195, 197; Heller, S. 60 ff.; MüKo/Ulmer, § 718 Rn 50.

¹⁷ Vgl. Göckeler, S. 65 ff.; Heller, S. 76 f.; Kornblum, BB 1970, 1445, 1448 f., 1445; MüKo/Ulmer, § 718 Rn 51; Zöller/Vollkommer, § 60 Rn 5, § 62 Rn 7; MüKo-ZPO/Schilken, § 62 Rn 14, 32; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, § 49 III 1 b, jew. m.w.N. auch zur Gegenansicht; offen gelassen in BGH ZIP 1990, 715, 716.

Klage gegen die GbR ist danach, sofern nach dem Grundmodell in § 709 Abs. 1 die Geschäftsführung allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zustand (anders im Fall des § 710 S. 1), jedem einzelnen Gesellschafter zuzustellen; § 170 Abs. 3 ZPO, der bei mehreren Vertretern die Zustellung an einen ausreichend lässt, ist bei der Streitgenossenschaft grundsätzlich nicht anwendbar, da die Streitgenossen gegenseitig keine gesetzlichen Vertreter sind. Selbst bei notwendiger Streitgenossenschaft führt jeder Streitgenosse gem. § 63 ZPO seinen eigenen Prozess, Prozesshandlungen müssen nicht gemeinsam vorgenommen werden,¹⁸ gegensätzliche Vorträge von Streitgenossen kann das Gericht gem. § 286 ZPO frei würdigen.¹⁹ Auch kann jeder einzelne Streitgenosse Rechtsmittel einlegen mit der Folge, dass ein Urteil gegenüber den anderen nicht in Rechtskraft erwächst.²⁰

5. Auslandsgesellschaften als GbR

Verlegt eine ausländische Gesellschaft, die nach dem Recht des Gründungsstaates als rechtsfähige Gesellschaft ähnlich einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung deutschen Rechts anzusehen wäre, ihren Verwaltungssitz nach Deutschland, so ist sie nach deutschem Recht jedenfalls als rechts- und parteifähige GbR zu behandeln.²¹ Dessen bedarf es allerdings nicht, wenn es sich um eine nach dem Recht eines EU-Staates wirksam gegründete Gesellschaft handelt; in diesem Fall bestimmt nach der Rechtsprechung des EuGH das Recht des Gründungsstaates unmittelbar und zwingend auch die Parteifähigkeit vor deutschen Gerichten, so dass eine solche Gesellschaft schon als solche, d.h. in ihrer ursprünglichen Rechtsform als rechts- und parteifähig anzuerkennen ist.²²

6. Übergangsrecht

In intertemporaler Hinsicht kommt die Parteifähigkeit der GbR nach der Rechtsprechung des BGH auch in solchen Prozessen zum Tragen, die vor dem Grundsatzurteil v. 29.1.2001 begonnen worden sind;²³ in diesem Fall ist keine Klageänderung notwendig, sondern lediglich das Rubrum dergestalt zu berichtigen, dass die GbR als Partei geführt wird.²⁴ Urteile in abgeschlossenen Altverfahren beziehen sich demgemäß ohne weiteres auf die GbR, nicht die Gesellschafter (in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit); auch das

¹⁸ BGHZ 131, 376, 379.

¹⁹ MüKo-ZPO/Schilken, § 62 Rn 48.

²⁰ BGHZ 131, 376, 382.

²¹ So - noch auf der Grundlage der "Sitztheorie" - BGHZ 151, 204ff.; Zimmer, BB 2000, 1361, 1363 m.w.N. Ob die Sitztheorie heute allerdings wenigstens noch im Verhältnis zu den Nicht-EU-Staaten Anwendung findet, ist nicht unzweifelhaft; vgl. dazu die Nachw. in der folgenden Fußn.

²² EuGH v. 5. 11. 2002, Rs. C-208/00, NJW 2002, 3614 - Überseering; s. auch EuGH v. 30. 9. 2003, Rs. C-167/01, NZG 2003, 1064 - Inspire Art; dazu etwa Behrens, IPRax 2003, 197; Eidenmüller, ZIP 2002, 2233; Geyrhalter/Gänßler, NZG 2003, 409; Großerichter, DStR 2003, 159; v. Halen, WM 2003, 571; Kindler, NJW 2003, 1073; Leible/Hoffmann, RIW 2002, 925; Lutter, BB 2003, 7; Meilicke, GmbHR 2003, 793; Paefgen, WM 2003, 561; Schulz, NJW 2003, 2705; Weller, IPRax 2003, 207; ders., IPRax 2003, 324; Zimmer, BB 2003, 1.

²³ BGH, NJW 2003, 1043; a.A. Jacoby, NJW 2003, 1644, 1646. Kaum vereinbar damit ist die Annahme des BGH (08.03.2004 - II ZR 175/02 ZIP 2004, 1335), dass die Rechtsmittelbefugnis gleichwohl jedem einzelnen Gesellschafter als notwendigem Streitgenossen zustehe.

²⁴ BGH NJW 2003, 1043; BGH BB 2003, 2706; OLG Köln NJW-RR 2003, 431; Krämer, NZM 2002, 465, 473 sub c. m. Nachw. in Fußn. 156; a.A. BGH NJW 2002, 3536, 3538; Jacoby, ZMR 2001, 409, 414; MüKo/Ulmer, § 718 Rn 44.

Rubrum dieser Urteile ist durch Beschluss zu berichtigen (§ 319 ZPO).²⁵ Die Gesellschafter können einer Vollstreckung aus dem Hauptsachetitel oder dem Kostenfestsetzungsbeschluss in ihr Privatvermögen mit einer Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO begegnen, da sie zwar materiell-rechtlich entsprechend § 128 HGB für den Hauptsache- wie den Kostenerstattungsanspruch haften, der Titel sich aber lediglich auf die GbR bezieht, so dass nur in das Vermögen der (inzwischen vielleicht insolventen oder aufgelösten) Gesellschaft vollstreckt werden kann.

II. Die Klageerhebung

1. Bezeichnung der (Außen-)GbR im Prozess

Nach § 253 Abs. 2 Nr. 1, 1. Alt. ZPO muss die GbR als Prozesspartei im Aktiv- wie Passivprozess in der Klageschrift so klar bezeichnet werden, dass dem Prozessgericht die ihm kraft Amtes obliegende Identifizierung der Parteien mit der gebotenen Eindeutigkeit möglich ist.²⁶ Hierfür genügt es, wenn in der Klageschrift der **Name der GbR** bezeichnet wird, sofern die GbR einen sie identifizierenden, unterscheidungskräftigen Namen im Rechtsverkehr führt; die zusätzliche Nennung der Gesellschafter ist grundsätzlich nicht erforderlich, wenngleich im Hinblick auf Identifizierung und Zustellung empfehlenswert.²⁷ Die GbR kann damit genauso verklagt werden, wie sie im Rechtsverkehr auftritt. Eine ungenaue oder unvollständige Bezeichnung bei einer Klage gegen die GbR schadet nicht, wenn die Identität der Partei durch Auslegung zu ermitteln ist.²⁸

Hat oder verwendet die GbR keinen Namen, so stellt sich die Frage, wie der fehlende Name ersetzt werden kann, oder anders ausgedrückt, wie die Partei korrekt zu bezeichnen ist. Nach h.M. ist als Parteibezeichnung auch die Nennung der **Namen der Gesellschafter mit dem Zusatz "in GbR"** zulässig und ausreichend;²⁹ zusätzliche Identitätsangaben sind nur dann erforderlich, wenn dieselben Personen Gesellschafter mehrerer GbR sind.³⁰ Generell sind für die Identifizierung der Partei keine überspannten Anforderungen zu stellen;³¹ Ungenauigkeiten oder Unvollständigkeiten - vor allem dadurch, dass ein

²⁵ *Jacoby*, NJW 2003, 1644, 1646; *Krämer*, NZM 2002, 465, 473; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1000 f.; *Wertenbruch*, NJW 2002, 324, 328 f.; *Westermann*, NZG 2001, 289, 293; a.A. *Habersack*, BB 2001, 477, 481; *Hadding*, ZGR 2001, 712, 734; *MüKo/Ulmer*, § 718 Rn 45; *Pohlmann*, WM 2002, 1421, 1426 f.; *Scholz*, NZG 2002, 153, 163.

²⁶ Vgl. BGH DB 2003, 2526; *Prütting*, FS Wiedemann, S. 1177, 1184, 1191; *Schemmann*, S. 27 ff., 31 ff.; s. auch BGH NJW 1977, 1686 zur Wohnungseigentümergeinschaft.

²⁷ Allg.M., vgl. etwa BGH DB 2003, 2526; *Bamberger/Roth/Timm/Schöne*, § 714 Rn 55; *Hadding*, ZGR 2001, 712, 732; *Müther*, MDR 2002, 987, 988; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1000; *Wertenbruch*, S. 290 f.; *ders.*, NJW 2002, 324, 326; *ders.*, Handbuch der PersGft, Rn I 868; *Wieser*, MDR 2001, 421, 422; s. bereits zum früheren Recht BGH ZIP 1990, 715, 716; BGH ZIP 1999, 2009, 2010.

²⁸ Vgl. zur OHG/KG RGZ 157, 369, 373; BGH ZIP 1989, 1260, 1260 f.

²⁹ *Hadding*, ZGR 2001, 712, 732; *Pohlmann*, WM 2002, 1421, 1422; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1000; *Wertenbruch*, NJW 2002, 324, 326; krit. *Kemke*, NJW 2002, 2218; *Müther*, MDR 2002, 987, 988; i.E. abw. auch *MüKo/Ulmer*, § 718 Rn 45; ohne einen Namen fehle es in der Regel an der für die Anerkennung der Parteifähigkeit erforderlichen Identitätsausstattung der GbR.

³⁰ *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1000.

³¹ Vgl. BGHZ 146, 341, 357; *Ermann/Westermann*, § 718 Rn 12; *Habersack*, BB 2001, 477, 78; *Pohlmann*, WM 2002, 1421, 1423; krit. *Prütting*, FS Wiedemann, S. 1177, 1187 f.

Gesellschafter in der Klageschrift nicht oder zu Unrecht genannt wird - sind, wenn hierdurch an der Identität der klagenden oder verklagten Gesellschaft kein Zweifel entsteht, unschädlich, da auch eine Klage durch oder gegen die GbR-Gesellschafter als eine Klage durch bzw. gegen die GbR aufzufassen ist, nicht als Klage durch oder gegen die Gesellschafter persönlich; es genügt also auch im Fall eines nicht oder zu Unrecht genannten Gesellschafters eine klarstellende Berichtigung des Rubrums.³²

In den gleichwohl nicht zu leugnenden **Identifizierungsproblemen**, die letztlich auf das Fehlen eines Gesellschaftsregisters bei der GbR³³ zurückgehen, ist mit Recht die "Achillesferse des Haftungsmodells der GbR" gesehen worden:³⁴ Ist die verklagte GbR trotz Ausschöpfens der gegebenen Interpretationsmittel nicht eindeutig identifizierbar, so muss die für oder gegen die GbR erhobene Klage - vorbehaltlich einer Klageänderung zur Gesamthands(schuld)klage - als unzulässig abgewiesen werden.³⁵ Jedoch führen solche praktischen Schwierigkeiten bei der Identifizierung der GbR nicht dazu, dass mangels eigener Identitätsausstattung schon das Vorliegen einer rechts- und parteifähigen (Außen-)GbR zu verneinen wäre.

Im **Passivprozess der GbR** ist es aufgrund dieser praktischen Schwierigkeiten nach ausdrücklicher Empfehlung des BGH "praktisch immer ratsam", **neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter persönlich zu verklagen**; auch wenn die Klage gegen die Gesellschaft mangels Existenz einer Außen-GbR mit Gesamthandsvermögen abzuweisen sei, blieben dem Gläubiger sodann immer noch die Titel gegen die gesamtschuldnerisch haftenden Gesellschafter.³⁶ Nur die GbR zu verklagen, ist auf Grund der unbeschränkten gemeinschaftlichen Verfügungsbefugnis der Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen und der zulässigen Auflösung der Gesellschaft ohne Gläubigerbefriedigung ohnehin riskant; denn aus einem Titel gegen die Gesellschaft kann weder unmittelbar noch im Wege einer Titelumschreibung in das Vermögen eines Gesellschafters vollstreckt werden. Eine Erleichterung besteht aber insoweit, als sich der Kläger nunmehr solvente Gesellschafter herausgreifen und sie mitverklagen kann. Dadurch wird das Ausfallrisiko wegen einer möglichen Insolvenz des Schuldners verringert. Eine Klage ausschließlich gegen die GbR mag unter bestimmten Umständen aber gleichwohl sinnvoll sein, etwa wenn es nicht um Ansprüche geht, die durch Vollstreckung durchgesetzt werden können, sondern z.B. um eine Feststellungsklage. Angesichts der gerade aufgrund der neuen Rechtsprechung gleichfalls geänderten Interpretation von § 736 ZPO kann der Kläger freilich auch nur die Gesellschafter verklagen: Obsiegt er damit, so kann er einschließend der Kosten des Rechtsstreits gegen die Gesellschafter persönlich vorgehen, aber nach § 736 ZPO auch in ein etwa vorhandenes Gesellschaftsvermögen vollstrecken, wenn sich die GbR als eine mit solchem Vermögen ausgestattete Außengesellschaft erweist; das Risiko eines solchen Vorgehens besteht freilich in der unrichtigen Erfassung bzw. einem zwischenzeitlichen Wechsel des Gesellschafterbestands, die den Weg über § 736 ZPO verschließen würden.

³² *Hadding*, ZGR 2001, 712, 732; *Pohlmann*, WM 2002, 1421, 1422; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 999; *Scholz*, NZG 2001, 153, 158; *Zöller/Vollkommer*, § 50 Rn 18; s. bereits zum früheren Recht BGH NJW 1997, 1236.

³³ Für die Einführung eines Gesellschaftsregisters de lege ferenda etwa *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1007; *Wertenbruch*, NJW 2002, 324, 329.

³⁴ *Wertenbruch*, NJW 2002, 324, 329.

³⁵ BGHZ 146, 341, 356 f.

³⁶ BGHZ 146, 341, 357; vgl. dazu auch *Pohlmann*, WM 2002, 1421, 1422; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1000; *Wertenbruch*, NJW 2002, 324, 328; *ders.*, Handbuch der PersGfT, Rn I 867.

Im **Aktivprozess der GbR** kann man die Klage auf Grund der nunmehr anerkannten Rechts- und Parteifähigkeit auf die GbR beschränken. Eine irgendwie geartete Einbeziehung der Gesellschafter ist weder notwendig noch richtiger Ansicht nach überhaupt möglich. Der von einer GbR verklagten Partei wird jedoch umgekehrt empfohlen, im Hinblick auf die Kostenvollstreckung immer im Wege der Drittwiderklage die Gesellschafter mitzuverklagen.

2. Prozessfähigkeit und Vertretung

Die GbR ist folgerichtig gem. § 52 ZPO **prozessfähig**, weil sie sich durch das ihr zugerechnete Handeln ihrer Organe, der geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten Gesellschafter, rechtsgeschäftlich verpflichten kann.³⁷ Im Prozess **handlungsfähig** ist die GbR indes nur durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter; hierüber wacht das Gericht von Amts wegen (§ 56 Abs. 1 ZPO). Die Bezeichnung der gesetzlichen Vertreter ist in der ZPO aber nicht konstitutiv, sondern nur eine Sollbestimmung (§ 130 BGB), deren Nichtbeachtung - abgesehen vom Risiko der nicht ordnungsgemäßen Zustellung - keine unmittelbaren prozessualen Konsequenzen hat; sie kann deshalb nachgeholt werden.³⁸ Die gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter einer rechts- und parteifähigen GbR können im Prozess nur einheitliche Anträge stellen.³⁹

Zur Geschäftsführungsbefugnis und **Vertretungsmacht eines jeden geschäftsführenden Gesellschafters** gehört grundsätzlich auch die Prozessführungsbefugnis.⁴⁰ Im Zweifel sind gem. § 709 BGB alle Gesellschafter gemeinschaftlich geschäftsführungsbefugt und vertreten gem. § 714 BGB gemeinsam die Gesellschaft; hiervon ist auch im Prozess auszugehen, solange keine gegenteilige Satzungsbestimmung vorgetragen und ggf. bewiesen wird.⁴¹ Handelt nur ein **einzelner Gesellschafter** im Namen der GbR, so muss er seine Alleinvertretungsbefugnis durch Vorlage des Gesellschaftsvertrages oder eines Gesellschafterbeschlusses nachweisen.⁴² Wird ein geschäftsführender Gesellschafter, der selbst (Gesamt-)Vertreter der Gesellschaft ist, von der "eigenen" GbR verklagt, so ist verklagte Gesellschafter aus Rechtsgründen von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen; die GbR wird in einem solchen Fall nur von dem oder den übrigen Gesamtvertretern im Prozess vertreten.⁴³

Bestehen bleibende **Zweifel an der ordnungsgemäßen Vertretung der GbR** gehen sowohl im Aktiv- wie im Passivprozess der GbR zu Lasten der jeweils klagenden Partei; letztlich muss also der jeweilige Kläger das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Vertretung beweisen. Auch wenn eine GbR verklagt wird, trifft den

³⁷ Dass die Prozessfähigkeit auch den durch ihre Organe handenden Verbänden zukommt, ist jetzt wohl h.M., vgl. BGHZ 121, 263, 265 f.; *Henssler*, NJW 1999, 241, 244; *Wertenbruch*, Handbuch der PersGft, Rn I 863; *Zöller/Vollkommer*, § 52 Rn 2; a.A. *MüKo-ZPO/Lindacher*, §§ 51, 52 Rn 23.

³⁸ Vgl. *Wieser*, MDR 2001, 421; zweifelnd *Müther*, MDR 2002, 987, 989.

³⁹ BGH BB 2003, 2706.

⁴⁰ Vgl. BGH ZIP 2003, 664, 665; BGH BB 2003, 2706; *Bamberger/Roth/Timm/Schöne*, § 718 Rn 18; *Erman/Westermann*, § 718 Rn 12; *Müther*, MDR 2002, 987, 989; *Wertenbruch*, DB 2003, 1099 f.

⁴¹ BGH BB 2003, 2706; *Pohlmann*, WM 2002, 1421, 1424; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 999.

⁴² Vgl. BGH BB 2003, 2706; *MüKo-ZPO/Lindacher*, § 51 Rn 25, 41 ff.; *Pohlmann*, WM 2002, 1421, 1424; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 999.

⁴³ *Wertenbruch*, DB 2003, 1099, 1100; für die OHG/KG BGH WM 1983, 60; OLG Dresden DB 2003, 713, 715.

Kläger folglich die **Darlegungslast** hinsichtlich der ordnungsgemäßen Vertretung der GbR. Ist es dem Kläger jedoch nicht möglich, die von ihm behauptete Vertretungsregelung näher zu substantiieren, so trifft die beklagte GbR insofern eine "**sekundäre Darlegungslast**".⁴⁴ Allgemeinen Grundsätzen entsprechend ist die GbR jedoch während des Streits um ihre Prozess(handlungs)fähigkeit als ordnungsgemäß vertreten zu behandeln.⁴⁵ Lässt sich die Gesellschafterstellung oder die Vertretungsbefugnis des namens der GbR klagenden Gesellschafters nicht verifizieren, so spielt dies nur insofern eine Rolle, als der Vertreter ohne Vertretungsmacht die Gesellschaft nicht wirksam vertreten konnte. Prozesshandlungen müssen dann von einem vertretungsberechtigten Gesellschafter vorgenommen bzw. nachgeholt werden. Dieser muss, sofern er nicht erklärt, die bisherigen Prozesshandlungen des nicht vertretungsberechtigten Gesellschafters zu genehmigen, gegebenenfalls Anträge erneut stellen und Schriftsätze einreichen.

3. Gerichtsstand

Der allgemeine Gerichtsstand der GbR wird, soweit vorhanden, durch deren **Sitz** (§ 17 ZPO) bestimmt;⁴⁶ der Wohnsitz der Gesellschafter ist also bei einer Klage gegen die Gesellschaft nicht mehr unmittelbar von Belang. In Ermangelung besonderer Satzungsbestimmungen ist gem. § 17 Abs. 1 S. 2 ZPO der Gerichtsstand dort, wo die **Verwaltung** geführt wird, also dort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden.⁴⁷ praktische Anhaltspunkte hierfür liefern für den Kläger z.B. die Briefköpfe der Geschäftsbriefe, hilfsweise auch der private Wohnsitz des Geschäftsführers.⁴⁸ Fehlt es an einem ermittelbaren Schwerpunkt der Gesellschaftstätigkeit und haben die zur Geschäftsführung und Vertretung berufenen Gesellschafter verschiedene allgemeine Gerichtsstände, so ergibt sich ein Doppel- bzw. Mehrfachsitze mit der Folge, dass der Kläger die Wahl hat (§ 35 ZPO);⁴⁹ nicht etwa ist insoweit § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO - die Bestimmung gilt etwa für den Fall, dass GbR und Gesellschafter Streitgenössisch verklagt werden - entsprechend anzuwenden.⁵⁰ Der Gerichtsstand des Satzungs- bzw. Verwaltungssitzes ist nach § 22 ZPO auch maßgebend für Klagen der GbR gegen ihre Gesellschafter bzw. für solche zwischen Gesellschaftern.⁵¹

4. Zustellungen

Die Zustellung der Klageschrift sowie die Zustellungen im Verfahren erfolgen, soweit nicht gem. § 172 ZPO an den Prozessbevollmächtigten zuzustellen ist, an den Vertreter der GbR. Auf der Grundlage der Parteifähigkeit der GbR kann man bei mehreren Vertretern (die Gesellschafter gem. §§ 709, 714 oder mehrere Geschäftsführer gem. §§ 710 S. 2, 709, 714) § 170 Abs. 3 ZPO anwenden, so dass die Zustellung an

⁴⁴ Pohlmann, WM 2002, 1421, 1424.

⁴⁵ Vgl. Zöller/Vollkommer, § 56 Rn 13 m.w.N.

⁴⁶ BayObLG MDR 2002, 1360; OLG Köln OLGR 2003, 247; LG Bonn NJW-RR 2002, 1399; Müther, MDR 2002, 987, 988 f.; MüKo/Ulmer, § 718 Rn 45; Pohlmann, WM 2002, 1421, 1423; Wertenbruch, NJW 2002, 324, 325; Zöller/Vollkommer, § 17 Rn 5, 10.

⁴⁷ Vgl. BGHZ 97, 269, 272.

⁴⁸ Pohlmann, WM 2002, 1421, 1423; Wertenbruch, NJW 2002, 324, 325.

⁴⁹ Pohlmann, WM 2002, 1421, 1423.

⁵⁰ So aber OLG Celle OLGR 2001, 198; Zöller/Vollkommer, § 36 Rn 14, § 50 Rn 18.

⁵¹ MüKo/Ulmer, § 718 Rn 45.

einen der Vertreter genügt.⁵² Zugunsten des Zustellenden ist dabei zu vermuten, dass nach der Grundregel des § 709 alle Gesellschafter empfangsberechtigt ist, wenn nicht zweifelsfrei erkennbar nur einer der Gesellschafter als vertretungsberechtigt hervortritt.⁵³

5. Verjährungshemmung durch Klageerhebung

Aus der Anerkennung der akzessorischen Gesellschafterhaftung bei der GbR folgt, dass eine Klage gegen die Gesellschaft zur Verjährungshemmung hinsichtlich der persönlichen Haftung der zum Klagezeitpunkt existierenden Gesellschafter führt.⁵⁴ Umgekehrt hat aber die Klage gegen einen Gesellschafter keine verjährungshemmende Wirkung.⁵⁵ Verjährt während eines Prozesses gegen einen Gesellschafter eine Forderung gegen die nicht mitverklagte Gesellschaft, so kann sich der verklagte Gesellschafter darauf nicht berufen.⁵⁶

V. Gesellschaftsprozess und Gesellschafterprozess

1. Grundprinzip

Da die GbR nunmehr selbständiger Träger von Rechten und Pflichten ist, ist prozessual eine **Differenzierung zwischen Gesellschaftsprozess und Gesellschafterprozess** geboten;⁵⁷ dieser Differenzierung - in der auch die früher übliche Unterscheidung zwischen Gesamthandsklage bzw. Gesamthandsschuldklage und Gesamtschuldklage⁵⁸ aufgeht - korrespondiert die für die Bestimmung des Vollstreckungssubstrats wesentliche Unterscheidung zwischen dem Sondervermögen der GbR und dem Privatvermögen der Gesellschafter als unterschiedlichen Haftungsmassen. Die materiell-rechtliche Trennung zwischen den Verbindlichkeiten der GbR als solcher und den persönlichen Schulden der Gesellschafter ist Grundlage für die Trennung zwischen Gesellschaftsprozess und Gesellschafterprozess. Der Gesellschaftsgläubiger kann, was sich im Regelfall empfehlen wird, die Gesellschaft und daneben die Gesellschafter persönlich verklagen; er kann aber auch nur einen von beiden Prozessen führen. In der **Insolvenz** der GbR werden sowohl der Prozess gegen diese (§ 240 ZPO) als auch - im Hinblick auf § 93 InsO - der Prozess gegen die persönlich mitverklagten Gesellschafter (analog § 17 AnfG) unterbrochen und sind ggf. nach Maßgabe des § 85 InsO durch den Insolvenzverwalter aufzunehmen.

Richtige Klägerin oder Beklagte in Bezug auf die gesamthänderischen Rechte und Verbindlichkeiten ist allein Außen-GbR, vertreten durch ihre Geschäftsführer. Eine Klage durch alle einzelnen Gesellschafter ist deshalb - was den Anspruch der GbR angeht - grundsätzlich **mangels Prozessführungsbefugnis unzulässig**;⁵⁹ in Betracht kommt aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Ermächtigung aber eine

⁵² Dazu *Kemke*, NJW 2002, 2218; *Wertenbruch*, DGVZ 2001, 97, 98; *ders.*, NJW 2002, 324, 326.

⁵³ *Wertenbruch*, DGVZ 2001, 97, 98.

⁵⁴ *Wertenbruch*, NJW 2002, 324, 325; vgl. auch BGHZ 73, 217, 225; *Habersack*, JuS 1993, 1, 7.

⁵⁵ *Wertenbruch*, NJW 2002, 324, 325.

⁵⁶ BGHZ 104, 76, 80.

⁵⁷ Vgl. zur OHG/KG BGHZ 62, 131, 132; BGHZ 64, 155, 156.

⁵⁸ Vgl. BGH WM 1990, 1113; *K. Schmidt*, GesR, § 60 IV 1.

⁵⁹ *Wertenbruch*, S. 311; *ders.*, NJW 2002, 324, 325; *Ulmer* ZIP 2001, 585, 591; *Zöller/Vollkommer*, § 62 Rn 13a; a.A. OLG Dresden NJW-RR 2002, 544; für eine Übergangszeit wohl auch BGH, VersR 2003, 385, 386.

Klage einzelner oder auch aller Gesellschafter im eigenen Namen im Wege der **gewillkürten Prozessstandschaft**.⁶⁰ Zulässig und begründet kann ferner die **Klage gegen die Gesellschafter** sein, wenn mit ihr nicht die Verbindlichkeit der GbR, sondern die akzessorische Haftung der Gesellschafter geltend gemacht wird, um in deren Privatvermögen vollstrecken zu können.⁶¹

2. Einzelne Konsequenzen

Werden ein oder mehrere Gesellschafter (wegen ihrer persönlichen Haftung) und die GbR gemeinsam in einem Rechtsstreit verklagt, so führt dies lediglich zu **einfacher Streitgenossenschaft** i.S.v. § 59 ZPO. Eine notwendige Streitgenossenschaft gem. § 62 Abs. 1 1. Alt. ZPO liegt nicht vor, weil das Urteil gegen die einzelnen Gesellschafter auf Grund persönlicher Einreden anders ausfallen kann als gegen die Gesellschaft; dies gilt unabhängig davon, ob solche Einreden tatsächlich geltend gemacht sind.⁶² Mehrere Gesellschafter untereinander sind, da das gesamthänderische Vermögen nicht mehr unmittelbar betroffen sein, in jedem Fall nurmehr einfache Streitgenossen.⁶³ Der Übergang vom Gesellschafts- zum Gesellschafterprozess bedeutet einen echten gewillkürten **Parteiwechsel**.⁶⁴ Fällt die GbR während eines Rechtsstreites wegen **Vollbeendigung** weg, so werden die Gesellschafter, da sie nicht Rechtsnachfolger der GbR sind, auch nicht automatisch Prozessparteien.⁶⁵

Mit der Anerkennung der Parteifähigkeit der GbR sind die Gesellschafter jetzt in Prozessen der GbR grundsätzlich als außerhalb des Prozesses stehende Dritte zu behandeln. Die (unter Abbedingung der §§ 709 Abs. 1, 714) nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter können deshalb, sofern sie nicht wegen ihrer persönlichen Haftung streitgenössisch mitverklagt worden sind,⁶⁶ grundsätzlich auch als **Zeugen** i.S.d. §§ 373 ff. ZPO vernommen werden; lediglich die vertretungsberechtigten Gesellschafter der GbR können und müssen nach wie vor als Partei aussagen.⁶⁷ Übereinstimmend ist die Frage zu beantworten, inwieweit die Gesellschafter im Prozess der GbR als **Streitverkündete bzw. Streithelfer** in Betracht kommen: Nicht vertretungsberechtigte Gesellschafter kommen sowohl als Streitverkündete wie als Streithelfer in Betracht; da sie im Hinblick auf ihre persönliche Haftung ein rechtliches Interesse daran haben, dass die Gesellschaft im Prozess obsiegt, können sie dem Prozess auch als Nebenintervenienten beitreten. Mit dem Beitritt als Nebenintervenient kann ein nichtvertretungsberechtigter Gesellschafter Einfluss auf den

⁶⁰ Vgl. etwa BGH NJW-RR 2002, 1377; Müther, MDR 2002, 987, 989 f.; Zöller/Vollkommer, § 62 Rn 13a.

⁶¹ Zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen (§ 736 ZPO) in diesem Fall s.u.

⁶² BGHZ 146, 341, 348 ff.; Wertenbruch, NJW 2002, 324, 325; Zöller/Vollkommer, § 62 Rn 7; vgl. zur OHG/KG auch BGHZ 54, 251, 255 f.; BGHZ 63, 51, 54; BGH NJW 1988, 2113; Baumbach/Hopt, HGB, § 124 Rn 41; MüKo-ZPO/Schilken, § 62 Rn 14.

⁶³ OLG Frankfurt ZIP 2001, 1884; Zöller/Vollkommer, § 62 Rn 10.

⁶⁴ Wertenbruch, NJW 2002, 324, 325; vgl. zur OHG/KG auch BGHZ 62, 131, 132; Baumbach/Hopt, HGB, § 124 Rn 42, § 128 Rn 39.

⁶⁵ Vgl. zur OHG/KG BGH 62, 131, 132.

⁶⁶ Vgl. dazu BGH NJW 1999, 2115, 2116; Musielak/Huber, § 449 Rn 1.

⁶⁷ Lange, NJW 2002, 476; Pohlmann, WM 2002, 1421, 1425 f.; Scholz, NZG 2002, 153, 159; Wertenbruch, S. 329 ff.; ders., NJW 2002, 324, 326 f.; vgl. auch BGHZ 42, 230, 231 f. für die OHG; a.A. Hadding, ZGR 2001, 712, 732 f.: Parteivernehmung aller Gesellschafter.

Gesellschaftsprozess nehmen und sich dadurch die Möglichkeit verschaffen, die rechtskräftige Feststellung einer Gesellschaftsschuld als Grundlage für seine persönliche Haftung abzuwenden. Ebenso wie richtiger Ansicht nach bei der OHG können vertretungsberechtigte Gesellschafter dagegen nicht als Nebenintervenienten dem Rechtsstreit beitreten, da sie im Prozess keine "Doppelrolle" spielen dürfen.⁶⁸

Wenn keiner der vertretungsberechtigten Gesellschafter der GbR bis zum Schluss eines Termins verhandelt, so treten gegen die GbR die Folgen der **Säumnis** nach §§ 331 ff. ZPO ein. Die nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter sind nicht Partei und können dieses Versäumnisurteil daher grundsätzlich nicht verhindern, selbst wenn sie zusammen mit der GbR verklagt worden sind; als einfache Streitgenossen der GbR kommt die Wirkung des § 62 Abs. 1 ZPO hier nicht zum Tragen. Anders ist es, wenn die nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter dem Rechtsstreit der GbR als Nebenintervenienten beigetreten sind oder dies zur Vermeidung der Säumnisfolgen nunmehr tun: Als Nebenintervenienten können sie gem. § 67 ZPO Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen und Prozesshandlungen wirksam vornehmen, so dass sie die der GbR drohenden Säumnisfolgen abwenden können.⁶⁹

Ein in einem Prozess ausgesprochenes **Urteil** gegen die GbR erlangt **Wirkungen** nur für und gegen diese, nicht aber gegenüber nicht am Prozess beteiligten Gesellschaftern.⁷⁰ Durch die Möglichkeit persönlicher Einwendungen der Gesellschafter analog § 129 Abs. 1 HGB gibt es bei einem Urteil gegen die Gesellschaft keine echte Rechtskrafterstreckung; jedoch hat das gegen die GbR ergangene Urteil analog § 129 Abs. 1 HGB eine auf den vorgreiflichen Anspruch gegen die GbR bezogene rechtskraftähnliche **Bindungswirkung für und gegen die Gesellschafter**, die sich einerseits auf die Klageabweisung gegen die GbR berufen können, die andererseits aber mit den Einwendungen, die der GbR abgeschnitten sind, gleichfalls ausgeschlossen sind.⁷¹ Außerdem hat ein persönlich verklagter Gesellschafter nicht die Einrede der **Rechtshängigkeit**, wenn bereits ein Prozess gegen die Gesellschaft anhängig ist.⁷²

3. Veränderungen während des Prozesses

Die größte praktische Bedeutung der Parteifähigkeit der GbR zeigt sich bei einem **Gesellschafterwechsel**. Da die Gesellschaft als solche deren Identität selbst bei einem völligen Austausch aller Gesellschafter nicht verändert wird, Trägerin der Rechte und Pflichten ist, hat ein Gesellschafterwechsel (Ausscheiden oder Neueintritt eines Gesellschafters) oder der Tod eines Gesellschafters keine Auswirkungen auf den Prozess.⁷³ Insbesondere ist der Tod eines Gesellschafters nicht mehr der Tod einer Partei, so dass das Verfahren nicht nach § 239 Abs. 1 ZPO unterbrochen wird; vielmehr wird der Prozess ohne Unterbrechung fortgeführt (selbst wenn die Gesellschaft durch den Tod des Gesellschafters aufgelöst wurde). Ebenso wenig ist der Gesellschafterwechsel als Parteiwechsel zu behandeln. Auch eine Rubrumsberichtigung muss

⁶⁸ Vgl. *Pohlmann*, WM 2002, 1421, 1425; *Wertenbruch*, NJW 2002, 324, 326.

⁶⁹ Vgl. *Wertenbruch*, Handbuch der PersGft, Rn I 881.

⁷⁰ Vgl. zur OHG/KG BGHZ 62, 131, 132 f.; BGHZ 64, 155, 156.

⁷¹ *Hadding*, ZGR 2001, 712, 741f.; *Müther*, MDR 2002, 987, 991; *Wertenbruch*, S. 343 ff.; *ders.*, NJW 2002, 324, 326 f., 329; *Wieser*, MDR 2001, 421; vgl. auch BGHZ 146, 341, 358 f.; für Qualifikation als echte Rechtskraftwirkung z.B. *Zöller/Vollkommer*, § 322 Rn 35.

⁷² BGHZ 62, 131, 132.

⁷³ BGHZ 146, 341, 345; *Wertenbruch*, S. 215ff., 218 f.; *ders.*, Handbuch der PersGft, Rn I 879; *Zöller/Vollkommer*, § 50 Rn 18; zur OHG/KG BGHZ 44, 229, 231 ff.; BGHZ 62, 131, 133.

in beiden Fall nur dann erfolgen, wenn der Name des verstorbenen oder ausgeschiedenen Gesellschafters Teil des Namens der Gesellschaft war.⁷⁴ Scheiden alle Gesellschafter mit Ausnahme eines einzigen aus, so wird dieser im Wege der Gesamtrechtsnachfolge Partei; § 739 ZPO ist hier entsprechend anzuwenden.⁷⁵ Nur in einem solchen Fall kommt auch eine Titelumschreibung von der GbR auf den Gesellschafter gem. § 727 ZPO in Betracht.⁷⁶ Auch eine **streitige Mitgliedschaft** bedeutet bei einer (selbständig) parteifähigen GbR keine Probleme mehr, ist doch die Parteistellung der GbR von der Mitgliedschaft eines Gesellschafters gerade unabhängig.⁷⁷

Auch bei einem **Rechtsformwechsel** von der GbR zur OHG/KG oder gem. §§ 190 ff. UmwG bleibt die Identität der Gesellschaft gewahrt, so dass lediglich das Rubrum berichtigt zu werden braucht; Partei bleibt dieselbe Gesamthandsgesellschaft.⁷⁸ Entsprechendes gilt den Fall, dass die GbR unter der falschen Bezeichnung als OHG/KG verklagt wird; die GbR ist als Schein-OHG/KG nur falsch bezeichnet, bleibt aber in ihrer Identität und als Prozesspartei dieselbe.⁷⁹

Die Eröffnung des **Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GbR** bewirkt nicht nur die - für schwebende Prozesse grundsätzlich unerhebliche - Auflösung (§ 728 Abs. 1 S. 1), sondern führt zur **Prozessunterbrechung** nicht nur für deren eigene anhängigen Prozesse (§ 240 ZPO), sondern im Hinblick auf die Haftungskonzentration nach § 93 InsO auch für alle wegen der akzessorischen Gesellschafterhaftung parallel anhängigen Prozesse gegen die Gesellschafter; die betroffenen Prozesse können jeweils durch den Verwalter aufgenommen werden (§§ 85 InsO, 17 Abs. 1 S. 2 AnfG). Die **Insolvenz eines einzelnen Gesellschafters** dagegen ist für die GbR zwar gleichfalls Auflösungsgrund (§ 728 Abs. 2 S. 1), berührt aber die materiell-rechtliche und prozessuale Stellung der GbR ansonsten nicht unmittelbar. Ist der Gesellschafter, über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, neben der Gesellschaft verklagt worden, so wird nur der Prozess gegen diesen Gesellschafter gemäß § 240 ZPO unterbrochen, während der Prozess gegen die Gesellschaft und etwa gleichfalls verklagte Mitgesellschafter von der Insolvenz unberührt bleibt.

Abgesehen vom Fall der Insolvenz der Gesellschaft hat die **Auflösung einer GbR** auf den Prozess grundsätzlich keinen Einfluss, da die in Liquidation befindliche Gesellschaft mit der werbenden Gesellschaft identisch ist. Bei Binnenstreitigkeiten hat die Auflösung jedoch zur Folge, dass die Gesellschafter die ihnen gegen die gesamte Hand und gegen Mitgesellschafter zustehenden Ansprüche nicht mehr selbständig im Wege der Leistungsklage durchsetzen können. Dagegen kann die GbR im Liquidationsstadium grundsätzlich Ansprüche gegen einzelne Gesellschafter geltend machen. Ebenso können die übrigen Gesellschafter auch im Wege der *actio pro socio* vorgehen.⁸⁰ Eine **Vollbeendigung** der

⁷⁴ Wertenbruch, NJW 2002, 324, 326.

⁷⁵ Vgl. zur OHG/KG Röhrich/Graf von Westphalen/Ammon, HGB, § 12 Rn 7.

⁷⁶ Vgl. zur OHG/KG Röhrich/Graf von Westphalen/Ammon, HGB, § 12 Rn 7.

⁷⁷ Vgl. BGHZ 146, 341, 351; Wertenbruch, S. 250ff.; ders., NJW 2002, 324, 327.

⁷⁸ Wertenbruch, S. 259 ff., 270 ff.; ders., Hdb der PersGft, Rn I 882 f.; vgl. auch BGHZ 32, 307, 312; BGH WM 1962, 10, 12; BGH WM 1975, 99, 100; Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 705 Rn 22.

⁷⁹ Hüffer, FS Stimpel, S. 165, 175; Wertenbruch, S. 296 ff.; ders., NJW 2002, 324, 327.

⁸⁰ BGH NZG 2003, 215 = DStR 2003, 518 m. Anm. Goette.

GbR während des anhängigen Prozesses ist richtiger Ansicht nach ausgeschlossen.⁸¹ Wer das anders sieht, muss annehmen, dass die Klage gegen die GbR wegen deren Wegfalls unzulässig wird; dem Kläger bleibt in diesem Fall nichts anderes übrig, als den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären und die Klage im Wege einer Klageänderung auf die persönlich haftenden Gesellschafter umstellen.⁸²

4. Gesellschaftsinterne Streitigkeiten

a) Innenprozesse

Die GbR und ihre Gesellschafter können sich als Folge ihrer beiderseitigen Parteifähigkeit nunmehr auch unproblematisch gegenseitig verklagen.⁸³ Dies gilt insbesondere für die Geltendmachung von **Sozialansprüchen**, d.h. Ansprüche der GbR gegen einzelne Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrag (§ 705 Rn 131).⁸⁴ Hierunter fallen etwa die Beitragspflicht des Gesellschafters bzw. die Ansprüche wegen ihrer Nichterfüllung, ferner z.B. Ansprüche wegen unerlaubter Entnahmen sowie vor allem Schadensersatzansprüche gegen die mit der Geschäftsführung und Vertretung der GbR betrauten Gesellschafter wegen Pflichtverletzungen. Die Sozialansprüche stehen der GbR zu und bilden einen Teil des Gesellschaftsvermögens (§ 705 Rn 131). Dementsprechend ist die Klage auf Leistung an die GbR zu richten; sie wird erhoben durch die geschäftsführungs- und damit vertretungsberechtigten Gesellschafter, ggf. unter Ausschluss des beklagten Schuldners des Sozialanspruchs. Wenn die geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten Gesellschafter nicht handeln, kommt eine *actio pro socio* in Betracht.

Im Grundsatz das gleiche gilt umgekehrt für die Geltendmachung von **(vermögensrechtlichen) Sozialverpflichtungen** der Gesamthand (§ 705 Rn 133), also gegen die GbR gerichteten Ansprüchen einzelner Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis, z.B. auf Zahlung des Gewinnanteils oder Auseinandersetzungsguthabens, auf Vergütung oder Aufwendungsersatz aus Geschäftsführertätigkeit, auf Schadensersatz wegen Beschädigung einer der GbR überlassenen Sache oder wegen Vermögenseinbußen aufgrund der Geschäftsführung; In Ermangelung anderweitiger Satzungsbestimmung ist richtige Beklagte hier allein die GbR. Kann der Gesellschafter keine Befriedigung aus dem Gesamthandsvermögen nicht erlangen, muss er grundsätzlich bis zur Auseinandersetzung der Gesellschaft warten und kann dann gem. § 735 Nachschüsse der Gesellschafter direkt *pro rata* an sich oder als Leistung an die Gesellschaftskasse verlangen.⁸⁵ Rückgriffsansprüche wegen persönlicher Inanspruchnahme aus der akzessorischen Gesellschafterhaftung kann der Gesellschafter aber immer sofort gegen seine Mitgesellschafter geltend machen.⁸⁶ **Sozialverpflichtungen nicht-vermögensrechtlichen Charakters**, insbesondere

⁸¹ BAGE 36, 125, 128 f.; Bork, JZ 1991, 841, 848, 850; Musielak/Weth, § 50 Rn 18; Zöllner/Vollkommer, § 50 Rn 5; a.A. aber BGHZ 74, 212, 214; BGH NJW 1982, 238.

⁸² Vgl. BGH NJW 1982, 238; ferner BGHZ 62, 131, 132 f.; Wertenbruch, Handbuch der PersGft, Rn I 896; Zöllner/Vollkommer, § 50 Rn 17a.

⁸³ Wertenbruch, S. 278 ff.; ders., NJW 2002, 324, 327; Zöllner/Vollkommer, § 50 Rn 18; vgl. zur OHG/KG auch Fischer, FS Hedemann, S. 75, 80 f.; Baumbach/Hopt, HGB, § 124 Rn 41, 54. Umfassend hierzu jetzt Schwab, Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2004.

⁸⁴ K. Schmidt, DB 2003, 703 f.

⁸⁵ BGHZ 37, 299, 304; BGH ZIP 1989, 852; OLG Celle WM 2001, 2444; Erman/Westermann, § 705 Rn 54; Soergel/Hadding, § 705 Rn 52.

⁸⁶ Vgl. - mit unterschiedl. Begr. - BGHZ 37, 299, 302; BGH NJW 1980, 339 f.; BGH NJW 1981, 1095 f.; Erman/Westermann, § 705 Rn 54; MüKo/Ulmer, § 705 Rn 217; Soergel/Hadding, § 705 Rn 5.

Verwaltungsrechte, können von Anfang an sowohl gegen die GbR als auch gegen die (geschäftsführenden) Mitgesellschafter geltend gemacht werden, sofern diese zur Erfüllung in der Lage sind.⁸⁷

Im Unterschied dazu werden Rechtsstreitigkeiten um sog. **Grundlagengeschäfte** - betreffend z.B. die Wirksamkeit, den Inhalt oder die Änderung des Gesellschaftsvertrags, die Wirksamkeit der Gesellschaft und personelle Zusammensetzung des Gesellschafterkreises, die Vertretungsmacht eines einzelnen Gesellschafters oder auch die Gültigkeit von Stimmrechtsverträgen - jedenfalls in Ermangelung abweichender Satzungsbestimmungen grundsätzlich nur im Wege der Feststellungsklage gem. § 256 Abs. 1 ZPO unter den Gesellschaftern und ohne Beteiligung der Gesellschaft ausgetragen;⁸⁸ dabei bleibt es - auf der Grundlage der Auffassung des BGH, die GbR sei zwar rechtsfähig, dies jedoch anders als eine juristische Person nicht "als solche", sondern "als Gruppe ihrer gesamthänderisch verbundenen Mitglieder" - auch nach der neuen Rechtsprechung.⁸⁹ Mehrere verklagte Gesellschafter sind in diesem Fall nach der Rechtsprechung lediglich einfache Streitgenossen.⁹⁰ Die bisherige Auffassung des BGH, dass das Urteil über das Bestehen der Mitgliedschaft auch gegenüber der Gesellschaft wirke,⁹¹ wird nach jetziger Rechtslage konsequenterweise dahin zu modifizieren sein, dass die GbR als solche gebunden wird;⁹² zugleich dürfte es zulässig bleiben, den Entscheidungseinklang durch Ermächtigung der Gesellschaft zur Prozessführung herzustellen.⁹³ Um einen unzulässigen **Insichprozess** handelt es sich hierbei nicht: Die gesamthänderisch verbundenen Gesellschafter als parteifähige Gruppe ("Gesellschaft") können den einzelnen Gesellschafter als Träger gesonderter, d. h. nicht gebundener Rechte und Pflichten verklagen, da er in Bezug auf diese kein Teil der verbundenen Gesellschafter ist.⁹⁴ Die GbR kann allerdings keine Prozesse gegen die Gesamtheit der verbundenen Gesellschafter führen, weil dies aufgrund des Gesamthandsprinzips und der fehlenden Verselbständigung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft in der Tat ein Insichprozess wäre.⁹⁵

b) Actio pro socio

Als *actio pro socio* bezeichnet man die (**interne**) **Gesellschafterklage zur Durchsetzung von Sozialansprüchen** gegen einen Mitgesellschafter. Ihr Kennzeichen ist die ausnahmsweise Durchbrechung

⁸⁷BGH NJW 2000, 2276.

⁸⁸ Vgl. BGHZ 48, 175, 176 f.; BGH NJW 1979, 871, 872; BGHZ 81, 263, 264f.; BGHZ 85, 350, 353; BGHZ 91, 132, 133; BGHZ 91, 132, 133; Baumbach/*Hopt*, § 109 Rn 38; krit. *Bork*, ZGR 1990, 125 ff.

⁸⁹ *Scholz*, NZG 2002, 153, 160; *Wertenbruch*, Handbuch der PersGft, Rn I 886; vgl. zur OHG/KG Baumbach/*Hopt*, HGB, § 124 Rn 41, § 109 Rn 44.

⁹⁰ BGH WM 1955, 1583, 1584; BGHZ 30, 195, 197f.; BGH NJW 1999, 571, 572; krit. *Lüke*, ZGR 1994, 266, 269 f.; *Scholz*, NZG 2002, 153, 160 f.

⁹¹ BGHZ 48, 175, 177.

⁹² *Erman/Westermann*, § 705 Rn 56.

⁹³ *Erman/Westermann*, § 705 Rn 56; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1000; vgl. BGH WM 1990, 309; OLG München NZG 2001, 762; dazu *Bork*, ZGR 1991, 125 ff.

⁹⁴ *Wertenbruch*, NJW 2002, 324, 327.

⁹⁵ *Wertenbruch*, S. 212 f.

der ausschließlichen Zuordnung der Sozialansprüche zur Rechtssphäre der GbR (Gesamthand): Abweichend vom Grundsatz wird die Geltendmachung von ausschließlich der GbR als solcher zustehenden und durch deren Geschäftsführer zu verfolgenden Sozialansprüche durch einen im eigenen Namen handelnden einzelnen Gesellschafter gegen einen Mitgesellschafter zugelassen.⁹⁶ Die (nach h.M. durch Auslegung des Gesellschaftsvertrags gewonnenen) *actio pro socio* ist nicht lediglich "Notkompetenz" jedes Gesellschafters für seltene Ausnahmefälle, sondern ein wichtiges Instrument des Minderheitenschutzes und Kontrollrecht des einzelnen Gesellschafters; sie kann deshalb zwar von erschwerenden Voraussetzungen abhängig gemacht, nach h.M. aber nicht vollständig durch Gesellschaftsvertrag, Vereinbarung oder Mehrheitsbeschluss ausgeschlossen werden.⁹⁷ Sie ist nur zulässig, wenn die GbR als solche es unterlässt, die Sozialverpflichtung des Mitgeschafters einzuklagen,⁹⁸ und zwar grundlos bzw. aus sachwidrigen, grundlegende Interessen der GbR missachtenden Motiven.⁹⁹ Im Hinblick auf diese Legitimationsgrundlage bedarf die Gesellschafterklage zweifellos nicht der Zustimmung der übrigen Mitgesellschafter.¹⁰⁰

Die *actio pro socio* ist nunmehr mit der bisher schon h.L. eindeutig als die in (wiederum durch Auslegung des Gesellschaftsvertrags gewonnene¹⁰¹) **gewillkürter Prozessstandschaft** erfolgende Geltendmachung eines fremden, an sich der GbR zustehenden Anspruchs durch einen oder mehrere einzelnen Gesellschafter einzuordnen;¹⁰² die Klage ist deshalb, wenn es an den vorgenannten strengen Voraussetzungen - deren Vorliegen der Kläger ggf. zu beweisen hat¹⁰³ - fehlt, mangels Prozessführungsbefugnis als unzulässig abzuweisen¹⁰⁴, ebenso, wenn diese Voraussetzungen während des Prozesses entfallen, etwa weil der

⁹⁶Vgl. etwa BGHZ 10, 91, 99, 101; BGH WM 1956, 88 f.; BGH NJW 1960, 443; BGHZ 25, 7, 9; BGH WM 1971, 723, 725; Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 705 Rn 116 ff.; Erman/Westermann, § 705 Rn 57 ff.; MüKo/Ulmer, § 705 Rn 204 ff.; K. Schmidt, GesR, §§ 21 IV 4b, 59 III 3d; Soergel/Hadding, § 705 Rn 49; Staudinger/Habermeier, § 705 Rn 40 f., 46 ff.

⁹⁷Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 705 Rn 122; Erman/Westermann, § 705 Rn 60; Flume, Personengesellschaft, § 10 IV; K. Schmidt, GesR, § 21 IV 4 b.

⁹⁸ Vgl. m.w.N. OLG Dresden DB 2003, 713; K. Schmidt, DB 2003, 703 f.; Wertenbruch, Handbuch der PersGft, Rn I 891.

⁹⁹ Vgl. BGHZ 25, 47, 50; BGH ZIP 1985, 1137; Erman/Westermann, § 705 Rn 59; MüKo/Ulmer, § 705 Rn 211; Soergel/Hadding, § 705 Rn 50.

¹⁰⁰BGHZ 25, 47, 50.

¹⁰¹Vgl. Hadding, S. 58 ff.; Soergel/Hadding, § 705 Rn 50; Erman/Westermann, § 705 Rn 57; s. auch BGH NJW 1992, 1890, 1892; a.A. z.B. MüKo/Ulmer, § 705 Rn 208.

¹⁰² MüKo/Ulmer, § 705 Rn 117, 204 ff.; Soergel/Hadding, § 705 Rn 50; Hadding, ZGR 2001, 712, 733; Baumbach/Hopt, HGB, § 109 Rn 32; K. Schmidt, GesR, § 21 IV 4 b; Wertenbruch, Handbuch der PersGft, Rn I 423, 889 ff.; Westermann, NZG 2001, 289, 292; s. auch BGHZ 102, 152, 155; a.A. bisher aber viele, etwa BGHZ 25, 47, 49; Flume, Personengesellschaft, § 10 IV; Raiser, ZHR 153 (1998), 1, 9 ff.: als Geltendmachung eines eigenen (Individual-)Anspruchs des Gesellschafters.

¹⁰³ Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 705 Rn 121; Erman/Westermann, § 705 Rn 59; MüKo/Ulmer, § 705 Rn 211; a.A. BGHZ 25, 47, 50; vgl. auch BGH NJW 2000, 505.

¹⁰⁴BGHZ 31, 279, 280 f.

Kläger seine Stellung als Gesellschafter verliert¹⁰⁵ oder weil die Gesellschaft nun doch selbst durch ihre vertretungsberechtigten Gesellschafter Klage gegen den Mitgesellschafter erhebt.¹⁰⁶ Entschließt sich die Gesellschaft zu einer eigenen Klage, so kann dieser aus dem Verfahren der *actio pro socio* weder der Einwand anderweitiger Rechtshängigkeit¹⁰⁷ noch der entgegenstehender Rechtskraft entgegengehalten werden, da das mit der Gesellschafterklage erwirkte Urteil nur für, nicht aber gegen die Gesellschaft Rechtskraftwirkung entfaltet.¹⁰⁸

In **materieller Hinsicht** bleibt die GbR in jedem Fall selbst Inhaberin des Sozialanspruchs und damit sachlegitimiert; auch die Gesellschafterklage muss deshalb auf Leistung an die Gesellschaft gerichtet sein.¹⁰⁹ Zugleich folgt hieraus, dass die Gesellschaft befugt ist, durch Verzicht, Erlass oder Vergleich über die Forderung zu verfügen (und dadurch die Gesellschafterklage unbegründet zu machen¹¹⁰); der Gesellschafter kann dies nicht.¹¹¹ Ergeben sich die Sozialansprüche aber aus dem Gesellschaftsvertrag, ist für einen Verzicht die Änderung des Gesellschaftsvertrages durch entsprechenden Gesellschafterbeschluss erforderlich.¹¹² Befindet sich die GbR in der Liquidation, so kann der Gesellschafter ausnahmsweise mit der Gesellschafterklage die Leistung unmittelbar an sich und nicht an die Gesellschaft verlangen, wenn dies - insbes. bei nur zwei Gesellschaftern - die Auseinandersetzung vorwegnimmt.¹¹³

c) Externe Gesellschafterklage

Von der *actio pro socio* zu unterscheiden ist die nur unter nochmals restriktiveren Voraussetzungen zulässige "**externe Gesellschafterklage**": Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH war **ein einzelner Gesellschafter** u.U. zur Geltendmachung einer Gesellschaftsforderung im eigenen Namen prozessführungsbefugt, wenn der andere Gesellschafter rechtlich oder tatsächlich handlungsunfähig war oder wenn er sich in kollusivem Zusammenwirken mit dem Schuldner aus gesellschaftswidrigen Gründen weigerte, an der Geltendmachung einer Gesellschaftsforderung mitzuwirken.¹¹⁴ Da es für die Befugnis

¹⁰⁵ OLG Karlsruhe NJW 1995, 1296; *Früchtl*, NJW 1996, 1327 f.; *Flume*, Personengesellschaft, § 10 IV; *Erman/Westermann*, § 705 Rn 59; *MüKo/Ulmer*, § 705 Rn 210; a.A. *Hörstel*, NJW 1995, 1271; differenzierend *Bork/Oepen*, ZGR 2001, 529 f.

¹⁰⁶ *Erman/Westermann*, § 705 Rn 60; *MüKo/Ulmer*, § 705 Rn 211; a.A. (Klage der GbR steht die Rechtshängigkeit des Anspruchs entgegen) *Hadding*, S. 101 f.

¹⁰⁷ Vgl. Fußn. zuvor.

¹⁰⁸ Vgl. BGHZ 78, 1, 7; BGHZ 79, 245, 249; *Bamberger/Roth/Timm/Schöne*, § 705 Rn 124; a.A. *Soergel/Hadding*, § 705 Rn 50.

¹⁰⁹ *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 134; *Soergel/Hadding*, § 705 Rn 50.

¹¹⁰ BGHZ 25, 47, 50.

¹¹¹ *Bamberger/Roth/Timm/Schöne*, § 705 Rn 117; *Soergel/Hadding*, § 705 Rn 50.

¹¹² *Erman/Westermann*, § 705 Rn 60.

¹¹³ BGHZ 10, 91, 102; BGH WM 1971, 723, 725; *K. Schmidt*, GesR, § 21 IV 5 b; *Soergel/Hadding*, § 705 Rn 50.

¹¹⁴ BGHZ 39, 14, 16f.; BGH NJW 1988, 558; BGH NJW 2000, 734; s. dazu auch *MüKo/Ulmer*, § 705 Rn 206; *Häuser*, JA 1979, 677; *Soergel/Hadding*, § 705 Rn 57.

eines einzelnen Gesellschafters, eine der Gesamthand zustehende Forderung gegen einen Dritten im eigenen Namen gem. § 432 geltend zu machen, wegen der Parteifähigkeit der Gesellschaft kein Bedürfnis mehr gibt, erscheint es folgerichtig, diese Grundsätze nunmehr auf die Befugnis zur Geltendmachung einer der GbR zustehenden Forderung in (quasi-gesetzlicher) Prozessstandschaft zu übertragen.¹¹⁵ Diese Ausnahme bedarf aber jedenfalls restriktiver Handhabung. Als Prinzip gilt, dass die Verhinderung eines von mehreren Gesamtvertretern der GbR oder seine Verweigerung an der Mitwirkung, selbst wenn diese aus gesellschaftswidrigen Gründen erfolgte, nicht dazu führt, dass die Mitwirkung dieses Gesellschafters nicht mehr erforderlich wäre; vielmehr muss ein Gesellschafter, der ein Recht der Gesellschaft gegen einen Dritten geltend machen will, die sich weigernden Gesellschafter auf Mitwirkung verklagen oder die Vertretungsberechtigung dieses Gesellschafters muss formell aufgehoben werden (vgl. § 715).¹¹⁶

VI. Kostenfragen

Bei einer unzulässigen oder unbegründeten Klage der GbR tritt nach § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO die übliche **Kostentragungspflicht der GbR als unterliegender Partei** ein, so dass auch der Kostenfestsetzungsbeschluss gem. § 103 Abs. 1 ZPO gegen die GbR als solche ergeht; § 100 Abs. 1 ZPO, der die Kostenhaftung bei Streitgenossen regelt, findet keine Anwendung mehr. Ist eine Klage der GbR deshalb unzulässig, weil es sich um ein nicht parteifähiges Gebilde handelt oder weil die GbR nicht ordnungsgemäß vertreten ist, so trägt der angeblich vertretungsberechtigte Gesellschafter der GbR als Veranlasser des unzulässigen Verfahrens nach dem Rechtsgedanken des § 49 S. 1, 1. Alt. GKG die Kosten des Rechtsstreits;¹¹⁷ der Gegner sollte in diesem Fall darauf Bedacht haben, dass dessen Eigenschaft als Kostenschuldner auch im Tenor zum Ausdruck kommt.¹¹⁸

Die **persönliche Haftung der Gesellschafter** der GbR ergreift nach materiellem Recht, weil und soweit diese für *alle* Gesellschaftsverbindlichkeiten akzessorisch haften, ohne weiteres auch die Kosten des Prozesses der Gesellschaft.¹¹⁹ Aus dem gegen die GbR ergangenen Kostenfestsetzungsbeschluss kann aber nicht in das Privatvermögen der persönlich haftenden Gesellschafter vollstreckt werden; auch die Möglichkeit einer Titelumschreibung von der GbR auf ihren Gesellschafter besteht nicht, vielmehr bedarf es zur Vollstreckung gegen die Gesellschafter eines entsprechenden Kostentitels gegen die Gesellschafter persönlich. Der von einer GbR verklagten Partei wird deshalb empfohlen, im Hinblick auf die Kostenvollstreckung immer im Wege der Drittwiderklage die Gesellschafter mitzuverklagen: Wer im Falle der Klageabweisung die Kosten ohne zweiten Prozess gegen die Gesellschafter persönlich vollstrecken wolle, müsse in Bezug auf die Kostenhaftung eine Widerklage gegen Dritte erheben "mit dem Antrag, die Klage abzuweisen und die Kosten der Klägerin (GbR) und den Widerbeklagten (Gesellschaftern) als Gesamtschuldnern aufzuerlegen".¹²⁰

¹¹⁵ Vgl. OLG Düsseldorf NZG 2003, 323; ebenso wohl *Wertenbruch*, Handbuch der PersGft, Rn I 893; s. auch *Erman/Westermann*, § 705 Rn 62.

¹¹⁶ Vgl. BGHZ 39, 14, 20 f.; BGHZ 102, 152, 155; *Bamberger/Roth/Timm/Schöne*, § 714 Rn 14; *Wertenbruch*, Handbuch der PersGft, Rn I 839; weiter gehend offenbar OLG Düsseldorf NZG 2003, 323.

¹¹⁷ BGHZ 146, 341; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 999.

¹¹⁸ *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 999.

¹¹⁹ *Wertenbruch*, NJW 2002, 324, 328.

¹²⁰ *Bamberger/Roth/Timm/Schöne*, § 714 Rn 56; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1000; *Wertenbruch*, NJW 2002, 324, 328 m. Fußn. 46; beachtl. Bedenken allerdings bei *Kemke*, NJW 2002, 2218.

Im Hinblick auf ihre Rechts- und Parteifähigkeit handelt es sich bei der GbR nicht mehr um mehrere, sondern nur noch um einen einzigen, selbständigen Auftraggeber für einen Rechtsanwalt ohne Rücksicht auf die Zahl der dahinter stehenden Gesellschafter. Damit ist die Erhö­hungsgebühr nach § 7 RVG nicht anwendbar.¹²¹ Aus dem gleichen Grund kann der Anwalt die **Anwaltsgebühren** nur gegen diese, nicht aber gegen die Gesellschafter persönlich festsetzen lassen; er bloße Umstand, dass die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der GbR haften, macht sie nicht zum Auftraggeber des Anwalts.¹²²

C. Die GbR in der Zwangsvollstreckung

I. Außen-GbR mit Gesamthandsvermögen

1. Die GbR als Vollstreckungsschuldnerin

Die GbR ist als verselbständigtetes Rechtssubjekt sowohl Schuldnerin der Gesellschaftsverbindlichkeiten als auch Rechtsträgerin des Gesellschaftsvermögens. Der gegen die GbR aufgrund ihrer Parteifähigkeit erlangte Titel ist unmittelbar in das Gesellschaftsvermögen vollstreckbar. Im Vollstreckungsverfahren ist deshalb die GbR auch als solche Vollstreckungsschuldnerin, so dass nach § 750 ZPO ein Titel gegen sie sowohl ausreichend als auch - vorbehaltlich des § 736 ZPO - erforderlich ist. Die **Bezeichnung** der GbR im Titel muss eindeutig sein; hierfür gelten die gleichen Anforderungen wie an die Parteibezeichnung im Prozess, so dass unter der Voraussetzung eines unterscheidungskräftigen Namens der GbR die Aufzählung der Namen aller einzelnen Gesellschafter entbehrlich ist. Die **Prüfung** der Identität der als Titelschuldnerin bezeichneten GbR mit dem Eigentümer oder Rechtsinhaber des in Aussicht genommenen Vollstreckungsobjekts obliegt wie immer dem jeweils zuständigen Vollstreckungsorgan.¹²³

Die **Zustellungen** im Vollstreckungsverfahren richten sich dementsprechend nach den angesprochenen Grundsätzen, d.h. grundsätzlich genügt gem. §§ 170 Abs. 3 ZPO, 709, 714 BGB die Zustellung an einen der Gesellschafter. Soweit es für die Geldvollstreckung in bewegliche Sachen und die Herausgabevollstreckung auf den **Gewahrsam des Vollstreckungsschuldners** ankommt, muss deshalb die GbR als Vollstreckungsschuldnerin selbst Gewahrsam haben, den sie durch die geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten Gesellschafter als ihre Organe ausübt.¹²⁴ Als Vollstreckungsschuldnerin ist die GbR auch als solche z.B. zur **Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung** (§ 807 ZPO) verpflichtet, und zwar handelnd durch ihre Organe, d.h. die vertretungsberechtigten Gesellschafter, im Namen der GbR; dies können im Fall der vereinbarten Gesamtvertretung durch alle Gesellschafter auch alle Gesellschafter sein.¹²⁵

2. Titel gegen alle Gesellschafter (§ 736 ZPO)

a) Grundgedanken der Regelung. Die Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen erfordert nach § 736 ZPO einen Titel gegen alle Gesellschafter. Zweck des § 736 ZPO ist es, die Vollstreckung des Gläubigers eines einzelnen Gesellschafters in das Gesellschaftsvermögen zu verhindern. Die Bestimmung fungiert

¹²¹ OLG Karlsruhe, NJW 2001, 1072, 1072; anders für Übergangsfälle BGH NJW 2002, 2958.

¹²² OLG Koblenz NZG 2003, 216.

¹²³ *Wertenbruch*, DGVZ 2001, 98, 98.

¹²⁴ *Hadding*, ZGR 2001, 712, 723; *Pohlmann*, WM 2002, 1421, 1428.

¹²⁵ *Musielak/Becker*, § 807 Rn 10; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 807 Rn 53; *Zöller/Stöber*, § 807 Rn 7.

damit als vollstreckungsrechtliche Pendant zu § 719, dem zufolge ein einzelner Gesellschafter auch nicht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen verfügen kann.¹²⁶ Seit der "kopernikanischen Wende" in der Rechtsprechung zur Rechts- und Parteifähigkeit ist die Vorschrift für die Außen-GbR mit Gesamthandsvermögen so zu lesen, dass für die Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen die GbR selbst gerichteter Titel nicht zwingend erforderlich ist (im Gegensatz zu § 124 Abs. 2 HGB für die OHG/KG), sondern grundsätzlich nur *entweder* ein gegen die GbR gerichteter Titel *oder* ein Titel gegen alle einzelnen Gesellschafter "aus ihrer persönlichen Mithaftung" vorliegen muss. Das Urteil gegen die GbR wird also als Urteil gegen die gesamthänderisch gebundenen Gesellschafter und damit, da inhaltlich zwischen der Bezeichnung "Gesellschaft als solche" und den "Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit" keine Unterschiede bestehen, als "Urteil gegen alle Gesellschafter" i.S.d. § 736 ZPO angesehen;¹²⁷ dies ist auch, abgesehen vom insofern ohnehin kaum Interpretationsspielraum lassenden Wortlaut des § 736 ZPO, sachgerecht, da das Erfordernis eines Titels gegen die GbR als parteifähige Gemeinschaft der verbundenen Gesellschafter, schon weil kein Gesellschafter "vergessen" werden kann, die gesamthänderische Bindung des Gesellschaftsvermögens, die mit § 736 ZPO bewahrt werden soll, noch besser schützt als ein Titel gegen die Summe der einzelnen Gesellschafter als Streitgenossen.¹²⁸ Will ein Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken, so kann auch der Gesellschafter einen Titel gegen die Gesellschaft erwirken; wie bisher muss auf der Grundlage der h.M. jedoch in Anwendung des § 736 ZPO auch ein Titel gegen die übrigen Gesellschafter ausreichend sein.¹²⁹

b) Gesellschaftsrechtlich begründete Verbindlichkeit der Gesellschafter. Streitig ist, ob ein Gläubiger, der gegen alle Gesellschafter einen Titel wegen ihrer akzessorischen Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeit erwirkt hat, hieraus - wie insbesondere der BGH meint - gem. § 736 ZPO auch in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken kann,¹³⁰ oder ob in analoger Anwendung des § 124 Abs. 2 HGB eine Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen auf Grund von Schuldtiteln gegen die Gesellschafter persönlich abzulehnen ist.¹³¹ Vorzugswürdig erschiene es, § 736 ZPO entgegen dem BGH nur noch in denjenigen Fälle anzuwenden, in denen Gesellschaftsgläubiger im Wege der Gesamthandsschuldklage einen Titel gegen alle Gesellschafter als notwendige Streitgenossen erstritten haben, d.h. nur noch bei der nicht parteifähigen, aber mit Gesamthandsvermögen ausgestatteten Innen-GbR; jedoch dürfte die Frage für die Praxis im Sinne des BGH, für den diese Restbedeutung des § 736 ZPO methodisch einen tragenden Pfeiler seiner Argumentation darstellte, entschieden sein.

¹²⁶ Vgl. BGHZ 146, 341; *Wertenbruch*, S. 129; *ders.*, DB 2001, 421; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 997.

¹²⁷ BGHZ 146, 341, 356; *Thomas/Putzo*, § 736 Rn 4; *K. Schmidt*, GesR, S. 1813; *ders.*, NJW 2001, 993, 1000; *Wertenbruch*, S. 124, 129; *ders.*, NJW 2002, 324, 328; *ders.*, Handbuch der PersGf, Rn I 862, 902; *Zöller/Vollkommer*, § 50 Rn 41; a.A. (§ 124 Abs. 2 HGB analog) *Habersack*, BB 2001, 477, 481; *Gesmann-Nuissl*, WM 2001, 973, 976; *Scholz*, NZG 2002, 163.

¹²⁸ *Wertenbruch*, S. 130.

¹²⁹ *MüKo-ZPO/Heßler*, § 736 Rn 23; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 736 Rn 1; *Zöller/Vollkommer*, § 736 Rn 6.

¹³⁰ So BGHZ 146, 341, 356 sub 3.c.; *Erman/Westermann*, § 718 Rn 13; *Lang/Fraenkel*, WM 2002, 260, 262; *Pohlmann*, WM 2002, 1421, 1427; *Römermann*, DB 2001, 428, 430; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1000; *Wertenbruch*, NJW 2002, 324, 328 f.; *Wieser*, MDR 2001, 421, 422 f.

¹³¹ So *Gesmann-Nuissl*, WM 2001, 973, 976 f.; *Habersack*, BB 2001, 477, 481; *Hadding*, ZGR 2001, 712, 734; *MüKo/Ulmer*, § 705 Rn 321; *Scholz*, NZG 2002, 153, 163; *Westermann*, NZG 2001, 289, 293.

c) Privatverbindlichkeit der Gesellschafter. Entscheidet man die vorgenannte Frage mit dem BGH, so ist weiter zu fragen, ob eine Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen auch auf Grund eines gegen sämtliche Gesellschafter ergangenen Titels zulässig ist, der eine reine Privatverbindlichkeit der Gesellschafter betrifft. Der BGH scheint dies nunmehr ablehnen zu wollen, führt er doch in seiner Entscheidung vom 29.1. 2001 aus, § 736 ZPO fände lediglich "im Falle der Vollstreckung eines gegen sämtliche Gesellschafter erlangten Titels *aus ihrer persönlichen Mithaftung*" Anwendung.¹³² Dies erscheint - entgegen der bislang h.M. - jedenfalls auch richtig: Mit der rechtlichen Verselbstständigung der GbR gegenüber ihren Gesellschaftern und der damit endgültig vollzogenen Trennung der Vermögensmassen ist das Gesellschaftsvermögen nur zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger heranzuziehen; eine Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen wegen Privatverbindlichkeiten der Gesellschafter scheidet somit jedenfalls aus.¹³³ Allerdings wird man das Vollstreckungsverfahren nicht mit dem Nachweis der Eigenschaft als Gesellschaftsverbindlichkeit belasten dürfen; daher bleibt der Eingriff in das Gesellschaftsvermögen formell zulässig, jedoch kann sich die Gesellschaft mit der Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO gegen die Vollstreckung wegen der Privatverbindlichkeit schützen, da hierfür das Gesellschaftsvermögen eben nicht haftet.¹³⁴

d) Vollstreckung in Grundvermögen. Eine praktisch wichtige und in den Details noch völlig ungeklärte Schwierigkeit ergibt sich für die Vollstreckung in das Grundvermögen der GbR. Solange man der GbR nach wie vor die Grundbuchfähigkeit abspricht, ist zweckmäßigerweise wie bisher ein (Gesamtschuld-) **Titel gegen alle Gesellschafter** zu erwirken: Dieser genügt in Anwendung des unverändert gebliebenen § 736 ZPO nach herrschender und zutreffender Ansicht nach wie vor für die Vollstreckung in jegliches Vermögen der GbR; das Grundbuchamt kann sich auf diese Weise unproblematisch davon überzeugen, dass gegen jeder der nach § 47 GBO nur unter dem Namen der in gesamthänderischer Verbundenheit als Eigentümer eingetragenen Gesellschafter ein Titel vorliegt. Liegt statt dessen (lediglich) ein **Titel gegen die GbR** als solche vor, so ist zwar im Prinzip unzweifelhaft, dass hierfür auch das Grundvermögen haftet. Der formelle Nachweis eines Titels gegen in gesamthänderischer Verbundenheit als Eigentümer eingetragenen Gesellschafter gelingt damit jedoch nur, wenn die GbR darin - was möglich, aber nicht zwingend ist - unter Heranziehung der Namen ihrer Gesellschafter bezeichnet ist.¹³⁵ Ist die GbR in dem Titel mit ihrem eigenen Namen bezeichnet, so ist es zwar die Aufgabe des Grundbuchamts als Vollstreckungsorgan, sich von der Identität der GbR mit der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter-Gesamthand zu überzeugen;¹³⁶ scheidet dies jedoch, so dürfte nur die Möglichkeit bleiben, mit der Klage auf Erteilung der

¹³² BGHZ 146, 341, 356 sub 3.c., in Übereinstimmung mit *Wertenbruch*, S. 135 ff., 141 ff.; NJW 2002, 324, 328; zur Bedeutung des BGH-Urteils insofern a.A. *Gesmann-Nuissl*, WM 2001, 973, 976; *Wieser*, MDR 2001, 421, 422 f.

¹³³ *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1000 f.; , *ders.*, NJW 2003, 1097 f.; *ders.*, GesR, § 60 IV 2b bb; *Scholz*, NZG 2002, 153, 163; vgl. bereits *Aderhold*, S. 167ff.; *Heller*, S. 232; *Kornblum*, BB 1970, 1445, 1451; a.A. aber die h.M., vgl. *Rosenberg/Gaul/Schilken*, ZwangsvollstreckungsR, § 19 I 2; *Musielak/Lackmann*, § 736 Rn 4; *MüKo-ZPO/Hefler*, § 736 Rn 28ff.; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 736 Rn 2, 5; *Thomas/Putzo*, § 736 Rn 2 f.; *Wieczorek/Schütze/Lackmann*, § 736 Rn 4; *Zöller/Stöber*, § 736 Rn 3; *Noack*, MDR 1974, 811, 813; *Wertenbruch*, NJW 2002, 324, 328; *ders.*, Handbuch der PersGft, Rn I 902.

¹³⁴ *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1000 f.

¹³⁵ *Wertenbruch*, Handbuch der PersGft, Rn I 909.

¹³⁶ *Münch*, DNotZ 2001, 535, 557; *Wertenbruch*, DGVZ 2001, 97, 98; *ders.*, BB 2001, 737, 742; *ders.*, Handbuch der PersGft, Rn I 909.

Vollstreckungsklausel analog § 731 ZPO eine Umschreibung des Titels gegen die im einzelnen bezeichneten Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit zu erwirken.

e) Vollstreckung bei Wechsel im Gesellschafterbestand. Der durch Anteilsübertragung bzw. Neueintritt bewirkte Wechsel im Gesellschafterbestand ist nunmehr auch vollstreckungsrechtlich unbeachtlich: Auch ohne dass es noch einer Titelumanschreibung analog § 727 ZPO bedürfte,¹³⁷ kann unmittelbar in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden; die GbR kann also anders als bisher nicht mehr die Vollstreckung dadurch verzögern, dass sie nach Titelerlass neue Gesellschafter aufnimmt.¹³⁸ Der Klage auf Titelumanschreibung analog § 731 ZPO bedarf es jedoch, wenn der Neueingetretene bereits nach § 47 GBO als Gesamthandseigentümer im Grundbuch ausgewiesen ist und die Identität der Gesellschaft mit der im Titel als Schuldner genannten GbR nicht anders zu klären ist. Auch ein Rechtsformwechsel von der BGB-Gesellschaft zur OHG/KG und umgekehrt sowie ein identitätswahrender Formwechsel i. S. des § 190 UmwG berühren die Identität der Gesellschaft nicht; es ist daher auch keine Titelumanschreibung nach § 727 ZPO erforderlich.¹³⁹

f) Vollstreckung bei Vollbeendigung der GbR. Fällt die GbR während eines Rechtsstreites wegen **Vollbeendigung** weg, so kann, da die Gesellschafter nicht Rechtsnachfolger der GbR sind,¹⁴⁰ der Titel auch nicht nach § 727 ZPO für oder gegen sie umgeschrieben werden.¹⁴¹ Erforderlich ist vielmehr, falls nicht gleichzeitig mit der Klage gegen die GbR geschehen, eine Geltendmachung der persönlichen Haftung der Gesellschafter durch eine gesonderte Klage.

g) Vollstreckung in das Vermögen eines Gesellschafters aus Titel gegen GbR. Aus einem Titel gegen die Gesellschaft kann - ohne dass es hierfür einer Analogie zu § 129 Abs. 1 HGB bedürfte - wegen der Verschiedenheit der Rechtssubjekte wie auch der haftenden Vermögensmassen weder unmittelbar noch im Wege der Titelumanschreibung in das Privatvermögen eines Gesellschafters vollstreckt werden.¹⁴² Aus Sicherheitsgründen sollten deshalb in der Regel ein oder mehrere solvente Gesellschafter mitverklagt werden; dies nicht in Betracht gezogen und dem Mandanten vorgeschlagen zu haben, wird in aller Regel eine anwaltliche Pflichtverletzung darstellen.

3. Die GbR als Drittschuldnerin

Ist die GbR Drittschuldnerin in der Zwangsvollstreckung gegen einen Gläubiger der GbR, so erleichtert die geänderte Betrachtungsweise ebenfalls die Vollstreckung, da der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss nicht mehr allen Gesellschaftern zugestellt werden muss, sondern wie bei den Zustellungen im Prozess

¹³⁷ So aber Zöllner/Vollkommer, § 736 Rn 6; nach bisheriger Rechtslage z.B. auch Müther, MDR 1998, 625, 629; MüKo-ZPO/Heßler, § 736 Rn 21.

¹³⁸ Pohlmann, WM 2002, 1421, 1428; Wertenbruch, S. 246; ders., DGVZ 2001, 97; ders., NJW 2002, 324, 329.

¹³⁹ Musielak/Lackmann, § 727 Rn 1; Zöllner/Stöber, § 727 Rn 35; Stein/Jonas/Münzberg, § 727 Rn 11.

¹⁴⁰ Vgl. zur OHG/KG BGH 62, 131, 132.

¹⁴¹ Wertenbruch, Handbuch der PersGft, Rn I 907.

¹⁴² BGHZ 146, 341, 357; BayObLG DB 2002, 679; Habersack, BB 2001, 477, 480; Pohlmann, WM 2002, 1421; Wertenbruch, S. 95 f.; ders., DGVZ 2001, 97, 99; ders., Handbuch der PersGft, Rn I 906.

und in der Zwangsvollstreckung gegen die GbR analog § 170 Abs. 3 ZPO nur noch einem der vertretungsberechtigten Gesellschafter.¹⁴³

II. Andere Formen der GbR

Bei der (nicht rechts- und parteifähigen) **Innengesellschaft** ist nach außen nur ein Gesellschafter Zuordnungssubjekt der Vermögensgegenstände; die Vollstreckung erfordert deshalb einen Titel gegen diesen. Bei der **Außengesellschaft ohne Gesamthandsvermögen** steht ein Gesellschaftsvermögen als Haftungs- und Vollstreckungsgrundlage nicht zur Verfügung; es bleibt daher nur die Vollstreckung in das Vermögen der Gesellschafter, soweit der Anspruch gegen diese titulierte ist. Unter der (von der ganz h.M. abweichenden) Prämisse, eine Gesellschaft, die es an einer **eigenen Identitätsausstattung mangle**, könne selbst bei Vorhandensein von Gesamthandsvermögen keine rechts- und parteifähige Außen-GbR bilden, gilt für diese GbR die Bestimmung des § 736 ZPO in ihrem vor der BGH-Entscheidung vom 29.1. 2001 etablierten Verständnis.¹⁴⁴

¹⁴³ Wertbruch, DGVZ 2001, 97, 98; anders bisher BGH NJW 1998, 2903.

¹⁴⁴ Dazu eingehend Erman/Westermann, § 718 Rn 14 ff.; MüKo/Ulmer, § 718 Rn 52 ff., 64.