

Hans-Jörg Kraemer  
Richter am Bundesgerichtshof

## **Deutscher Mietgerichtstag 2002**

**Referat vom Freitag, den 1. März 2002,**

**Arbeitskreis Nr. 3:**

### **Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Partei gewerblicher Mietverträge**

I. Einleitung - Die mietrechtliche Rechtsprechung vor dem BGH-Urteil  
vom 29. Januar 2001

Es ist nicht lange her, da wurde in einer Mietrechtszeitschrift die Beteiligung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im folgenden: GbR) an einem Mietvertrag als "GAU" (größter anzunehmender Unfall) bezeichnet<sup>1</sup>. Diese primär auf mitgliederstarke Vermieter-Gesellschaften gemünzte Formulierung mag übertrieben sein, kennzeichnet aber die praktischen Schwierigkeiten der traditionellen Auffassung, die als Zuordnungssubjekte der durch Vertragsschlüsse mit einer "GbR" begründeten Rechtsbeziehungen allein die einzelnen Gesellschafter ansieht<sup>2</sup>. So wurde bis vor Kurzem weithin angenommen, die bei Abschluß des Mietvertrages in einer Vermieter-GbR zusammengeschlossenen Gesellschafter behielten ihre Vermieterstellung gegenüber dem Vertragspartner auch

---

<sup>1</sup> GE 1997, 818 mit Eindämmungsversuch von Gläser S. 838 ff.

<sup>2</sup> Vgl. dazu die Nachweise in BGH NJW 2001, 1056 f.

nach einem Ausscheiden aus der Gesellschaft bzw. nach einem Gesellschaftswechsel mit der Folge, daß nur sie - selbst oder durch Vertreter - rechtsgestaltende Erklärungen, wie z.B. eine Kündigung, gegenüber dem Vertragspartner vornehmen könnten und nur sie auch zur gerichtlichen Geltendmachung von Zahlungs- oder Räumungsansprüchen gegenüber dem Mieter befugt seien<sup>3</sup>. Das Ausscheiden oder der Neueintritt eines Gesellschafters führe auch ebensowenig wie die - mit Zustimmung der Mitgesellschafter mögliche<sup>4</sup> - Übertragung eines Gesellschaftsanteils auf einen Dritten zu einem Vermieterwechsel gemäß § 571 a.F. (§§ 566, 578 Abs. 1 n.F.) BGB, weil in solchen Fällen nicht das Grundstück veräußert werde, sondern nur der Gesellschafterbestand eine Veränderung erfahre, die sich außerhalb des Grundbuchs vollziehe<sup>5</sup>. Dieser Auffassung ist bekanntlich der XII. Zivilsenat des BGH in seinem Urteil vom 18.02.1998<sup>6</sup> entgegengetreten. Er hat dabei offengelassen, ob einer GbR - entsprechend einer im Vordringen begriffenen Meinung<sup>7</sup> - "Teilrechtsfähigkeit" in dem Sinne zuzubilligen ist, daß sie als gesamthänderisches Rechtssubjekt Rechte erwerben und Schuldnerin sein kann und daher ihre Identität z.B. als Vermieterin (oder Mieterin) von einem Gesellschaftswechsel unberührt bleibe. Folge man dem nicht, sei jedenfalls § 571 a.F. (§ 566 n.F.) BGB anzuwenden, der den vom Eigentümer mietenden Mieter u.a. vor einem nachträglichen Auseinanderfallen von Eigentümer- und Vermieterposition schützen wolle und daher auch bei einer Veränderung im Bestand von Gesamthandseigentümern als

---

<sup>3</sup> Vgl. z.B. LG Berlin GE 1996, 1243; 2001, 137; Schach, GE 1997, 1270; vgl. auch BGH NJW 2000, 291

<sup>4</sup> Vgl. MünchKomm./Ulmer, BGB, 3. Aufl., § 719 Rdn. 21

<sup>5</sup> Vgl. OLG Düsseldorf MDR 1993, 143; LG Berlin GE 1996, 1243; Beuermann, GE 1997, 1282; Schach, GE 1997, 1270, 1275

<sup>6</sup> BGHZ 138, 82 = NJW 1998, 1220

<sup>7</sup> Nachweise bei BGH aaO

Vermietern eingreife. Konsequenz auf dieser Linie hat das KG<sup>8</sup> angenommen, der Erwerb des Mietgrundstücks durch eine GbR führe bei späterem Gesellschafterwechsel entsprechend § 571 Abs. 1 BGB zu einer Vermieterstellung der nunmehrigen Gesellschafter. Rein gesellschaftsrechtlich argumentierte der XII. Zivilsenat des BGH dagegen im Urteil vom 09.12.1998<sup>9</sup>, in dem er eine Vorausverfügung "der Gesellschaft" über Mietzinsansprüche (Sicherungsabtretung) ohne die Beschränkungen des § 573 a.F. (§ 566 b n.F.) BGB auch gegenüber späteren Erwerbern von Gesellschaftsanteilen wirken ließ, weil es sich bei dem Gesellschafterwechsel nicht um einen Eigentumsübergang auf Außenstehende handele, sondern um einen internen Vorgang im Bereich der GbR, in deren Namen (!) auch die Vorausverfügung vorgenommen worden sei. Im Ergebnis war damit der Schritt zur Verselbständigung der GbR als von dem ursprünglichen Gesellschafterbestand unabhängiger Rechtsträgerin, in deren Namen Verfügungen getroffen und daher allgemein auch Verträge geschlossen werden können, bereits getan. Schon lange vorher hatte der VIII. Zivilsenat des BGH<sup>10</sup> entschieden, daß ein auf Mieterseite "für eine GbR" (!) abgeschlossener Mietvertrag durch deren Umwandlung in eine oHG (§ 105 a.F. BGB) nicht berührt werde, weil dadurch die GbR lediglich ihren rechtlichen Charakter geändert habe. Wären die einzelnen Gesellschafter als Mieter anzusehen, so könnte die oHG nur mit Zustimmung des Vermieters in den Vertrag eintreten; anderenfalls läge eventuell sogar eine unerlaubte Gebrauchsüberlassung (§ 549 Abs. 1 a.F. BGB) vor<sup>11</sup>. Das könne nicht rechtens sein. Ein anderes Ergebnis läßt sich aber nur unter der Prämisse rechtfertigen, daß ursprüngliche Vertragspartnerin

---

<sup>8</sup> NZM 1998, 507

<sup>9</sup> BGHZ 140, 175, 182 = NZM 1999, 583

<sup>10</sup> NJW 1967, 821

<sup>11</sup> Anders aber BGH NJW 1955, 1066

die GbR als solche war, was eine § 124 HGB entsprechende Rechtsfähigkeit voraussetzt<sup>12</sup>.

Während in der mietrechtlichen Rechtsprechung die Rechtsfähigkeit der GbR immerhin zum Teil als verdeckte Prämisse fungierte, sprach der V. Zivilsenat des BGH im Jahre 1989 einer GbR die Rechtsfähigkeit und damit die Fähigkeit, WEG-Verwalterin zu sein, schlechthin ab<sup>13</sup>. Demgegenüber vertrat der II. Zivilsenat des BGH schon seit längerem die Auffassung, eine GbR als Gesamthandsgemeinschaft könne im Rechtsverkehr grundsätzlich - soweit nicht spezielle Gesichtspunkte entgegenstünden - jede Rechtsposition einnehmen<sup>14</sup>. Sie kann danach insbesondere Gesellschafterin einer anderen GbR<sup>15</sup>, einer AG<sup>16</sup>, einer GmbH<sup>17</sup>, einer Genossenschaft<sup>18</sup> sowie Kommanditistin einer KG<sup>19</sup> sein. Weiter hat der XI. Zivilsenat des BGH der GbR die Scheckfähigkeit zuerkannt<sup>20</sup>. Eine globale Aussage zur Rechts- und Parteifähigkeit der GbR erfolgte im Urteil des II. Zivilsenats vom 29. Januar 2001, das Anlaß für das heutige Thema ist.

---

<sup>12</sup> Vgl. auch BGH NJW 2001, 1056 f.

<sup>13</sup> BGHZ 107, 268; dagegen Drasdo, NZM 2001, 258, 259 f. im Hinblick auf BGH NJW 2001, 1056 = NZM 2001, 299

<sup>14</sup> BGHZ 116, 86, 88 = NJW 1992, 499

<sup>15</sup> BGH ZIP 1997, 2120

<sup>16</sup> BGHZ 118, 83, 99 f.

<sup>17</sup> BGHZ 78, 311

<sup>18</sup> BGHZ 116, 86

<sup>19</sup> BGH NJW 2001, 3121 m. Anm. Ulmer, ZIP 2001, 1714. Jedoch sind hier die jeweiligen Gesellschafter der als Kommanditistin fungierenden GbR entsprechend §§ 106 Abs. 2, 162 Abs. 1 HGB - auch nach einem Gesellschafterwechsel - ins Handelsregister einzutragen.

<sup>20</sup> BGHZ 136, 254: im Namen einer ARGE ausgestellter Scheck

II. Zu dem BGH-Urteil vom 29.01.2001 - II ZR 331/00<sup>21</sup>.

1. Prozeßverlauf bis zum Beschluß vom 18.02.2002

Es handelte sich um einen Wechselprozeß u.a. gegen eine bauwirtschaftliche Arbeitsgemeinschaft (ARGE) namens "Weißes Roß" in der Rechtsform einer GbR als Wechselakzeptantin. Die Klage gegen sie war in der Vorinstanz mangels ihrer Parteifähigkeit abgewiesen worden. Das anders entscheidende Revisionsurteil, das viel Aufsehen erregte, erging als Versäumnisurteil (unter voller Sachprüfung<sup>22</sup>). Die Beklagte hat dagegen Einspruch eingelegt und durch ihren Anwalt darauf hingewiesen, daß sie nicht mehr existiere, weil unstrittig inzwischen eine ihrer beiden Gesellschafterinnen aus ihr ausgeschieden und damit deren Anteil gemäß dem Gesellschaftsvertrag automatisch auf die allein noch verbliebene Gesellschafterin übergegangen sei (vgl. § 738 I 1 BGB<sup>23</sup>). Prozessual war dies entsprechend den (beim Tod einer anwaltlich vertretenen Prozeßpartei eingreifenden) §§ 239, 246 ZPO zu behandeln<sup>24</sup>. Im Termin zur Verhandlung über den Einspruch (§ 341 a ZPO) am 03.12.2001 wurde die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt. Der II. Zivilsenat des BGH hat daraufhin durch Beschluß gemäß § 91 a ZPO vom 18.02.2002 der beklagten ARGE die auf ihre Beteiligung am Rechtsstreit entfallenden Kosten auferlegt, weil die Klage gegen sie aus dem in ihrem Namen akzeptierten

---

<sup>21</sup> NJW 2001, 1056 = NZM 2001, 299

<sup>22</sup> BGHZ 37, 79, 82

<sup>23</sup> Vgl. BGH NJW 1966, 827 f.; 1993, 1194; MünchKomm./Ulmer, BGB, 3. Aufl., § 738 Rdn. 7

<sup>24</sup> Vgl. Schlegelberger/K. Schmidt, HGB, 5. Aufl., § 142 Rdn. 33

Wechsel ursprünglich zulässig und begründet gewesen sei. Er hat dazu auf das Versäumnisurteil vom 29.01.2001 Bezug genommen.

## 2. Die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR

Der erste Leitsatz des Urteils lautet: "Die (Außen-)GbR besitzt Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet." Das scheint zunächst ähnlich tautologisch wie die Definition einer "rechtsfähigen Personengesellschaft" in § 14 Abs. 2 BGB. Jedoch kommt damit zweierlei zum Ausdruck:

### a) Abgrenzung zur Innen-GbR

Zum einen charakterisiert der BGH damit die Außen-GbR in dem Sinne, daß sie nach dem Willen ihrer Gesellschafter in dieser Rechtsform am Rechtsverkehr teilnehmen, also nach außen in Erscheinung treten und dabei als Rechtsträgerin eigene Rechte und Pflichten begründen soll<sup>25</sup>. Im Gegensatz dazu steht die Innengesellschaft, deren Zweck sich auf eine interne gesellschaftsrechtliche Bindung der Gesellschafter beschränkt, ohne daß die Gesellschaft als solche am Rechtsverkehr teilnimmt<sup>26</sup>. Paradigma dafür ist die stille Gesellschaft, bei der im Außenverhältnis nur ein Beteiligter im eigenen Namen auftritt. Das gleiche gilt aber auch bei mehreren Gesellschaftern, die im Außenverhältnis nur im eigenen Namen auftreten sollen, wie z.B. bei der typischen Bauherrengemeinschaft, deren gemeinsamer Zweck - Bauwerkerrichtung -

---

<sup>25</sup> Vgl. MünchKomm./Ulmer, aaO, vor § 705 Rdn. 69; vgl. auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., § 58 II 2; ders., NJW 2001, 993, 997; Armbrüster, GE 2001, 821, 823; Westermann, NZG 2001, 283 f.

<sup>26</sup> Vgl. auch MünchKomm./Ulmer, aaO, § 705 Rdn. 233; Hadding, ZGR 2001, 712, 714

dadurch umgesetzt wird, daß die Bauherren die dazu erforderlichen Verträge im eigenen Namen entweder mit einem Generalunternehmer oder über einen Treuhänder abschließen<sup>27</sup>. Auch mehrere Mieter oder Vermieter derselben Mietsache bilden daher nicht ohne weiteres eine (rechtsfähige) Außen-GbR<sup>28</sup>, mögen sie auch jeweils Gesamtschuldner gemäß § 431 BGB und Mitgläubiger gemäß § 432 BGB sein. Eine Innengesellschaft kann durch abredewidriges Handeln eines Gesellschafters in ihrem Namen keine eigenen Rechte und Pflichten begründen; dafür fehlt es an einem entsprechenden Rechtssubjekt, das nicht ohne den Willen der Gesellschafter entstehen kann<sup>29</sup>.

#### b) Beschränkung auf bestimmte Außen-GbR-Typen?

Der allgemein gefaßten Umschreibung der Außen-GbR im Leitsatz und den sonstigen Ausführungen im Urteil des BGH ist andererseits eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit auf bestimmte Typen von Außen-GbR nicht zu entnehmen<sup>30</sup>. Das gilt auch für die von Karsten Schmidt vorgeschlagene Beschränkung auf unternehmenstragende oder Mitunternehmer-GbR. Im Fall des BGH aaO handelte es sich um eine ARGE, die typischerweise kein gemeinschaftliches Unternehmen betreibt, sondern nur zur Durchführung eines bestimmten Bauauftrags gebildet wird<sup>31</sup>. Das vom BGH hervorgehobene Prinzip

---

<sup>27</sup> Vgl. BGH II. ZS NJW-RR 1996, 869; Erman/Westermann, BGB, 10. Aufl., § 705 Rdn. 33; Beuermann, GE 2001, 403 f.; künftige Wohnungseigentümer haften dabei entgegen der Regel des § 427 BGB nicht gesamtschuldnerisch, sondern nur anteilig für die Kosten der Gesamtanlage (vgl. BGHZ 75, 26). Das gilt aber nicht, wenn sie Bruchteils- oder Gesamthandseigentum an dem Gebäude erwerben sollen (vgl. BGH BB 1989, 378 f.).

<sup>28</sup> Vgl. Schmid, GE 2001, 753; Jacoby, ZMR 2001, 409 f.; Armbrüster, GE 2001, 821, 823 f.

<sup>29</sup> Vgl. auch Derleder, BB 2001, 2485/2489

<sup>30</sup> Zutreffend Habersack, BB 2001, 477 f.

<sup>31</sup> Vgl. Habersack, aaO; MünchKomm./Ulmer, aaO, vor § 705 Rdn. 30 f.

des gleitenden Übergangs von einer GbR in eine oHG, deren Rechtsform auch schlicht vermögensverwaltende Gesellschaften durch Eintragung in das Handelsregister annehmen können (§ 105 Abs. 2 n.F. HGB), spricht vielmehr dafür, daß selbst Ehegatten-Grundstücksgesellschaften, die als solche im Rechtsverkehr auftreten, von der Rechtsfähigkeit nicht ausgenommen sein sollen<sup>32</sup>. Andererseits sind damit Freiberufler-Sozietäten, die nicht unter §105 HGB fallen, nicht ausgegrenzt<sup>33</sup>. Nicht erkennbar aufgegriffen hat der Senat auch die von Ulmer<sup>34</sup> vorgeschlagene Eingrenzung auf GbR, die über eine besondere Identitätsausstattung mit Name, Sitz und Geschäftsführungsorganisation verfügen. Vielmehr betont der BGH<sup>35</sup>, es sei von außen nicht immer leicht zu ermitteln, inwieweit ein Zusammenschluß mehrerer tatsächlich als (Außen-)GbR organisiert sei, was aber ihrer grundsätzlichen Rechts- und Parteifähigkeit nicht entgegenstehe. Sonach könnte sich eine Innen-GbR auch ad hoc durch einvernehmliches erstmaliges Auftreten unter einer Kollektivbezeichnung im Rechtsverkehr, etwa im Abschluß eines Vertrages, als Außen-GbR konstituieren und dadurch Gesamthandsforderungen und -verbindlichkeiten begründen. Das vorherige Vorhandensein eines Gesamthandsvermögen ist dazu weder erforderlich noch ausreichend<sup>36</sup>. Wie noch zu zeigen ist, führt das allerdings zu Zuordnungsproblemen bei Vertragsschlüssen.

---

<sup>32</sup> Ebenso Habersack, aaO; Hadding ZGR 2001, 716; Wertenbruch, NJW 2002, 324, 328; krit. Derleder, BB 2001, 2485/2489

<sup>33</sup> Vgl. Ulmer, ZIP 2001, 585, 593

<sup>34</sup> ACP 198 (1998), 113, 126 ff.; ZIP 2001, 585, 592 f.

<sup>35</sup> NJW 2001, 1056, 1060 zu 4.

<sup>36</sup> Vgl. Hadding, ZGR 2001, 712, 715, streitig; vgl. auch Derleder, BB 2001, 2485/2489; der aber die Rechtssubjektivität der jeweiligen GbR von einem komplexitätsbedingten Bedarf hierfür abhängig macht

c) Tragweite der Rechtsfähigkeit und der Rechtssubjektivität der GbR

aa) Einschränkend führt der BGH aus, der Umfang der von einer GbR einzunehmenden Rechtspositionen reiche nur so weit, wie nicht spezielle Gesichtspunkte des betreffenden Rechtsverhältnisses entgegenstünden. Er läßt damit dem jeweiligen Rechtsgebiet einen gewissen Spielraum und immunisiert sich damit zugleich, wie sich an seinem Beschluß gemäß §91 a ZPO vom 18.02.2002<sup>37</sup> zeigt, gegen den Vorwurf einer Abweichung von Entscheidungen anderer Bundesgerichte, u.a. des BAG<sup>38</sup>, wonach eine GbR nicht Arbeitgeberin sein kann, oder des BVerwG<sup>39</sup>, wonach eine GbR nicht Inhaber einer Fahrerlaubnis sein kann. Letzteres erscheint ohnehin selbstverständlich, weil es dazu individueller Fertigkeiten bedarf, die eine Gesellschaft nicht unabhängig von ihren Gesellschaftern haben kann, was aber an ihrer grundsätzlichen Fähigkeit, Rechtsträgerin und Partnerin eines Vertrages, also etwa Mieterin zu sein, nichts ändert. Sie kann nach nunmehriger Auffassung wohl auch - ebenso wie eine oHG<sup>40</sup> - Besitzerin ihr zugeordneter Sachen sein, bzw. den Besitz und ebenso den Gebrauch gemieteter Sachen durch die (geschäftsführenden) Gesellschafter ausüben<sup>41</sup>. Umstritten ist ihre Grundbuchfähigkeit, sofern nicht (ent-

---

<sup>37</sup> Vgl. oben II. 1.

<sup>38</sup> NJW 1989, 3034 f.

<sup>39</sup> DVBl. 1993, 721, 722 f.

<sup>40</sup> BGH JZ 1968, 69

<sup>41</sup> Vgl. Habersack, BB 2001, 477, 479; Hadding, ZGR 2001, 712, 723; Gesmann-Nuissl, WM 2001, 973 sowie schon Soergel/Hadding, BGB, 11. Aufl., § 718 Rdn. 3. Demgegenüber ordnete BGHZ 86, 340 (= NJW 1983, 1123) den Besitz noch ausschließlich den einzelnen BGB-Gesellschaftern zu.

sprechend §47 GBO) die jeweiligen Gesellschafter als Gesamthandseigentümer eingetragen werden<sup>42</sup>.

bb) Was den Grad der Rechtssubjektivität bzw. der Verselbständigung der GbR gegenüber ihren Gesellschaftern angeht, so sieht der BGH<sup>43</sup> zwar einen Unterschied gegenüber einer juristischen Person darin, daß diese aufgrund eigener Rechtspersönlichkeit "als solche" Rechtsträgerin sei, die GbR dagegen - im Anschluß an die Konzeption von Flume<sup>44</sup> - als Gruppe ihrer jeweiligen Mitglieder rechtsfähig sei. Der BGH will aber damit nur den scheinbaren<sup>45</sup> Widerspruch ausräumen, daß ein Verein, der gemäß §§ 21, 22, 54 BGB als solcher nicht rechtsfähig ist, gemäß §§ 54 S. 1, 705 ff. BGB als GbR doch rechtsfähig sein kann. Diese Rechtsfähigkeit bestimmt der BGH nicht anders als diejenige der oHG oder KG<sup>46</sup> (vgl. § 124 HGB). Sie unterscheiden sich auch von einer juristischen Person in der Form einer Kapitalgesellschaft (GmbH, AG) nicht in puncto Rechtsfähigkeit<sup>47</sup>, sondern durch ihren Charakter als Personengesellschaften, die z.B. einen Mindestbestand von zwei Gesellschaftern voraussetzen<sup>48</sup> und bei Ausscheiden des vorletzten unter Gesamtrechtsnachfolge auf den letzten Gesellschafter liquidationslos erlöschen<sup>49</sup>. Die Verselbständigung einer

---

<sup>42</sup> Dazu Ulmer/Steffek, NJW 2002, 330 ff.

<sup>43</sup> NJW 2001, 1056, 1058

<sup>44</sup> ZHR 136, 177; AT BGB I 1 S. 54 ff.

<sup>45</sup> Vgl. Hadding, ZGR 2001, 712, 727 f.

<sup>46</sup> NJW 2001, 1058

<sup>47</sup> Vgl. Hadding, ZGR 2001, 712, 718

<sup>48</sup> Zu weiteren Unterschieden vgl. Ulmer, ZIP 2001, 585, 588

<sup>49</sup> Vgl. BGHZ 113, 133; MünchKomm./Ulmer, aaO, § 718 Rdn. 21; Baumbach/Hopt, HGB, 30. Aufl., § 131 Rdn. 35, § 140 Rdn. 25; vgl. auch BGH, Urt. v. 17.12.2001 - II ZR 31/00 sowie BGH, Beschl. v. 18.02.2002 - II ZR 331/00

Personengesellschaft, insbesondere einer GbR, gegenüber ihren Mitgliedern geht nicht so weit wie bei einer juristischen Person<sup>50</sup>. In einem Urteil vom 23. Oktober 2001<sup>51</sup> sah deshalb der XI. Zivilsenat des BGH in der Rechtsfähigkeit einer GbR keinen Hinderungsgrund, auf einen von ihr abgeschlossenen Kreditvertrag das Verbraucherkreditgesetz zum Schutz ihrer Gesellschafter als Verbraucher anzuwenden. In entsprechender Weise wird das sog. "Trennungsprinzip" durch den Schutzzweck der Norm überwunden, soweit einer oHG oder GbR als Wohnungsvermieterin die Berufung auf Eigenbedarf (§ 573 II Nr. 2 BGB) zugunsten eines Gesellschafters gestattet wird<sup>52</sup>. Man wird daher wohl auch bei Anmietung von Räumen für eine "Wohngemeinschaft", die gegenüber dem Vermieter unter einer entsprechenden Sammelbezeichnung und damit indiziell als Außen-GbR auftritt<sup>53</sup>, nicht - wie bei der Anmietung durch einen Verein zwecks Gebrauchsüberlassung an Dritte<sup>54</sup> - davon ausgehen können, es handele sich um kein Wohnraummietverhältnis, weil die GbR als solche keinen eigenen Wohnzweck verfolgen könne<sup>55</sup>. Vielmehr ist der Vertragszweck hier unmittelbar auf eine Wohnraumnutzung durch die Gesellschafter der GbR gerichtet, was aber an ihrer Stellung als Vertragspartnerin nichts ändert. Besteht eine Personengesellschaft als kollektives Rechtssubjekt nicht neben, sondern

---

<sup>50</sup> Vgl. auch Peifer, NZG 2001, 297 f.

<sup>51</sup> ZIP 2001, 2224

<sup>52</sup> Vgl. Staudinger/Sonnenschein, BGB, 12. Aufl., § 564 b Rdn. 67; Schmidt/Futterer/Blank, Mietrecht, 7. Aufl., § 564 b Rdn. 47; a.A. LG Karlsruhe WuM 1985, 148; Stornel, Mietrecht, 3. Aufl., IV Rdn. 133

<sup>53</sup> Vgl. Schmid, GE 2001, 753

<sup>54</sup> Vgl. dazu BGHZ 133, 142 = NJW 1996, 2862

<sup>55</sup> Zum Verein vgl. BGH NJW 1981, 1377; OLG Frankfurt RE WuM 1986, 273; Bub/Treier/Kraemer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III A Rdn. 1032; krit. Sonnenschein, NZM 2002, 1, 3 ff.

aus ihren zu einem gemeinsamen Zweck verbundenen Gesellschaftern<sup>56</sup>, kann es im übrigen durchaus eine Verbraucher- oder Wohnungsmieter-GbR geben.

### 3. Parteifähigkeit der Außen-GbR

#### a) Grundlagen

Sie ist nach Ansicht des BGH die notwendige prozessuale Konsequenz der Anerkennung der Rechtssubjektivität der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten<sup>57</sup>. Das entspräche zwar § 50 Abs. 1 ZPO, wonach parteifähig ist, wer rechtsfähig ist. Allerdings legt § 50 Abs. 2 ZPO den Umkehrschluß nahe, daß der Gesetzgeber von den Personenverbänden, die dem Recht der GbR unterliegen, allein dem nicht rechtsfähigen Verein (vgl. § 54 BGB) eine - zudem auf den Passivprozeß beschränkte - Parteifähigkeit zubilligen wollte, also nicht davon ausging, daß ohnehin jede Außen-GbR rechts- und parteifähig sei<sup>58</sup>. Deshalb scheuten auch die meisten Befürworter der Rechtsfähigkeit der GbR vor der Annahme ihrer Parteifähigkeit zurück<sup>59</sup>. Der BGH argumentiert demgegenüber im Stile richterlicher Rechtsfortbildung vor allem mit den praktischen Schwierigkeiten der bisherigen prozessualen Lösung, wonach in Aktiv- und Passivprozessen über Forderungen und Verbindlichkeiten der Gesamthand stets alle gegenwärtigen Gesellschafter als Parteien in notwendiger Streitgenossenschaft beteiligt werden müßten. Das könne insbesondere bei größeren (Anleger-)Gesellschaften und bei solchen mit häufigem Mitgliederwechsel er-

---

<sup>56</sup> Vgl. Flume, AT BGB I 1 S. 56, 90; Peifer, NZG 2001, 296

<sup>57</sup> NJW 2001, 1058 m.w.N.

<sup>58</sup> Vgl. K. Schmidt, NJW 2001, 993, 997; Ulmer, ZIP 2001, 585, 590; Scholz, NZG 2002, 153, 155; sie alle stimmen dem BGH aber im Ergebnis zu

<sup>59</sup> Vgl. Ulmer, aaO, m.N.

hebliche Probleme bereiten, zumal mitunter auch noch die Mitgliedschaft einzelner Gesellschafter unklar und streitig sei<sup>60</sup>. Der BGH hat früher die Unzulässigkeit von Klagen, in denen irrtümlich nicht alle Gesellschafter als notwendige Streitgenossen aufgeführt waren, dadurch zu vermeiden versucht, daß er die Klage als für oder gegen alle erhoben ansah und eine Rubrumsberichtigung gestattete<sup>61</sup>. Der Sache nach wurde bereits dadurch die betreffende Gesellschaft selbst so behandelt wie eine unvollständig bezeichnete Partei. Dagegen trägt die Streitgenossenschaftslösung auch den materiell-rechtlichen Grundsätzen der Gesamthand insofern nicht Rechnung, als selbst bei notwendiger Streitgenossenschaft jeder Streitgenosse seinen eigenen Prozeß betreibt (§ 63 ZPO) und Prozeßhandlungen unabhängig von den anderen Streitgenossen mit Wirkung für sein Prozeßrechtsverhältnis vornehmen kann<sup>62</sup>, während die Geschäftsführung (§ 709 BGB) und die Vertretung der Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit (§ 714 BGB)<sup>63</sup> nur einheitlich durch den oder die geschäftsführenden Gesellschafter erfolgen kann<sup>64</sup>.

#### b) Das Problem des § 736 ZPO

Der Anerkennung der Parteifähigkeit der Außen-GbR widerspricht nach Ansicht des BGH auch nicht § 736 ZPO, wonach zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen einer GbR ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil er-

---

<sup>60</sup> BGH NJW 2001, 1056, 1058 f. m. Hinw. auf BGH NJW 2000, 291

<sup>61</sup> BGH NJW-RR 1990, 867; NJW 1997, 1236

<sup>62</sup> BGHZ 131, 376, 379 = NJW 1996, 1060

<sup>63</sup> Vgl. MünchKomm./Ulmer, aaO, § 714 Rdn. 7

<sup>64</sup> Vgl. BGH NJW 2001, 1058

forderlich ist. Wie der BGH im einzelnen auf der Grundlage einer Untersuchung von Wertenbruch<sup>65</sup> nachweist, sollte durch diese Vorschrift nach dem Willen des historischen Gesetzgebers nur klargestellt werden, daß ein Privatgläubiger eines Gesellschafters mit einem Titel gegen diesen nicht unmittelbar in das gesamthänderisch gebundene Gesellschaftsvermögen oder in den Anteil des Gesellschafters an dazu gehörenden Gegenständen vollstrecken kann. Es sollte also damit nur eine § 719 I BGB korrespondierende Regelung geschaffen werden, wonach ein Gesellschafter nicht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und an den dazu gehörenden Gegenständen verfügen kann. Dagegen kann die "Gruppe" der Gesellschafter bzw. die Gesellschaft über Gegenstände ihres Vermögens durchaus verfügen. Die mit der Anerkennung der Parteifähigkeit der GbR verbundene Möglichkeit, einen Titel gegen die Gesellschaft als solche zu erwirken und hieraus in das Gesellschaftsvermögen zu vollstrecken, widerspricht daher nicht dem Schutzzweck des § 736 ZPO. Vielmehr ist unter diesem Aspekt ein Titel gegen die Gesellschaft (als Gruppe ihrer jeweiligen Mitglieder) einem Titel "gegen alle Gesellschafter" im Sinne des § 736 ZPO gleichzustellen. Daneben besteht freilich nach dem nicht wegzudiskutierenden § 736 ZPO die Möglichkeit, mit einem Titel gegen alle einzelnen Gesellschafter u.a. aus ihrer - noch zu erörternden - persönlichen Mithaftung für Gesellschaftsschulden in das Gesellschaftsvermögen zu vollstrecken<sup>66</sup>. Insoweit ist die Rechtslage hier anders als bei der oHG, in deren Vermögen gemäß § 124 II HGB nur aus einem Titel gegen sie zu vollstrecken ist.

---

<sup>65</sup> Die Haftung von Gesellschaftern und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung (2000)

<sup>66</sup> Mit der Angleichung des § 736 ZPO an § 719 I BGB weicht der BGH konkludent von BGHZ 97, 392 ab, wonach die Pfändung des Anteils eines Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen gemäß § 859 ZPO dessen "Wertrecht" erfaßt, also nicht nur den Gewinnanteil und das künftige Auseinandersetzungsguthaben (so K. Schmidt, JR 1977, 177; Thomas/Putzo, ZPO, 23. Aufl., § 859 Rdn. 1; wohl auch BGHZ 116, 222; anders Zöller/Stöber, ZPO, 22. Aufl., § 859 Rdn. 2).

### c) Praktische Folgerungen

Kein Hindernis für die Anerkennung der Parteifähigkeit der GbR sieht der BGH weiter in deren fehlender Registerpublizität, mag es auch im Einzelfall schwierig sein, eine GbR im Prozeß in einer für ihre Identifizierung hinreichenden Weise zu bezeichnen oder festzustellen, ob es sich um eine Außen-GbR handelt. Im Aktivprozeß könne sich die GbR mit einem etwa von ihr geführten Namen sowie durch Bezeichnung ihrer Gesellschafter und/oder gesetzlichen Vertreter identifizierbar beschreiben. Anders als nach der Streitgenossenschaftslösung ist aber dafür die Angabe sämtlicher gegenwärtiger Gesellschafter nicht erforderlich. Handelt jemand als Vertreter einer tatsächlich nicht existierenden Außen-GbR, so trägt er die durch die unzulässige Klage veranlaßten Prozeßkosten<sup>67</sup>. Für Passivprozesse mit einer GbR empfiehlt der BGH die Mitverklagung der Gesellschafter insbesondere bei Zweifeln über eine zwischen ihnen bestehende Außen-GbR oder bei Unklarheit, ob das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Klageforderung ausreicht.

## 4. Haftung der Gesellschafter

### a) Die sog. "Doppelverpflichtungstheorie" und die "GbR mbH"

Die frühere Rechtsprechung des BGH entsprach im wesentlichen der sog. "Doppelverpflichtungstheorie", die sich mit dem Wortlaut des §714 BGB durchaus deckt und davon ausgeht, daß ein rechtsgeschäftliches Handeln der Geschäftsführer für die Gesamthand im Zweifel nicht nur diese, sondern

---

<sup>67</sup> BGH NJW 2001, 1060; NJW-RR 1999, 1554

daneben die Gesellschafter persönlich als Gesamtschuldner verpflichtet<sup>68</sup>. Da sonach die Gesellschafterhaftung auf Vertretungsrecht beruhte, konnte sie einseitig durch Beschränkung der Vertretungsmacht der Geschäftsführer in einer für Dritte erkennbaren Weise ausgeschlossen bzw. auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt werden<sup>69</sup>. Dies wurde von der Rechtsprechung auch des BGH insbesondere bei großen Anlagegesellschaften wie Immobilienfonds usw. in der Rechtsform der GbR zunächst akzeptiert<sup>70</sup> und führte schließlich zu dem Phänomen der "GbR mbH", ein Namenszusatz, der eine Haftungsbeschränkung auf das - häufig minimale - Gesellschaftsvermögen zum Ausdruck bringen sollte; es wäre dadurch eine GmbH ohne die Kautelen des GmbH-Gesetzes entstanden. Bekanntlich ist der II. Zivilsenat des BGH dieser Entwicklung im Urteil vom 27. September 1999 entgegengetreten<sup>71</sup> und hat entschieden, daß die Gesellschafter einer GbR für deren Verbindlichkeiten kraft Gesetzes ebenso persönlich haften wie jeder andere, der allein oder zusammen mit anderen Geschäfte betreibt. Diese Haftung könne nicht einseitig durch einen Namenszusatz oder sonstige Hinweise (etwa in AGB), sondern nur durch Individualvereinbarung ausgeschlossen oder beschränkt werden. Ansonsten bestehen dafür angesichts der vom Gesetz angebotenen Möglichkeiten einer Haftungsbeschränkung durch Gründung einer GmbH, einer KG oder einer Partnerschaftsgesellschaft auch kein Bedürfnis. Der Sache nach wurde damit die "Doppelverpflichtungstheorie" aufgegeben<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> Vgl. BGHZ 74, 240, 242; 79, 374, 377; MünchKomm./Ulmer, aaO, § 714 Rdn. 26 ff.

<sup>69</sup> Vgl. BGH NJW 1985, 619; ZIP 1990, 715; BGHZ 134, 224

<sup>70</sup> Vgl. die vorigen Nachweise; zu sog. Venture Capital Funds vgl. Ebbing/Grüner, NZG 2000, 347 m. Hinw. auf steuerliche Vorteile der GbR-Konstruktion (S. 348)

<sup>71</sup> BGHZ 142, 315

<sup>72</sup> Vgl. Goette, DStR 2001, 315

b) Die sog. "Akzessorietätstheorie" (vgl. §§ 128 f. HGB) - neue Rspr.

Die dogmatische Begründung hierfür lieferte der Senat im "ARGE-Urteil" vom 29. Januar 2001 nach, in dem er sich nunmehr - in Konsequenz zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR - für eine akzessorische Gesellschafterhaftung wie bei der oHG gemäß §§ 128 f. HGB entschied (sog. "Akzessorietätstheorie")<sup>73</sup>. Danach ist der jeweilige Bestand der Gesellschaftsschuld für die persönliche Haftung der Gesellschafter maßgebend. Zwischen beiden besteht zwar kein echtes Gesamtschuldverhältnis i.S.v. §§ 421 ff. BGB, deren Rechtsgedanken jedoch im Einzelfall zur Anwendung kommen können<sup>74</sup>. Im übrigen ist die Gesellschafterhaftung bürgenrechtlich: Der Gesellschafter kann einem Gläubiger der Gesellschaft Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, nur insoweit entgegensetzen, als sie von der Gesellschaft (noch) erhoben werden könnten (§ 129 HGB). Da die Gesellschafterhaftung eine gesetzliche ist, kann sie nicht einseitig durch Beschränkung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers, sondern nur durch Vereinbarung mit dem Gläubiger ausgeschlossen werden, wobei entsprechende AGB der GbR regelmäßig an §§ 3, 9 AGBG a.F. (jetzt §§ 305 c, 307 BGB) scheitern. Das gilt auch dann, wenn der oder die Geschäftsführer die Haftungsbeschränkung jeweils handschriftlich in die Verträge der GbR eintragen oder sie mündlich zur Vertragsbedingung erheben<sup>75</sup>. Nicht ausgeschlossen ist aber, einzelnen GbR-Typen, bei denen die Haftungsbeschränkung bisher akzeptiert war, wie z.B. einem Immobilienfonds oder

---

<sup>73</sup> Vgl. dazu Ulmer, ZIP 1999, 554, 559; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., § 60 III

<sup>74</sup> BGHZ 47, 378; 104, 78; BGH NJW 2001, 1061

<sup>75</sup> Vgl. BGH NJW 2001, 2635; Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl., § 1 AGBG Rdn. 5. Eine Individualvereinbarung, wie sie BGHZ 142, 315 fordert, dürfte bei Wiederholungsabsicht kaum je vorliegen; kritisch daher Ebbing/Grüner, NZG 2000, 347, 351.

einer Bauherrengemeinschaft in der atypischen Form der Außen-GbR, eine Haftungsbeschränkung durch AGB zu gestatten<sup>76</sup>.

Aufgrund der Anlehnung an § 128 HGB könnte sich die Haftung der Gesellschafter auch auf außervertragliche Verbindlichkeiten der GbR erstrecken<sup>77</sup>. Das gilt im Prinzip auch für Verbindlichkeiten aus Delikt, sofern man der Außen-GbR - ebenso wie einer oHG<sup>78</sup> - ein deliktisches Geschäftsführerverhalten entsprechend § 31 BGB zurechnet<sup>79</sup>. Der BGH hat dazu in dem Urteil vom 29. Januar 2001 nicht Stellung genommen.

#### c) Haftung ausgeschiedener und neu eintretender Gesellschafter

Ausgeschiedene Gesellschafter unterliegen gemäß §§ 736 II BGB, 160 HGB einer fünfjährigen Nachhaftung, die sich bei einem Dauerschuldverhältnis wie der Miete auch auf die in diesem Zeitraum fällig werdenden Gesellschaftsverbindlichkeiten erstreckt, und zwar unabhängig davon, ob der Gläubiger das Dauerschuldverhältnis früher hätte kündigen können<sup>80</sup>. Neu eintretende Gesellschafter haften für Altschulden der GbR jedenfalls mit dem Gesellschaftsvermögen; ob sie dafür nunmehr - entgegen BGHZ 74, 240 - auch persönlich entsprechend § 130 HGB haften, hat der BGH<sup>81</sup> nicht entschieden, dürfte aber an-

---

<sup>76</sup> Vgl. BGH, Ur. v. 21.01.2002 - II ZR 2/00, noch unveröffentlicht; Ulmer, ZIP 1999, 554, 562

<sup>77</sup> Bisher schon für vertragsähnliche Ansprüche (c.i.c., GOA § 812 BGB) anerkannt (vgl. MünchKomm./Ulmer, aaO, § 714 Rdn. 54 ff.; BGHZ 61, 338, 343 f. zu § 812 BGB)

<sup>78</sup> BGH NJW 1952, 538; VersR 1962, 664; OLG Hamburg ZIP 1988, 1554

<sup>79</sup> Dagegen noch BGHZ 45, 311 f.; a.A. MünchKomm./Ulmer, aaO, §705 Rdn. 218, §714 Rdn. 53; vgl. auch Dauner-Lieb, DStR 2001, 356, 359 m.w.N.

<sup>80</sup> BGHZ 142, 324 unter Aufgabe der sog. "Kündigungstheorie"

<sup>81</sup> BGH NJW 2001, 1053, 1057

zunehmen sein<sup>82</sup>. Die Identität der GbR als Vertragspartnerin bleibt in allen Fällen unberührt.

### III. Folgerung für die gewerbliche Miete

#### 1. Mietvertrag mit einer GbR oder mehreren Einzelpersonen

Wie oben zu II. 2. a) bereits angedeutet, ist ein Mietvertrag mit einer GbR (oder oHG) zu unterscheiden von einem Mietvertrag mit mehreren Vermietern oder Mietern<sup>83</sup>. Im letzteren Fall sind allein sie aus dem Vertrag berechtigt und verpflichtet. Ihr internes Verhältnis hat keinen Einfluß auf den Mietvertrag. Selbst wenn sie in einer Außen-GbR oder oHG verbunden sein sollten, hindert sie das nicht, den Vertrag im eigenen Namen abzuschließen, worauf der Vertragspartner u.U. Wert legen kann, der sich nicht einer Gesellschaft mit wechselndem, mehr oder weniger solventen Gesellschafterbestand als Vertragspartnerin gegenübersehen und sich mit einer fünfjährigen Nachhaftung (§§ 736 II BGB, 160 HGB) bei Ausscheiden der gegenwärtigen Gesellschafter nicht begnügen will. Ist der Vertragszweck in einem solchen Fall auf eine Nutzung der Mietsache durch eine GbR (oder oHG) gerichtet, ist diese zumindest entsprechend § 328 BGB nutzungsberechtigt<sup>84</sup> und bleibt dies auch nach einem Gesellschafterwechsel, ohne daß hier § 540 (§ 549 I a.F.) BGB eingreift, sofern im Mietvertrag nichts Gegenteiliges vereinbart ist. Die Mieterstellung der ursprünglichen Gesellschafter bleibt davon unberührt.

---

<sup>82</sup> Vgl. Habersack, BB 2001, 477, 482; Hadding, ZGR 2001, 712, 740; K. Schmidt, NJW 2001, 993, 999; Ulmer, ZIP 2001, 585, 598

<sup>83</sup> Vgl. Schmid, GE 1998, 882 f.; 2001, 753; Jacoby, ZMR 2001, 409 f.

<sup>84</sup> Vgl. zu § 328 BGB Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II Rdn. 232

a) Zuordnungsfragen auf Mieterseite

Mehrere Mieter derselben Mietsache bilden in bezug auf das Mietverhältnis in der Regel eine (Innen-)GbR<sup>85</sup> mit dem Zweck gemeinschaftlicher Nutzung der Mietsache; so z.B. wenn zwei Einzelunternehmer Räume zum Betrieb einer Praxis- oder Bürogemeinschaft - im Gegensatz zu einer Gemeinschaftspraxis<sup>86</sup> (Sozietät) - anmieten. Sie sind hinsichtlich ihrer mietvertraglichen Ansprüche Mitgläubiger einer unteilbaren Leistung (§ 432 BGB), hinsichtlich ihrer Verpflichtungen Gesamtschuldner (§§ 421 ff. BGB)<sup>87</sup>. Sie dürfen zwar Bedienstete beschäftigen, aber ohne Erlaubnis des Vermieters keinen neuen Partner hinzunehmen<sup>88</sup>. Schließen sie sich später zu einer Außen-GbR oder Partnerschaftsgesellschaft (§ 1 PartGG, Gemeinschaftspraxis, Sozietät usw.) zusammen, so können die Mieterrechte bzw. der Mietvertrag nicht ohne Mitwirkung des Vermieters auf den neuen Rechtsträger übergehen<sup>89</sup>, mag auch eine unerlaubte Gebrauchsüberlassung (§ 540 BGB) nicht vorliegen, solange die Mieter alleinige Gesellschafter bleiben<sup>90</sup>. Scheidet einer von ihnen später aus, bleibt er dennoch Mietvertragspartner, schuldet Mietzins und bei Mietende die Räumung

---

<sup>85</sup> Vgl. BGH NJW 1997, 3437/3439; LG Berlin NJW-RR 1999, 1387 = ZMR 1999, 112; Jacoby, ZMR 2001, 409, 414

<sup>86</sup> Zum Unterschied vgl. Palandt/Sprau, aaO, § 705 Rdn. 40

<sup>87</sup> Vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 61. Aufl., § 535 Rdn. 7

<sup>88</sup> Vgl. BGH ZMR 1959, 8; Bub/Treier/Kraemer, aaO, III A Rdn. 1010; der BGH (NJW 2001, 2251) lehnt deshalb bei Eintritt eines Partners in den Betrieb eines Einzelkaufmanns als Mieter bei einem Mietvertragsübergang auf die entstandene Gesellschaft gemäß §§ 25, 28 HGB ab.

<sup>89</sup> Vgl. BGH NJW 1972, 2036; Bub/Treier/Kraemer, aaO, III A Rdn. 1007

<sup>90</sup> Vgl. BGH NJW 1955, 1066: GmbH-Gründung durch Mieter

als Gesamtschuldner<sup>91</sup>. Besteht die GbR noch, so kann der Vermieter aber gemäß § 736 ZPO in deren Vermögen (unter Einschluß ihres Besitzes an der Mietsache) mit einem Zahlungs- oder Räumungstitel gegen einen der Mieter bzw. Gesellschafter nicht vollstrecken. Nach einer z.T. dem "ARGE-Urteil" des BGH entnommenen "Lesart" des § 736 ZPO<sup>92</sup> könnte er das - soweit er keine Ansprüche gegen die GbR hat - selbst mit einem Titel gegen sämtliche Mieter und Gesellschafter nicht. Allerdings könnte er einen Räumungsanspruch gegen die GbR aus § 546 II BGB titulieren lassen, für den auch die Gesellschafter akzessorisch (entsprechend § 128 HGB) haften<sup>93</sup>.

Soll dagegen eine Außen-GbR Mieterin werden, müssen auf ihrer Seite bei Vertragsschluß ein oder mehrere Vertreter in ihrem Namen handeln (§ 164 I BGB) und der Vermieter den Vertrag mit ihr schließen, was bei Auftreten für mehrere Personen nicht im Wege eines Geschäfts, wenn es angeht<sup>94</sup>, wohl aber dann anzunehmen ist, wenn der Zusatz "GbR", eine Sammelbezeichnung wie "Meier, Müller & Co." oder ein sonstiger von der GbR geführter Name<sup>95</sup> verwendet oder erkennbar im Namen eines gemeinsamen Unternehmens der Mieter, auch in Form einer Sozietät, gehandelt wurde<sup>96</sup>. In solchen Fällen ist für den Vermieter im Sinne von § 164 I 2 BGB erkennbar, daß Vertragspartnerin eine Gesellschaft mit eventuell wechselndem Gesellschafterbestand werden

---

<sup>91</sup> Vgl. BGHZ 131, 176; Palandt/Weidenkaff, aaO, § 546 Rdn. 4

<sup>92</sup> Vgl. K. Schmidt, NJW 2001, 993, 1000; dagegen m.E. zu Recht Wertebuch, NJW 2002, 324, 328

<sup>93</sup> Vgl. Baumbach/Hopt, HGB, 30. Aufl., § 128 Rdn. 14

<sup>94</sup> Vgl. MünchKomm./Schramm, BGB, 4. Aufl., § 164 Rdn. 50

<sup>95</sup> Vgl. Wertebuch, NJW 2002, 324, 326, 328

<sup>96</sup> Vgl. OLG Zweibrücken ZMG 1998, 939; OLG Düsseldorf ZIP 2000, 580; Palandt/Heinrichs, aaO, § 164 Rdn. 2 m.w.N.; Palandt/Sprau, aaO, § 714 Rdn. 5

soll. Er muß sich dagegen verwahren, wenn er es nicht will. Fragwürdig ist es daher, soweit das KG<sup>97</sup> den unter dem Stempel einer GmbH Unterzeichnenden und das OLG Dresden<sup>98</sup> nur die dem Vermieter bekannten, ortsansässigen Anwälte einer überörtlichen, aus der Vorkorrespondenz und einem Stempel im Mietvertrag ersichtlichen Sozietät als Vertragspartner ansieht.

#### b) Zuordnungsfragen auf Vermieterseite

Mehrere Vermieter, auch Miteigentümer der Mietsache (§§ 741 ff. BGB), sind Mitgläubiger i.S.v. §432 BGB<sup>99</sup> hinsichtlich ihrer Forderungen und Gesamtschuldner (§§ 421 ff.) hinsichtlich ihrer Verbindlichkeiten aus dem Mietverhältnis<sup>100</sup>. Gründen sie später eine Außen-GbR zur Verwaltung ihres Miteigentums<sup>101</sup>, so wird diese dadurch weder Eigentümerin noch Vermieterin. Überführen sie dagegen das Grundstück gemäß §§ 747, 873, 925 BGB in das Vermögen der GbR<sup>102</sup>, wird diese gemäß §566 BGB Vermieterin<sup>103</sup>. Die bisherigen Vermieter haften den Mietern gemäß § 566 II BGB sowie gemäß § 566 a BGB (Kautions) und - als Gesellschafter der GbR - entsprechend § 128 HGB. Ein späterer Gesellschafterwechsel, der sich außerhalb des Grundbuchs vollzieht<sup>104</sup>,

---

<sup>97</sup> NZM 2001, 587

<sup>98</sup> NZM 2001, 585

<sup>99</sup> Vgl. BGH NJW 1969, 839; Palandt/Weidenkaff, aaO, § 535 Rdn. 6

<sup>100</sup> Vgl. Bub/Treier/Straßberger, aaO II Rdn. 255, 257

<sup>101</sup> Vgl. dazu Bork, ZIP 2001, 545 f.; MünchKomm./Ulmer, aaO, § 705 Rdn. 221, § 718 Rdn. 11; MünchKomm./K. Schmidt, § 741 Rdn. 4

<sup>102</sup> Vgl. dazu BGH NJW 1982, 170; MünchKomm./K. Schmidt, aaO, § 741 Rdn. 5

<sup>103</sup> Vgl. LG Berlin ZMR 1998, 704; Palandt/Weidenkaff, aaO, § 566 Rdn. 8

<sup>104</sup> Vgl. BGHZ 86, 367; BGH NJW 1998, 376

fällt nicht unter §§ 566 ff. BGB<sup>105</sup>. Die bisherigen Gesellschafter unterliegen der 5-jährigen Nachhaftung gemäß §§ 736 II BGB, 160 HGB, und zwar - anders als nach § 566 II 2 BGB - ohne Rücksicht auf eine frühere Kündigungsmöglichkeit seitens des Mieters oder der GbR<sup>106</sup>. Die Frist beginnt mit Kenntniserlangung des Mieters vom Ausscheiden des Gesellschafters<sup>107</sup>.

Wollen mehrere Vermieter als GbR vermieten, muß das für den Mieter bei Vertragsschluß zumindest erkennbar sein, was bei größeren Personenverbänden, die unter einer Sammelbezeichnung auftreten, regelmäßig der Fall sein wird. Handelt es sich allerdings tatsächlich um eine Miteigentümergeinschaft, dürfte der Vertrag mit deren Mitgliedern zustande kommen, wenn der für sie handelnde Vertreter entsprechende Vollmacht hat. Die bloße Eintragung mehrerer Vermieter als GbR im Grundbuch genügt m.E. für deren Zuordnung als Vertragspartnerin nicht, weil der Mieter das Grundbuch nicht einsehen muß. Treten in einem solchen Fall die Vermieter gegenüber dem Mieter nicht in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit auf, so kommt es allerdings zu einem Auseinanderfallen zwischen Eigentümer- und Vermieterposition, das sich spätestens bei Veräußerung der Gesellschaftsanteile an Dritte aktualisiert und der Gesellschaft eine Beendigung des vertragslosen Zustandes zwischen ihr und den Vermietern sowie einen Herausgabeanspruch gegen den Mieter gemäß § 985 BGB ermöglichen würde, wenn man nicht davon ausgeht, die Vermieter hätten den Vertrag (auch) in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als GbR abgeschlossen. Das müßte aber dem Mieter gegenüber schon im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen klargestellt werden.

---

<sup>105</sup> Vgl. BGHZ 140, 175, 182 = NJW 1999, 715 zu § 573 BGB a.F. (§ 566 b BGB n.F.)

<sup>106</sup> Vgl. BGHZ 142, 324; Palandt/Sprau, aaO, § 736 Rdn. 11; a.A. Altmeppen, NJW 2000, 2529, 2535 f.

<sup>107</sup> Vgl. BGHZ 117, 168

## 2. Schriftform (§§ 578, 550 BGB)

Unabhängig von der Streitfrage, ob §550 BGB auf §126 BGB<sup>108</sup> oder auf § 127 BGB<sup>109</sup> verweist, muß aus der Vertragsurkunde u.a. hervorgehen, ob mehrere Einzelpersonen oder eine Außen-GbR Vertragspartner werden sollen. Die GbR muß entweder mit einem von ihr geführten Namen, anderenfalls mit den Namen aller oder der führenden Gesellschafter mit dem Zusatz "GbR" bezeichnet werden<sup>110</sup>. Mangels Registerpublizität sind hier höhere Anforderungen an die Bezeichnung als bei einer Handelsgesellschaft<sup>111</sup> zu stellen. Bei Unterzeichnung durch einen Vertreter der GbR muß wohl auch das Vertretungsverhältnis, z.B. als Geschäftsführer o.ä., zum Ausdruck kommen<sup>112</sup>. Fehlt die vorgesehene Unterschrift eines von mehreren Gesamtvertretern, fehlt es an der Schriftform, wenn nicht ein Handeln der Unterzeichner auch in dessen Namen aus der Urkunde hervorgeht<sup>113</sup>. Dagegen bedarf die Vollmachterteilung oder Genehmigung vollmachtlosen Vertreterhandelns gemäß §§ 167 II, 177, 182 II BGB nicht der Schriftform des § 550 BGB. Die fehlende Genehmigung eines gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafters kann bei Mitunterzeichnung in dessen Namen - auch noch durch einen Erwerber seines Gesellschaftsanteils

---

<sup>108</sup> So m.E. zu Recht Palandt/Weidenkaff, aaO, § 550 Rdn. 1, 8

<sup>109</sup> So Eckert, NZM 2001, 409; Löwe, NZM 2000, 577, 580

<sup>110</sup> Vgl. Wertenbruch, NJW 2002, 324, 326 m.w.N.

<sup>111</sup> Vgl. dazu OLG Hamm NZM 1998, 720

<sup>112</sup> Vgl. OLG Rostock NZM 2001, 46, jedoch unter Vermengung mit der Vollmachtsfrage; weiter Palandt/Heinrichs, aaO, § 126 Rdn. 8

<sup>113</sup> Vgl. BGHZ 125, 175

(formlos) nachgeholt werden<sup>114</sup>. Dem Schutzzweck des §550 BGB entsprechend<sup>115</sup> muß aber ein etwaiger Erwerber des Mietgrundstücks aus der Vertragsurkunde entnehmen können, wer in welcher Funktion für wen bei Vertragsschluß gehandelt hat.

### 3. Abgabe- und Empfangszuständigkeit für Erklärungen während der Mietzeit

Einseitige Rechtsgeschäfte wie z.B. eine Kündigung, die Ausübung eines Optionsrechts<sup>116</sup> oder eine Mieterhöhungserklärung gemäß § 558 a BGB<sup>117</sup> müssen entweder von einem Alleinvertretungsberechtigten (§ 710 BGB) oder von sämtlichen Gesamtvertretungsberechtigten (§§ 709, 714 BGB) oder durch einen von ihnen Bevollmächtigten jeweils mit erkennbarem Gesellschaftsbezug<sup>118</sup> vorgenommen werden. Handelt die GbR nicht durch alle Gesellschafter, so kann der Empfänger deren Erklärung wegen fehlender Registerpublizität der Vertretungsverhältnisse gemäß § 174 S. 1 BGB zurückweisen, wenn nicht ein Nachweis der Vertretungsberechtigung (Gesellschaftsvertrag, Vollmacht) beigelegt ist<sup>119</sup>. Soll die GbR Erklärungsempfängerin sein, was sich ebenfalls auch schon aus dem Bezug der Erklärung zu ihr als Mieterin ergeben kann (§ 164 III,

---

<sup>114</sup> Vgl. BGHZ 79, 374

<sup>115</sup> Vgl. BGH NJW 1998, 2664

<sup>116</sup> Vgl. Palandt/Heinrichs, aaO, vor § 145 Rdn. 23

<sup>117</sup> Vgl. OLG Hamm NJW 1982, 2076; Palandt/Heinrichs, aaO, § 174 Rdn. 1

<sup>118</sup> Vgl. dazu OLG Zweibrücken NZG 1998, 939; OLG Düsseldorf ZIP 2000, 580; Palandt/Sprau, aaO, § 714 Rdn. 5

<sup>119</sup> BGH NZG 2002, 125

I 2 BGB)<sup>120</sup>, so genügt die Abgabe der Erklärung gegenüber einem Gesamtvertreter<sup>121</sup>. Bei fehlender Vertretungsmacht des Erklärenden oder des Adressaten gilt § 180 BGB. All dies gilt für geschäftsähnliche Handlungen wie eine Mahnung (§ 286 n.F. BGB) entsprechend. Die Pflicht einer GbR zur Mängelanzeige (keine Willenserklärung) kann auch durch einen nicht (allein-)vertretungsberechtigten Gesellschafter erfüllt werden (vgl. §267 BGB); der Zugang bei einem Gesamtvertreter einer GbR als Adressatin genügt. Für Vertragsänderungen gilt Entsprechendes wie für sonstige Vertragsabschlüsse<sup>122</sup>.

#### 4. Verschuldens- und Wissenszurechnung

a) Eine GbR haftet aus Vertrag für ein Verschulden ihrer Vertreter oder sonstiger Erfüllungsgehilfen schon gemäß § 278 BGB mit Haftungserstreckung auf die Gesellschafter entsprechend § 128 BGB (vgl. oben II. 4. b), c)). Das gilt bei einer Vermieter-GbR z.B. hinsichtlich des Schadensersatzes nach § 536 a I BGB<sup>123</sup>, bei einer GbR als Mieterin im Fall von Beschädigungen der Mietsache durch Gesellschafter oder sonstige Personen, die auf ihre Veranlassung mit der Mietsache in Berührung kommen<sup>124</sup>. Die Frage der Anwendbarkeit des §31 BGB auf die GbR (dazu oben II. 4. b) a.E.) ist im Ergebnis nur für eine Haftung aus Delikt relevant<sup>125</sup>. Zur Frage einer Haftungsbeschränkung auf das Gesell-

---

<sup>120</sup> Vgl. Jacoby, ZMR 2001, 409, 411

<sup>121</sup> Vgl. BGH NJW 1997, 3437, 3439 = ZMR 1998, 17; Jacoby, aaO

<sup>122</sup> Für die Schriftform des §550 BGB mit der Maßgabe der "Auflockerungs"-Rspr.; vgl. BGH NZM 1999, 962; 2000, 381, 907

<sup>123</sup> Vgl. dazu Kraemer in Bub/Treier, aaO, § III B Rdn. 1385 sowie WuM 2000, 515 f.

<sup>124</sup> Vgl. BGH WuM 1991, 381; Kraemer in Bub/Treier, aaO, III A Rdn. 956

<sup>125</sup> Vgl. MünchKomm./Ulmer, aaO, §718 Rdn. 35; K. Schmidt, NJW 2001, 993, 998; Jacoby, ZMR 2001, 409, 411

schaftsvermögen ist auf die obigen Ausführungen (II. 4. a), b)) zu verweisen<sup>126</sup>. Für eine Kündigung aus wichtigem Grund gemäß §§ 543 I, 569 II, 578 II 1 BGB genügt es, wenn die Fortsetzung des Mietvertrages mit der GbR durch das Verhalten eines der Gesellschafter für die Gegenseite unzumutbar ist<sup>127</sup>.

b) Weiter muß sich die GbR auch das Wissen ihrer Vertreter unter Einschluß eines von mehreren Gesamtvertretern<sup>128</sup> entsprechend § 166 I BGB zurechnen lassen, so etwa auf Mieterseite die Kenntnis eines Mangels bei Vertragsschluß (§ 536 b BGB) oder später im Hinblick auf die Mängelanzeigepflicht (§ 536 c BGB), auf Vermieterseite z.B. das arglistige Verschweigen eines Mangels bei Vertragsschluß oder die Nichtbeseitigung eines später erkannten Mangels. Bei arbeitsteiliger Organisationsform und dadurch bedingter "Wissensaufspaltung" ist der GbR auch die Nichtweitergabe des Wissens untergeordneter Mitarbeiter zuzurechnen<sup>129</sup>.

## 5. Umwandlung, Gesellschafterwechsel und Auflösung der GbR

a) Unberührt bleibt die Identität der Gesellschaft insbesondere bei der gesetzlichen Umwandlung einer GbR in eine oHG aufgrund entsprechender Vergrößerung ihres Gewerbebetriebs<sup>130</sup>; ebenso bei deren späterer Umwand-

---

<sup>126</sup> Zum Haftungsausschluß des Wohnungsvermieters für einfache Fahrlässigkeit vgl. BGH RE NZM 2002, 116

<sup>127</sup> Vgl. auch Kraemer, NZM 2001, 553, 560, 562

<sup>128</sup> Vgl. Palandt/Heinrichs, § 166 Rdn. 2 m.N.

<sup>129</sup> Vgl. BGHZ 132, 30; BGH NJW 2001, 359; Jacoby, aaO, S. 411

<sup>130</sup> Vgl. BGH NJW 2001, 1056 f.

lung in eine KG<sup>131</sup>. Die Möglichkeit dazu ist durch die Erstreckung der §§ 1 II, 105 I HGB auf jeglichen Gewerbebetrieb (nicht aber auf Freiberufler) sowie auf schlicht vermögensverwaltende Gesellschaften (§ 105 II HGB) erheblich erweitert worden. Wird ein Gesellschafter Kommanditist, unterliegt er gemäß § 160 II HGB der fünfjährigen Nachhaftung (vgl. oben II. 4. c)) neben seiner nunmehr beschränkten Kommanditistenhaftung (§ 171 HGB). Die Umwandlung einer GbR in eine oHG ermöglicht - neben deren Umwandlung in eine KG - auch einen identitätswahrenden Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft (§§ 191, 204 ff. UmwG), wobei dann die §160 HGB entsprechende Nachhaftung der bisherigen Gesellschafter gemäß §224 II UmwG eingreift und zudem ein Anspruch des Vertragspartners auf Sicherheitsleistung gemäß §§ 204, 22 UmwG bei Gefährdung seiner künftigen Ansprüche aus dem (Miet-)Vertrag besteht<sup>132</sup>. Die genannten Umwandlungsvorgänge rechtfertigen daher nicht ohne weiteres eine außerordentliche Kündigung.

b) Ein Gesellschafterwechsel läßt die Identität der GbR ebenso unberührt wie der Beitritt weiterer Gesellschafter (z.B. zu einer Sozietät). Beides fällt, wenn es auf Mieterseite geschieht, auch nicht unter § 540 BGB und rechtfertigt eine fristlose Kündigung des Vermieters nur bei einer Überbeanspruchung der Räume. Jedoch dürfte ein Erlaubnisvorbehalt des Vermieters in AGB zulässig sein. Bei Ausscheiden eines Gesellschafters wächst sein Anteil den übrigen zu (§ 738 BGB); die Identität der GbR bleibt gewahrt<sup>133</sup>. Scheidet der vorletzte Gesellschafter aus, so führt das bei einer Fortsetzungsvereinbarung im Sinne von § 736 I BGB zu einer Gesamtrechtsnachfolge und damit zum Übergang des

---

<sup>131</sup> Vgl. dazu K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., § 12 I 4 c, § 44 III 1

<sup>132</sup> Vgl. BGH DB 1996, 930 = WM 1996, 816; Bub/Treier/Heile, aaO, II Rdn. 837

<sup>133</sup> Vgl. Palandt/Sprau, aaO, § 736 Rdn. 3

Mietvertrages auf den verbliebenen Gesellschafter unter Erlöschen der GbR<sup>134</sup>. Ein Kündigungsrecht analog § 580 BGB (Tod des Mieters) dürfte abzulehnen sein<sup>135</sup>.

c) Wird eine GbR gemäß §§ 723 ff. BGB aufgelöst, so besteht sie als Liquidationsgesellschaft bis zur Auseinandersetzung und Abwicklung ihrer sämtlichen Vertragsbeziehungen (§ 730 II BGB) fort. Mangels gegenteiliger Regelung sind nunmehr alle Gesellschafter gesamtvertretungsberechtigt<sup>136</sup>. Ihre Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten entsprechend § 128 HGB (vgl. oben II. 4. b)) besteht weiter, unterliegt aber entsprechend § 159 I, III HGB einer fünfjährigen Verjährungsfrist, die im Fall der GbR mit Kenntnis des Gläubigers von der Auflösung, bei späterer Fälligkeit der Gesellschaftsschuld mit dieser beginnt<sup>137</sup>. Kürzere Verjährungsfristen, z.B. gemäß § 548 BGB, bleiben unberührt<sup>138</sup>. Die Nachhaftungsbegrenzung gemäß §§ 736 II BGB, 160 HGB (vgl. oben II. 4. c)) gilt nur bei Ausscheiden eines Gesellschafters, nicht bei Auflösung der Gesellschaft<sup>139</sup>.

---

<sup>134</sup> Vgl. BGHZ 32, 307, 317 f.; BGH NJW 1994, 796; MZG 2000, 474; Palandt/Sprau, aaO, § 736 Rdn. 4, § 738 Rdn. 1; vgl. auch BGH, Urt. v. 17.12.2001 - II ZR 31/00

<sup>135</sup> Vgl. Bub/Treier/Grapentin, aaO, IV Rdn. 230; Palandt/Weidenkaff, aaO, § 580 Rdn. 6

<sup>136</sup> Vgl. BGH WM 1963, 249; Palandt/Sprau, aaO, § 730 Rdn. 3

<sup>137</sup> Vgl. Palandt/Sprau, aaO, vor § 723 Rdn. 3

<sup>138</sup> Vgl. BFH NJW-RR 1998, 1185

<sup>139</sup> Vgl. BAG ZIP 1998, 1973/1976

## 6. Die GbR im Mietprozeß

In Prozessen für oder gegen eine GbR ist diese Partei. Einzelne Gesellschafter können Ansprüche der GbR gegen Dritte im Wege der Prozeßstandschaft nur mit Ermächtigung der übrigen vertretungsberechtigten Gesellschafter oder dann geltend machen, wenn diese den Forderungseinzug gesellschaftswidrig in Zusammenwirken mit dem Schuldner verweigern<sup>140</sup>. Im übrigen wird die GbR in Aktiv- und Passivprozessen durch ihre Geschäftsführer vertreten.

a) In Aktivprozessen genügt für die Bezeichnung der GbR entweder ein unterscheidungskräftiger Name oder die Nennung zumindest einiger Gesellschafter<sup>141</sup>. Gemäß §§ 130 Nr. 1, 253 IV ZPO "soll" die Klageschrift neben der Bezeichnung der Parteien die ihrer gesetzlichen Vertreter und deren Anschrift enthalten. Diese Angaben müssen im Prozeß zumindest nachgeholt werden; anderenfalls ist die Klage unzulässig<sup>142</sup>. Denn es muß für den Fall unbefugter Vertretung oder des Fehlens einer Außen-GbR der für sie Handelnde als Kostenschuldner<sup>143</sup> identifizierbar sein. Eine etwaige Alleinvertretungsbefugnis ist ggf. durch Vorlage des Gesellschaftsvertrages oder eines Gesellschafterbeschlusses nachzuweisen<sup>144</sup>. Einen entsprechenden Beschluß können die bisher gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter (§§ 709 I, 714 BGB) einstimmig auch ad hoc zum Zweck der Prozeßführung fassen. Wegen des Grundsatzes

---

<sup>140</sup> BGHZ 102, 152; BGH NJW 2000, 734; Palandt/Sprau, aaO, § 714 Rdn. 8

<sup>141</sup> Vgl. BGH NJW 1997, 1236; K. Schmidt, NJW 2001, 999; Wertenbruch, NJW 2002, 324, 326

<sup>142</sup> Vgl. BGHZ 102, 332, 334; Jacoby, ZMR 2001, 409, 413

<sup>143</sup> Vgl. BGH NJW 2001, 1056, 1060; Jacoby, aaO; K. Schmidt, NJW 2001, 993, 999

<sup>144</sup> K. Schmidt, aaO

der Selbstorganschaft in der GbR ist aber die Bestellung eines Nichtgesellschafters zum gesetzlichen Vertreter nicht möglich<sup>145</sup>.

Klagt eine zwar ordnungsgemäß vertretene, aber mehr oder weniger mittellose GbR, so stellt sich für den Gegner das Problem der Kostenerstattung im Fall seines Obsiegens. Soweit ihm in der Literatur empfohlen wird, seinen Klageabweisungsantrag mit einer Drittwiderklage gegen die Gesellschafter auf Kostenerstattung (Anspruch aus § 128 HGB) zu verbinden<sup>146</sup>, ist das m.E. nicht von der Hand zu weisen. Daß sich die Widerklage hier nicht zugleich gegen die Klägerin, sondern allein gegen Dritte richtet, schließt deren Zulässigkeit wegen der gesellschaftsrechtlichen Verbindung beider nicht aus<sup>147</sup>. Auch die entsprechend §263 ZPO erforderliche Sachdienlichkeit der Drittwiderklage<sup>148</sup> dürfte insofern gegeben sein, als dadurch ein neuer Prozeß vermieden wird und eine Verzögerung des Rechtsstreits jedenfalls dann nicht eintritt, wenn man entsprechend dem genannten Vorschlag davon ausgeht, daß gegenüber den Gesellschaftern nur eine Kostengrundentscheidung zu treffen und diese dann im Kostenfestsetzungsverfahren zu vollziehen ist. Das Problem liegt aber darin, daß hier ein materieller Kostenerstattungsanspruch im Gewande eines prozessualen verfolgt wird und eine isolierte Kostengrundentscheidung gegen eine Partei wohl nur im Fall des § 91 a ZPO vorgesehen ist. Jedoch bestehen m.E. keine schwerwiegenden Bedenken gegen eine Analogie zu dieser Vorschrift, zumal dafür die Prozeßökonomie spricht. Vor Erhebung der Widerklage sollte aber der GbR Gelegenheit zur Sicherheitsleistung gegeben werden. Bei unterschiedli-

---

<sup>145</sup> Vgl. BGHZ 33, 105, 8/MünchKomm./Ulmer, aaO, § 709 Rdn. 5; Jacoby, ZMR 2001, 409, 411

<sup>146</sup> So K. Schmidt, NJW 2001, 993, 999 f.; Jacoby, ZMR 2001, 409; abl. Fritz, Info-Letter ARGE MietR u. WEG 2001, 14

<sup>147</sup> BGHZ 91, 132, 134 f; Zöller/Vollkommer, ZPO, 22. Aufl., § 33 Rdn. 22

<sup>148</sup> BGHZ 40, 185; 131, 76 = NJW 1996, 196

chen Gerichtsständen für die Klage und die Widerklage ergibt sich allerdings die Zuständigkeit für die Widerklage hier weder aus § 33 I ZPO noch kann sie über § 36 I Nr. 3 ZPO hergestellt werden<sup>149</sup>.

b) Im Passivprozeß einer GbR gilt für deren Bezeichnung durch den Gegner Entsprechendes wie im Aktivprozeß. Gemäß § 171 III ZPO genügt die Zustellung der Klage an einen von mehreren allein- oder gesamtvertretungsberechtigten Gesellschaftern<sup>150</sup>, was allgemein auch für die Passivvertretung der GbR im Prozeß gilt. Nur zur Vornahme von Prozeßhandlungen müssen die Gesamtvertreter gemeinschaftlich handeln<sup>151</sup>. Der allgemeine Gerichtsstand einer GbR bestimmt sich gemäß § 17 I ZPO nach deren Sitz, bei einer Mieter-GbR also nach dem Ort der Mieträume.

Wie oben (II 3 c) ausgeführt, empfiehlt der BGH, die oder einige Gesellschafter mitzuverklagen, wodurch sich zwar das Kostenrisiko wegen der Erhö- hungsgebühr auf deren Seite (§ 6 I 2 BRAGO) bei zweifelhaften Prozeßaus- sichten etwas erhöht. Jedoch überwiegen die Vorteile, weil der Kläger dann zum einen in das Gesellschafts- und in das Privatvermögen der Gesellschafter vollstrecken kann und nicht Gefahr läuft, daß die GbR - etwa durch Namensän- derung - die Vollstreckung behindert. Bestehen für den Kläger Zweifel, ob er es mit parteifähigen Außen- oder mit bloßen Innengesellschaftern als Schuldner zu tun hat, wird er zweckmäßigerweise nur letztere verklagen, weil er dann ge- mäß § 736 ZPO auch in ein etwaiges Gesellschaftsvermögen vollstrecken

---

<sup>149</sup> Vgl. BGH NJW 1992, 982

<sup>150</sup> Vgl. Wertenbruch, NJW 2002, 324, 326

<sup>151</sup> Vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 23. Aufl., § 51 Rdn. 11

kann<sup>152</sup>. Eine notwendige Streitgenossenschaft zwischen GbR und Gesellschaftern besteht nicht. Ein Urteil gegen die GbR hat keine echte Rechtskraftwirkung gegenüber den Gesellschaftern, schneidet ihnen aber Einwendungen gegen die festgestellte Gesellschaftsschuld ab (vgl. § 129 I HGB). Für einen nichtvertretungsberechtigten Gesellschafter kann es daher von Interesse sein, sich an dem Prozeß an Nebenintervenient (§ 66 ZPO) zu beteiligen<sup>153</sup>.

c) In anhängigen Altverfahren, in denen die Gesellschafter einer GbR als notwendige Streitgenossen eine Gesamthandsforderung einklagen, ist m.E. aufgrund der neuen Rspr. des BGH kein Parteiwechsel, sondern nur eine Ru-  
brumsberichtigung erforderlich<sup>154</sup>, weil es sich hier ersichtlich um eine Klage der Gesamthand und damit der GbR handelt. In anhängigen Passivprozessen gegen die Gesellschafter bedarf es zur Ausdehnung auf die Gesellschaft allerdings einer Parteierweiterung<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> Vgl. K. Schmidt, NJW 2001, 993, 1000

<sup>153</sup> Vgl. Wertenbruch, NJW 2002, 324, 326

<sup>154</sup> Ebenso Beuermann, GE 2001, 403 f.; vgl. auch BGH NJW-RR 1990, 867; NJW 1997, 1236; a.A. Jacoby, ZMR 2001, 409, 414. Zum Wegfall der Erhöhungsgebühr gemäß § 6 I 2 BRAGO vgl. OLG Karlsruhe NJW 2001, 1072

<sup>155</sup> Vgl. Jacoby aaO