

Lösungshinweise

Frage 1: Formbedürftigkeit des Gesellschaftsvertrags

Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im Folgenden: „GbR“) ist grundsätzlich formlos wirksam. Gesetzliche Formerfordernisse können sich jedoch im Hinblick auf bestimmte, formbedürftige Verpflichtungen ergeben. So ist der Gesellschaftsvertrag nach § 311 b Abs. 1 BGB zu beurkunden, wenn sich ein Gesellschafter verpflichtet, an die Gesellschaft ein Grundstück zu übertragen. Voraussetzung ist, dass die Veräußerungs- oder Erwerbspflicht den Inhalt des Vertrags bildet, im Fall von Gesellschaftsverträgen also zu den Beitragspflichten der einzelnen Gesellschafter gehört.¹ Da sich Worthmann (W) im konkreten Fall bei der Gründung zur Einbringung des Grundbesitzes verpflichtet, ist von dem Erfordernis notarieller Beurkundung des Gesellschaftsvertrags nach § 311 b Abs. 1 BGB auszugehen.

Entsprechende Überlegungen gelten für die KG.²

Frage 2: Zulässigkeit Gegenstand, Zweck der Gesellschaft

- a) Die GbR wird nach § 705 BGB durch einen Gesellschaftsvertrag begründet, in dem sich zwei oder mehrere Personen verpflichten, einen gemeinsamen Zweck zu erreichen. Jeder erlaubte Zweck kann Gegenstand einer GbR sein, wirtschaftlicher wie ideeller oder auch altruistischer Art, sofern eine rechtliche Bindung hinsichtlich des gemeinsamen Zwecks gewollt ist.³ Gegen den Zweck der Errichtung, Verwaltung und Vermietung eines Bürogebäudes bestehen daher keine Bedenken.

Formulierung:

„Zweck der Gesellschaft ist die Errichtung sowie die Verwaltung und Vermietung des Bürogebäudes Europaplatz 1 in Nürnberg.“

- b) Die Kommanditgesellschaft gemäß §§ 161, 105 HGB (im folgenden „KG“) ist eine Gesellschaft im Sinne der § 705 ff. BGB, also ein Zusammenschluss zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks. Zweck der KG ist im Unterschied zur GbR der Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma; die KG setzt dabei voraus, dass mindestens ein Gesellschafter unbeschränkt persönlich haftet (Komplementär) und ein Kommanditist beteiligt ist, der den Gesellschaftsgläubigern nicht nach den §§ 128 ff. HGB haftet, sondern nur beschränkt gemäß § 171 ff. HGB.⁴

Die Gründung einer KG könnte problematisch sein, da der Betrieb eines Handelsgewerbes erforderlich ist. Der Gewerbebegriff des HGB definiert sich als erkennbar planmäßige, auf Dauer angelegte, selbständige, auf Gewinnerzielung ausgerichtete oder jedenfalls wirtschaftliche Tätigkeit, unter Ausschluss freiberuflicher, wissenschaftlicher und künstlerischer Tätigkeit.⁵ Zu bedenken ist

¹ MünchKomm/Ulmer, BGB, 4. Aufl. 2004, § 705 Rn. 36.

² Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 32. Aufl. 2006, § 105 Rn. 54 f..

³ Vgl. Palandt/Sprau, BGB, 62. Auflage, § 705 Rn. 20.

⁴ Baumbach/Hopt, § 105 Rn. 1; § 161 Rn. 1.

⁵ Baumbach/Hopt, a. a. O. § 1 Rn. 11 ff.

jedoch einerseits, dass eine Immobiliengesellschaft zur Kapitalanlage und Kapitalnutzung in Grundbesitz durchaus als gewerbliche Betätigung angesehen werden kann, insbesondere dann, wenn dort die Interessen einer Vielzahl von Personen mit nicht unerheblicher Vermögensbeteiligung zusammengefasst werden.⁶ Zudem kann nach § 105 II BGB n. F. nunmehr auch eine Vermögensverwaltungsgesellschaft durch Eintragung im Handelsregister zur KG oder OHG werden, auch wenn sie kein Gewerbe betreibt.⁷

Frage 3: Name bzw. Firma der Gesellschaft

- a) Eine GbR muss im Rechtsverkehr keinen Namen führen. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der BGH mit Urteil vom 29.01.2001 unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung festgestellt hat, dass die Außen-Gesellschaft bürgerlichen Rechts Rechtsfähigkeit (sowie prozessuale Parteifähigkeit) besitzt, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet.⁸ Auf diesen Befund hat sich die Vertragsgestaltung einzustellen. Jede GbR mit Gesamthandsvermögen sollte daher künftig einen Namen führen.⁹ Es empfiehlt sich eine Orientierung an den Grundsätzen des HGB-Firmenrechts. Dabei darf keine Verwechslungsgefahr mit einer kaufmännischen Firma oder einer Partnerschaft bestehen (vgl. § 11 PartGG). Die Verwendung von Namen der Gesellschafter als Bestandteil des Namens der GbR wird die Regel sein. Aber auch die Verwendung von Sach- und Phantasiebezeichnungen ist angesichts der Neufassung der §§ 18, 19 HGB durch das Handelsrechtsreformgesetz zulässig.¹⁰ Entsprechend § 19 HGB muss die GbR einen Rechtsformzusatz haben („Gesellschaft bürgerlichen Rechts“, „GbR“) und darf nicht täuschungs- und verwechslungsfähig sein. Bei einer Immobilien-Gesellschaft empfiehlt es sich, bei der Namensbildung von dem Objekt auszugehen.

Formulierung:

„§ 1 Name der Gesellschaft

Die Gesellschaft führt den Namen

Fonds Europaplatz Nürnberg Gesellschaft bürgerlichen Rechts.“

(Für die nunmehr rechtsfähige GbR kann entsprechend § 106 Abs. 2 Nr. 2 HGB, § 3 Abs. 2 Nr. 1 PartGG im Gesellschaftsvertrag auch ein Sitz bezeichnet werden, der dem tatsächlichen Ort der Geschäftstätigkeit zu entsprechen hat).

- b) Dass die KG eine Firma haben muss, ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift des § 161 HGB: „unter gemeinschaftlicher Firma“. Nach § 19 Abs. 1 Nr. 3 HGB ist ein Rechtsformzusatz („Kommanditgesellschaft“, „KG“) erforderlich. Haftet keine natürliche Person unbeschränkt, ist auch dies gemäß § 19 Abs. 2 HGB zum Ausdruck zu bringen („Fonds Europaplatz GmbH & Co KG“). Im Übrigen gelten die allgemeinen firmenrechtlichen Grundsätze der §§ 18 ff. HGB.

⁶ Baumbach/Hopt, a. a. O., § 105 Rn. 2.

⁷ Baumbach/Hopt, a. a. O., § 1 Rn. 13; § 2 Rn. 2; § 105 Rn. 13.

⁸ BGH NJW 2001, 1056; Palandt, a. a. O., § 705 Rn. 24.

⁹ Langenfeld, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 6. Auflage 2003, S. 5; Palandt, a. a. O., Rn. 25.

¹⁰ Langenfeld, a. a. O., S. 18.

Frage 4: Beitritt eines Gesellschafters

- a) Für den Eintritt eines neuen Gesellschafters ist bei der GbR wie bei der KG grundsätzlich ein Vertrag zwischen den sämtlichen bisherigen Gesellschaftern und dem neuen Gesellschafter erforderlich, da es sich um ein Grundlagengeschäft handelt, das der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf.¹¹ Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch Mehrheitsbeschluss über die Aufnahme zulassen. Bei der KG sind der Eintritt (und das Ausscheiden) eines Gesellschafters zusätzlich von sämtlichen Gesellschaftern in öffentlich beglaubigter Form zum Handelsregister anzumelden (§§ 107, 108, 143, 12 HGB).
- b) Da die Gesellschaft im vorliegenden Fall auf eine sehr große Zahl von Gesellschaftern angelegt ist, muss im Gesellschaftsvertrag eine Vollmacht für den Geschäftsführer oder einen Dritten verankert werden, so dass dieser in Vertretung für die bisherigen Gesellschafter den Beitrittsvertrag abschließen kann. Sonst ist der Beitritt weiterer Gesellschafter nicht praktikabel. Bei der KG ist eine entsprechende Vollmacht hinsichtlich der Handelsregistereintragung erforderlich, die ihrerseits der öffentlich beglaubigten Form bedarf (§ 12 Abs. 2 HGB).
- c) Der Beitritt zu einer GbR oder KG ist wie der Abschluss des Gesellschaftsvertrags grundsätzlich formfrei möglich. Etwas anderes gilt dann, wenn der beitretende Gesellschafter eine Verpflichtung übernimmt, die nur in bestimmter Form übernommen werden kann. Dies wäre beispielsweise anzunehmen, wenn (gemäß § 706 BGB) ein Grundstück (§ 311b BGB) oder ein GmbH-Geschäftsanteil (§ 15 GmbHG) in die Gesellschaft eingebracht werden soll.¹² Entsprechend ist der Beitritt zu einer Personengesellschaft formpflichtig, wenn damit die Pflicht zum Erwerb einer Eigentumswohnung verbunden ist. Demgegenüber bedarf es keiner Form in allen Fällen, in denen der Eigentumsübergang an dem Grundstück durch Anwachsung (§ 738 BGB) erfolgt, da hier keine rechtsgeschäftliche Übertragung vorgenommen wird, die der Form bedürfte. Dementsprechend ist die Übertragung der Mitgliedschaft an einer Grundstücksgesellschaft formfrei, ebenso der Eintritt in eine solche Gesellschaft oder der Beitritt zu einem Immobilienfonds wie auch die entsprechenden Verpflichtungsgeschäfte.¹³

Frage 5: Geschäftsführung und Vertretung

- a) Bei der GbR steht die Geschäftsführung und Vertretung nach dem Gesetz den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu (§§ 709, 714 BGB). Im vorliegenden Fall ist diese Gesamtgeschäftsführung und Gesamtvertretung angesichts der großen Anzahl von Gesellschaftern nicht praktikabel und eine nach § 710 BGB zulässige Änderung im Gesellschaftsvertrag erforderlich. Die Geschäftsführung ist daher auf Worthmann allein zu übertragen, der damit auch zum alleinigen Vertreter wird (§ 714 BGB).¹⁴ Geschäftsführung und Vertretung können abweichend voneinander geregelt werden.
- b) Besondere Schwierigkeiten können sich jedoch ergeben, wenn der vertretungsberechtigte Geschäftsführer eine einseitige empfangsbedürftige

¹¹ Palandt, a. a. O., § 736 Rn. 5 ff.; Baumbach/Hopt, a. a. O., § 105 Rn. 67 ff.

¹² Baumbach/Hopt, a. a. O., § 105 Rn. 54 ff.

¹³ Palandt/Heinrichs, a. a. O., § 311 b Rn. 9.

¹⁴ Palandt, a. a. O., vor § 709 Rn. 3 ff.; § 714 Rn. 3 f.

Willenserklärung abgeben möchte, also im Fall des Immobilienfonds beispielsweise ein Mietvertrag betreffend das Objekt gekündigt werden soll. Nach einer Entscheidung des BGH vom 09.11.2001¹⁵ kann eine namens einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts von einem alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter abgegebene einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung von dem Empfänger gemäß § 174 Satz 1 BGB zurückgewiesen werden, wenn ihr weder eine Vollmacht der anderen Gesellschafter noch der Gesellschaftsvertrag oder eine Erklärung der anderen Gesellschafter beigelegt ist, aus der sich die Befugnis des handelnden Gesellschafters zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft ergibt. Der Grund für diese Entscheidung liegt darin, dass die Vertretungsverhältnisse der GbR nicht einem öffentlichen Register entnommen werden können.

- c) Auch einem Nichtgesellschafter können Geschäftsführungsaufgaben und Vertretungsmacht übertragen werden. Nach dem Grundsatz der Selbstorganschaft (vgl. auch § 717 BGB) ist es jedoch nicht möglich, sämtliche Gesellschafter von der Vertretung und Geschäftsführung auszuschließen und diese allein auf Dritte zu übertragen.¹⁶ B könnte daher nicht alleiniger Geschäftsführer und Bevollmächtigter sein. Es wäre jedoch möglich, B neben W weitgehende Geschäftsführungsaufgaben und umfassende Vollmachten zu erteilen.
- d) Anders als bei der GbR ist bei der KG grundsätzlich jeder persönlich haftende Gesellschafter zur alleinigen Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft befugt, sofern der Gesellschaftsvertrag keine abweichenden Regelungen enthält, §§ 114, 125 HGB.¹⁷ Demgegenüber sind die Kommanditisten von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen, §§ 164, 170 HGB. Nach der Rechtsprechung kann dem Kommanditisten abweichend hiervon jedoch alleinige Geschäftsführungsbefugnis, sogar unter Ausschluss sämtlicher Komplementäre erteilt werden, § 164 HGB ist demgemäß dispositiv.¹⁸ Demgegenüber sind Kommanditisten nach § 170 HGB von der organschaftlichen Vertretung zwingend ausgeschlossen; Kommanditisten können allerdings durch Gesellschaftsvertrag oder durch den Komplementär namens der Gesellschaft umfangreiche rechtsgeschäftliche Vollmachten, einschließlich Prokura erhalten.¹⁹ Im Hinblick auf außen stehende Dritte findet der Grundsatz der Selbstorganschaft in gleicher Weise wie bei der GbR Anwendung.²⁰

Frage 6: Haftung der Gesellschafter

- a) Seit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR durch die Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass die zur Haftung des Komplementärs bei der OHG bestehenden Grundsätze für die Gesellschafter einer GbR entsprechend gelten.²¹ Aufgrund der akzessorischen Haftung analog § 128 HGB kann ein Gesellschaftsgläubiger einen persönlich haftenden Gesellschafter für eine von der Gesellschaft geschuldete Leistung persönlich, unbeschränkt und nicht nachrangig zur

¹⁵ Vgl. DNotI-Report 6/2002.

¹⁶ Palandt, a. a. O., vor § 709 Rn. 3.

¹⁷ Baumbach/Hopt, a. a. O., § 114 Rn. 4; § 125 Rn. 10.

¹⁸ Baumbach/Hopt, a. a. O., § 164 Rn. 7.

¹⁹ Baumbach/Hopt, a. a. O. § 170 Rn. 1, 3.

²⁰ Baumbach/Hopt, a. a. O., § 114 Rn. 24; § 125 Rn. 5 ff.

²¹ Palandt, a. a. O., § 714 Rn. 12 ff.

Gesellschaft auf die volle Leistung in Anspruch nehmen. Mehrere Gesellschafter haften als Gesamtschuldner gemäß §§ 421 ff. BGB. Wie der BGH durch Urteil vom 07.04.2003 nunmehr entschieden hat, haftet grundsätzlich auch der in eine GbR eintretende Gesellschafter analog § 130 HGB für vor seinem Eintritt begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich und als Gesamtschuldner mit den Altgesellschaftern.²²

- b) Eine Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen konnte nach früherer Rechtsprechung des BGH dadurch erreicht werden, dass die Vertretungsmacht des geschäftsführenden Gesellschafters gesellschaftsvertraglich entsprechend beschränkt wurde und diese Beschränkung der Vertretungsmacht, beispielsweise durch die Bezeichnung „GbR mit beschränkter Haftung“ für Dritte erkennbar war.²³ Dies erlaubte die sog. Doppelverpflichtungstheorie, nach welcher der geschäftsführende Gesellschafter einmal die Gesellschaft selbst, zum anderen die Gesellschafter vertrat, und zwar jeweils kraft gesellschaftsvertraglicher Vollmacht, die aus § 714 BGB abgeleitet wurde. Auf diese Weise konnte die Vertretungsbefugnis für die Gesellschafter persönlich im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden, so dass der Geschäftsführer nur noch die Gesellschaft vertreten konnte (vgl. auch § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG).²⁴ Die Möglichkeit der generellen Haftungsbeschränkung hat der BGH im Jahre 1999²⁵ als wegen des fehlenden gesetzlichen Mindestkapitals missbräuchliche und angesichts der GmbH nicht erforderliche Gestaltung verworfen. Nach jetziger Rechtslage kann die akzessorische Mitverpflichtung nur durch Individualvereinbarung mit dem einzelnen Vertragspartner ausgeschlossen werden.²⁶

Eine gewisse Abhilfe kann durch eine Klausel im Gesellschaftsvertrag erreicht werden, wonach der vertretungsberechtigte Gesellschafter zur Aufnahme einer haftungsbeschränkenden Klausel in Verträgen mit Dritten verpflichtet wird.

- c) Im Hinblick auf geschlossene Immobilienfonds und Bauherrengemeinschaften hat der BGH²⁷ seine Rechtsprechung zur Unzulässigkeit von Haftungsbeschränkungen bei der GbR modifiziert und eingeschränkt²⁸: Anlagegesellschafter bereits bestehender Immobilienfonds dürfen sich aus Gründen des Vertrauensschutzes für die vor der Rechtsprechungsänderung abgeschlossenen Verträge weiterhin auf eine im GbR-Gesellschaftsvertrag vorgesehene Haftungsbeschränkung berufen, sofern diese für Dritte erkennbar war. Für nach der Rechtsprechungsänderung abgeschlossene Verträge gilt zudem, dass die persönliche Haftung der Anlagegesellschafter für rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten des Fonds wegen der Eigenart derartiger Fonds als reine Kapitalanlagegesellschaften nicht nur durch Individualvereinbarung mit dem Vertragspartner, sondern auch durch wirksam in den Vertrag mit dem Vertragspartner einbezogene formularmäßige Vereinbarungen eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann.
- d) Bei der KG haften die Kommanditisten nach den §§ 171, 172 HGB „bis zur Höhe der Einlage“, also betragsmäßig beschränkt, mit dem gesamten Vermögen als

²² Vgl. DNotI-Report, Heft 11/2003.

²³ Vgl. BGH NJW 1992, 3039

²⁴ Vg. Langenfeld, a. a. O., S. 89 f.

²⁵ BGHZ 142, 135.

²⁶ Zum Ganzen siehe auch Palandt, a. a. O. § 714 Rn. 18.

²⁷ BGH NJW 2002, 1642.

²⁸ Siehe hierzu auch Langenfeld, a. a. O., S 63 f.

Gesamtschuldner, bis die geschuldete Einlage geleistet wurde. Diese Haftungsbeschränkung gilt jedoch nicht für Verbindlichkeiten, die vor der Eintragung des Beitritts in das Handelsregister begründet wurden, § 176 HGB. Zur Vermeidung der unbeschränkten Haftung kann die Aufnahme des betreffenden Kommanditisten aufschiebend bedingt durch seine Eintragung im Handelsregister vereinbart werden.

- e) Hinsichtlich der außervertraglichen Haftung hat der BGH durch Urteil vom 24.02.2003 entschieden, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts sich zu Schadensersatz verpflichtendes Handeln ihrer (geschäftsführenden) Gesellschafter entsprechend § 31 BGB zurechnen lassen muss und dass die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts grundsätzlich auch für gesetzlich begründete Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft persönlich und als Gesamtschuldner einzustehen haben.
- f) Die unbeschränkte Haftung des Komplementärs lässt sich durch Gründung einer GmbH & Co KG umgehen, bei der als Komplementär keine natürliche Person, sondern lediglich eine GmbH beteiligt wird.²⁹

Frage 7: Eintragung im Grundbuch

- a) Nach der früheren Auffassung war die GbR mangels Rechtsfähigkeit nicht grundbuchfähig.³⁰ Da nach der neuen Rechtsprechung des BGH die GbR nunmehr rechtsfähig ist, wird vertreten, dass diese auch grundbuchfähig sei.³¹ Das BayObLG hat demgegenüber die Grundbuchfähigkeit der GbR verneint.³² Die Frage war vom BGH in seinem oben erwähnten Grundsatzurteil zur Rechtsfähigkeit der GbR noch nicht entschieden.³³ Dort hatte der BGH ausdrücklich festgestellt, dass spezielle Gesichtspunkte, d. h. besondere Rechtsvorschriften und die Eigenart des zu beurteilenden Rechtsverhältnisses der Fähigkeit der BGB-Gesellschaft zur Einnahme einer bestimmten Rechtsposition entgegenstehen könnten.
- b) Im Grundbuchrecht ergibt sich aus § 47 GBO i. V. m. § 15 Abs. 3 GBV, dass nicht die BGB-Gesellschaft als solche in das Grundbuch eingetragen wird, sondern dass deren Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit "als Gesellschafter bürgerlichen Rechts" einzutragen sind. Dies folgt auch aus § 32 GBO, der den Nachweis der Verfügungsbefugnis für juristische Personen sowie Handelsgesellschaften gegenüber dem Grundbuchamt regelt. Ein entsprechender Nachweis durch ein öffentliches Register ist für die BGB-Gesellschaft nicht möglich. Würde die Gesellschaft daher unter ihrem Namen eingetragen, so wäre ein Nachweis der Vertretungsbefugnis durch öffentliche Urkunde nicht möglich. Insbesondere würden die Vermutungen des § 891 BGB sowie der Gutgläubensschutz des § 892 BGB dann nicht an die eingetragenen Gesellschafter anknüpfen, sondern an die Gesellschaft.

²⁹ Hierzu vgl. Baumbach/Hopt, a. a. O., Anh § 177 a; möglich ist auch die Gründung einer AG & Co KG, einer Stiftung & Co KG oder einer KG mit ausländischem Komplementär.

³⁰ Vgl. zusammenfassend Demharter, Rechtspfleger 2001, 329.

³¹ Vgl. Langenfeld, a. a. O., S. 19.

³² Vgl. DNotI-Report 23/2002; siehe nunmehr auch OLG Celle.

³³ BGH Z 146, 342.

- c) Das BayObLG verweist auf die weiter bestehenden Unterschiede zwischen GbR und OHG. So könne sich die GbR zwar einen Namen geben; dieser unterscheide sich jedoch wesentlich von einer Firma. Insbesondere gebe es auch für den Namen keine Registerpublizität. Eine Registerpublizität und damit die Nachweismöglichkeit der Vertretungsbefugnis nach § 32 GBO fehle für die GbR. Weder das Grundbuch selbst noch die Grundakten könnten als Ersatz für ein fehlendes Register dienen. Sollte die Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft herbeigeführt werden, so sei es Sache des Gesetzgebers, die Voraussetzungen dafür zu schaffen. In diesem Fall müsse eine Eintragungsmöglichkeit für BGB-Gesellschaften in einem öffentlichen Register geschaffen werden.
- d) Es ist davon auszugehen, dass die Praxis der Grundbuchämter dem BayObLG folgen wird. Die Eintragung sämtlicher Gesellschafter ist im vorliegenden Fall nicht praktikabel, da in jedem Fall des Beitritts, Ausscheidens und Wechsels eines Gesellschafters das Grundbuch aktualisiert werden müsste. Eine Ausweichlösung besteht darin, einen Grundbuchtreuhandler zu bestellen, der die Eigentümerposition der Gesellschafter nach außen treuhänderisch hält und im Grundbuch als Eigentümer eingetragen wird. Dieser Treuhänder kann auch bspw. eine GmbH sein. Die Person des Treuhänders wie auch der Inhalt des Treuhandvertrags sind im Gesellschaftsvertrag genau festzulegen.
- e) In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass der BGH in Fortführung seiner Rechtsprechung die GbR auch als zulässige Kommanditistin angesehen hat.³⁴ Um die Publizität der Gesellschafter und damit der Haftungssituation zu gewährleisten, verlangte der BGH jedoch ebenfalls eine Eintragung aller Gesellschafter der GbR in das Handelsregister (entsprechend §§ 162 Abs. 3, 106 Abs. 2 HGB) und zwar nicht nur bei Ersteintragung des Beitritts der GbR, sondern auch bei jedem Gesellschafterwechsel innerhalb der GbR. Anzugeben seien dieselben Daten wie für jeden Kommanditisten. Zugleich sei anzugeben, dass die betroffenen natürlichen oder juristischen Personen "in Gesellschaft bürgerlichen Rechts" Kommanditisten sind (siehe nunmehr auch § 162 Abs. 1 S. 2 HGB). Ob der BGH der GbR nunmehr auch die Fähigkeit zuerkennt, Komplementär einer OHG der KG zu sein, ist jedoch weiterhin offen.³⁵ Da die KG gemäß §§ 124, 161 HGB rechtsfähig ist und auch die Handelsregisterpublizität gewährleistet ist, wird ihre Grundbuchfähigkeit ebenfalls bejaht.³⁶ Es werden demnach nicht die Gesellschafter, sondern die KG unter ihrer Firma als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

Frage 8: Anteilsabtretung

- a) Ein Gesellschafterwechsel kann sich bei der KG wie bei der GbR zum einen durch Doppelvertrag der Gesellschaft mit dem Ausscheidenden und dem Eintretenden vollziehen (unpraktikabel) oder zum anderen dadurch, dass der Gesellschafter seinen Anteil an einen Mitgesellschafter oder an einen Dritten nach §§ 398, 413 BGB abtritt.³⁷ Da es sich jedoch um ein Grundlagengeschäft handelt, ist erneut die

³⁴ DNotI-Report 2001/21.

³⁵ Vgl. bejahend nunmehr LG Berlin, DB 2003 Heft 25; zur bisherigen Rechtsprechung vgl. Baumbach/Hopt, § 105 Rn. 28.

³⁶ Vgl. Baumbach/Hopt, § 124 Rn. 36.

³⁷ Palandt, a. a. O., § 736 Rn. 7 ff.; Baumbach/Hopt, a. a. O., § 105 Rn. 69 ff.

Zustimmung sämtlicher Gesellschafter oder die Zulassung im Gesellschaftsvertrag erforderlich.

- b) Da die Gesellschaft im vorliegenden Fall auf eine sehr große Zahl von Gesellschaftern angelegt ist und insoweit eine eher kapitalistische Struktur aufweist, bei der das persönliche Verhältnis der einzelnen Gesellschafter zueinander nicht von wesentlicher Bedeutung ist, sollte eine gesellschaftsvertragliche Regelung getroffen werden, wonach die Abtretung (und auch die Belastung) des Geschäftsanteils nicht von der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter abhängig ist.
- c) Bei der KG ist jeder Gesellschafterwechsel wie oben dargelegt zusätzlich von sämtlichen Gesellschaftern in öffentlich beglaubigter Form zum Handelsregister anzumelden (§§ 107, 108, 143, 12 HGB). Hierzu sollten die Kommanditisten durch öffentlich beglaubigte Vollmacht den jeweiligen Komplementär bevollmächtigen.

Frage 9: Kündigung und Tod eines Gesellschafters

- a) Die Kündigung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter ist in beiden Rechtsformen möglich, eine ordentliche Kündigung jedoch nur insoweit, als die Gesellschaft nicht auf bestimmte Zeit eingegangen wurde, §§ 723 BGB, 132 HGB.
- b) Bei der GbR führt die Kündigung durch einen Gesellschafter zur Auflösung der Gesellschaft, sofern nicht die Fortsetzung vereinbart wurde. Aus diesem Grund sollte bei der Fondsgesellschaft, die unabhängig vom jeweiligen Bestand ihrer Mitglieder bestehen soll, eine Fortsetzungsklausel für den Fall der Kündigung im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden.
- c) Bei der KG führt nach der neueren, seit dem 01.07.1998 geltenden Rechtslage die Kündigung eines Gesellschafters mangels abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag hingegen nur zu dessen Ausscheiden, nicht aber zur Auflösung der Gesellschaft (§§ 161, 131 Abs. 3 Nr. 3 HGB), so dass ein Regelungsbedürfnis insoweit nicht besteht.
- d) Der Tod eines Gesellschafters führt bei der GbR mangels abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag ebenfalls zur Auflösung der Gesellschaft, § 727 BGB. Das Gesetz trägt insoweit wiederum der engen persönlichen Bindung der Gesellschafter Rechnung. Für den Immobilienfonds sollte daher eine Fortsetzungsklausel vereinbart werden. Insoweit kann zum einen vereinbart werden, dass die Gesellschaft von den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt wird (§ 736 BGB); nach § 738 BGB wächst dann der Anteil des verstorbenen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen den verbleibenden Gesellschaftern zu. Die zweite Möglichkeit besteht darin zu vereinbaren, dass an die Stelle des durch den Tod ausgeschiedenen Gesellschafters andere Personen treten (dazu sogleich).
- e) Demgegenüber wird bei der KG die Gesellschaft beim Tod eines Komplementärs oder eines Kommanditisten grundsätzlich fortgesetzt, §§ 131 Abs. 3 Nr. 1, 177 HGB.³⁸ Der Tod eines Komplementärs führt mangels abweichender Regelung im

³⁸ Zur Problematik, wenn der einzige Komplementär oder der einzige Kommanditist verstirbt und den Fall der Zweipersonengesellschaft, vgl. Baumbach/Hopt, a. a. O., § 105 Rn. 18; § 177 Rn. 1.

Gesellschaftsvertrag zu dessen Ausscheiden³⁹, der Tod des Kommanditisten nach § 177 HGB zum Übergang des Anteils auf die Erben.

- f) In jedem Fall der Fortsetzung einer GbR oder KG im Fall des Todes eines Gesellschafters empfiehlt es sich, eine Regelung zu treffen, ob bzw. auf welche dritten Personen die Mitgliedschaft übergehen soll. Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass es im Fall der Vererbung der Mitgliedschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters zu einer Kollision zwischen erbrechtlichen und gesellschaftsvertraglichen Grundsätzen kommt, die aufgrund der Strukturverschiedenheit beider Rechtsbereiche zu Schwierigkeiten führt.: So ist die Ausgestaltung der Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters (§ 128 HGB) und derjenigen der Erben als auf dauerhaft auf den Nachlass beschränkbare⁴⁰ bzw. nach § 2059 BGB bis zur Teilung beschränkte unvereinbar und sind die Anteile an der Erbengemeinschaft nach § 2033 BGB regelmäßig ohne Zustimmung der anderen Gesellschafter abtretbar. Deshalb erwerben nach wohl unbestrittener Auffassung mehrere Erben die Mitgliedschaft eines verstorbenen persönlich haftenden Gesellschafters kraft Erbfolge nicht in Erbengemeinschaft, sondern jeweils einzeln zu Bruchteilen. Jeder Miterbe erhält im Wege der sog. „erbrechtlichen Sondererbfolge“ einen seinem Erbteil entsprechenden Teil der Mitgliedschaft des Erblassers.⁴¹ Hinsichtlich der gesellschaftsvertraglichen Ausgestaltung der Rechtsnachfolge bestehen die folgenden drei prinzipiellen Gestaltungsmöglichkeiten⁴²:
- aa) Bei der „einfachen Nachfolgeklausel“ wird die Gesellschaft mit sämtlichen Erben (aufgrund Gesetzes oder einer Verfügung von Todes wegen) fortgesetzt. Eine solche Klausel ist im Fall eines Immobilienfonds empfehlenswert, da einerseits jeder Gesellschafter die Möglichkeit erhält, seine volle Mitgliedschaft an die Person oder Personen zu vererben, denen er sie zukommen lassen will und andererseits die Gesellschaft in ihrem neuen Bestand regelmäßig weiter funktionieren wird, da es in erster Linie auf die gemeinsame Wahrnehmung von Vermögensinteressen ankommt.⁴³
- bb) Bei der „qualifizierten Nachfolgeklausel“ wird im Gesellschaftsvertrag festgelegt, dass von mehreren Erben nur einer oder nur ein Teil dem Erblasser in der Gesellschaft nachfolgen soll. Dabei kann auch bestimmt werden, dass dieser über eine bestimmte Eignung verfügen muss. Gesellschafter kann dann nur der im Gesellschaftsvertrag Benannte werden (sofern dieser aufgrund Gesetzes oder kraft Verfügung von Todes wegen des Erblassers Erbe geworden ist), die übrigen Miterben erhalten erbrechtliche Ausgleichsansprüche gegen den Gesellschaftererben, da sich ihre quantitative Berechtigung am Nachlass nicht ändert.⁴⁴
- cc) Seltener und regelmäßig weniger empfehlenswert ist die Gestaltung der Gesellschafternachfolge durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall (§§ 328, 331) in der Form der rechtsgeschäftlichen Eintrittsklausel, bei welcher der Nachfolger (der nicht Erbe sein muss) beim Tod des Gesellschafters ein rechtsgeschäftliches Eintrittsrecht erhält.

³⁹ Baumbach/Hopt, a. a. O., § 139 Rn. 1.

⁴⁰ Vgl. Palandt/Edenhofer, a. a. O., vor § 1967 Rn. 4.

⁴¹ Der Komplementär kann gemäß § 139 HGB den Verbleib in der Gesellschaft davon abhängig machen, dass ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird.

⁴² Vgl. zum Ganzen Palandt/Edenhofer, a. a. O., § 1922 Rn. 8, 15 ff.; Baumbach/Hopt, a. a. O., § 139 Rn. 1 ff.

⁴³ Langenfeld, a. a. O., S. 42.

⁴⁴ Der Erblasser kann den Ausgleich jedoch durch Vorausvermächtnis gemäß § 2150 BGB ausschließen.

Frage 10: Abfindungsklauseln

Dem ausscheidenden Gesellschafter steht bei beiden Gesellschaftsformen ein Abfindungsanspruch in Geld in der Höhe dessen zu, was er bei Auflösung der Gesellschaft und Auseinandersetzung erhalten würde, § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB.⁴⁵ Der Anspruch bestimmt sich nach dem wahren Wert des Anteils, der durch Erstellung einer aufwendigen Abschichtungsbilanz zu ermitteln ist. In der Praxis werden abweichend hiervon regelmäßig Abfindungsvereinbarungen getroffen, die einerseits die Bewertungsprobleme umgehen sollen und andererseits den Fortbestand der Gesellschaft und ihrer Liquidität durch Beschränkung der Abfindungshöhe sichern sollen. So kann beispielsweise neben der Art und Weise oder dem Zeitpunkt der Zahlung geregelt werden, dass die Abfindung zu einem niedrigeren Wert, insbesondere zum Buchwert erfolgen soll. Solche Vereinbarungen unterliegen der Kontrolle im Rahmen des § 138 BGB und dürfen das gesetzlich garantierte Kündigungsrecht gemäß § 723 BGB bzw. § 132 HGB nicht in unzumutbarer Weise einschränken. Eine Beschränkung der Abfindung auf den Buchwert ist danach grundsätzlich zulässig, der wahre Firmenwert und die stillen Reserven müssen nicht berücksichtigt werden. Auch wird eine wirksame Abfindungsklausel nicht durch ein erst später eingetretenes grobes Missverhältnis zum wirklichen Anteilswert unwirksam. Das Festhalten an einer Abfindungsklausel kann aber durch die spätere Entwicklung unzumutbar werden, wobei eine feste quotenmäßige Grenze insofern nicht besteht.⁴⁶

⁴⁵ Siehe Palandt, a. a. O., § 738 Rn. 4 ff.; Baumbach/Hopt, a. a. O., § 131 Rn. 48 ff.

⁴⁶ Palandt, a. a. O., § 738 Rn. 7 f.; Baumbach/Hopt, a. a. O., § 131 Rn. 70.