

Innengesellschaften

Torsten Kindt, Moritz Renner

I.	Einführung	195
II.	Empirie und praktische Erscheinungsformen	196
	1. Emissions- und Kreditkonsortien	196
	2. Poolverträge	201
	3. Konzerne und Gemeinschaftsunternehmen	202
	4. Digitale Akteure	203
	5. Zwischenergebnis	203
III.	Hintergrund und Entwicklung der gesetzlichen Regelung	203
IV.	Responsive Ausdifferenzierung	205
V.	Fazit	210

I. Einführung

Die Innengesellschaft bürgerlichen Rechts nimmt im Gesellschaftsrecht in doppelter Hinsicht eine Sonderstellung ein. Als primär „schuldrechtliches Rechtsverhältnis“¹ hebt sie sich von allen anderen Gesellschaftsformen ab, die als solche umfangreiche Außenbeziehungen haben können und deshalb in weit höherem Maße Gestaltungsbeschränkungen unterliegen. Zugleich dürfte bei keiner anderen Gesellschaftsform eine vergleichbar große Diskrepanz zwischen tatsächlicher Verbreitung und wissenschaftlicher Durchdringung bestehen. Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) hat die Innengesellschaft nunmehr erstmals eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfahren. Diese bleibt allerdings rudimentär und erschöpft sich im Wesentlichen auf Teilverweise auf diejenigen Vorschriften, die auch für Außengesellschaften bürgerlichen Rechts gelten.

Zu den Aufgaben eines „Modernen Personengesellschaftsrechts“ sollte es daher gehören, das Recht der Innengesellschaft als eigenständige Materie ernst zu nehmen und funktionsgerechte Anwendungsleitlinien für die ebenso zahlreichen wie vielgestaltigen praktischen Einsatzfelder der Innengesellschaft zu entwickeln. Der vorliegende Beitrag skizziert, wie ein entsprechendes Forschungsprogramm aussehen kann. Im ersten Schritt gibt er einen rechtsempirischen Überblick zu den praxiswichtigen Erscheinungsformen von Innengesellschaften im Wirtschaftsverkehr (unten II.). Im zweiten Schritt werden die Hintergründe und die Entwicklung des derzeitigen gesetzlichen Regelungsrahmens der Innengesellschaft dargestellt (unten III.). Im dritten Schritt wird dafür geworben, das Recht der Innengesellschaft fortzuentwickeln und für die

¹ Nach *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, 170.

zum Teil sehr unterschiedlichen Anwendungsfelder der Gesellschaftsform auszudifferenzieren (unten IV.). Der Beitrag schließt mit einem kurzen Fazit (unten V.).

II. Empirie und praktische Erscheinungsformen

Dass die Innengesellschaft dogmatisch „ein Mauerblümchendasein fristet“, ist keine Folge fehlender praktischer Relevanz.² Im Gegenteil: Die Innengesellschaft tritt in der Rechtspraxis in vielfältigen Formen in Erscheinung, von der Tippgemeinschaft bis zum Emissionskonsortium. Das macht die Entwicklung übergreifender dogmatischer Leitlinien schwierig, lässt es aber umso lohnender erscheinen, die Rechtsfigur von ihrer empirischen Seite her zu erschließen.

Über die Verbreitung von Innengesellschaften, geschweige denn von ihren einzelnen Ausprägungen, gibt es mangels Registrierung kein exaktes Zahlenmaterial. Es lassen sich aber zumindest einige Formen ausmachen, die für den Wirtschaftsverkehr von besonderer Bedeutung sind.³ Sie sollen beispielhaft im Mittelpunkt der folgenden Betrachtung stehen.

1. Emissions- und Kreditkonsortien

An den Finanzmärkten spielen Gelegenheitsgesellschaften in Gestalt von Konsortien seit Jahrhunderten eine wichtige Rolle, sowohl in der Fremd- als auch in der Eigenkapitalfinanzierung. Schon Ende des 18. Jahrhunderts schlossen sich etwa die Bankhäuser *Barings* und *Hope* zusammen, um amerikanische Staatsanleihen aus dem „Louisiana Purchase“ in London und Amsterdam zu platzieren.⁴ Auch heute sind Banken bei großen Finanzierungen darauf angewiesen, das Risiko des Geschäfts auf viele Schultern zu verteilen und ihre Ressourcen bei der Abwicklung der Finanzierung zu bündeln. Sie bilden daher bei der Ausgabe und Platzierung von Wertpapieren ein Emissionskonsortium oder vergeben als Kreditkonsortium Darlehen an Unternehmen und die öffentliche Hand. In beiden Fällen wird aus Sicht des deutschen Rechts⁵ eine Innengesellschaft zwischen den beteiligten Banken gegründet.⁶

Diese rechtskonstruktive Einordnung ist keine Selbstverständlichkeit. Das Reichsoberhandelsgericht sah im Emissionskonsortium noch eine bloße Bündelung von Kaufverträgen, zwi-

² Schäfer, in: FS für Christine Windbichler, 2020, 981 f.

³ Vgl. den Überblick zu Erscheinungsformen der GbR bei Schäfer, in: MüKoBGB, Band 7, 9. Aufl., 2024, Vor § 705 Rn. 35 ff.

⁴ Näher hierzu Neal, *The Forgotten Financiers of the Louisiana Purchase*, 2024.

⁵ Zu den international-privatrechtlichen Aspekten beim Emissionskonsortium Kindt, ZGR 2025, 462, 467 ff.; Schücking, in: Habersack/Mülbert/Schlitt (Hrsg.), *Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt*, 5. Aufl., 2025, Rn. 31.37; beim Kreditkonsortium Estevan de Quesada/Renner, *European Review of Contract Law* 13 (2017), 164, 181 ff.; Renner, ZBB 2018, 278, 281 f.; vgl. zu beidem Kindler, in: MüKoBGB, Band 13, 9. Aufl., 2025, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 251 ff.

⁶ So jedenfalls die ganz überwiegende Ansicht; zum Emissionskonsortium etwa Groß, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), *Bankrechts-Kommentar*, 3. Aufl., 2020, 40. Kap. Rn. 16a; zum Kreditkonsortium etwa Diem/Jahn, *Akquisitionsfinanzierungen*, 4. Aufl., 2019, § 31 Rn. 8 ff.

schen dem Emittenten einerseits und den einzelnen Konsorten andererseits.⁷ Auch der Konsortialkredit lässt sich grundsätzlich als Zusammenfassung individueller Darlehensverträge zwischen dem Kreditnehmer und den Konsortialbanken verstehen.⁸ Seit Mitte des 19. Jahrhunderts die Gelegenheitsgesellschaft eingeführt wurde (Art. 266 ff. ADHGB) – eine Rechtsform, die auch vergleichsweise lose und vorübergehende Kooperationen erfasste –, werden Konsortien jedoch ganz überwiegend als Gesellschaften konzipiert.⁹

In der Praxis führt die Einordnung als Gesellschaft allerdings zu zahlreichen Friktionen, weil die §§ 705 ff. BGB den Bedürfnissen des Konsortialgeschäfts nicht immer gerecht werden. Es lässt sich zwar schwer bestreiten, dass die Konsorten mit dem Konsortium einen gemeinsamen Zweck verfolgen – sei es die Platzierung von Wertpapieren oder die Aufbringung und Abwicklung eines Kredits. Sie wollen aber gerade keine gemeinschaftliche Geschäftsführung und Vertretung durch sämtliche Konsorten, sie bilden kein Gesellschaftsvermögen, und die Haftungsregeln im Innen- wie im Außenverhältnis weichen deutlich von den Vorgaben des Personengesellschaftsrechts ab. In den marktüblichen Standardverträgen nach angloamerikanischem Muster versuchen die Beteiligten teils ausdrücklich, eine Einordnung als Gesellschaft auszuschließen.¹⁰

In der Literatur gibt es eine Vielzahl von Versuchen, das Dilemma des Konsortialvertrags zu bewältigen. *Westermann* hat schon 1967 den Konsortialvertrag als Beispiel der gesellschaftsrechtlichen Typendehnung herausgestellt, um zugleich ein „Streiflicht“ auf die Frage zu werfen, ob man hier nicht grundsätzlich an der gesellschaftsrechtlichen Einordnung zweifeln müsse.¹¹ Denn beim Konsortialvertrag sei es „mit der personenrechtlichen Gemeinschaft ... nicht weit her“.¹² In jüngerer Zeit sind diese Zweifel lauter geworden. Mit Blick auf die internationale Kautelarpraxis treten nun viele wieder dafür ein, den Konsortialvertrag als reinen Schuldvertrag zu behandeln.¹³ Gerade die Praxis des Emissionsgeschäfts verdient daher nähere Betrachtung.

⁷ Darstellung und kritische Würdigung dieser Rechtsprechung bei *Sydow*, ZHR 19 (1874), 427, 436 ff.

⁸ Vgl. mit Blick auf das Außenverhältnis der Konsorten zum Kreditnehmer *Renner*, in: Grundmann (Hrsg.), Bankvertragsrecht, Band 1, 2020, Vierter Teil Rn. 342 mit weiteren Nachw.

⁹ So schon ROHGE 13, 306, 310; ROHGE 17, 196, 201 f.; zum Ganzen *Schücking*, in: Gummert/Schäfer (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band I, 6. Aufl., 2024, § 61 Rn. 39.

¹⁰ Siehe etwa die „No-partnership-Klausel“ in Art. 9 ICMA Agreement Among Managers Version 1 und Art. 10 ICMA Agreement Among Managers Version 2; in der aktuellen Fassung abgedruckt im ICMA Primary Market Handbook (mit Zugangsdaten abrufbar unter <https://www.icmagroup.org/market-practice-and-regulatory-policy/primary-markets/ipma-handbook-home/>, zuletzt abgerufen am 9.7.2025).

¹¹ *Westermann*, AG 1967, 285, 291 f.

¹² *Westermann*, AG 1967, 285, 292; vgl. auch *Horn*, Das Recht der internationalen Anleihen, 1972, 181 f., 190 f.

¹³ *Bauer*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried (Hrsg.), Bankrecht und Kapitalmarktrecht, 7. Aufl., 2025, Rn. 15.125; *Lemke*, in: Höche/Piekenbrock/Siegmann (Hrsg.), Bankrecht und Bankpraxis, 171. EL., 2024, Rn. 10/383; *Münstermann*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried (Hrsg.), Bankrecht und Kapitalmarktrecht, 7. Aufl., 2025, Rn. 15.217; *Rauch/Kaufmann*, WM 2018, 652 ff.; *Walgenbach*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar, 3. Aufl., 2020, 16. Kap. Rn. 6a.

a) Emissionskonsortien

Die Mitglieder eines Emissionskonsortiums verfolgen ihren gemeinsamen Zweck der Ausgabe und Platzierung von Wertpapieren üblicherweise dadurch, dass sie die emittierten Papiere anteilig übernehmen und dann auf eigene Rechnung an interessierte Anleger weiterveräußern (sog. Einheitskonsortium).¹⁴ Weniger häufig sind sog. Vermittlungskonsortien, die sich auf den Nachweis erwerbsbereiter Anleger beschränken, sog. Begebungskonsortien, die Wertpapiere im eigenen Namen auf Rechnung des Emittenten anbieten, sowie sog. Garantie- und Übernahme-konsortien, die keine Verpflichtung zur Platzierung der Wertpapiere übernehmen.¹⁵

Emissionskonsortien sind überwiegend als sog. Außenkonsortien organisiert, d. h. die Konsortialbanken werden gegenüber Dritten vom Konsortialführer vertreten.¹⁶ Beim selteneren sog. Innenkonsortium schließt der Konsortialführer hingegen allein im eigenen Namen, aber auf Rechnung der übrigen Konsortialbanken den Vertrag zur Übernahme der Wertpapiere mit dem Emittenten.¹⁷

Auch das sog. Außenkonsortium stellt aber nach allgemeiner Meinung jedenfalls im Regelfall keine Außengesellschaft dar.¹⁸ Gestützt wird dies auf unterschiedliche Erwägungen. Erstens wird darauf hingewiesen, dass dem Konsortium kein Gesellschaftsvermögen zugeordnet werde.¹⁹ Zweitens wird argumentiert, dass das Konsortium als solches gerade nicht am Rechtsverkehr teilnehme.²⁰ Der Konsortialführer trete beim Vertragsschluss jedenfalls formal nicht im Namen des Konsortiums, sondern im Namen der einzelnen Konsorten auf, mit denen dann jeweils ein Übernahmevertrag zustande komme.²¹ Drittens wird angeführt, dass die Begründung einer Außengesellschaft von den Konsortialbanken nicht gewollt sei; im Gegenteil werde durch die „No-partnership-Klausel“ in den marktüblichen Musterverträgen der *International Capital Market Association* (ICMA) der Abschluss eines (Außen-)Gesellschaftsvertrags sogar ausdrücklich ausgeschlossen.²²

¹⁴ Vgl. *Bärwaldt*, in: Prinz/Kahle (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, 5. Aufl., 2020, § 21 Rn. 351 f.; *Bauer*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried (Fn. 13), Rn. 15.93; *Hopt*, in: FS für Alfred Kellermann, 1991, 181, 184; *Lemke*, in: Höche/Piekenbrock/Siegmann (Fn. 13), Rn. 10/277; *Singhof*, in: MüKoHGB, Band 6, 5. Aufl., 2024, L. Emissionsgeschäft Rn. 14.

¹⁵ Zu den verschiedenen Formen vgl. im Einzelnen *Schücking*, in: Habersack/Mülbert/Schlitt (Fn. 5), Rn. 31.16 ff.

¹⁶ *Bauer*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried (Fn. 13), Rn. 15.116; *Lemke*, in: Höche/Piekenbrock/Siegmann (Fn. 13), Rn. 10/376; *Schücking*, in: Habersack/Mülbert/Schlitt (Fn. 5), Rn. 31.28.

¹⁷ *Bauer*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried (Fn. 13), Rn. 15.116; *Schücking*, in: Habersack/Mülbert/Schlitt (Fn. 5), Rn. 31.29.

¹⁸ Etwa *Schäfer*, ZGR 2008, 455, 490 f.; *Schäfer*, in: MüKoBGB (Fn. 3), Vor § 705 Rn. 55; anders *Bärwaldt*, in: Prinz/Kahle (Fn. 14), § 21 Rn. 356.

¹⁹ *Lemke*, in: Höche/Piekenbrock/Siegmann (Fn. 13), Rn. 10/376; *Schäfer*, ZGR 2008, 455, 493 f.

²⁰ *Lemke*, in: Höche/Piekenbrock/Siegmann (Fn. 13), Rn. 10/376.

²¹ *Schäfer*, ZGR 2008, 455, 493.

²² Art. 9 ICMA Agreement Among Managers Version 1 und Art. 10 ICMA Agreement Among Managers Version 2; in der aktuellen Fassung abgedruckt im ICMA Primary Market Handbook (mit Zugangsdaten abrufbar unter <https://www.icmagroup.org/market-practice-and-regulatory-policy/primary-markets/ipma-handbook-home/>, zuletzt abgerufen am 9.7.2025). Dazu *Lemke*, in: Höche/Piekenbrock/Siegmann (Fn. 13), Rn. 10/378 und 10/384.

Auf dieser Grundlage wird teils noch weitergehend vertreten, dass es sich bei Emissionskonsortien überhaupt nicht um Gesellschaften, sondern vielmehr um rein schuldvertragliche Vereinbarungen zwischen den Konsortialbanken handle.²³ Das entspricht der zutreffenden kollisionsrechtlichen Qualifikation des Emissionskonsortiums als vertragliches Schuldverhältnis im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO.²⁴ Es entspricht auch dem sachrechtlichen Ansatz vieler anderer Rechtsordnungen, die das Emissionskonsortium als Schuldvertrag konzipieren.²⁵ Allerdings lässt es der weite Begriff der Gesellschaft in § 705 BGB, der entscheidend auf die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks abstellt, kaum zu, das Emissionskonsortium im deutschen Sachrecht anders denn als (Innen-)Personengesellschaft zu behandeln.²⁶

Das verbreitete Unbehagen an der gesellschaftsrechtlichen Einordnung des Emissionskonsortiums entspringt vor allem daraus, dass die praktischen Bedürfnisse des Emissionsgeschäfts zu einer extremen „Typendehnung“ der Personengesellschaft führen.²⁷ Das Emissionskonsortium ist in der Praxis „nur wenig überspitzt ... eine Gesellschaft, für die sämtliche Vorschriften des Gesellschaftsrechts abbedungen sind“.²⁸ Tatsächlich bringt nicht nur die übliche „No-partnership-Klausel“ zum Ausdruck, dass die §§ 705 ff. BGB – jedenfalls soweit dispositiv – nicht auf das Konsortium zur Anwendung kommen sollen, sondern die ICMA-Musterverträge enthalten auch umfangreiche Einzelregelungen zu allen Aspekten des Innenverhältnisses der Konsorten, von Beteiligungsquoten über Geschäftsführungs- und Haftungsfragen bis hin zu Kündigungsregeln.²⁹

Das Emissionskonsortium kann damit als Prüfstein für die Eignung des Personengesellschaftsrechts und insbesondere des Rechts der Innengesellschaften dienen, wirtschaftliche Kooperationsbeziehungen im Grenzbereich von Gesellschafts- und Vertragsrecht zu erfassen. Das Inkrafttreten des MoPeG hat in diesem Zusammenhang neue Fragen aufgeworfen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Ausrichtung des neuen Rechts auf die Außengesellschaft eine privatautonome Anpassung der §§ 705 ff. BGB an die praktischen Bedürfnisse marktüblicher Innengesellschaften erlaubt (dazu unten IV.).

b) Kreditkonsortien

Diese Frage stellt sich auch für die in der Finanzierungspraxis ebenso wichtigen Konsortialverträge bei Kreditfinanzierungen. Es ist zwar denkbar, dass ein Bankenkonsortium bei einem

²³ *Bauer*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried (Fn. 13), Rn. 15.125; *Lemke*, in: Höche/Piekenbrock/Siegmann (Fn. 13), Rn. 10/383; *Münstermann*, in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried (Fn. 13), Rn. 15.217.

²⁴ *Kindt*, ZGR 2025, 462, 469 ff.

²⁵ Im Überblick *Hopt*, Die Verantwortlichkeit der Banken bei Emissionen, 1991, 25 Fn. 64; *Horn* (Fn. 12), 182 ff.; *Schücking*, WM 1996, 281, 288.

²⁶ *Kindt*, ZGR 2025, 462, 477 ff.

²⁷ Grundlegend *Westermann*, AG 1967, 285; hieran anschließend *Lemke*, in: Höche/Piekenbrock/Siegmann (Fn. 13), Rn. 10/379.

²⁸ *Westermann*, AG 1967, 285, in Anlehnung an *Steinrücke/Scholze*, Das Konsortialgeschäft der deutschen Banken, 1956, 16, die wiederum auf ein Zitat des Commerzbank-Direktors *Gerhardt* aus dem Jahr 1937 verweisen.

²⁹ Überblick über die Einzelregelungen bei *Lemke*, in: Höche/Piekenbrock/Siegmann (Fn. 13), Rn. 10/396 ff.

sog. echten Konsortialkredit als Außengesellschaft einen Kredit vergibt.³⁰ Diese Ausgestaltung ist in der Praxis aber selten.³¹ Üblich ist vielmehr die Struktur eines sog. unechten Konsortialkredits, bei dem – ähnlich wie beim Außen-Emissionskonsortium (oben II.1.a) – die Konsortialbanken durch ein federführendes Kreditinstitut gegenüber dem Kreditnehmer vertreten werden.³² Nach allgemeiner Auffassung wird hier lediglich eine Innengesellschaft begründet; gegenüber dem Kreditnehmer bestehen rechtlich selbständige Darlehensverträge der einzelnen Konsortialbanken.³³ Vereinzelt wird – ähnlich wie für das Emissionskonsortium – auch eine rein schuldvertragliche Einordnung des unechten Kreditkonsortiums befürwortet.³⁴

Wie das Emissionskonsortium ist jedenfalls auch das Kreditkonsortium in der Praxis eine vergleichsweise lose Kooperationsform. Zwar werden bestimmte administrative Aufgaben in der Kreditabwicklung zentralisiert durch ein damit beauftragtes Institut, den sog. *Agent*, und auf Grundlage von Mehrheitsentscheidungen der Konsortialbanken durchgeführt.³⁵ Es wird jedoch kein Gesellschaftsvermögen gebildet, und die dispositiven Regeln der §§ 705 ff. BGB werden auf Grundlage von marktüblichen Musterverträgen insbesondere der *Loan Market Association* (LMA) „fast ausnahmslos abbedungen“.³⁶ Auch die Musterverträge der LMA enthielten bis vor einigen Jahren eine explizite „No-partnership-Klausel“ (vgl. oben II.1.a).³⁷ Neuere Fassungen verweisen allgemein auf die Individualität der Rechte und Pflichten der Konsortialbanken.³⁸

Zu praktischen Problemen kommt es dort, wo die Abdingbarkeit der personengesellschaftsrechtlichen Regeln zweifelhaft scheint. So ist beispielsweise nicht abschließend geklärt, ob die ungeschriebenen gesellschaftsrechtlichen Treupflichten,³⁹ aus denen eine Unwirksamkeit von Mehrheitsbeschlüssen der Konsortialbanken folgen könnte, dispositiv sind.⁴⁰ Relevant wird

30 Renner, in: Grundmann (Fn. 8), Vierter Teil Rn. 341; Schäfer, in: MüKoBGB (Fn. 3), Vor § 705 Rn. 59 f.; Schaffelhuber/Sölch, in: Gummert/Schäfer (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band I, 6. Aufl., 2024, § 60 Rn. 10.

31 Renner, in: Grundmann (Fn. 8), Vierter Teil Rn. 341.

32 Diem/Jahn (Fn. 6), § 30 Rn. 13 ff.; Renner, in: Grundmann (Fn. 8), Vierter Teil Rn. 341; Schäfer, in: MüKoBGB (Fn. 3), Vor § 705 Rn. 60.

33 Diem/Jahn (Fn. 6), § 30 Rn. 13; Renner, in: Grundmann (Fn. 8), Vierter Teil Rn. 341; eingehend zum Diskussionsstand Walgenbach, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Fn. 13), 16. Kap. Rn. 6.

34 Rauch/Kaufmann, WM 2018, 652 ff.; Walgenbach, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Fn. 13), 16. Kap. Rn. 6a.

35 Renner, ZBB 2018, 278, 279 f.

36 Schaffelhuber/Sölch, in: Gummert/Schäfer (Fn. 30), § 60 Rn. 9.

37 Vgl. Mugasha, The Law of Multi-Bank Financing, 2007, Rn. 5.15; Renner, ZBB 2018, 278, 282.

38 Renner, ZBB 2018, 278, 282.

39 Grundlegend zu diesen Hueck, in: FS für Rudolf Hübner, 1935, 72 ff.; Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, 1947, 12 ff.; Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, 341 ff.; aus der Rechtsprechung etwa BGHZ 170, 283, 287 f. Rn. 10; BGHZ 179, 13, 21 f. Rn. 17; BGHZ 203, 77, 83 ff. Rn. 11 ff.

40 Zu diesem Problem Renner, ZBB 2018, 278, 285 ff. Rechtsvergleichender Überblick zur Abdingbarkeit gesellschaftsrechtlicher Treupflichten im Allgemeinen bei Fleischer/Harzmeier, NZG 2015, 1289; für vollumfängliche Abdingbarkeit Hellgardt, in: FS für Klaus Hopt, 2010, 776; Klöhn, AcP 216 (2016), 281, 317, jeweils mit weiteren, auch rechtsvergleichenden Nachw.; dagegen, teils mit Abstufungen, Armbrüster, ZGR 2014, 333, 350 f.; Koppenssteiner, GesRZ 2009, 197, 199.

dies etwa, wenn bei einer Sanierung des Kreditnehmers einer Minderheit der Konsortialbanken Pflichten auferlegt werden, die nicht im ursprünglichen Konsortialvertrag vereinbart waren (dazu unten IV).⁴¹

2. Poolverträge

Eng mit der Gestaltung marktüblicher Finanzierungskonsortien verbunden sind Sicherheiten-Poolverträge, bei denen sich Gläubiger zur Sicherung ihrer Kredite für den Insolvenzfall des Schuldners zusammenschließen, sei es mit Blick auf die Sanierung des Schuldners oder zur bloßen Verwaltung und Verwertung von Sicherheiten.⁴² Auch hier ist die Strukturierung als Außengesellschaft zwar möglich, wenn die beteiligten Gläubiger ihre Sicherungsrechte zur gemeinsamen Geltendmachung durch einen zum Geschäftsführer bestellten Gesellschafter in ein Gesellschaftsvermögen einbringen.⁴³ In der Regel zielen die marktüblichen Ausgestaltungen jedoch auf die Begründung einer reinen Innengesellschaft ab, bei der die Sicherungsrechte auf einen Treuhänder übertragen werden und weder der Pool als solcher äußerlich in Erscheinung tritt noch ein gemeinsames Vermögen gebildet wird.⁴⁴

Die Grenze zwischen Innen- und Außengesellschaft kann aber auch hier schwierig zu ziehen sein. Mit Blick auf die spätere Übertragbarkeit der Gläubigerforderungen und hierfür bestellter Sicherheiten werden Sicherheiten mitunter schon anfänglich nur zugunsten des Sicherheiten-treuhänders, mitunter aber auch parallel zugunsten des Poolführers und der einzelnen Poolmitglieder bestellt.⁴⁵ Während der erstere Fall zumeist unproblematisch als Innengesellschaft einzuordnen ist, kann der letztere Fall die Grenze zur Außengesellschaft überschreiten.⁴⁶ Auch hier stellen sich Fragen hinsichtlich der Abdingbarkeit der personengesellschaftsrechtlichen Regeln. Die rechtliche Position eines poolbeteiligten Treuhänders wird zwar vertraglich umfassend geregelt;⁴⁷ angesichts der Gesellschafterstellung des Treuhänders könnten aber zwingende gesellschaftsrechtliche Mindeststandards zu berücksichtigen sein.

Strukturell mit Sicherheitenpools vergleichbar, wenn auch mit anderer Zwecksetzung, sind Beteiligungs- und Stimmrechtspools, bei denen die Gesellschafter gemeinsam oder koordiniert Anteile an einer Handelsgesellschaft halten. Beim Beteiligungspool (auch Beteiligungskonsortium) werden die Anteile als Gesellschaftsvermögen oder treuhänderisch auf gemeinsame Rechnung gehalten. Im ersteren Fall wird der Pool zur Außengesellschaft, weil eine Innen-

⁴¹ Zu dieser Konstellation und ihrer Beurteilung nach englischem Recht *Redwood Master Fund, Ltd and Others v TD Bank Europe Limited and Others*, [2002] EWHC 2703 (Ch).

⁴² Zur Begriffsbestimmung *Omlor*, in: Ellenberger/Bunte (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch*, 6. Aufl., 2022, § 76 Rn. 4.

⁴³ *Omlor*, in: Ellenberger/Bunte (Fn. 42), § 76 Rn. 17, 19; Schäfer, in: *MüKoBGB* (Fn. 3), Vor § 705 Rn. 74.

⁴⁴ *Omlor*, in: Ellenberger/Bunte (Fn. 42), § 76 Rn. 17; *Schaffelhuber/Sölch*, in: Gummert/Schäfer (Fn. 30), § 60 Rn. 11.

⁴⁵ *Schaffelhuber/Sölch*, in: Gummert/Schäfer (Fn. 30), § 60 Rn. 11. Eingehend zu diesen Möglichkeiten Bleifeld, *Akzessorische Kreditsicherheiten im Rahmen von syndizierten Krediten*, 2015, 96 ff.

⁴⁶ *Schaffelhuber/Sölch*, in: Gummert/Schäfer (Fn. 30), § 60 Rn. 11.

⁴⁷ Vertragsmuster bei *Wenzel/Gratias*, in: Höche/Piekenbrock/Siegmann (Hrsg.), *Bankrecht und Bankpraxis*, 83. EL., 2009, Rn. 4/287.

gesellschaft nach § 740 Abs. 1 BGB kein Vermögen bilden kann.⁴⁸ Ansonsten wird es sich beim Beteiligungspool in der Regel um eine Innengesellschaft handeln, weil der Pool nicht selbst am Rechtsverkehr teilnimmt, sondern sich auf Verwaltung und Kontrolle der Beteiligung beschränkt.⁴⁹ Erst recht stellt der bloße Stimmrechtspool eine Innengesellschaft dar, bei dem sich die Poolmitglieder durch einen Stimmbindungsvertrag dazu verpflichten, die Stimmrechte ihrer jeweiligen Anteile am Beteiligungsunternehmen auf Grundlage interner Willensbildung einheitlich auszuüben.⁵⁰

3. Konzerne und Gemeinschaftsunternehmen

Von Beteiligungs- und Stimmrechtspools nur graduell unterscheidbare Kooperationsformen zeigen sich bei Unternehmensverbindungen auf vertraglicher Grundlage. Hier kommen Personengesellschaften in Gestalt der Innengesellschaft insbesondere beim Gleichordnungskonzern im Sinne von § 18 Abs. 2 AktG vor.⁵¹ Ebenso werden Innengesellschaften bei Grundvereinbarungen zur Führung eines Gemeinschaftsunternehmens begründet, bei denen sich mehrere Muttergesellschaften in Ausübung eines gemeinsamen Zwecks über die Ausübung ihrer Beteiligungsrechte am beherrschten Unternehmen abstimmen.⁵² Darüber hinaus werden als Innengesellschaften auch Cash-Pool-Vereinbarungen zwischen Konzerngesellschaften angesehen.⁵³

Weitgehend unproblematisch kann für die genannten konzernbezogenen Kooperationen das Vorliegen einer Außengesellschaft ausgeschlossen werden: Konzern und Cash-Pool treten entsprechend dem Willen der Beteiligten nicht als solche im Rechtsverkehr in Erscheinung, und ein Gesellschaftsvermögen wird nicht gebildet.⁵⁴ Schwieriger stellt sich die Abgrenzung zur rein schuldvertraglichen Vereinbarung dar. Dass hier jeweils ein überindividueller Verbandszweck im Sinne von § 705 Abs. 1 BGB verfolgt wird, der eine Förderpflicht der Gesellschafter nach sich zieht, ist begründungsbedürftig. Den gemeinsamen Zweck kann man bei Gleichordnungskonzern und Gemeinschaftsunternehmen in der Gewinnerzielung bzw. der Unternehmensleitung nach vereinbarten Zielvorgaben erblicken,⁵⁵ beim Cash-Pooling in der gegenseitigen Liquiditätsversorgung der Konzerngesellschaften unter Einsparung von Fremdkapitalkosten.⁵⁶ Gerade letztere Zweckbestimmung zeigt aber, dass die Grenzen zum Austauschvertrag hier mitunter schwer erkennbar sind.

⁴⁸ Schäfer, in: MüKoBGB (Fn. 3), Vor § 705 Rn. 69.

⁴⁹ Schäfer, in: MüKoBGB (Fn. 3), Vor § 705 Rn. 69.

⁵⁰ Dazu BGHZ 126, 226, 234; BGHZ 179, 13, 19 Rn. 14; Schäfer, in: MüKoBGB (Fn. 3), Vor § 705 Rn. 69.

⁵¹ Dagegen steht bei Unternehmensverträgen im Sinne von § 291 Abs. 1 AktG das Austauschelement im Vordergrund; Ober- und Untergesellschaft verfolgen dort keinen gemeinsamen Zweck. Zu den unterschiedlichen Ausgestaltungen MüKoBGB/Schäfer (Fn. 3), Vor § 705 Rn. 67.

⁵² Schäfer, in: MüKoBGB (Fn. 3), Vor § 705 Rn. 68.

⁵³ Eingehend Decker, ZGR 2013, 392, 403 ff.

⁵⁴ Zum Cash-Pool Decker, ZGR 2013, 392, 408.

⁵⁵ Vgl. Emmerich, in: Emmerich/Habersack (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl., 2022, § 18 Rn. 29.

⁵⁶ Decker, ZGR 2013, 392, 405.

4. Digitale Akteure

Der weite Anwendungsbereich des Rechts der Innengesellschaft öffnet dieses grundsätzlich für die Erfassung neuartiger digitaler Kooperationsformen, insbesondere in Gestalt von Netzwerken auf Grundlage der Blockchain-Technologie. Sog. dezentrale autonome Organisationen (DAO) erlauben ihren Mitgliedern die Verfolgung gemeinsamer Ziele auf der Grundlage satzungsförmiger Organisationsstrukturen, die in selbstausführenden Softwareprotokollen auf der Blockchain gespeichert werden.⁵⁷

Sie überschreiten dabei jedenfalls die Schwelle von der bloß schuldvertraglichen zur gesellschaftsrechtlichen Kooperation.⁵⁸ Wenn sie eigenständig im Rechtsverkehr auftreten, sind sie daher grundsätzlich als Außen-GbR oder OHG einzuordnen. Um die damit einhergehende persönliche Gesellschafterhaftung zu vermeiden, werden die Außenbeziehungen der DAO aber oftmals über eine gesonderte Kapitalgesellschaft oder Stiftung abgewickelt.⁵⁹ Bei dieser Konstruktion bleibt die DAO selbst bloße Innengesellschaft.⁶⁰

5. Zwischenergebnis

Die praxisüblichen Ausgestaltungen der Innengesellschaft zeigen deutlich, wo die Herausforderungen zu deren rechtlicher Erfassung liegen. Sie erwachsen vor allem daraus, dass die Gesellschafter einer Innengesellschaft zwar einen gemeinsamen Zweck verfolgen, aber ihre Verhältnisse deutlich abweichend von denen einer Außengesellschaft regeln wollen. Erster neuralgischer Punkt des Rechts der Innengesellschaft ist damit die Abgrenzung zwischen Innen- und Außengesellschaft. Zugleich stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Innengesellschaft als primär „schuldrechtliches Rechtsverhältnis“ überhaupt den Regeln des Gesellschaftsrechts unterliegen sollte. Da die §§ 705 ff. BGB in praxiswichtigen Gestaltungen der Innengesellschaft meist vollständig abbedungen werden, stellt sich diese Frage allerdings nur dann, wenn es ausnahmsweise an einer Abbedingung fehlt oder einzelne Vorschriften der §§ 705 ff. BGB als nicht abdingbar anzusehen sind. Den zweiten neuralgischen Punkt des Rechts der Innengesellschaft kann man vor diesem Hintergrund wahlweise in der Abgrenzung zwischen Personengesellschafts- und Schuldvertragsrecht oder aber – innerhalb des Personengesellschaftsrechts – in der Abgrenzung von dispositiven und zwingenden Normen verorten.

III. Hintergrund und Entwicklung der gesetzlichen Regelung

Die Schwierigkeiten einer Verortung zwischen Personengesellschafts- und Schuldvertragsrecht durchziehen die gesamte Entwicklungsgeschichte der Innengesellschaft im deutschen Recht. Bemerkenswerterweise hat die Innengesellschaft bürgerlichen Rechts erst mit Inkraft-

⁵⁷ Schwemmer, AcP 221 (2021), 555, 562.

⁵⁸ Schwemmer, AcP 221 (2021), 555, 570 f.

⁵⁹ Schwemmer, AcP 221 (2021), 555, 575 f.

⁶⁰ Aus kollisionsrechtlicher Perspektive Renner, in: Staudinger, 2024, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 26.

treten des MoPeG überhaupt eine ausdrückliche Regelung erfahren (als sog. „nicht rechtsfähige Gesellschaft“ in §§ 705 Abs. 2, 740 ff. BGB). Historisch betrachtet geht sie der heute sehr viel breiter diskutierten Außengesellschaft allerdings deutlich voraus.

Die Wurzeln der Innengesellschaft liegen in der *societas* des klassischen römischen Rechts, welche als schuldvertraglicher, nach außen nicht hervortretender Zusammenschluss zweier oder mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks konzipiert war.⁶¹ Erst mit dem Einfluss der germanistischen Gesamthandslehren des 18. und 19. Jahrhunderts,⁶² allen voran von Gierkes Theorie der realen Verbandsperson,⁶³ wurden Zweifel an der Vorstellung laut, dass sich derlei zweckgerichtete Personenzusammenschlüsse als rein schuldvertragliche Gebilde adäquat erfassen lassen. Eben davon gingen jedoch auch die Verfasser des BGB im 1. Kommissionsentwurf noch aus.⁶⁴ Erst im 2. Entwurf rang sich die Kommission, wohl auch unter dem Eindruck der scharfen Kritik von Gierkes am Ursprungsentwurf, mit knapper Mehrheit dazu durch, das Gesellschaftsvermögen der GbR einer gesamthänderischen Bindung zu unterwerfen.⁶⁵ Weitergehende Modifikationen der noch auf ein rein schuldvertragliches Verständnis zugeschnittenen Vorschriften des 1. Entwurfs wurden damit allerdings nicht verbunden und auch im finalen 3. Entwurf nicht mehr angebracht.⁶⁶ Es blieb somit beim Inkrafttreten des BGB zum 1.1.1900 bei einem eigentümlichen „Mix aus römisch-rechtlicher *societas* und deutsch-rechtlicher Gesamthand“,⁶⁷ der sowohl nur lose organisierte Gelegenheitsgesellschaften als auch auf Dauer angelegte Erwerbsgesellschaften erfassen sollte („Prinzip der Universalität“).⁶⁸ Damit war freilich zugleich der Grundstein für die bis heute nachwirkenden Schwierigkeiten einer trennscharfen Abgrenzung zwischen Innen- und Außengesellschaften zum einen, Schuldvertrags- und Personengesellschaftsrecht zum anderen gelegt.

Im Schrifttum herrschte nach Inkrafttreten des BGB zunächst weiterhin ein schuldvertragliches Verständnis der fortan in den §§ 705 ff. BGB a. F. geregelter und damit auch systematisch nicht zufällig im Recht der Schuldverhältnisse platzierten Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor.⁶⁹ Der Unterscheidung zwischen Innen- und Außengesellschaft wurde auf Grundlage der

⁶¹ Beuthien, ZGR 2024, 549, 551; Lepsius, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III, 2003, §§ 705–740 Rn. 15, 47 ff. Näher zur *societas* in diesem Band der Beitrag von Schmetterer.

⁶² Eingehend Beuthien, ZGR 2019, 664 ff.; Dieckmann, Gesamthand und juristische Person, 2019; Limbach, Gesamthand und Gesellschaft, 2016.

⁶³ von Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, 339 ff.

⁶⁴ Mot. II, 591 = Mugdan II, 330: „Der Vertrag bezweckt und erzeugt nur ein obligatorisches Rechtsverhältnis unter den Kontrahenten. [...] Im Verkehre mit Dritten kommt dem Gesellschaftsverhältnisse an sich keine Bedeutung zu.“

⁶⁵ Prot. II, 2435 ff. = Mugdan, II, 989 ff.; Lepsius, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Fn. 61), §§ 705–740 Rn. 15 ff. Die Streitfrage zum Wesen der Gesamthand wurde dabei bewusst offen gelassen; vgl. Prot. II, 2438 = Mugdan II, 990: „Die Kom. war der Ansicht, daß eine Stellungnahme zu der wissenschaftlichen Streitfrage über das Wesen der gesammten Hand zu vermeiden sei.“

⁶⁶ Vgl. Flume, ZHR 136 (1972), 177, 178 f.; Röder, AcP 215 (2015), 450, 459.

⁶⁷ Habersack, ZGR 2020, 539, 542.

⁶⁸ Vgl. Schmidt (Fn. 1), 1691; ausführlich Schmidt, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band III, 1983, 413, 460 ff.

⁶⁹ Im Überblick Beuthien, ZGR 2024, 549, 553 mit weiteren Nachw.

§§ 705 ff. BGB a. F. lange Zeit keine besondere Bedeutung beigemessen; teilweise wurde sie gar für entbehrlich gehalten.⁷⁰ Erst mit dem Aufkommen der maßgeblich von *Flume* und *Ulmer* vorangetriebenen Gruppenlehre ab den 1970er Jahren⁷¹ und deren schrittweiser Diffusion in die höchstrichterliche Rechtsprechung begann sich das Blatt zu wenden und wurde die GbR in ihrer Ausprägung als Außengesellschaft zunehmend – in Annäherung an das Recht der OHG – zu einem eigenständigen Akteur des Rechtsverkehrs ausgeformt.⁷² Den vorläufigen Höhepunkt dieser Entwicklung bildete schließlich die Anerkennung der gesetzlich gerade nicht vorgesehenen Rechtsfähigkeit der Außen-GbR im BGH-Urteil *ARGE Weißes Ross*.⁷³ Spätestens zu diesem Zeitpunkt war das Recht der GbR – entgegen seiner schuldvertraglichen historischen Anlage – primär zu einem durch personengesellschaftsrechtliche Prinzipien geprägten Recht der Außengesellschaft „mutiert“.⁷⁴ Das in den §§ 705 ff. BGB a. F. gleichwohl noch „mitgeregelte“ Recht der Innengesellschaft war demgegenüber weitgehend aus dem Blickfeld der Diskussion geraten.

Diese Horizontverschiebung spiegelt sich nunmehr auch in den durch das MoPeG neu gefassten §§ 705 ff. BGB wider. Der Fokus des Reformgesetzgebers lag eindeutig auf dem Recht der Außengesellschaft, das in den §§ 705 ff. BGB eine ausführliche Regelung erfahren hat und dem in der Gesetzesbegründung explizit eine Leitbildfunktion attestiert wird.⁷⁵ Der Innengesellschaft hingegen ist zwar erstmals ein eigener Unterabschnitt gewidmet (§§ 740 ff. BGB). Dieser umfasst aber lediglich vier Vorschriften und beschränkt sich im Wesentlichen auf Verweise auf einzelne auch für Außengesellschaften geltende Vorschriften der §§ 705 ff. BGB. Im Schrifttum wurde diese Regelung bereits als „fragmentarisch, um nicht zu sagen: unterkomplex“ kritisiert.⁷⁶ Echte Orientierung für den Umgang mit den vielgestaltigen marktüblichen Erscheinungsformen der Innengesellschaft (oben II.) vermag sie in der Tat kaum zu bieten.

IV. Responsive Ausdifferenzierung

Vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Vernachlässigung des Rechts der Innengesellschaft sind auch unter der neuen Rechtslage vor allem Wissenschaft und Praxis gefordert, ge-

⁷⁰ *Steckhan*, Die Innengesellschaft, 1966, 20 ff.; dem zustimmend *Paulick*, AcP 167 (1967), 435, 437.

⁷¹ *Flume*, ZHR 136 (1972), 177, 184 ff.; *Flume*, Die Personengesellschaft, 1977, 50 ff.; *Ulmer*, in: MüKo-BGB, Band 3, 2. Halbband, 1. Aufl., 1980, § 705 Rn. 108 ff.

⁷² Etwa BGHZ 78, 311, 313 f. (Gründung einer GmbH); BGHZ 79, 374, 378 f. (Genehmigung eines schwebend unwirksamen Vertrags); BGHZ 116, 86, 88 ff. (Mitgliedschaft in einer Genossenschaft); BGHZ 118, 83, 99 (Mitgliedschaft in einer AG); BGHZ 136, 254, 257 (Scheckfähigkeit); BGH NJW 1998, 376 (Mitgliedschaft in einer anderen GbR).

⁷³ BGHZ 146, 341; eingehend zur Vorgeschichte und Rezeption des Urteils *Wedemann*, in: *Fleischer/Thiessen* (Hrsg.), Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, 491 ff.

⁷⁴ Formulierung angelehnt an *Fleischer*, DB 2020, 1107, 1113.

⁷⁵ Siehe die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zum MoPeG vom 17.3.2021, BT-Drs. 19/27635, 125 f.; vgl. auch *Otte-Gräbener*, BB 2020, 1295, 1296 ff.; *Schäfer*, ZIP 2020, 1149, 1150 ff.; *Schäfer*, in: MüKoBGB (Fn. 3), § 705 Rn. 185, § 740 Rn. 2.

⁷⁶ *Fleischer*, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 1, 15; ähnlich kritisch *Bachmann*, NZG 2020, 612, 613 („Wurmfortsatz“).

eignete Maßstäbe für die Beantwortung von Rechtsfragen zu entwickeln, die sich im Umgang mit marktüblichen Erscheinungsformen von Innengesellschaften stellen können.

Einen gewissen Zugewinn an Rechtssicherheit hat die MoPeG-Reform immerhin mit Blick auf die Abgrenzung zwischen Innen- und Außengesellschaft bewirkt. In der früheren Rechtsprechung war diese noch schlicht danach erfolgt, ob die Gesellschaft nach außen als solche erkennbar ist oder die Gesellschafter lediglich im eigenen Namen auftreten.⁷⁷ Alternative Ansätze stellten auf das Vorliegen eines Gesamthandsvermögens,⁷⁸ den Gegenstand der Gesellschaft⁷⁹ oder die Führung eines eigenen Gesellschaftsnamens⁸⁰ ab. Die Neufassung des § 705 Abs. 2 BGB wählt demgegenüber im Anschluss an die jüngere Rechtsprechung⁸¹ einen subjektiven Ansatz. Sie differenziert danach, ob die Gesellschaft nach dem Willen ihrer Gesellschafter als solche am Rechtsverkehr teilnehmen, d.h. Trägerin von Rechten und Pflichten sein soll.⁸² Die zuvor genannten objektiven Kriterien sind damit allerdings keineswegs obsolet; vielmehr kann ihnen bei der Ermittlung des maßgeblichen Parteiwillens, wo es an einer ausdrücklichen Erklärung fehlt, noch immer eine Indizwirkung zukommen. Das gilt insbesondere für das Vorliegen eines eigenen Gesellschaftsvermögens, das nach neuer Rechtslage gem. § 740 Abs. 1 BGB nur noch bei Außengesellschaften vorhanden sein kann (nicht muss) und somit, wenn gegeben, sicher auf das Bestehen einer Außengesellschaft schließen lässt.⁸³ Und zumindest eine dahingehende Vermutung wird begründet, wenn der Gegenstand der Gesellschaft im Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichem Namen liegt (siehe § 705 Abs. 3 BGB).

Bei der marktüblichen Gestaltung von Konsortien, Poolverträgen, Unternehmensverbindungen oder auch DAOs liegen derlei Anhaltspunkte regelmäßig nicht vor (zu Einzelheiten oben II.). Zudem haben es die Parteien nach der neuen Rechtslage nunmehr selbst in der Hand, eine Einordnung als Außengesellschaft gezielt zu verhindern. Wenn also etwa in einem auf den Mustern der ICMA oder LMA basierenden Konsortialvertrag eine „No-partnership-Klausel“ verwendet wird (dazu oben II.1.a), so bleibt heute kein Zweifel mehr, dass damit jedenfalls die Anwendbarkeit des deutschen Außengesellschaftsrechts ausgeschlossen sein muss.⁸⁴ Selbst bei der praxisüblichen Ausgestaltung als Außenkonsortium kommt schon angesichts der von den Parteien offensichtlich nicht gewollten, für Außengesellschaften jedoch nach § 721 BGB zwingend angeordneten gesamtschuldnerischen Haftung der Gesellschafter inzwischen nur noch eine Einstufung als Innengesellschaft in Betracht.⁸⁵ Gleiches gilt für Poolverträge jedenfalls

⁷⁷ So schon RGZ 166, 160, 163; BGHZ 12, 308, 314; BGH NJW 1960, 1851; BGH WM 1973, 296 f.; aus dem Schrifttum *Eisenhardt/Wackerbarth*, Gesellschaftsrecht, 17. Aufl., 2022, Rn. 199; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., 2020, § 1 Rn. 112; *Stürner*, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl., 2023, § 705 Rn. 24.

⁷⁸ *Flume*, ZHR 186 (1972), 177, 181 f.

⁷⁹ *Schmidt* (Fn. 1), 1698 ff.

⁸⁰ *Denga*, ZfPW 2021, 73, 88 ff.

⁸¹ Insbesondere BGHZ 146, 341, Leitsatz b; näher dazu *Hadding*, ZGR 2001, 712, 715.

⁸² *Schäfer* (Fn. 2), 981, 983; *Schäfer*, in: MüKoBGB (Fn. 3), § 705 Rn. 215 mit weiteren Nachw.

⁸³ *Schäfer*, in: MüKoBGB (Fn. 3), § 705 Rn. 201.

⁸⁴ *Kindt*, ZGR 2025, 462, 485; *Schäfer*, ZGR 2008, 455, 491.

⁸⁵ Anders auf Grundlage der §§ 705 ff. BGB a. F. noch *Bärwaldt*, in: Prinz/Kahle (Fn. 14), § 21 Rn. 356; *De Meo*, Bankenkonsortien, 1994, 144; *Hopt* (Fn. 14), 181, 195; *Immenga*, Die Stellung der Emissionskonsortien in der Rechts- und Wirtschaftsordnung, 1981, 10.

dann, wenn die in diesen zusammengeführten Rechte lediglich treuhänderisch gehalten werden sollen (dazu oben II.2.).

Noch nichts gewonnen ist mit dieser gesetzgeberischen Klarstellung allerdings für die zweite Kernfrage des Rechts der Innengesellschaft, die der Abgrenzung zwischen Personengesellschaft und Schuldvertrag. Im Schrifttum wurde erst jüngst wieder nachdrücklich dafür eingetreten, die Innengesellschaft auch nach der Neufassung der §§ 705 ff. BGB strikt personengesellschaftsrechtlich zu verstehen und deshalb den gleichen Grundprinzipien zu unterwerfen, die auch für Außengesellschaften gelten.⁸⁶ Dazu scheint die Regelungstechnik der §§ 740 ff. BGB, die sich im Wesentlichen auf Verweise auf das Recht der vom Gesetzgeber zum Leitbild erhobenen Außengesellschaft beschränkt,⁸⁷ auch durchaus Anlass zu geben. Will man jedoch der Vielfalt empirischer Erscheinungsformen von Innengesellschaften aus der Sicht des deutschen Rechts einen sicheren und für die oftmals grenzüberschreitende Marktpraxis anschlussfähigen Rechtsrahmen bieten, so erscheint es zielführender, sich von der konzeptionellen Demarkationslinie zwischen Personengesellschaft und Schuldvertrag zu lösen und die Gestaltungsspielräume des Innengesellschaftsrechts denjenigen des Schuldvertragsrechts anzunähern.⁸⁸ Auch innerhalb des im Ausgangspunkt sowohl für Außen- als auch für Innengesellschaften geltenden Normenbestands der §§ 705 ff. BGB sollten die jeweils einschlägigen Vorschriften deshalb nicht notwendigerweise gleichsinnig, sondern differenzierend danach ausgelegt werden, ob sie auf eine Außen- oder auf eine Innengesellschaft zur Anwendung kommen.

Dies kann gerade mit Blick auf die Grenzziehung zwischen zwingendem und dispositivem Gehalt einzelner Vorschriften im Einzelfall zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Was im Recht der Außengesellschaft, die als Rechts- und potenzieller Vermögensträger am Rechtsverkehr teilnimmt, im Interesse des Gesellschafter-, Dritt- oder Verkehrsschutzes als zwingend erscheint, kann im Recht der Innengesellschaft, die der Ausgestaltung relativer Koordinations- und Kooperationsbeziehungen dient, womöglich ohne Bedenken der Disposition der Parteien überlassen bleiben. Veranschaulichen lässt sich dies anhand des außerordentlichen Kündigungsrechts der Gesellschafter nach § 725 Abs. 2 BGB, das gemäß § 725 Abs. 6 BGB nicht durch Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag beschränkt werden kann und über § 740a Abs. 3 BGB auch auf Innengesellschaften Anwendung findet. Es erlaubt den Gesellschaftern eine jederzeitige Kündigung ihrer Mitgliedschaft aus wichtigem Grund,⁸⁹ der nach § 725 Abs. 2 S. 2 BGB insbesondere darin liegen kann, dass ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesell-

⁸⁶ Beuthien, ZGR 2024, 549, 553 ff.

⁸⁷ Vgl. Schäfer, in: MüKoBGB (Fn. 3), § 740 Rn. 2, der die Innengesellschaft insoweit lediglich als „atypische Variante“ bezeichnet.

⁸⁸ Kindt, ZGR 2025, 462, 482 f.; vgl. auch Röder, AcP 215 (2015), 450, 494 ff., der sich mit Blick auf die damals noch bevorstehende Reform des Personengesellschaftsrechts für die Einführung einer „rein schuldrechtlichen GbR“ aussprach.

⁸⁹ Dem Wortlaut nach bezieht sich § 725 Abs. 2 S. 1 BGB nur auf zeitlich befristete Gesellschaftsverhältnisse, doch handelt es sich hierbei offenbar um ein aus unbesehener Übernahme der Formulierung aus § 723 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. resultierendes Redaktionsversehen und soll die Vorschrift deshalb nunmehr auch auf unbefristete Gesellschaftsverhältnisse Anwendung finden, die nach der vorherigen Rechtslage gemäß § 723 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. auch ohne wichtigen Grund jederzeit gekündigt werden konnten; dazu Schäfer, in: MüKoBGB (Fn. 3), § 725 Rn. 28.

schaftsvertrag obliegende Verpflichtung vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt hat oder die Erfüllung einer solchen Pflicht unmöglich geworden ist. Mit dieser gesetzlichen Vorgabe scheint es nun auf den ersten Blick schwerlich vereinbar, wenn in auf marktüblichen Mustern der ICMA beruhenden Emissionskonsortialverträgen die Kündigung der Mitgliedschaft durch einen Konsorten nur nach Abstimmung mit dem Konsortialführer und gegebenenfalls den Mitkonsorten zugelassen wird⁹⁰ sowie für den wohl praxisrelevantesten Fall der Pflichtverletzung eines Konsorten – der Nichtabnahme oder Nichtplatzierung der ihm zugewiesenen Wertpapierquote – nicht nur kein Kündigungsrecht der Mitkonsorten vorgesehen ist, sondern es dem Konsortialführer vorbehalten bleibt, die ausgefallene Quote anteilig auf die verbliebenen Konsorten zu verteilen.⁹¹ Führt man sich indes vor Augen, dass der Zweck des außerordentlichen Kündigungsrechts nach § 725 Abs. 2 BGB nach allgemeiner Ansicht darin liegt, die Gesellschafter vor einer fortdauernden Bindung an einen für sie unzumutbar gewordenen Vertrag zu schützen,⁹² so bleibt durchaus Raum für Differenzierungen: Wäre das Emissionskonsortium als Außengesellschaft konzipiert, so zöge eine Pflichtverletzung wie die Nichtabnahme oder Nichtplatzierung der Einzelquote eines Konsorten eine gesamtschuldnerische Außenhaftung der Mitgesellschafter nach sich. Bei Vorliegen einer Innengesellschaft hingegen hat die gleiche Pflichtverletzung für die Mitkonsorten keine unmittelbaren Konsequenzen und kann sie allenfalls dann zu einer Erhöhung der eigenen Quote führen, wenn dies unter den im Konsortialvertrag vorgesehenen Bedingungen vom Konsortialführer bestimmt wird. Soweit dieses Vorgehen wiederum der Marktpraxis entspricht, ist es für die Konsorten vorhersehbar und erscheint deshalb ein Festhalten am Gesellschaftsverhältnis auch ohne weiteres zumutbar. Damit ist die vertragliche Einschränkung der Kündigungsmöglichkeit im Falle der Innengesellschaft mit § 725 Abs. 2 und Abs. 6 BGB kompatibel, während sie bei Vorliegen einer Außengesellschaft an eben jener Vorschrift scheitern dürfte.

Eine konsequente Differenzierung zwischen Außen- und Innengesellschaft empfiehlt sich auch beim Umgang mit ungeschriebenen Grundprinzipien des Personengesellschaftsrechts. So mag etwa die Postulierung gesellschaftsrechtlicher Treupflichten, die nach Inhalt und Umfang über schuldvertragliche Nebenpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB deutlich hinausgehen können,⁹³ in auf Dauer angelegten und verbandsrechtlich geprägten Außengesellschaften ihren guten Sinn haben. Hier kann sie nämlich den Parteien Kontrahierungskosten ersparen sowie der Gefahr opportunistischen Verhaltens einzelner Gesellschafter vorbeugen.⁹⁴ Für die meist nur anlassbezogenen Zusammenschlüsse zu Innengesellschaften greift diese *ratio* aber nur bedingt. Bei derlei losen Verbindungen ist regelmäßig kein Grund ersichtlich, den Parteien entsprechende Treupflichten auch dann aufzuerlegen, wenn dies nicht ihrem Willen entspricht. Davon wiederum dürfte insbesondere dann auszugehen sein, wenn der vertraglichen Gestaltung der Innengesellschaft ein marktgängiges Muster zugrunde liegt, das ein umfängliches

⁹⁰ Art. 8 Agreement Among Managers Version 1; Art. 9 Agreement Among Managers Version 2.

⁹¹ Art. 3 Agreement Among Managers Version 1; Art. 3 Agreement Among Managers Version 2.

⁹² Lübke, in: BeckOGK ZivR, 1.4.2025, § 725 BGB Rn. 3, 119.

⁹³ Vgl. etwa Hopt (Fn. 14), 181, 198.

⁹⁴ Näher hierzu mit weiteren Nachw. Klöhn, AcP 216 (2016), 281, 309 f.; Renner, ZBB 2018, 278, 287, die sich freilich dennoch für eine weitgehende Abdingbarkeit dieser Pflichten aussprechen. Für einen grundsätzlichen zwingenden Charakter als „objektiv-rechtliches Prinzip“ hingegen Armbrüster, ZGR 2014, 333, 350; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band II, 2004, 145 f., 192, 198 f.

Rechte- und Pflichtenprogramm vorsieht, dessen Ausgewogenheit durch den Rückgriff auf ungeschriebene Treupflichten unterlaufen würde.⁹⁵ Ist etwa bei auf Musterverträgen der LMA beruhenden Kreditkonsortien ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen, dass die Konsorten im Krisenfall des Kreditnehmers Sanierungsmaßnahmen per Mehrheit beschließen können, so wird man einem im Einzelfall gegenteilig abstimmenden Konsorten kaum gestatten können, sich unter Berufung auf eine vermeintliche Verletzung ungeschriebener Treupflichten durch die Konsortialmehrheit einer Mitwirkung an den beschlossenen Sanierungsmaßnahmen zu entziehen.⁹⁶

Schließlich liegt auch mit Blick auf den Umgang mit den dispositiven Vorschriften der §§ 705 ff. BGB eine Differenzierung zwischen Außen- und Innengesellschaften nahe. Das betrifft zum Ersten die Ebene der Inhaltsermittlung einschlägiger Gesellschaftsverträge. Da die §§ 705 ff. BGB ausweislich der Gesetzesbegründung auf das Leitbild der Außengesellschaft zugeschnitten sind, erscheint es bei Vorliegen einer solchen naheliegend, etwaige Regelungslücken des Gesellschaftsvertrags anhand des dispositiven Gesetzesrechts auszufüllen. Bei Innengesellschaften sollte demgegenüber im Zweifel der ergänzenden Vertragsauslegung der Vorrang gebühren, die sich jedenfalls bei marktüblichen Erscheinungsformen wie Emissions- und Kreditkonsortien, Poolverträgen und vertraglichen Unternehmensverbindungen an den jeweils einschlägigen Marktusancen ausrichten kann. Zum Zweiten wirkt sich der Zuschnitt des gesetzlichen Leitbilds auf Außengesellschaften bei der Inhaltskontrolle des Gesellschaftsvertrags aus, die auch bei Verwendung vorformulierter Klauseln wegen der Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB nicht nach §§ 307 ff. BGB, sondern lediglich nach §§ 138, 242 BGB erfolgen kann. Bei der Frage, ob eine im Einzelfall verwendete Vertragsklausel zu einer unangemessenen und damit korrekturbedürftigen Benachteiligung einer Vertragspartei führt, mag man sich bei Außengesellschaften am Vergleich mit der jeweils abbedungenen gesetzlichen Regelung der §§ 705 ff. BGB orientieren können. Bei Innengesellschaften aber helfen diese Vorschriften als Überprüfungsmaßstab kaum weiter. Stattdessen erscheint es auch insoweit vorzugswürdig, jedenfalls bei praktisch verbreiteten Ausprägungen der Innengesellschaft wie Emissions- und Kreditkonsortien, Poolverträgen oder vertraglichen Unternehmensverbindungen deren jeweilige marktübliche Ausgestaltung als Maßstab dafür heranzuziehen, was die Parteien legitimerweise erwarten durften und inwieweit sich eine im Einzelfall getroffene Abrede hiervon entfernt.

Der hier unterbreitete Vorschlag, das Recht der Innengesellschaft von demjenigen der Außengesellschaft zu emanzipieren und nach eigenen, dem Schuldvertragsrecht angenäherten Maßstäben fortzuentwickeln, befördert die Innengesellschaft keineswegs „zurück ins Römische Recht“.⁹⁷ Er erschließt sie vielmehr als Gestaltungsform eines „Modernen Personengesellschaftsrechts“, das den Bedürfnissen der Rechtspraxis in einem internationalen Marktumfeld Rechnung trägt. Um die marktüblichen Gestaltungen von Konsortien, Pools, vertraglichen Unternehmensverbindungen oder auch DAOs im deutschen Recht zu verarbeiten, ist

⁹⁵ Zu Emissionskonsortien *Kindt*, ZGR 2025, 462, 486 f.; zu Kreditkonsortien *Böhle*, Das Recht des internationalen Kreditkonsortiums, 2022, 120 ff.; *Renner*, ZBB 2018, 278, 287 f.

⁹⁶ Ebenso zum englischen Recht *Redwood Master Fund, Ltd and Others v TD Bank Europe Limited and Others*, [2002] EWHC 2703 (Ch).

⁹⁷ Vgl. den pointierten Titel des Beitrags von *Beuthien*, ZGR 2024, 549.

dann keine „Dehnung“ eines einheitlich verstandenen Gesellschaftstypus mehr erforderlich.⁹⁸ Vielmehr öffnet sich das Gesellschaftsrecht – in Anlehnung an die „Typenfreiheit“ des Schuldvertragsrechts⁹⁹ – für eine Differenzierung ganz unterschiedlicher Typen von Innengesellschaften, für die im Dialog von Kautelarpraxis, Rechtsprechung und Wissenschaft je eigene passgenaue Anwendungsleitlinien entwickelt werden können.¹⁰⁰

V. Fazit

Die Innengesellschaft erweist sich in historischer Perspektive als die „Urform“ des Gesellschaftsrechts. Trotz ihrer eminenten praktischen Bedeutung fristet sie in der Gesellschaftsrechtswissenschaft seit Langem ein „Mauerblümchendasein“ im Schatten der Außengesellschaft, die auch bei der MoPeG-Reform ganz im Mittelpunkt stand. Gleichwohl bietet die begriffliche und systematische Differenzierung beider Grundformen der GbR in der Neufassung der §§ 705 ff. BGB nunmehr Anlass genug, das Innengesellschaftsrecht als zentralen Bestandteil eines „Modernen Personengesellschaftsrechts“ wiederzuentdecken. Angesichts der Zurückhaltung des Gesetzgebers kann gerade die Rechtswissenschaft hierzu einen entscheidenden Beitrag leisten.

Den jeweiligen Besonderheiten marktüblicher Formen der Innengesellschaft (etwa Konsortien, Poolverträge, Konzerne und digitale Akteure) kann dabei auf verschiedenen Ebenen Rechnung getragen werden. Erstens erlaubt das neue Personengesellschaftsrecht einen weitgehend privatautONOMEN Ausschluss des Außengesellschaftsrechts, etwa über „No-partnership-Klauseln“. Zweitens können die zwingenden Normen des Personengesellschaftsrechts, etwa mit Blick auf Kündigungsrechte und ungeschriebene Treupflichten, mit Blick auf Innengesellschaften restriktiv ausgelegt werden, soweit hier keine Drittinteressen tangiert werden. In diesem Sinne sollten auch, drittens, bei Auslegung und Inhaltskontrolle von Innengesellschaftsverträgen die ergänzende Vertragsauslegung und die Berücksichtigung der Marktpraxis Vorrang gegenüber einer unbesehenen Heranziehung dispositiver Normen des Personengesellschaftsrechts genießen.

⁹⁸ Vgl. Westermann, AG 1967, 285 ff.

⁹⁹ Zu dieser etwa Busche, in: MüKoBGB, Band 1, 10. Aufl., 2025, Vor § 145 Rn. 24; Dilcher, NJW 1960, 1040 ff.; Fritzsche/Harman, in: BeckOGK ZivR, 1.6.2025, § 241 BGB Rn. 62.

¹⁰⁰ Am Bsp. von Emissionskonsortien Kindt, ZGR 2025, 462, 483 ff.