

Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis

Herrler

3. Auflage 2025
ISBN 978-3-406-81743-4
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Ergänzungspflegers für jedes beteiligte Kind. Die Beteiligung an einer Gesellschaft stellt kein rechtlich lediglich vorteilhaftes Geschäft dar, bei dem die vorgenannten Vertretungsverbote nicht gelten würden. Die Gesellschafterstellung ist als „Bündel von Rechten und Pflichten“ zu begreifen.⁶⁸¹

Der neu in die GbR eingetretene Gesellschafter **haftet** gleich den anderen Gesellschaftern nach Maßgabe der §§ 721 und 721b BGB für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam (§ 721a BGB). Dabei spielt es keine Rolle, ob die Verbindlichkeiten auf Vertrag oder Gesetz beruhen, und ob der Eintretende die Verbindlichkeit kannte oder kennen musste. **559**

Der **Aufnahmevertrag** führt dazu, dass der Eintretende Gesellschafter wird und der Vertrag zwischen den bisherigen Gesellschaftern abgeändert wird. Er muss daher regeln, zu welchen Bedingungen der neue Gesellschafter eintritt, insbesondere den Zeitpunkt des Eintritts und der Ergebniszurechnung sowie die Einzelheiten seiner Beitragsleistung. Zudem richtet sich nach dem Aufnahmevertrag, in welcher Höhe das Gesellschaftsvermögen dem Eintretenden anwächst und den Altgesellschaftern abwächst. Bei der Ermittlung der Einlagenhöhe sollte berücksichtigt werden, dass dem Eintretenden ein Anteil an den stillen Reserven und dem Firmenwert der Gesellschaft zuwächst, der ihm bei seinem Ausscheiden regelmäßig zu vergüten ist.⁶⁸² Ggf. kann der Aufnahmevertrag bereits die Erbringung der **Einlageverpflichtung** (zB Auflassung, Abtretung) enthalten. **560**

Hat die Gesellschaft **Grundbesitz**, ändert sich an den Eigentumsverhältnissen nichts. Eine Grundbuchberichtigung ist daher weder erforderlich noch möglich. Selbst wenn die GbR noch auf Grundlage von § 47 Abs. 2 GBO aF unter Angabe ihrer Gesellschafter im Grundbuch eingetragen ist, findet gemäß Art. 229 § 21 Abs. 2 S. 1 EGBGB keine Berichtigung des Grundbuchs mehr statt. Art. 229 § 21 Abs. 2 S. 2 EGBGB statuiert eine **Voreintragungsobliegenheit** der GbR im **Gesellschaftsregister** unter Abbildung der relevanten Änderung im **Gesellschafterkreis** und anschließende **Richtigstellung** der Bezeichnung der GbR im Grundbuch (Angabe der Registerdaten und Streichung der bislang eingetragenen Gesellschafter). **561**

Formulierungsbeispiel: Eintritt eines Gesellschafters in eine bestehende GbR

Vorbemerkung

A und B haben mit Gesellschaftsvertrag vom *** die AB-GbR mit dem Sitz in *** gegründet. Zweck der Gesellschaft ist ***.

In diese Gesellschaft tritt C als weiterer Gesellschafter ein.

Die Parteien vereinbaren hierzu Folgendes:

I. Aufnahme des C als weiteren Gesellschafter

A und B nehmen C mit Wirkung zum *** als weiteren Gesellschafter in die Gesellschaft auf.

C ist verpflichtet, als Beitrag eine Bareinlage iHv *** EUR zu leisten. Die Einlage ist am *** zur Zahlung fällig. Sie ist auf das Konto der Gesellschaft zu leisten. Ist C dieser Beitragsverpflichtung nicht bis spätestens *** nachgekommen, haben die Gesellschafter A und B das Recht, C aus der Gesellschaft auszuschließen.

Das Festkapital der Gesellschaft beträgt nach dem Eintritt von C *** EUR. Hieran sind die Gesellschafter wie folgt beteiligt:

- A mit einer Einlage von *** EUR,
- B mit einer Einlage von *** EUR,
- C mit einer Einlage von *** EUR.

562


⁶⁸¹ Lüdecke NJOZ 2018, 681 (686).

⁶⁸² MHD B GesR I/Schulte § 35 Rn. 21.

Diese Einlagen stellen das Beteiligungsverhältnis der Gesellschafter am Vermögen der Gesellschaft dar. Es handelt sich um die Kapitalanteile iSd vorliegenden Vertrags, die fest sind und nur im selben Verhältnis erhöht und verringert werden dürfen.

Am Jahresergebnis des Eintrittsjahres ist C zeitanteilig beteiligt.

Auch der neu eintretende Gesellschafter C ist allein zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft berechtigt.

Der bisherige Gesellschaftsvertrag ist dem neu eintretenden Gesellschafter C bekannt. Er erklärt sich mit dessen Inhalt in vollem Umfang einverstanden und erkennt ihn als für sich verbindlich an. Der Gesellschaftsvertrag gilt fort, soweit nachfolgend nicht ausdrücklich etwas anderes geregelt ist.

II. Änderung des Gesellschaftsvertrags

Die Vertragsteile ändern den Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft vom *** hiermit wie folgt:

§ *** lautet nunmehr wie folgt:

„§ *** Gesellschafter, Beiträge

(1) Gesellschafter sind A, B und C.

(2) Die Gesellschafter leisten folgende Beiträge:

- A *** EUR,
- B *** EUR und
- C *** EUR.

(3) Die Beiträge der Gesellschafter A und B sind bereits vollständig erbracht. C leistet eine Bareinlage iHv *** EUR, die am *** zur Zahlung fällig ist.“

§ *** lautet nunmehr wie folgt:

„§ *** Beteiligungsverhältnisse

(1) Das Gesellschaftskapital beträgt *** EUR.

(2) Am Gesellschaftskapital sind die Gesellschafter wie folgt beteiligt:

- A mit einer Einlage von *** EUR,
- B mit einer Einlage von *** EUR und
- C mit einer Einlage von *** EUR.

(3) Die von A und B bereits erbrachten Einlagen und die von C noch zu erbringende Einlage stellen das Beteiligungsverhältnis der Gesellschafter am Vermögen der Gesellschaft dar. Dabei handelt es sich um die Kapitalanteile im Sinne dieses Vertrags, die fest sind und nur im selben Verhältnis erhöht oder verringert werden dürfen.“

Im Übrigen bleibt der Gesellschaftsvertrag unverändert.

III. Austritt eines Gesellschafters

563 Das Gegenstück zum Eintritt eines neuen Gesellschafters in eine GbR stellt der **Austritt** eines bisherigen Gesellschafters dar. Eine entsprechende **Vereinbarung** ist zwischen dem **Ausscheidenden** und **allen übrigen Gesellschaftern** zu treffen, sofern nichts anderes vereinbart ist. Die Austrittvereinbarung stellt nämlich eine Änderung des ursprünglichen Gesellschaftsvertrags dar.⁶⁸³

564 Lebt der ausscheidende Gesellschafter im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft und stellt seine Beteiligung an der GbR sein gesamtes oder nahezu gesamtes Vermögen dar, bedarf der Austrittsvertrag der **Zustimmung seines Ehegatten gemäß § 1365 BGB**. Die Ehegatten der verbleibenden Gesellschafter müssen nach dieser Vorschrift jedoch nicht

⁶⁸³ MHdB GesR I/Schulte § 37 Rn. 2.

zustimmen, auch wenn die Gesellschaftsbeteiligung das gesamte Vermögen eines verbleibenden Gesellschafters ausmacht.

Soll ein **nicht voll geschäftsfähiger Gesellschafter** aus der GbR austreten, ist hierfür nach § 1852 Nr. 2 BGB die Genehmigung des Familiengerichts bzw. des Betreuungsgerichts erforderlich. Etwas anderes kann nur gelten, wenn man bei vermögensverwaltenden Gesellschaften das Tatbestandsmerkmal „Erwerbsgeschäft“ verneint. 565

Umstritten ist, ob die **gerichtliche Genehmigung** auch erforderlich ist, wenn ein **Geschäftsfähiger aus einer Gesellschaft austritt, an der ein nicht voll Geschäftsfähiger beteiligt ist**.⁶⁸⁴ Um diese Unsicherheiten zu umgehen, kann es sich in der Praxis anbieten, bei jedem Austrittsvertrag unter Beteiligung nicht voll Geschäftsfähiger die Genehmigung bzw. ein Negativattest des Familien- bzw. Betreuungsgerichts einzuholen. 566

Die Austrittsvereinbarung kann grundsätzlich **formfrei** geschlossen werden, sofern im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist. Beurkundungsbedürftig ist sie lediglich, wenn dem Ausscheidenden die Verpflichtung zur Übertragung oder zum Erwerb von Grundbesitz oder GmbH-Geschäftsanteilen auferlegt wird. Dies gilt unabhängig davon, ob die entsprechende, die Formbedürftigkeit auslösende Verpflichtung in der Ausscheidungsvereinbarung selbst oder in einer separaten Urkunde enthalten ist. 567

Mit Wirksamkeit des Ausscheidens wächst **der Vermögensanteil des Ausgeschiedenen den verbleibenden Gesellschaftern im Zweifel im Verhältnis ihrer Anteile zu** (§ 712 Abs. 1 BGB). Abweichende Vereinbarungen sind möglich. Diese können auch vorsehen, dass der Anteil nicht allen verbleibenden Gesellschaftern, sondern nur einzelnen von ihnen zuwächst. 568

Beispiel:

Bei **Familiengesellschaften**, an der mehrere Familienstämme beteiligt sind, wird es oft der Interessenlage entsprechen, dass der Anteil des Ausscheidenden nur seinem Familienstamm zuwächst. Dies lässt sich im Gesellschaftsvertrag regeln.

Sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes regelt, hat der ausscheidende Gesellschafter folgende **Ansprüche** gegen die Gesellschaft gemäß § 728 Abs. 1 BGB: 569

- Die Gesellschaft hat den Ausscheidenden von der Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu befreien.
- Dem Ausscheidenden steht eine angemessene Abfindung zu.

Umgekehrt hat der ausgeschiedene Gesellschafter der Gesellschaft anteilig für den Fehlbetrag aufzukommen, wenn der Wert des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht ausreicht (§ 728a BGB). Zudem trifft ihn eine fünfjährige Nachhaftung gemäß § 728b BGB.

Der **Befreiungsanspruch** wird erfüllt, indem die Gesellschaft den Gläubiger befriedigt oder mit diesem einen Haftungsverzicht im Innenverhältnis vereinbart.⁶⁸⁵ Hat der Ausgeschiedene einem Gläubiger der Gesellschaft für eine Gesellschaftsschuld Sicherheit geleistet, kann er von der Gesellschaft deren sofortige Rückgabe verlangen, ohne die Fälligkeit der Schuld abwarten zu müssen.⁶⁸⁶ Sind Verbindlichkeiten der Gesellschaft noch nicht fällig, kann die Gesellschaft dem Ausgeschiedenen Sicherheit leisten, statt ihn von der Haftung nach § 721 BGB zu befreien (§ 728 Abs. 1 S. 2 BGB). Anspruchsgegner ist Gesellschaft. Für seine Erfüllung haften aber auch die verbleibenden Gesellschafter. Die Verpflichtung zur Schuldbefreiung ist **dispositiv**. Um die Liquidität der Gesellschaft zu schonen, wird sie oft durch eine Verpflichtung ersetzt, den Ausgeschiedenen im Falle seiner Inanspruchnahme freizustellen.⁶⁸⁷ 570

⁶⁸⁴ Vgl. hierzu MHdB GesR I/Piehler § 37 Rn. 20.

⁶⁸⁵ Servatius BGB § 728 Rn. 21.

⁶⁸⁶ Kersten/Bühling/Wachter § 123 Rn. 58; BGH NJW 1974, 899.

⁶⁸⁷ MHdB GesR I/Schulte § 37 Rn. 5.

- 571 Auch nach seinem Ausscheiden haftet jeder Gesellschafter im Außenverhältnis grundsätzlich für alle bis zum Zeitpunkt seines Ausscheidens entstandenen Verbindlichkeiten mit seinem Privatvermögen (**Nachhaftung**), wenn der Rechtsgrund für den Anspruch gegen die GbR im Zeitpunkt des Ausscheidens gelegt war und der Anspruch vor Ablauf von **fünf Jahren** nach dem Ausscheiden fällig und vollstreckbar festgestellt ist oder eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt worden ist.
- 572 Bei Verbindlichkeiten, die auf **Schadensersatz** gerichtet sind, setzt die Nachhaftung voraus, dass die zum Schadensersatz führende Verletzung vertraglicher oder gesetzlicher Pflichten vor Ausscheiden des Gesellschafters eingetreten ist (§ 728b Abs. 1 S. 2 BGB).
- Beispiel:**
Scheidet ein Sozium aus einer Freiberufler-GbR aus, haftet er nicht mehr für einen Beratungsfehler, der erst danach von einem verbleibenden Gesellschafter begangen wurde, auch wenn der Beratungsvertrag mit dem Mandanten bereits vor dem Ausscheiden geschlossen wurde.⁶⁸⁸
- 573 Dass es in diesen Fällen auf den Zeitpunkt der Pflichtverletzung ankommt, ist für **Schadensersatzansprüche neben der Leistung** in aller Regel sachgerecht. Dagegen wird es in vielen Fällen nicht einzusehen sein, warum bei einem Anspruch auf **Schadensersatz statt der Leistung** der ausgeschiedene Gesellschafter nicht bis zur Höhe der vereinbarten Primärleistung forthaften soll.⁶⁸⁹ Möglicherweise lässt sich dieses Ergebnis durch eine teleologische Reduktion des § 728b Abs. 1 S. 2 BGB erreichen.⁶⁹⁰ Da eine Verschärfung der Nachhaftung **kautelarjuristisch** möglich ist, sollte der Gesellschaftsvertrag dies ausdrücklich regeln, wenn die Beteiligten die Nachhaftung für Ansprüche auf Schadensersatz anstatt der Leistung für angemessen halten, sofern die Pflicht, deren Verletzung den Anspruch begründet, schon im Zeitpunkt des Ausscheidens bestand.
- 574 Die **fünffährige Nachhaftungsfrist** beginnt mit Kenntnis des Gläubigers vom Ausscheiden, bei im Gesellschaftsregister eingetragenen Gesellschaften jedoch spätestens mit Eintragen des Ausscheidens des Gesellschafters. Um die Nachhaftungsfrist sicher in Gang zu setzen, kann der Austritt unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung im Gesellschaftsregister erfolgen. Ist die GbR nicht im Gesellschaftsregister eingetragen, kann die Dauer der Nachhaftung von Gläubiger zu Gläubiger verschieden sein, weil diese zu unterschiedlichen Zeitpunkten vom Ausscheiden erfahren.
- 575 So wie der Ausscheidende über den **Abfindungsanspruch** (dazu → Rn. 418 ff.) am wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft teilnimmt, wird er über die **Haftung für Fehlbeträge** gemäß § 728a BGB am Misserfolg der Gesellschaft beteiligt. Eine auf § 728a BGB beruhende Zahlung kann er nach § 273 BGB verweigern, bis die Gesellschaft ihn von der Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten nach § 728 BGB freigestellt hat. Umgekehrt kann sich die Gesellschaft so lange auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen, bis der ausgeschiedene Gesellschafter seiner Zahlungsverpflichtung nachkommt.⁶⁹¹
- 576 Das Ausscheiden eines Gesellschafters ist seit 1.1.2024 nicht mehr in das Grundbuch einzutragen. Vielmehr ist ggf. die GbR zunächst im Gesellschaftsregister zu registrieren und auf dieser Grundlage ist das Grundbuch richtigzustellen (Art. 229 § 21 Abs. 2 und Abs. 3 EGBGB). Die Vorlage einer **grunderwerbsteuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung** ist nicht erforderlich.

⁶⁸⁸ Heidel/Hirte Neues PersGesR/Noack § 10 Rn. 75.

⁶⁸⁹ Heidel/Hirte Neues PersGesR/Noack § 10 Rn. 75.

⁶⁹⁰ Schäfer Neues PersGesR/Schäfer § 1 Rn. 39.

⁶⁹¹ BeckOGK/R. Koch BGB § 728a Rn. 9.



Formulierungsbeispiel: Austrittsvertrag⁶⁹²

Vorbemerkung

A, B und C sind Gesellschafter der von ihnen mit Gesellschaftsvertrag vom *** gegründeten ABC-GbR, deren Zweck *** ist. Der Gesellschaftsvertrag enthält für den Fall, dass ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet, keine Regelung. A soll aus der Gesellschaft ausscheiden.

Dies vorausgeschickt, vereinbaren die Parteien Folgendes:

I. Ausscheiden, Fortsetzung der Gesellschaft

C scheidet mit sofortiger Wirkung aus der Gesellschaft aus. Diese wird nunmehr von A und B fortgesetzt.

II. Abfindung

Die Gesellschaft verpflichtet sich gegenüber B, diesem als Abfindung einen Betrag iHv *** EUR zu zahlen. Dieser Betrag ist in vier gleich hohen Teilbeträgen zu zahlen und wird ab dem Tage des Ausscheidens mit *** % p. a. verzinst. Der erste Teilbetrag ist am ***, der zweite Teilbetrag ist am ***, der dritte Teilbetrag ist am *** und der vierte Teilbetrag ist am *** zur Zahlung fällig. Eine persönliche Haftung der Gesellschafter für die Zahlung des Abfindungsbetrags ist ausdrücklich ausgeschlossen.

[Alt.: A und B verpflichten sich als Gesamtschuldner gegenüber C, diesem als Abfindung einen Betrag iHv *** EUR zu zahlen. [Teilbeträge und Fälligkeit wie im Grundfall]]

Mit der Leistung des Abfindungsbetrags sind alle Ansprüche von C aus dem Gesellschaftsverhältnis einschließlich eines etwaigen **Anspruchs** auf Beteiligung am Gewinn abgegolten; insbesondere kann C keine Freistellung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft oder Sicherheitsleistung verlangen.

III. Wettbewerbsverbot

C verpflichtet sich, für die Dauer eines Jahres nach seinem Ausscheiden innerhalb des Stadtgebietes von *** nicht mit der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar in deren sachlichem Tätigkeitsbereich in Wettbewerb zu treten oder fremden Wettbewerb zu fördern, also insbesondere kein *** zu betreiben und sich auch nicht an einem solchen zu beteiligen. Rein kapitalistische Beteiligungen an Gesellschaften sind nicht vom Wettbewerbsverbot erfasst.

IV. Name der Gesellschaft

Die Gesellschaft ist berechtigt, den Namen „ABC-GbR“ fortzuführen. C verpflichtet sich, weder die identische noch eine verwechselbare Geschäftsbezeichnung beim Betrieb eines *** oder eines branchenverwandten Unternehmens zu verwenden.

G. Belastung von Gesellschaftsanteilen

I. Nießbrauch

Die grundsätzliche **Zulässigkeit** einer Nießbrauchsbestellung an GbR-Anteilen ist heute **578** allgemein anerkannt.⁶⁹³ Insbesondere verstößt sie nicht gegen das Abspaltungsverbot gemäß § 711a BGB, weil der Nießbrauch als beschränktes dingliches Recht zur einer gemeinsamen Berechtigung von Gesellschafter und Nießbraucher am GbR-Anteil führt. Die

⁶⁹² Das Muster geht davon aus, dass der Gesellschaftsvertrag keine Regelung über das Ausscheiden eines Gesellschafters enthält. Existieren gesellschaftsvertragliche Regelungen zur Fortsetzung der Gesellschaft, zur Abfindung und zum Wettbewerbsverbot, kann der Austrittsvertrag entsprechend kürzer verfasst und können entsprechende Vereinbarungen durch Verweise auf den Gesellschaftsvertrag ersetzt werden.

⁶⁹³ MüKoBGB/Schäfer BGB § 705 Rn. 105 mwN.

Bestellung eines Nießbrauchs an einem GbR-Anteil ist nur mit **Zustimmung aller Gesellschafter** wirksam. Diese kann bereits im Gesellschaftsvertrag erteilt werden.

- 579 Auch ohne Zulassung im Gesellschaftsvertrag bzw. Zustimmung der übrigen Mitgesellschafter ist nach hM die Bestellung eines sog. **Ertragsnießbrauchs** zulässig. Dieser bezieht sich lediglich auf die Gewinnanteile oder das Auseinandersetzungsguthaben. Problematisch ist in diesem Fall die Pflicht zum Wertersatz nach Nießbrauchsende (§§ 1067 Abs. 1, 1075 Abs. 2 BGB).⁶⁹⁴ Zudem hat der Nießbraucher ohne spezielle schuldrechtliche Vereinbarungen keinen Anspruch auf Beschluss einer bestimmten Gewinnausschüttung, wenn das Stimmrecht beim Nießbrauchsbesteller verbleibt. Aus ertragsteuerlicher Sicht ist maßgeblich, ob dem Nießbraucher ausreichend Unternehmerinitiative und Unternehmerrisiko für die Stellung als Mitunternehmer iSv § 15 EStG zukommen, da andernfalls die Einkünfte – unabhängig von der zivilrechtlichen Zuordnung – ertragsteuerlich dem Gesellschafter und nicht dem Nießbraucher zugerechnet werden.⁶⁹⁵
- 580 Die Bestellung des Nießbrauchs an einem GbR-Anteil folgt den gleichen Regeln wie die Übertragung der Anteile (vgl. § 1069 BGB). Erforderlich ist also die (formlos mögliche) **Einigung** zwischen Besteller und Nießbraucher.
- 581 Steht der mit dem Nießbrauch zu belastende Anteil einem **minderjährigen Gesellschafter** zu, ist nach hM gemäß § 1852 Nr. 1 BGB die **familiengerichtliche Genehmigung** erforderlich.⁶⁹⁶
- 582 Nach heute hM gehen mit der Bestellung des Nießbrauchs am Gesellschaftsanteil die **Verwaltungsrechte hinsichtlich der laufenden Angelegenheiten** der Gesellschaft auf den Nießbraucher über, während beim Besteller die Kompetenz für **außergewöhnliche Maßnahmen und Grundlagenentscheidungen** verbleibt.⁶⁹⁷ Somit bleibt der Nießbrauchsbesteller befugt, bei Beschlüssen, welche die Grundlage der Gesellschaft betreffen, (zB Rechnungsabschluss) selbst abzustimmen.⁶⁹⁸ Wegen der im Einzelnen unklaren Rechtslage empfiehlt sich eine ausdrückliche **vertragliche Regelung**.
- 583 Der Nießbrauch erstreckt sich auf sämtliche bei der Gesellschaft geführten Gesellschafterkonten.⁶⁹⁹ Als Beteiligung an den Erträgen des Vermögensstamms und nicht am Stamm selbst erfasst er jedoch nur den **entnahmefähigen Teil des Gewinns** abzüglich etwa beschlossener Rücklagen. Das Auseinandersetzungsguthaben sowie etwa zur Ausschüttung gelangende **stille Reserven stehen dem Nießbraucher nicht zu**. Ob sich der Nießbrauch im Fall einer Erhöhung der Gesellschaftsanteile auch auf die Erhöhungsbeträge erstreckt, richtet sich nach den vertraglichen Vereinbarungen zwischen Besteller und Nießbraucher.
- 584 Erwirbt der Nießbrauchsbesteller weitere Anteile an der GbR, die nicht nießbrauchsbelastet sind, stellt sich die Frage, wie dies mit der **Einheitlichkeit der Beteiligung** zu verbinden ist. Grundsätzlich vereinigen sich mehrere Anteile, die ein Gesellschafter erwirbt, in seiner Hand zu einer einheitlichen Beteiligung. Ob dies auch gilt, wenn die ursprünglich selbstständigen Anteile unterschiedlichen Belastungen oder Beschränkungen unterliegen, ist umstritten.⁷⁰⁰ Interessengerecht erscheint es, in diesem Fall eine Ausnahme vom Grundsatz der einheitlichen Beteiligung zu machen und ein Nebeneinander von nießbrauchsbelastetem und unbelastetem Anteil in der Hand eines Gesellschafters zuzulassen.

⁶⁹⁴ Hauschild/Kallrath/Wachter Notar-HdB GesR/Herrler/Berkefeld § 14 Rn. 89.

⁶⁹⁵ Bengel/Reimann/Holtz/Röhl, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Aufl. 2020, § 5 Rn. 390.

⁶⁹⁶ MHdB GesR I/Haag § 96 Rn. 17; aA MüKoBGB/Kroll-Ludwigs BGB § 1852 Rn. 14.

⁶⁹⁷ MHdB GesR I/Gummert § 28 Rn. 5.

⁶⁹⁸ FormB RS/v. Hagen A. 5.26 Rn. 4.

⁶⁹⁹ Hauschild/Kallrath/Wachter Notar-HdB GesR/Herrler/Berkefeld § 14 Rn. 92.

⁷⁰⁰ Vgl. zum Streitstand MüKoBGB/Schäfer BGB § 705 Rn. 67.

Hinweis:

Wegen der unklaren Rechtslage sollte das Zusammentreffen von belastetem und unbelastetem Anteil jedoch möglichst vermieden werden. Als Alternative zu einem Anteilsübergang, der hierzu führen würde, ist daher zu erwägen, den Anteil nicht unmittelbar auf den Mitgesellschafter zu übertragen, sondern stattdessen auf einen **Treuhänder**, der den Anteil für Rechnung des Mitgesellschafters hält.⁷⁰¹

Gehört **Grundbesitz** zum Gesellschaftsvermögen, ist die Berichtigung des Grundbuchs weder erforderlich noch eintragungsfähig.⁷⁰² Das Grundbuch wird durch die Nießbrauchsbestellung nicht unrichtig. Die Eigentumsverhältnisse am Grundbesitz ändern sich nicht.

Formulierungsbeispiel: Nießbrauchsbestellung an einem GbR-Anteil**§ 1. Vorbemerkung**

- (1) Mit Gesellschaftsvertrag vom *** wurde die ABC-GbR gegründet. Gegenstand der Gesellschaft ist ***.
- (2) An dieser Gesellschaft sind derzeit folgende Gesellschafter beteiligt:
 - a) der Gründungsgesellschafter A,
 - b) der Gründungsgesellschafter B,
 - c) der Gesellschafter D, der seine Beteiligung durch Abtretungsvertrag vom *** vom Gründungsgesellschafter C erworben hat.
- (3) Der Gesellschafter A ist zu 30 % an der Gesellschaft beteiligt.

§ 2. Nießbrauch

- (1) Der Gesellschafter A
 - nachfolgend als „der **Nießbrauchsbesteller**“ – bezeichnet, bestellt hiermit zugunsten von X
 - nachfolgend als „der **Nießbraucher**“ – bezeichnet, unentgeltlich ein Nießbrauchsrecht an dem in § 1 Abs. 3 bezeichneten Gesellschaftsanteil. Scheidet der Nießbrauchsbesteller aus der Gesellschaft aus oder wird die Gesellschaft aufgelöst, setzt sich der Nießbrauch an dem jeweiligen Surrogat fort, insbesondere an einer Abfindung oder einem Auseinandersetzungsguthaben.
- (2) Dem Nießbraucher stehen der gesamte entnahmefähige Gewinnanteil des nießbrauchsbelasteten Gesellschaftsanteils sowie die auf die Gesellschafterkonten entfallenden entnahmefähigen Zinsen zu. An Verlusten ist der Nießbraucher nicht beteiligt. Eine Verlustausgleichs- oder Wertersatzpflicht des Nießbrauchers bei Nießbrauchsende besteht nicht.
- (3) Die mit dem belasteten Gesellschaftsanteil verbundenen Geschäftsführungs- und Vertretungsrechte übt der Nießbrauchsbesteller allein aus. Nießbrauchsbesteller und Nießbraucher werden die mit dem belasteten Gesellschaftsanteil verbundenen sonstigen Mitwirkungsrechte gegenüber der Gesellschaft gemeinschaftlich auszuüben. Hierzu werden sie sich regelmäßig und möglichst formlos beraten.
- (4) Erzielen Nießbrauchsbesteller und Nießbraucher im Hinblick auf die nach Abs. 3 S. 2 zu treffenden Entscheidungen intern keine Einigkeit, gilt Folgendes:
 - a) Der Nießbraucher hat in laufenden Angelegenheiten ein eigenes – das Gesellschaftermitwirkungsrecht des Nießbrauchsbestellers ausschließendes – Stimmrecht.
 - b) Dem Nießbrauchsbesteller steht die alleinige Kompetenz als Gesellschafter zu, bei Beschlüssen mitzuwirken, welche die Grundlagen der Gesellschaft oder den Kernbereich seiner Mitwirkungsrechte (wie etwa Verbot der Änderung der

586



⁷⁰¹ Hauschild/Kallrath/Wachter Notar-HdB GesR/Bolkart § 13 Rn. 13.

⁷⁰² OLG München ZEV 2011, 268.

Gewinnbeteiligung oder der Beschneidung des Auseinandersetzungsguthabens) betreffen. § 1071 BGB bleibt unberührt.

§ 3. Auskunfts- und Informationsrechte

Nießbrauchsbesteller und Nießbraucher sind einander jederzeit zur umfassenden Information über die Angelegenheiten der Gesellschaft verpflichtet. Der Nießbraucher ist zur Teilnahme an allen Gesellschafterversammlungen berechtigt.

§ 4. Erhöhung der Beteiligung

- (1) Bei einer Erhöhung der Beteiligung des Nießbrauchsbestellers aus Mitteln des Nießbrauchsbestellers ist der aus dieser Einlagenerhöhung hervorgehende Teil nicht vom Nießbrauch erfasst.
- (2) Erfolgt die Erhöhung der Beteiligung des Nießbrauchsbestellers aus Gesellschaftsmitteln oder aus Mitteln des Nießbrauchers, ist auch der der aus der Erhöhung auf den Nießbrauchsbesteller als Gesellschafter entfallende Betrag vom Nießbrauch erfasst.

II. Verpfändung

- 587** Die **Verpfändung** von Anteilen an einer GbR ist mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter zulässig. Die Zustimmung kann auch bereits im Gesellschaftsvertrag enthalten sein. Die Verpfändung spielt in der Vertragspraxis nur eine geringe Rolle. Insbesondere weil vor Pfandreife keine weniger komplizierte Verwertung als die öffentliche Versteigerung vereinbart werden darf, stellt sie ein nur bedingt taugliches Sicherungsmittel dar.⁷⁰³ Vor Eintritt der Pfandreife stehen dem Pfandgläubiger grundsätzlich keine Verwaltungsrechte zu.
- 588** Bei Pfandreife kann der Gläubiger die **Zwangsversteigerung** nach § 1277 S. 1 BGB veranlassen oder das **Kündigungsrecht** gemäß § 726 BGB ausüben, was das Ausscheiden des Gesellschafters nach § 723 Abs. 1 Nr. 4 BGB zur Folge hat, sofern der Gesellschaftsvertrag den Ausscheidensgrund nicht in einen Auflösungsstatbestand rückumwandelt. Im Falle des Ausscheidens seines Schuldners hat der Gläubiger Zugriff auf dessen Abfindungsanspruch, im Falle der Auflösung der Gesellschaft einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die übrigen Gesellschafter auf Durchführung der Liquidation und den Liquidationserlös.⁷⁰⁴

H. Gesellschaftsregister

- 589** Neu ist die Einführung eines **Gesellschaftsregisters** (§ 707 BGB), in das die Gesellschafter die GbR eintragen lassen können. Aus der Eintragung ergeben sich dann der **Name** der Gesellschaft, ihr **Sitz**, die **Anschrift**, die **Gesellschafter** und deren **Vertretungsbefugnis**. Dies dient dem Interesse des Rechtsverkehrs an Subjektpublizität, Transparenz und Rechtssicherheit über die Existenz, Identität und ordnungsgemäße Vertretung der Gesellschaft.
- 590** Hiermit soll das frühere **Publizitätsdefizit** der GbR behoben werden. Seit die Rechtsprechung die Rechtsfähigkeit der GbR anerkannt hat, existierte mit dieser Gesellschaftsform ein Rechtssubjekt, das über eine natürliche Publizität verfügte. Anders als alle anderen rechtsfähigen Personengesellschaften konnte sie nicht in einem Register eingetragen werden. Daraus resultierten zahlreiche Probleme im Rechtsverkehr, weil Existenz, Identität und die Vertretung der Gesellschaft nicht zuverlässig festgestellt werden konnten.⁷⁰⁵ Insbesondere die Eintragung der GbR im Grundbuch ersetzte kein Gesellschaftsregister, weil

⁷⁰³ FormB RS/v. Hagen A. 5.31 Rn. 1.

⁷⁰⁴ MHdB GesR I/Gummert § 28 Rn. 14.

⁷⁰⁵ RegE MoPeG, S. 113.