

**Prof. Dr. Manfred J. Neumann**  
Notar und Fachanwalt für Steuerrecht

Kurfürstendamm 65, 10707 Berlin, Telefon 030-884 20 11, Fax 030-884 20 120  
[prof.neumann@kanzlei-neumann.com](mailto:prof.neumann@kanzlei-neumann.com)

**Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist „teilrechtsfähig“ als  
Gläubiger und Schuldner, als Rechtsinhaber und Eigentümer?  
Konsequenzen für den Umgang in der Praxis**

Stand 08.10.2002

**Inhaltsübersicht**

1.	Die Grundlagen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts -----	3
1.1	Was ist eine GbR? -----	3
1.2	Die OHG und die KG -----	3
2.	Die großen Veränderungen durch die BGH-Entscheidung vom 29.01.2001 -----	4
3.	Die neue Praxis -----	6
3.1	Die GbR in Zivilprozess und Zwangsvollstreckung -----	6
3.1.1	Folgen für den Zivilprozess -----	6
3.1.2	Folgen für die Zwangsvollstreckung -----	7
3.2	Die GbR als Eigentümerin und Rechtsinhaberin -----	8
3.2.1	Allgemeines -----	8
3.2.2	Ist die GbR grundbuchfähig? -----	9
3.2.3	Rechtsverkehr zwischen mehreren BGB-Gesellschaften -----	12
3.2.4	Ist die GbR scheck- und wechselfähig? -----	13
3.2.5	Die GbR als Eigentümerin von beweglichen und unbeweglichen Sachen	13
3.2.6	Die GbR im Erbrecht -----	13
3.2.6.1	Kann die GbR Erbin sein? -----	13
3.2.6.2	Ist es möglich, eine GbR zum Testamentsvollstrecker zu benennen? ---	15
3.2.7	Die Bestellung einer GbR zum Betreuer, Vormund oder Pfleger -----	15
3.2.8	Inhaberschaft sonstiger Rechte -----	16
3.2.8.1	Die GbR als Partei eines Mietvertrages -----	16
3.2.8.2	Ist die GbR markenrechtsfähig? -----	17
3.2.8.3	Kann die GbR Gesellschafterin einer anderen Gesellschaft sein? -----	17
3.2.8.4	Kann eine GbR eine Stiftung gründen? -----	18
3.2.8.5	Die GbR als Verwalterin nach WEG -----	18
3.2.8.6	Die GbR als Handlungsbevollmächtigte und Prokuristin, §§ 48, 54 HGB -----	19
3.2.8.7	Kann eine GbR „geschädigt“ sein? -----	20
3.3	Organschaft und Vertretung -----	22

3.3.1 Allgemeines -----	22
3.3.2 Vertretungsbefugnisse und Haftung -----	22
3.4 Haftungsverfassung -----	23
3.4.1 Haftung aus Rechtsgeschäft -----	23
3.4.2 Haftung aus gesetzlichen Schuldverhältnissen -----	24
3.4.2.1 Deliktische Haftung -----	24
3.4.2.2 Ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) -----	25
3.4.2.3 Kann sich ein Gesellschafter von der persönlichen Haftung befreien? --	26
3.4.3 Haftungsbeendigung und Verjährung -----	26
3.4.4 Tod der „GbR mit beschränkter Haftung“ -----	27
3.4.5 Behandlung von Alt-Fällen bei Geschlossenen Immobilienfonds -----	28
4. Steuerrecht -----	29
4.1 Die GbR in UStG und GewStG -----	30
4.2 Die GbR bei der Bauabzugsteuer -----	30
4.3 Grunderwerbsteuer -----	31
4.3.1 Gesellschafterwechsel, § 1 Abs. 2a und § 1 Abs. 3 GrEStG -----	31
4.3.2 Umwandlungsvorgänge (Rechtsträgerprivileg, §§ 5, 6 GrEStG) -----	32
5. Zusammenfassung -----	32

# 1. Die Grundlagen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

## 1.1 Was ist eine GbR?

Die GbR gehört zu den Personengesellschaften. Diese spielen im heutigen Wirtschaftsverkehr wegen ihrer relativ unkomplizierten Entstehungs-, Durchführungs- und Auflösungsvoraussetzungen und ihrer steuerlichen Behandlung eine große Rolle. Die GbR ist dabei der Grundtyp. Auf ihr bauen die Personengesellschaften des Handelsrechts, die offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG), auf.

Die gesetzliche Grundlage der GbR findet sich in den §§ 705-740 BGB. § 705 BGB gibt Aufschluss darüber, dass sich die Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag gegenseitig verpflichten, „*die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.*“ Die BGB-Gesellschaft ist also eine Personenmehrheit, bei der sich die einzelnen Gesellschafter zu einem gemeinsamen Zweck verbunden und vertraglich bestimmt haben, dass und wie sie das gemeinsame Ziel erreichen wollen. Der zwingend notwendige Gesellschaftsvertrag kann wegen fehlender Formvorschriften auch mündlich oder sogar stillschweigend geschlossen werden.

Bei der GbR wird allgemein zwischen den Formen der Innen- und Außengesellschaft unterschieden. Dabei ist nur die Außengesellschaft diejenige, die – wie der Name schon sagt – nach außen in Erscheinung tritt und am Wirtschaftsverkehr teilnimmt. Hier kann man zusätzlich zwischen der allgemeinen und der unternehmenstragenden GbR unterscheiden.<sup>1</sup> Die unternehmenstragende Gesellschaft nimmt *massenhaft* „als solche“ am Rechtsverkehr teil.<sup>2</sup> Ein Beispiel:

A, B und C betreiben eine Galerie in der Rechtsform der GbR. Die GbR schließt regelmäßig mit Künstlern Ausstellungsverträge, mietet zusätzliche Räume für Vernissagen an, kauft Kunstwerke an und veräußert sie wieder. Hier wird man von einer unternehmenstragenden GbR ausgehen dürfen.

Allerdings ist nach dem Urteil des BGH vom 29.01.2001, auf welches nachfolgend einzugehen sein wird, jede Außengesellschaft rechts- und parteifähig, so dass dieses Unterscheidungskriterium seine Bedeutung verlieren wird.

## 1.2 Die OHG und die KG

Die **offene Handelsgesellschaft** ist in den §§ 105-160 HGB geregelt. Sie ist quasi eine GbR mit kaufmännischem Gesellschaftszweck. Die Vorschriften der GbR (§§ 705 ff. BGB) sind daher grundsätzlich entsprechend anwendbar (vgl. § 105 Abs. 3 HGB). Die OHG betreibt ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma. Handelsgewerbe ist gemäß § 1 Abs. 2 HGB jeder Gewerbebetrieb. Die Kaufmannseigenschaft wird bei jedem Gewerbebetrieb vermutet<sup>3</sup> und tritt somit automatisch ein. Als Gewerbe bezeichnet die herrschende Auffassung eine

<sup>1</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, § 60 III S. 1786.

<sup>2</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 60 III S. 1795.

<sup>3</sup> K. Schmidt, Das Handelsrechts-Reformgesetz, NJW 1998, S. 2161, 2162.

berufsmäßige und selbständige (aber nicht künstlerische, wissenschaftliche oder freiberufliche) von der Absicht dauernder Gewinnerzielung getragene Tätigkeit.<sup>4</sup> Ausnahmen gelten für sogenanntes Kleingewerbe, also ein Unternehmen, das nach Art oder Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Ein solches Unternehmen ist grundsätzlich eine GbR, die allerdings durch Handelsregistereintragung zur OHG werden kann.

Die OHG ist rechtlich selbständig, kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, klagen und verklagt werden (§ 124 Abs. 1 HGB). Durch die Eintragungspflicht in das Handelsregister erlangt die OHG Registerpublizität. Dadurch entstehen eindeutige zeitliche Anknüpfungspunkte, soweit mit dem Bestehen oder Nichtbestehen der OHG oder mit einer Veränderung in ihrem Gesellschafterbestand rechtliche Folgen verbunden sind.

Die **Kommanditgesellschaft** (§§ 161-177a HGB) ist wie die OHG eine Personenhandelsgesellschaft.<sup>5</sup> Sie ist der OHG nachgebildet, die Vorschriften der OHG bzw. die der GbR sind daher auch auf die KG anwendbar. Abweichungen können sich aber aus den §§ 161 ff. HGB ergeben. Ihr Zweck ist - wie derjenige der OHG- auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet.

Die KG setzt sich zusammen aus den vollumfänglich auch persönlich haftenden Komplementären (einer ist dabei ausreichend) und den Kommanditisten (auch hier genügt einer). Die Kommanditisten haften bis zur vollständigen Erbringung der Einlage summenmäßig beschränkt, aber persönlich gesamtschuldnerisch bis zur Höhe ihrer Einlage. Nach Erbringung der Einlage müssen sie grundsätzlich keine weitere persönliche Inanspruchnahme befürchten, soweit sie keine Entnahmen getätigt hatten. Die Kommanditisten sind normalerweise nicht zur Geschäftsführung (vgl. § 164 HGB, der allerdings abdingbar ist) und auf keinen Fall zur Vertretung der Gesellschaft befugt (vgl. den zwingenden § 170 HGB). Sie können Handlungen der Komplementäre nur insoweit widersprechen, als diese über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen (§ 164 Satz 1 HGB). Auch die KG ist Rechtsträgerin (§§ 161 Abs. 2, 124 HGB). Die Gesellschaftsschulden sind Schulden der Kommanditgesellschaft.

## 2. Die großen Veränderungen durch die BGH-Entscheidung vom 29.01.2001<sup>6</sup>

In der juristischen Literatur wird seit längerer Zeit die Auffassung vertreten, dass der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) eine gewisse Rechtsfähigkeit zuzubilligen sei.<sup>7</sup> Dies solle zumindest für die am Rechtsverkehr teilnehmende „Außen“-GbR gelten. Mit dem Urteil vom 29.01.2001 hat der BGH sich dieser Meinung angeschlossen und erstmals ausdrücklich festgestellt, dass die Außen-GbR

<sup>4</sup> K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Auflage 1999, S. 280 f. m.w.N.

<sup>5</sup> Vgl. Legaldefinition der KG in § 161 Abs. 1 HGB.

<sup>6</sup> BGH Urteil vom 29.01.2001, II ZR 331/00, NJW 2001, 1056.

<sup>7</sup> Stellvertretend für viele nur K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Köln u.a., 1997, § 8 II; ders., Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig, NJW 2001, 993, Fn. 3 m.w.N.

Rechtsfähigkeit besitze, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründe. Für reine Innengesellschaften, z.B. die „atypisch stille Gesellschaft“, gilt dies aber nicht. Neben den Ausführungen zur Rechtsfähigkeit hat der BGH auch festgestellt, dass die GbR *„in diesem Rahmen ... zugleich im Zivilprozess aktiv und passiv parteifähig“* sei.

In dem konkret entschiedenen Fall ging es darum, dass die Beklagte, eine ARGE in der Rechtsform der GbR, neben ihren Gesellschaftern auf Zahlung einer in ihrem Namen begründeten Wechselverbindlichkeit in Anspruch genommen wurde. Die Vorinstanz hatte die Klage hinsichtlich der GbR als unzulässig abgewiesen, weil die ARGE als GbR im Zivilprozess nicht parteifähig sei. Diese Entscheidung hat der BGH aufgehoben.

Die Frage nach der Rechtsnatur der GbR ist so alt wie diese Gesellschaftsform selbst.<sup>8</sup> Kernproblem ist, ob die GbR als selbständiges Rechtssubjekt am Rechtsverkehr teilnimmt oder ob dies die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Träger des Gesellschaftsvermögens tun.

Nach der traditionellen Auffassung steht das Gesellschaftsvermögen als Sondervermögen den Gesellschaftern nur gemeinschaftlich zu. Es entsteht ein sogenanntes Gesamthandsvermögen (vgl. § 718 Abs. 1 BGB). Das bedeutet, dass die Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen auch nur gemeinschaftlich verfügen können. Das BGB selbst spricht der GbR als solcher ausdrücklich keine Rechtsfähigkeit zu. Der im Jahr 2000 neu eingefügte § 14 II BGB bestätigt dies<sup>9</sup> und definiert die rechtsfähige Personengesellschaft wie folgt:

*„Eine rechtsfähige Personengesellschaft ist eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.“*

Der BGH musste daher ausführlich begründen, warum (entgegen dem Gesetzeswortlaut) auch der Außen-GbR eine beschränkte Rechtssubjektivität zuzuerkennen sei. Das Gericht setzte sich mit der Entstehungsgeschichte des BGB und den Regelungen der GbR auseinander. Es erkannte, dass *„die Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung und das erkennbare Bestreben des historischen Gesetzgebers, eine konkrete Festlegung [über das Wesen der Gesamthand] zu vermeiden, [...] Raum für eine an den praktischen Bedürfnissen des Gesamthandprinzips orientierte Beurteilung der Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts“* lassen.

Damit hat der BGH seine Leitmotive verraten: Zivilprozessuale Praktikabilitätserwägungen waren wohl der Hauptgrund dafür, die Rechts- und Parteifähigkeit der GbR anzuerkennen.

Das Urteil hat zu Kontroversen in der Literatur geführt. Es wird zum Teil als Meilenstein in der Fortentwicklung des Rechts der Personengesellschaften

<sup>8</sup> So schon einleitend *Berndt/Boin*, Zur Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, NJW 1998, 2854.

<sup>9</sup> Vgl. auch *Wilhelm*, Urteils-Anmerkungen, BGH LM Nr. 52 Bl. 8 zu § 50 ZPO.

bezeichnet.<sup>10</sup> Andere Autoren sind skeptischer und kritisieren, dass der BGH mit dieser Entscheidung mehr Probleme geschaffen als gelöst habe.<sup>11</sup>

### 3. Die neue Praxis

#### 3.1 Die GbR in Zivilprozess und Zwangsvollstreckung

##### 3.1.1. Folgen für den Zivilprozess

Große praktische Erleichterungen bringt die Entscheidung bei der Handhabung der GbR im Zivilprozess. Ein Beispiel:

Kläger A ist Bauhandwerker und verklagt eine als Bauherr auftretende Publikums-GbR „Badstraße 20 Immobiliengesellschaft bR“ mit 100 Gesellschaftern und wechselndem Gesellschafterbestand auf Zahlung ausstehender Vergütungen.

War auf einer Seite eines Rechtsstreits eine GbR vorhanden, mussten bisher alle Gesellschafter klagen bzw. verklagt werden. Die Ablehnung der Parteifähigkeit der GbR hatte nämlich zur Folge, dass jeder einzelne Gesellschafter Streitgenosse war und in der Klageschrift als Kläger bzw. Beklagter aufgeführt werden musste. Dies führte in den Fällen zu Schwierigkeiten, bei denen die genaue Zusammensetzung der Gesellschaft nicht bekannt oder umstritten war. Dies kann etwa bei Publikumsgesellschaften mit vielen Mitgliedern und häufig wechselndem Gesellschafterbestand möglich sein.

Die neue Rechtsprechung des BGH bringt hier Vereinfachungen: A kann die GbR unter dem Namen verklagen, unter dem sie nach außen hin im Rechtsverkehr in Erscheinung tritt. Er muss sich dann nicht mehr um eventuelle Veränderungen im Gesellschafterbestand kümmern. Auch die Klageschrift musste bisher an jeden einzelnen Gesellschafter zugestellt werden. Die Zustellung an einen Geschäftsführer reichte nur aus, wenn in Abweichung der gesetzlichen Regelungen die Geschäftsführungsbefugnisse auf diesen übertragen wurden. Nunmehr reicht die Zustellung an einen vertretungsberechtigten Gesellschafter aus.<sup>12</sup> Das ist jeder Gesellschafter der GbR, soweit nicht die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse auf einen Einzelnen übertragen worden sind. Der Kläger muss also nicht mehr alle Gesellschafter der GbR ermitteln, was in der Praxis zuweilen langwierige Recherchearbeiten erforderte.

Die Anerkennung der Parteifähigkeit ist eigentlich die logische Konsequenz der vom BGH in vorangegangenen Urteilen immer weiter ausgebauten eigenständigen Rechtsstellung der GbR.<sup>13</sup> Diese bedeutete zuletzt quasi die Anerkennung einer begrenzten Rechtsfähigkeit. Das Gericht hat sich mit Anerkennung der

<sup>10</sup> K. Schmidt, NJW 2001, 993, 995, 1003.

<sup>11</sup> So Schemmann, DNotZ 2001, 245; vgl. auch Jauernig, NJW 2001, 2231 ff.; Boin, GmbHR 2001, 513, 515.

<sup>12</sup> So auch Wertenbruch, NJW 2002, S. 324, 326.

<sup>13</sup> Vgl. Darstellung bei Dauner-Lieb, Ein neues Fundament für die BGB-Gesellschaft, DStR 2001, 356, 358.

Parteifähigkeit allerdings gegen die eigene Rechtsprechung und die bis dahin wohl überwiegende Meinung in der Literatur gestellt.<sup>14</sup> Die Parteifähigkeit folgt nämlich nicht ohne weiteres aus der Rechtsfähigkeit, denn das Prozessrecht stellt an Formalisierung und Rechtssicherheit andere Anforderungen als das materielle Recht.<sup>15</sup> Zwar bestimmt § 50 I ZPO dass parteifähig ist, wer rechtsfähig ist. Allerdings galt dieser Automatismus bisher nur für natürliche und juristische Personen, gerade nicht für die GbR, die keine juristische Person ist. Die Parteifähigkeit der GbR musste also in richterrechtlicher Rechtsfortbildung entwickelt werden.

Ändert sich während des Prozesses der Gesellschafterbestand, dann ist dies bei Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR grundsätzlich unbeachtlich. Denn die GbR ist ja gerade eigenständiges Rechtssubjekt. Scheidet der vertretungsberechtigte Gesellschafter aus, kommt es lediglich zu einem Wechsel in der Vertretung. Ist der ausgeschiedene Gesellschafter Teil des Namens der Gesellschaft, muss eine Rubrumsberichtigung erfolgen.<sup>16</sup> Ist die Gesellschafterstellung oder die Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters streitig, spielt dies für die Parteistellung der GbR nur insofern eine Rolle, als der Vertreter ohne Vertretungsmacht die Gesellschaft nicht wirksam vertreten konnte. Prozesshandlungen müssen dann von einem vertretungsberechtigten Gesellschafter vorgenommen bzw. nachgeholt werden. Dieser muss gegebenenfalls Anträge erneut stellen und Schriftsätze einreichen. Es genügt unter Umständen auch, dass er erklärt, die bisherigen Prozesshandlungen des nicht vertretungsberechtigten Gesellschafters zu genehmigen.

### 3.1.2 Folgen für die Zwangsvollstreckung

Zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen genügt ein Urteil gegen die Gesellschaft. Der BGH ließ sich vom Wortlaut des § 736 ZPO nicht beirren und statuierte: *„Ein gegen die Gesamtheit der gesamthänderisch verbundenen Gesellschafter als Partei ergangenes Urteil ist ein Urteil „gegen alle Gesellschafter“ im Sinne des § 736 ZPO.“*<sup>17</sup>

Soweit auch in das Privatvermögen einzelner Gesellschafters vollstreckt werden soll, muss aber weiterhin ein Titel gegen diese vorliegen. Denn aus einem Titel gegen die Gesellschaft kann aus Gründen der Sicherung persönlicher Einwendungen weder unmittelbar, noch im Wege der Titelumschreibung in das Vermögen eines Gesellschafters vollstreckt werden.<sup>18</sup> Dies führt in der Praxis zu der Konsequenz, dass der Kläger – wie bei der OHG- immer noch einzelne Gesellschafter neben der Gesellschaft verklagen muss, will er nicht nur auf das gesamthänderisch gebundene Gesellschaftsvermögen zugreifen. Eine Erleichterung besteht aber insoweit, als sich der Kläger nunmehr solvente Gesellschafter „herauspicken“ und sie mitverklagen

<sup>14</sup> Vgl. *Schemmann*, Urteils-Anmerkungen, DNotZ 2001, 244 m.w.N.; *K. Schmidt* (Gesellschaftsrecht, § 58 V S. 1724) billigte allerdings früher schon der sog. unternehmenstragenden GbR, der er eine konsequente Verselbständigung der Gesamthand zuschreibt, eine Parteifähigkeit zu, wies aber darauf hin, dass diese Grundsätze von der Rechtsprechung noch nicht bzw. noch nicht konsequent anerkannt seien.

<sup>15</sup> *Schemmann*, DNotZ 2001, 244, 245.

<sup>16</sup> *Wertenbruch*, NJW 2002, S. 324, 327.

<sup>17</sup> BGH Ur. vom 29.01.2001, NJW 2001, 1056, 1059.

<sup>18</sup> *Wertenbruch*, Die Parteifähigkeit der GbR – die Änderungen für die Gerichts- und Vollstreckungspraxis, NJW 2002, S. 324, 325.

kann. Dadurch wird das Ausfallrisiko wegen einer möglichen Insolvenz des Schuldners verringert.<sup>19</sup>

## 3.2 Die GbR als Eigentümerin und Rechtsinhaberin

### 3.2.1 Allgemeines

Vorausgeschickt sei folgende Grundregel des Zweiten Senats des BGH:

*„Als Gesamthandsgemeinschaft ihrer Gesellschafter kann die (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach heutiger Auffassung als Teilnehmer am Rechtsverkehr jede Rechtsposition einnehmen, soweit nicht spezielle rechtliche Gesichtspunkte entgegenstehen.“<sup>20</sup>*

Erkennt man die Rechtsfähigkeit der GbR an, werden Wechsel im Gesellschafterbestand unter schuldrechtlichen und prozessualen Erwägungen grundsätzlich unbeachtlich.<sup>21</sup> Sie berühren dann nicht mehr den Bestand der Gesellschaft als solcher. Im übrigen wird der Streit hinfällig, ob es sich bei dem Gesellschaftsvermögen um ein eigenständiges Haftungsobjekt handelt. Der BGH hat mit seiner Entscheidung die GbR quasi auf eine Stufe mit der OHG gestellt. Dabei hat er auch die Grundsätze der akzessorischen Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB auf die GbR übertragen.<sup>22</sup> Das bedeutet, dass die Gesellschafter einer GbR zwar nicht Schuldner der von der GbR eingegangenen Verbindlichkeiten sind, sie müssen aber persönlich, primär und unbeschränkt für die Schulden der GbR eintreten, also dafür haften. Das Gesellschaftsvermögen ist streng von dem Vermögen der Gesellschafter zu trennen.

Insbesondere die fehlende Registerpublizität der GbR kann in der Praxis zu Schwierigkeiten führen. Will man die Rechtsfähigkeit der GbR in allen Punkten anerkennen und der GbR gestatten, unter einem selbstgewählten Namen am Rechtsverkehr teilzunehmen, dann fehlt es nämlich an einer verlässlichen Quelle, die etwas über die Existenz und die Vertretungsbefugnisse bei der GbR aussagen kann.

Gibt also ein alleinvertretungsberechtigter Gesellschafter einer GbR in deren Namen eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, etwa die Kündigung eines Mietvertrages, ab, so muss der Vertragspartner (z.B. der Mieter) sichergehen, ob der Gesellschafter tatsächlich vertretungsbefugt ist. Ihm sollte daher entweder eine Vollmacht der anderen Gesellschafter, der Gesellschaftsvertrag oder eine Erklärung der anderen Gesellschafter präsentiert werden, aus der sich die Befugnis des handelnden Gesellschafters zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft ergibt. Anderenfalls kann die Willenserklärung, nach § 174 Satz 1 BGB zurückgewiesen

<sup>19</sup> Auch der BGH rät in seiner Entscheidung dazu, dass es wegen der persönlichen Gesellschafterhaftung im Passivprozess für den Kläger praktisch immer ratsam ist, neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter persönlich zu verklagen.

<sup>20</sup> BGH, Beschluss vom 16.07.2001, NJW 2001, 3121,3122 mit Verweis auf die Entscheidung vom 29.01.2001.

<sup>21</sup> Nicht hingegen im Gesellschaftsrecht, vgl. unten 4.

<sup>22</sup> So *Boin*, GmbHR 2001, 513, der darauf hinweist, dass die Partnerschaftsgesellschaft überflüssig werde, wenn man die Rechtsfähigkeit und auch die Haftungssituation bei der GbR anerkenne, wie sie bei einer OHG vorhanden sei. Dies ist allerdings insofern nicht richtig, als es bei der GbR kein Register gibt und deshalb die Haftungssituation wegen mangelnder Vertrauenstatbestände nicht ohne weiteres mit derjenigen der OHG verglichen werden kann.

werden und entfaltet dann keine Wirksamkeit. Dem Mieter wäre nicht wirksam gekündigt worden.

Insofern ist fraglich, ob ein Notar eine **Vertretungsbescheinigung** im Sinne des § 21 BNotO ausstellen kann. Nach § 21 BNotO kann der Notar eine Vertretungsbescheinigung ausstellen, wenn sich die zugrundeliegenden Umstände aus einer Eintragung im Handelsregister oder einem ähnlichen Register ergeben. Der Notar kann zwar auch dann entsprechende Bescheinigungen ausstellen, wenn ein solches Register nicht existiert.<sup>23</sup> Er kann hier allerdings nicht beurteilen, ob nicht andere Umstände dazu geführt haben, dass der Inhalt der Bescheinigung unrichtig ist. Er kann z.B. nicht ausschließen, dass demjenigen, dem die Vertretungsmacht einer GbR zusteht, diese zwischenzeitlich wieder entzogen wurde, ohne dass dies dem Notar bekannt ist. Solche Vertretungsbescheide müssen daher genau die Tatsachen angeben, die der Notar geprüft hat. Sie müssten auch deutlich machen, dass außerhalb der Prüfung liegende Umstände zu einem anderen Ergebnis führen können.<sup>24</sup> Letztlich ist eine solche Bescheinigung für das Rechtsleben unsinnig und damit überflüssig.

Einer Vertretungsbescheinigung, die nicht auf einem Register basiert, kommt nicht der Beweiswert des § 21 Abs. 1 Satz 2 BNotO zugute, sie hat also nicht die gleiche Beweiskraft wie ein Zeugnis des Registergerichts oder eine Bescheinigung auf Grund Registereinsichtnahme. Eine solche Vertretungsbescheinigung wäre daher im Grundbuchverkehr nach § 21 GBO nicht ausreichend.

### 3.2.2 Ist die GbR grundbuchfähig?

Die Entscheidung des BGH vom 29.01.01 sagt primär nichts über die Grundbuchfähigkeit der GbR aus. Denn die Rechtsfähigkeit allein weist noch nicht aus, was zur Bezeichnung der Berechtigten im Grundbuch anzugeben ist. Es ist der Bestimmtheitsgrundsatz zu beachten. Nach einer Ansicht muss im Grundbuch jeder Rechtsinhaber so genau bezeichnet werden, dass jeder Zweifel über seine Person, somit jede Verwechslung ausgeschlossen sei.<sup>25</sup> Es sei eine Bezeichnung gefordert, die sofortige (und damit jederzeitige) Bestimmtheit (nicht spätere Bestimmbarkeit) sicher gewährleiste.<sup>26</sup> Diese Ansicht stützt den Bestimmtheitsgrundsatz auf § 47 GBO und § 15 GBV<sup>27</sup>. Dies führt bei der GbR zu Schwierigkeiten: Anders als die OHG und die KG wird sie nicht in ein Register eingetragen. Das Handelsregister gewährt jederzeit verlässliche Auskunft über die gesamthänderisch verbundenen Gesellschafter als den Träger der unter der Firma der OHG und KG begründeten Rechte und Pflichten sowie über die vertretungsbefugten Gesellschafter. Die Offenlegung der Rechtsverhältnisse im Handelsregister mit Publizitätswirkung gewährleistet Rechtssicherheit (vgl. § 15 HGB). Für die GbR fehlt hingegen eine solche Quelle. Problematisch ist gerade die im deutschen Recht mögliche Personenidentität von Gesellschaften. Ein Beispiel:

<sup>23</sup> *Limmer* in: Eylmann/Vaasen, Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz, München, 2000, § 21 BNotO Rn. 32

<sup>24</sup> *Limmer* in: Eylmann/Vaasen ebenda.

<sup>25</sup> *Stöber*, Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft, MDR 2001, 544, 545.

<sup>26</sup> *Stöber* ebenda.

<sup>27</sup> Verordnung zur Durchführung der Grundbuchordnung (Grundbuchverordnung - GBV) vom 24. Januar 1995, BGBl. I S. 114 ff.

Die Adelhofer & Berndt GbR mit den Gesellschaftern A und B (A&B 1) kauft ein Grundstück. Eine zweite Adelhofer & Berndt GbR (A&B 2) mit den gleichen Gesellschaftern, kauft ein anderes Grundstück.

Zunächst stellt sich die Frage, ob überhaupt zwei BGB-Gesellschaften vorliegen. Dies wird man trotz der identischen Gesellschaftsnamen bejahen müssen. Bei einem verschiedenen Gesellschafterbestand leuchtet dies sofort ein. Aber auch bei einem identischen Gesellschafterbestand kann das Ergebnis nicht anders sein. Denn die Gesellschaften beruhen auf zwei verschiedenen Gesellschaftsverträgen, bei denen Zweck und Beteiligungsverhältnis von A und B unterschiedlich sein können.

Es wären also zwei BGB-Gesellschaften in das Grundbuch einzutragen, die nach außen unter der gleichen Bezeichnung auftreten würden, aber unterschiedliche Gesellschaften sind. Fraglich ist also, ob die Eintragung einer GbR unter einem für sie verselbständigten Namen den Eintragungserfordernissen des Grundbuchrechts genügen kann. Das Problem ist nicht neu, sondern betrifft auch die bisherige Praxis. Selbst eine Abgrenzung nach den Namen der Gesellschafter wäre hier nicht ausreichend.

Es stellt sich also folgende Frage: Wie trage ich eine GbR in das Grundbuch ein, bei der die Gesellschafter identisch sind mit den Gesellschaftern einer anderen GbR?

Grundbuchrechtlich ist es natürlich egal, wie viele Grundstücke eine (natürliche oder juristische) Person erwirbt. Das hat nur zur Folge, dass sie in verschiedenen Grundbüchern auftritt. Das Problem fällt erst dann ins Gewicht, wenn wirklich eine von zwei personenidentischen BGB-Gesellschaften ein Grundstück auf die andere übertragen will.

Wenn in unserem vorherigen Beispiel A und B gemerkt haben, dass sie ihre Geschäfte besser in einer GbR abwickeln, so könnte beispielsweise die A & B (1) – GbR ihr Grundstücksvermögen auf die A & B (2) – GbR übertragen.

Hier werden die Gesellschaften dafür Sorge tragen müssen, dass sich Unterscheidungskriterien finden. So sind zum Beispiel das Gründungsdatum, die Vertreter der Gesellschaft oder deren Sitz als Unterscheidungskriterien heranzuziehen, denn die Eintragung von namensidentischen natürlichen Personen war auch immer möglich.<sup>28</sup> Bei personenidentischen Gesellschaften kann darüber hinaus ein Einblick in die jeweiligen Gesellschaftsverträge Aufschluss über die Unterschiedlichkeit der Gesellschaften bringen.<sup>29</sup> Es ist allerdings fraglich, wo diese Gesellschaftsverträge eingesehen werden können. Mangels eines Registers könnten die Verträge durch entsprechende Verfügung des Grundbuchamts angefordert und zur Grundakte genommen werden; aber keiner muss sie einreichen!

<sup>28</sup> Demuth, BB 2002, S. 1555, 1557

<sup>29</sup> So ist Dümig (Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts infolge der Anerkennung ihrer Rechts- und Parteifähigkeit, RPfeger 2002, S. 53, 56) der Ansicht, dass der Existenzbeweis einer GbR nur durch die Vorlage des (öffentlich beglaubigten) Gesellschaftsvertrages geführt werden könne, um den Voraussetzungen des § 29 GBO zu genügen. § 29 GBO verlangt, dass die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen sind.

Diese Lösung wird von anderen favorisiert. Diese wollen § 47 GBO auf Eintragungen von Liegenschaftsrechten einer GbR nicht mehr anwenden, weil eben das Recht nicht mehr für mehrere gemeinschaftlich (also die gesamthänderisch gebundenen Gesellschafter) eingetragen werden sollte, sondern für die Rechtsperson GbR selbst.<sup>30</sup> Es wird vorgeschlagen, die Grundbuchakten verstärkt heranzuziehen und die Eintragung einer GbR unter ihrem verselbständigten Namen von der Einreichung einer Mitgliederliste und vom Nachweis der Vertretungsverhältnisse durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde (§ 29 I 1 GBO) abhängig zu machen, um dem Rechtsverkehr nach Maßgabe des § 46 GBV Einsicht in diese Unterlagen zu ermöglichen.<sup>31</sup> Die Vertreter dieser Ansicht wollen der neuen Rechtsprechung des BGH also auch die Grundbuchfähigkeit der GbR entziehen, auch wenn damit zum Teil die Forderung einer Gesetzesänderung der §§ 47 GBO und 15 GBV verbunden wird.<sup>32</sup>

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Einsicht in das Grundbuch und erst recht in die Grundakten nicht jedermann gestattet ist. Solange aber ein solches „Ersatzregister“ nicht jedermann zugänglich ist, taugt es nicht für die Rechtspublizität.

Die Kontroverse kann im Rahmen dieses Skriptes nicht gelöst werden. Allerdings bleiben auch bei einem Vorgehen nach der zweiten Ansicht die Probleme einer ausreichenden grundbuchrechtlichen Bestimmtheit der GbR bestehen. Bis zu einer gesetzlichen Regelung sollte es daher bei der alten Praxis bleiben: Einzutragen sind die Gesellschafter mit ihrem Namen und dem für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnis.<sup>33</sup> Ein entsprechender Zusatz wäre zu vermerken (also etwa: „... in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder mit dem Namen „als GbR Berliner Stadtwohnungen“).

Es ist zwar zuzugeben, dass die bisherige Eintragungspraxis für die GbR und ihre Gesellschafter, aber auch für die Grundbuchbehörden je nach Lage des Falles zu erheblichem Zeit-, Geld- und Arbeitsaufwand führen kann.<sup>34</sup> Erfordernisse der Rechtssicherheit, welche die zuverlässige Darstellung des Rechtsverhältnisses an unbeweglichen Sachen gebieten, verbieten aber eher die Grundbucheintragung der GbR mit einem eigenen (anderen) Namen, dem Publizität für Feststellung und Nachweis nicht zukommt.<sup>35</sup> Zu verlangen, dass für die Eintragung der GbR unter ihrem Namen der Gesellschaftsvertrag im Sinne des § 29 I 2 GBO als öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde vorgelegt werden muss, kann insofern keine Lösung sein. Denn dies würde zumindest für solche BGB-Gesellschaften, die ein Grundstück halten wollen, die notarielle Beurkundung des gesamten GbR-Vertrages

<sup>30</sup> Vgl. *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, S. 330, 333, 334; *Dümig*, RPflegler 2001, S. 53 ff.; *Demuth*, BB 2002, S. 1555 ff., der die Vorteile dieser Ansicht detailliert darlegt

<sup>31</sup> *Ulmer/Steffek* NJW 2002, S. 330, 338.

<sup>32</sup> So *Ulmer*, Die höchstrichterlich „enträtselte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP 2001, 585, 595; vgl. auch *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, S. 330 ff. und *Dümig*, RPflegler 2001, S. 53 ff., der darauf hinweist, dass nur die Vorlage des (öffentlich beglaubigten) Gesellschaftsvertrages den Existenzbeweis und den Vertretungsbeweis bei einer GbR führen könne. Auch *Wertenbruch* geht davon aus, dass die Grundbuchfähigkeit der GbR nicht mehr ernsthaft bestritten werden könne (NJW 2002, S. 324, 329)

<sup>33</sup> So auch *Wertenbruch*, NJW 2002, S. 324, 239; a. A. *Demuth*, S. 1555, 1556

<sup>34</sup> So zu Recht *Ulmer/Steffek*, Grundbuchfähigkeit einer Rechts- und parteifähigen GbR, NJW 2002, S. 330.

<sup>35</sup> *Stöber* ebenda, a.A. *Demuth*, BB 2002, 1555 ff.

notwendig machen, die im Gesetz nicht vorgesehen ist.<sup>36</sup>, also natürlich nicht verlangt werden kann.

Es spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, dass die GbR nach dem Urteil des BGH im Zivilprozess aktiv und passiv parteifähig ist. Denn es ist hier zwischen den zivilprozessualen und den dargestellten grundbuchrechtlichen Bestimmtheitserfordernissen zu unterscheiden. Klage und Urteil erfordern nur eine so genaue Parteibezeichnung, dass kein Zweifel an der Person besteht, und demnach Gläubiger und Schuldner vom Vollstreckungsorgan sicher festgestellt werden können. Diese Anforderungen sind wesentlich geringer als die Bestimmtheitserfordernisse des § 15 GBV.

Es ist daher (noch) davon auszugehen, dass die GbR auch nach der neuen Rechtsprechung des BGH gerade keine Grundbuchfähigkeit im Sinne einer Eintragungsfähigkeit unter einem eigenen Namen besitzt.<sup>37</sup> Zwar wäre die Anerkennung der Grundbuchfähigkeit der GbR wohl die konsequentere Umsetzung der neuen BGH-Rechtsprechung. Jedoch wird sich (momentan) kaum ein Grundbuchamt finden lassen, welches unter dem Eindruck dieser Rechtsprechung die Eintragung einer GbR unter einem eigenen Namen ohne Aufzählung ihrer Gesellschafter vornehmen wird.

### 3.2.3 Rechtsverkehr zwischen mehreren BGB-Gesellschaften

Die fehlende Registerpublizität führt auch zu Problemen im Rechtsverkehr zwischen mehreren BGB-Gesellschaften, insbesondere wiederum im Grundstücksrecht. Dazu erinnern wir uns noch einmal an das Beispiel von eben:

Die A&B 1 GbR möchte ihr Grundstück an die A&B 2 GbR übertragen.

Es wäre zu diskutieren, ob eine Auflassung notwendig ist. Die Auflassung nach § 925 BGB ist die sachenrechtliche Einigung über die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, die nach § 873 BGB erfolgt. Eine Übertragung des Eigentums liegt bei einem Wechsel des Rechtsträgers vor. Ein solcher ist auch dann gegeben, wenn das Eigentum von einer Personengesellschaft auf eine personengleiche Personengesellschaft übertragen wird.<sup>38</sup> Also ist in dem gewählten Beispiel eine Auflassung und auch die Eintragung im Grundbuch erforderlich. Das mag „lustig“ aussehen, weil der bisherige Eigentümer und der neue Eigentümer schreibtechnisch gleich aussehen; aber es erhellt sich aus der Vermerkspalte „aufgrund Auflassung vom ... umgeschrieben“.

Anders liegt der Fall einer identitätswahrenden Umwandlung einer GbR, etwa in eine Personenhandelsgesellschaft. Bei der umgewandelten Gesellschaft handelt es sich um ein und denselben Rechtsträger. Die Gesellschaften sind also identisch. Es kann daher nicht zu einer Übertragung der einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens, ggf. durch Auflassung, kommen.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Vgl. auch *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, S. 330, 331.

<sup>37</sup> So auch *Stöber* ebenda.

<sup>38</sup> *Bassenge* in: Palandt, Kommentar zum BGB, 61. Auflage, München 2002, § 873 Rn. 5 mit Verweis auf OLG Hamm, DNotZ 58, 416.

<sup>39</sup> BVerfG, 18.6.2001, DNotI-Online Datenbank, Dok-Nr. 1082 ([www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)); vgl. auch Palandt/*Bassenge*, ebenda.

### 3.2.4 Ist die GbR scheck- und wechselfähig?

Die Scheckfähigkeit einer GbR hat der BGH schon im Jahre 1997 unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung bejaht.<sup>40</sup> Dabei ging der BGH zwar von dem Grundsatz aus, dass scheckfähig nur ist, wer rechtsfähig ist. Das Gericht hat aber die Frage nach einer umfassenden Rechtsfähigkeit der GbR offengelassen und sie lediglich für den Bereich des Wechsel- und Scheckrechts - mehr oder weniger pauschal - anerkannt. Die Scheckfähigkeit der GbR ist seitdem aber nicht in Frage gestellt, sondern von der Praxis übernommen worden. Man wird einer GbR nach diesem Urteil auch die Wechselfähigkeit nicht absprechen dürfen. Die neue Entscheidung des BGH darf als konsequente Weiterführung dieser Rechtsprechung angesehen werden.

### 3.2.5 Die GbR als Eigentümerin von beweglichen und unbeweglichen Sachen

Was die Rechtsstellung der GbR als Eigentümerin von beweglichen und unbeweglichen Sachen angeht, so wird man grundlegende Änderungen nicht verzeichnen können. Für unbewegliche Sachen ist diese Frage bereits diskutiert worden: Die GbR kann (noch) nicht unter einem verselbständigten Namen als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen werden. Für bewegliche Sachen muss zunächst folgendes gelten: Die GbR, die Waren einkauft, überführt diese in ihr Gesellschaftsvermögen. Kaufpreisklagen können dann unmittelbar gegen die GbR geführt werden. Auch können Eigentums- oder Sachmängelgewährleistungsrechte nunmehr im Namen der GbR geltend gemacht werden. Die GbR kann selbst Klägerin sein. Über die von der GbR eingekauften Waren als Teil des Gesellschaftsvermögens können die Gesellschafter in Ermangelung anderer vertraglicher Regelungen nur gemeinsam verfügen.

Gehört ein **Fahrzeug** zum Bestand des Gesellschaftsvermögens, dann waren bisher die Gesellschafter gemeinsam als Halter anzusehen.<sup>41</sup> Halter eines Fahrzeuges ist, wer es für eigene Rechnung in Gebrauch hat und die Verfügungsgewalt darüber besitzt.<sup>42</sup> Ob nunmehr die GbR unter ihrem Namen als Halter angesehen werden kann, hängt davon ab, wie weit man die neue Entscheidung des BGH ausdehnen will. Für die Haltereigenschaft reicht anders als im Grundbuchrecht sicherlich die Bestimmbarkeit des Halters und nicht die jederzeitige Bestimmtheit aus. Geht man davon aus, dann wird zukünftig auch die GbR unter ihrem Namen als Halter eines Kfz auftreten können. Das wird die bisherige Problematik beim Vorsteuerabzug, § 14, 15 Abs. 1 UstG, entschärfen.

### 3.2.6 Die GbR im Erbrecht

#### 3.2.6.1 Kann die GbR Erbin sein?

Die Erbfähigkeit einer GbR ist bisher von der ganz überwiegenden Ansicht verneint worden. Diese ist allerdings immer von einer fehlenden Rechtsfähigkeit der GbR

<sup>40</sup> BGHZ 136, 254.

<sup>41</sup> Vgl. BGHZ 24,378 ff.

<sup>42</sup> Creifelds Rechtswörterbuch, 14. Auflage, München 1997, Stichwort: „Halter eines Kraftfahrzeuges“.

ausgegangen.<sup>43</sup> Auch stellen sich eine ganze Reihe von Problemen, will man die Erbfähigkeit der GbR anerkennen. Hierzu zählt etwa die Frage des Pflichtteilsrechts des gesetzlichen Erben, wenn er zugleich Gesellschafter einer Erben-GbR ist.<sup>44</sup> Diese Probleme tauchen jedoch in ganz ähnlicher Form auch bei juristischen Personen oder der OHG und der KG auf, deren Erbfähigkeit anerkannt ist. Sie zu lösen ist nicht Zweck dieser Darstellung. Es soll nur verdeutlicht werden, dass es keinen Lösungsansatz darstellt, die Erbfähigkeit gerade der GbR wegen auftretender juristischer Probleme zu verneinen.<sup>45</sup>

Grundsätzlich werden nicht (voll-)rechtsfähige Personenvereinigungen als erbfähig angesehen, soweit sie sich rechtlich einer juristischen Person stark angenähert haben, was z.B. bei den bereits erwähnten OHG und KG, aber auch für nichtrechtsfähige Vereine gelten sollte.<sup>46</sup> Die Erbschaft oder das Vermächtnis fällt dann unmittelbar in das Gesamthandsvermögen der Gesellschaft bzw. wird unmittelbares Vereinsvermögen.<sup>47</sup>

Nichts anderes kann dann aber für die inzwischen als rechtsfähig anerkannte GbR gelten. Denn sie hat durch die Rechtsprechung des BGH eine konsequente Verselbständigung ihrer Rechtsstellung erfahren und ist zumindest der OHG stark angenähert worden. Das Fehlen eines Publizität erzeugenden Registers kann insofern nicht alleiniges Argument sein, der GbR die Erbfähigkeit abzusprechen. Sie ist daher in konsequenter Anwendung der neuen Rechtslage als erbfähig anzusehen.

Im Erbschaftsteuerrecht wurde jedenfalls für Schenkungen das Problem derart diskutiert, dass „natürlich“ eine Schenkung an eine GbR möglich ist, andererseits bei der Figur des Bereicherten entweder auf die GbR – die Gesamthand – oder die Gesamthänder – die einzelnen Gesellschafter – abzustellen ist. Auswirkungen hat das jedenfalls bei der Steuerklasse oder bei den Freibeträgen. So hatte der BFH 1988<sup>48</sup> die GbR noch als „gesondertes Rechtsgebilde“ mit der Steuerklasse wie für juristische Personen, also heute Klasse III, und den entsprechenden niedrigen Freibeträgen eingestuft. Heute ist maßgeblich das BFH-Urteil vom 14.09.1994<sup>49</sup>: es wird auf die Gesellschafter abgestellt. Insofern könnte also bei einer GbR für den Anteil eines Gesellschafters Steuerklasse I, für einen anderen Steuerklasse III zur Anwendung kommen.

Für Erbfälle dürfte nunmehr das gleiche gelten. Erbe ist die GbR, nach § 39 AO wird „umgerechnet“ auf die Beteiligten der GbR, also die Gesellschafter.

Beispiel: A vererbt der B-GbR mit den Gesellschaftern X (Sohn) mit 30 %, Y (Freund) mit 10 %, Z (Ehefrau) mit 50 % Beteiligungsquote.

<sup>43</sup> Vgl. in jüngerer Zeit nur BayOBLG, Beschluss vom 31.03.1998, FamRZ 1999, S. 170, 171, welches seine Argumentation nur darauf stützt, dass die BGB-Gesellschaft mangels Rechtsfähigkeit nicht Erbin sein könne.

<sup>44</sup> *Ulmer*, ZIP 2001, S. 585, 596 mit Verweis auf *Flume*, Die Personengesellschaft, 1977, § 7 III 6 Rn. 107 f.

<sup>45</sup> *Ulmer* ebenda.

<sup>46</sup> Palandt/*Edenhofer*, 61. Auflage, § 1923 Rn. 7.

<sup>47</sup> Palandt/*Edenhofer*, ebenda.

<sup>48</sup> BFH vom 7.12.1988 II R 150/85, BStBl 1989 II 237

<sup>49</sup> II R 95/92, BStBl 1995 II 81

Erbe ist die GbR. Sofern die GbR Betriebsvermögen darstellt, ist § 13a ErbStG zu berücksichtigen. Für die ErbSt erhält X 30% mit Steuerklasse I und einen Freibetrag nach § 16 Abs. 1 Nr. 2; Y Steuerklasse III und einen Freibetrag von € 5.200; Z Steuerklasse I und Freibeträge nach §§ 16 Abs. 1 Nr. 1 und § 17 Abs. 1 ErbStG.

### **3.2.6.2 Ist es möglich, eine GbR zum Testamentsvollstrecker zu benennen?**

Zum Testamentsvollstrecker kann jede Person ernannt werden, sofern sie nicht nach der Regelung des § 2201 BGB untauglich ist; insbesondere kann auch eine juristische Person zum Testamentsvollstrecker ernannt werden.<sup>50</sup> Die Ernennung zum Testamentsvollstrecker ist nach dem Wortlaut des § 2201 BGB nur unwirksam, wenn der Testamentsvollstrecker geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig ist oder ihm nach § 1896 BGB ein Betreuer zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten zur Seite gestellt ist. Jedoch können auch die OHG und die KG, die EWIV und die PartG, die eine Teilrechtsfähigkeit besitzen zum Testamentsvollstrecker ernannt werden.<sup>51</sup> Für die GbR und den nichtrechtsfähigen Verein wurde dies bis jetzt abgelehnt.<sup>52</sup> Aber auch hier wird man umdenken müssen. Da die GbR als teilrechtsfähig anerkannt wurde und sich insofern stark der OHG angenähert hat, wird man ihre Testamentsvollstreckereigenschaft mit ganz ähnlichen Argumenten, wie sie bei der Erbfähigkeit dargestellt wurden, nunmehr bejahen müssen.

### **3.2.7 Die Bestellung einer GbR zum Betreuer, Vormund oder Pfleger**

Grundsätzlich soll zum Betreuer eines Volljährigen nur eine natürliche Person bestellt werden, damit eine individuelle, persönliche Betreuung sichergestellt wird (sog. Vorrang der Einzelbetreuung). Dies geht schon aus dem Wortlaut des einschlägigen § 1897 BGB hervor. Eine juristische Person kann nur dann zum Betreuer bestellt werden, wenn der zu Betreuende durch eine oder mehrere natürliche Personen nicht hinreichend betreut werden kann. Das Gesetz sieht aber nur die Bestellung eines anerkannten Betreuungsvereins oder der zuständigen Behörde vor (§ 1900 Abs. 1 BGB). Die Betreuung durch juristische Personen erfolgt aber nur so lange, bis der Volljährige durch eine oder mehrere natürliche Personen hinreichend betreut werden kann (vgl. § 1900 Abs. 3 BGB). Aus diesen Umständen muss man schlussfolgern, dass eine Personengesellschaft wie die GbR nicht zum Betreuer bestellt werden kann. Dies gilt unabhängig von der neuen Rechtsprechung des BGH.

Gleiches muss für die Bestellung einer GbR zum Vormund oder zum Pfleger gelten. Die Regeln über die Vormundschaft sind entsprechend auf die Pflegschaft anzuwenden, soweit sich aus dem Gesetz nicht ein anderes ergibt, § 1915 BGB. Auch bei der Vormundschaft gilt das Prinzip der Einzelvormundschaft einer natürlichen Person. Ein rechtsfähiger Verein darf nur unter besonderen Voraussetzungen zum Vormund bestellt werden, insbesondere muss es an einer zur Einzelvormundschaft geeigneten Person fehlen (vgl. § 1791a BGB). Dies entspricht der besonderen Rolle der Vormundschaft/Pflegschaft als Fürsorge- und

<sup>50</sup> Palandt/Edenhofer, § 2197 Rn. 7.

<sup>51</sup> Staudinger/Reimann, 13. Bearbeitung 1996, § 2197 Rn. 50.

<sup>52</sup> Vgl. Staudinger ebenda.

Beistandstätigkeit, die am besten von natürlichen Personen wahrgenommen werden kann. Demzufolge kann eine GbR auch nicht zum Vormund oder Pfleger eingesetzt werden.

### 3.2.8 Inhaberschaft sonstiger Rechte

Der BGH hat bereits im Jahr 1980 entschieden, dass die GbR selbst Träger von Rechten und Pflichten aus einem im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Vertrag sein kann.<sup>53</sup> Denn die Gesellschafter können als Folge des Gesamthandprinzips in ihrer Verbundenheit „als Gesellschaft“ mit Wirkung für und gegen das Gesellschaftsvermögen im Rechtsverkehr handeln.<sup>54</sup> § 718 Abs. 1 BGB weist dementsprechend die „durch die Geschäftsführung erworbenen Gegenstände“ dem Gesellschaftsvermögen zu. Dazu gehören auch die Rechte und Pflichten aus einem im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Vertrag. Vertragspartner wird mithin die Gesellschaft.

#### 3.2.8.1 Die GbR als Partei eines Mietvertrages

Die GbR kann in einem Mietverhältnis auf der Vermieter- wie auch auf der Mieterseite als Vertragspartei auftreten.

Tritt die GbR als **Vermieter** in Erscheinung, ist sie selbst Vermieterin; ihre Gesellschafter haften akzessorisch.<sup>55</sup>

In einem Urteil vom 18. Februar 1998 stellte der BGH fest, dass ein Mietvertrag über ein Grundstück, den eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Vermieter abgeschlossen hat, nach einem Gesellschafterwechsel ohne weiteres mit der neuen personellen Zusammensetzung fortgeführt werden könne.<sup>56</sup> Dies solle jedenfalls dann gelten, wenn die ursprünglichen Gesellschafter mit einem ihre gesamthänderische Bindung bezeichnenden Vermerk (§ 47 GBO) als Eigentümer oder Erbbauberechtigte im Grundbuch eingetragen waren. In diesem Rahmen wendet der BGH die Vorschrift des § 571 BGB a.F. (jetzt § 566 BGB) auch auf einen Gesellschafterwechsel bei einer Vermieter-GbR an. Ein Gesellschafterwechsel wirkt sich also auf ein bestehendes Mietverhältnis nicht aus.

Unproblematisch können dem Vermieter auch auf der **Mieterseite** mehrere Personen gegenüberstehen. Dabei liegt auf der Mieterseite nur eine GbR vor, wenn tatsächlich die Voraussetzungen der §§ 705 ff. BGB erfüllt sind. Nach dem oben Gesagten muss auch hier gelten, dass die GbR die Mieterstellung innehat und ihre Gesellschafter persönlich haften. Wechseln nun innerhalb der GbR die Gesellschafter, dürfte damit in konsequenter Anwendung der BGH-Entscheidung vom 29.01.2001 kein Mieterwechsel verbunden sein. Denn die GbR ist weiterhin Vertragspartei, der Gesellschafterwechsel der rechtsfähigen Außen-GbR ändert deren Identität nicht.<sup>57</sup> Zwar hat ein Vermieter grundsätzlich kein Interesse daran, dass seine Mietsache von ihm unbekanntem Mietern bewohnt wird. Beim Vertragsschluss mit einer GbR sollten dann entsprechende individualvertragliche Regelungen in den Mietvertrag

<sup>53</sup> BGHZ 79, 374 ff. = NJW 1981, 1213 ff.

<sup>54</sup> vgl. auch BGHZ 78,311.

<sup>55</sup> Palandt/*Weidenkaff*, 61. Auflage, § 535 Rn. 6.

<sup>56</sup> BGHZ 138,81 = NJW 1998,1220.

<sup>57</sup> Palandt/*Weidenkaff*, § 535 Rn. 13.

aufgenommen werden, etwa eine Zustimmungspflichtigkeit bei Nutzung der Wohnung durch andere als die ursprünglichen Gesellschafter.

### 3.2.8.2 Ist die GbR markenrechtsfähig?

Konsequenzen können sich für das Markenrecht ergeben. Hat der BGH noch kürzlich die Markenrechtsfähigkeit der GbR abgelehnt<sup>58</sup>, so wird man diese Auffassung nunmehr überdenken müssen. Die entsprechende BGH-Entscheidung wird bereits als überholt angesehen und die Markenfähigkeit nach § 7 MarkenG bejaht<sup>59</sup>, zumindest soweit existente GbR's *auch* Marken innehaben können.<sup>60</sup> Nicht geklärt ist bis jetzt allerdings, ob eine auf das Halten einer Marke beschränkte GbR denkbar ist.<sup>61</sup>

### 3.2.8.3 Kann die GbR Gesellschafterin einer anderen Gesellschaft sein?

Die grundsätzliche Fähigkeit einer (Außen-) GbR, Gesellschafterin einer juristischen Person zu sein, steht heute nicht mehr in Frage.<sup>62</sup> Dies ist aber nicht unmittelbare Folge der Entscheidung vom 29.01.01. Bereits 1980 statuierte der BGH, dass eine GbR **Gesellschafterin einer GmbH** sein kann.<sup>63</sup> 1991 wurde die Befugnis der GbR anerkannt, Mitglied in einer **Genossenschaft** zu sein<sup>64</sup>, und 1992 legte das Gericht explizit fest, dass auch die Gesellschafterstellung in einer **Aktiengesellschaft** unproblematisch sei.<sup>65</sup>

Fraglich ist nur, ob die GbR auch **Inhaberin von Namensaktien** sein kann. Namensaktien sind auf den Berechtigten ausgestellt. Gemäß § 67 Abs. 1 AktG sind sie unter Angabe des Namens, Geburtsdatums und der Adresse des Inhabers sowie der Stückzahl oder der Aktiennummer und bei Nennbetragsaktien des Betrags in das Aktienregister der Gesellschaft einzutragen. Der BGH unterscheidet nicht zwischen Inhaber- und Namensaktien, sondern stellt pauschal fest, dass eine GbR Gesellschafterin einer AG sein könne.<sup>66</sup> Auch der Wortlaut des § 67 AktG spricht nicht zwingend gegen die Ausgabe von Namensaktien an eine GbR. Das Gesetz geht zwar von einer natürlichen Person als Aktionär aus, es können aber auch juristische Personen und Personengesellschaften Aktionäre sein. In diesen Fällen entfällt die Angabe des Geburtsdatums und anstelle des Wohnortes ist der Sitz der Gesellschaft einzutragen.<sup>67</sup> Die gesetzlich vorgesehenen Angaben sollen dazu dienen, den Aktionär oder seinen „Treuhandler“ sicher zu identifizieren „und dazu, den Mitteilungspflichten gegenüber den Aktionären nachkommen zu können“ (Begr.RegE).<sup>68</sup> Nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR und in Anbetracht des Umstandes, dass auch schon vorher die Gesellschafterstellung von juristischen Personen und Personengesellschaften anerkannt war, ist es nur

<sup>58</sup> BGH DB 2000,2117.

<sup>59</sup> K. Schmidt, NJW 2001,993,998,1003; Palandt/Sprau, § 705 Rn. 24.

<sup>60</sup> Wilhelm, Urteils-Anmerkungen, BGH LM Nr. 52 Bl. 8 zu § 50 ZPO.

<sup>61</sup> Wilhelm, a.a.O.

<sup>62</sup> so BGH NJW 2001,3121,3122.

<sup>63</sup> BGHZ 78,311,312 ff.

<sup>64</sup> BGHZ 116,86 ff. = NJW 1992, 499 ff.

<sup>65</sup> BGHZ 118,83,99 ff.

<sup>66</sup> BGH ebenda.

<sup>67</sup> Vgl. noch für die alte Formulierung des Gesetzes, wonach Name, Wohnort und Beruf einzutragen waren, Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetz, München 1973, § 67 Rn. 11.

<sup>68</sup> Geßler, Aktiengesetz, Lieferg. Juli 2001, § 67 Rn. 6.

konsequent, wenn man für die Eintragung in das Aktienbuch denjenigen Namen der GbR verwendet, unter dem sie nach außen in Erscheinung tritt. Eine Eintragung aller Gesellschafter ist dann (anders als im Grundbuchrecht) nicht erforderlich, denn für die GbR können ihre geschäftsführungsbefugten Gesellschafter die Aktionärsstellung wahrnehmen. An sie sind Mitteilungen zuzustellen.

Ebenso ist inzwischen die Fähigkeit einer GbR, **Gesellschafterin einer anderen GbR** zu sein, anerkannt worden.<sup>69</sup>

Jüngst hat der BGH entschieden, dass eine GbR **Kommanditistin** einer Kommanditgesellschaft sein kann.<sup>70</sup> Insofern ergeben sich Besonderheiten bei der **Handelsregisteranmeldung**: Nach dem BGH sind neben der GbR als solcher auch die ihr zum Zeitpunkt ihres Beitritts angehörenden Gesellschafter mit Namen, Geburtstag und Wohnort (entsprechend § 106 II BGB) zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Entsprechendes solle für jeden späteren Wechsel in der Zusammensetzung der Gesellschafter der GbR gelten.

Die Gesellschafterstellung einer GbR als **Komplementär** einer KG ist hingegen wegen mangelnder Rechtssicherheit abzulehnen.<sup>71</sup> Der Komplementär ist der persönlich haftende Gesellschafter einer KG, ihm obliegt auch die Vertretungsbefugnis (vgl. § 170 HGB). Da die GbR und ihre inneren Rechtsverhältnisse nicht in ein Register eingetragen werden, fehlt ihr die Publizitätswirkung nach außen. Ein Vertragspartner einer KG mit einer GbR als Komplementär kann sich insofern nicht sicher sein, mit einem vertretungsberechtigten Organ zu verhandeln. Gerade die persönlich haftenden Gesellschafter einer KG oder OHG haben aber eine besondere Rolle als geborene Vertreter der Gesellschaft, worauf sich auch die spezielle Registerpublizität des § 125 Abs. 4 HGB bezieht.<sup>72</sup> Nach dieser Vorschrift sind alle Änderungen der Vertretungsverhältnisse von den Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

#### 3.2.8.4 Kann eine GbR eine Stiftung gründen?

Eine Stiftung kann durch Stiftungsgeschäft unter Lebenden (§ 81 BGB) oder von Todes wegen (§ 83 BGB) ins Leben gerufen werden, vgl. § 80 BGB. Das Stiftungsgeschäft unter Lebenden ist eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie kann für alle Rechtssubjekte, also natürliche Personen, juristische Personen und Gesamthandsgemeinschaften mit eigener Identitätsausstattung (Name, Sitz) vorgenommen werden.<sup>73</sup> In konsequenter Anwendung der neuen Rechtsprechung des BGH muss nun auch die Außen-GbR als Stifter auftreten können. Denn sie hat als Gesamthandsgemeinschaft eine eigene Identitätsausstattung und ist rechtsfähig, soweit sie unter ihrem Namen am Rechtsverkehr teilnimmt.

#### 3.2.8.5 Die GbR als Verwalterin nach WEG

<sup>69</sup> BGH NJW 1998,376.

<sup>70</sup> BGH NJW 2001,3121.

<sup>71</sup> So im Ergebnis auch Ulmer, ZIP 2001, 585, 596.

<sup>72</sup> Ulmer, ebenda.

<sup>73</sup> Reuter in: Münchener Kommentar zum BGB, 3. Auflage, München 1993, § 80 Rn. 3.

Die bisherige Rechtsprechung hat einer GbR die Befugnis abgesprochen, Verwalterin einer Wohnungseigentümergeinschaft zu sein.<sup>74</sup> Der BGH ging davon aus, dass die Aufgaben und Befugnisse des Verwalters nur übernehmen könne, wer im Rechtsverkehr als natürliche oder juristische Person handlungsfähig sei.<sup>75</sup> Dabei dürfe wegen der erforderlichen Klarheit eine Mehrheit von Personen nur dann zum Verwalter bestellt werden, wenn sie als rechtlich selbständige Einheit handlungsfähig sei. Nach damaliger Anschauung war dies bei einer GbR gerade nicht der Fall. Denn anders als eine juristische Person oder die Personengesellschaften des Handelsrechts sei sie ein Personenverband, der nur durch die Gesamtheit seiner Mitglieder handlungsfähig sei.<sup>76</sup>

Das neue Urteil des BGH hat aber gerade in diesem Punkt Veränderungen gebracht. Die Außen-GbR wird als rechtsfähig angesehen, soweit sie durch die Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet. Wenn aber der BGH nunmehr die Außen-GbR in ihrer Rechtsstellung stark der OHG und der KG angenähert hat, dann wird man von einer rechtlichen Verselbständigung auch der GbR im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des BGH ausgehen müssen. Somit ist festzuhalten, dass eine Außen-GbR fortan auch Wohnungseigentumsverwalterin sein kann.<sup>77</sup> Dies hat für die Wohnungseigentümer den Vorteil der persönlichen Haftung der Gesellschafter; für den Verwalter ist die GbR von Interesse, wenn ein Unternehmen nur mit geringem Umfang, also etwa nur nebenberuflich betrieben werden soll.<sup>78</sup> Schließlich bietet sich die Rechtsform der GbR dann an, wenn sich mehrere Verwaltungsunternehmen beispielsweise für nur ein bestimmtes Objekt zusammenschließen wollen; die kostenintensive Gründung anderer Gesellschaftsformen kann so vermieden werden.<sup>79</sup>

### 3.2.8.6 Die GbR als Handlungsbevollmächtigte und Prokuristin, §§ 48, 54 HGB

Zum **Prokuristen** kann grundsätzlich nur eine natürliche Person ernannt werden. Juristische Personen sind von der Erteilung der Prokura ausgeschlossen.<sup>80</sup> Es wird inzwischen auch anerkannt, dass den von der Vertretung ausgeschlossenen persönlich haftenden Gesellschafter einer OHG Prokura erteilt werden kann. Dies sagt aber nichts darüber aus, ob auch eine GbR als Prokurist auftreten kann. Dies ist eher abzulehnen.<sup>81</sup> Die GbR ist zwar keine juristische Person, dieser aber angenähert. Die Möglichkeit der Erteilung von Gesamtprokura (§ 48 II HGB) spricht auch nicht für die Möglichkeit, einer GbR Prokura zu erteilen. Denn der Geschäftsverkehr soll genau erkennen können, wer für das Handelsgeschäft auftreten soll. Dies ist bei einer GbR mangels Registerpublizität nicht gewährleistet. Einzelnen Gesellschaftern wird man jedoch ohne weiteres Prokura übertragen können.

<sup>74</sup> BGHZ 107, 268 ff.

<sup>75</sup> BGHZ 107, 268, 272 m.w.N.

<sup>76</sup> BGH ebenda.

<sup>77</sup> So auch *Drasdo*, Die Renaissance der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Wohnungseigentumsverwalterin, NZM 2001, S. 258, 259 f. und Palandt/*Bassenge*, § 26 WEG Rn.1, der ausdrücklich auf das Urteil des BGH vom 29.01.2001 verweist.

<sup>78</sup> *Drasdo*, S. 260.

<sup>79</sup> *Drasdo* ebenda.

<sup>80</sup> *Wagner* in: Röhrich/Graf von Westphalen, HGB, Köln, 2001, § 48 Rn. 20.

<sup>81</sup> Auch *Wagner* geht wohl davon aus, dass einer GbR keine Prokura erteilt werden kann, vgl. Kommentierung in Röhrich/Graf von Westphalen zu § 54 Rn. 12.

Einer GbR kann hingegen **Handlungsvollmacht** gemäß § 54 HGB erteilt werden.

### 3.2.8.7 Kann eine GbR „geschädigt“ sein?

Ob eine GbR vertraglich oder deliktisch Geschädigte sein kann, hängt ebenfalls davon ab, inwieweit man ihr nach der neuen Rechtsprechung des BGH Eigenständigkeit zubilligen muss. Das neue Urteil des BGH hat jedenfalls nichts daran geändert, dass das Gesellschaftsvermögen und das (Privat-) Vermögen der einzelnen Gesellschafter streng voneinander zu trennen sind. Wird die GbR geschädigt, dann ist damit der Eingriff in das gesamthänderisch gebundene Gesellschaftsvermögen gemeint. Dieses steht nach wie vor allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu, der einzelne Gesellschafter ist mit seinem Gesamthandsanteil daran beteiligt.

Ruft man sich den Kern des Urteils, die Vereinfachung der gerichtlichen Durchsetzbarkeit von Ansprüchen, in Erinnerung, so steht zumindest eines fest: Handelt es sich um eine Außen-GbR, dann kann sie unter ihrem (selbstgewählten) Namen als Partei im Prozess gerichtliche Ansprüche durchsetzen. Dazu zählen dann auch Schadensersatzansprüche wegen einer gegen das Gesellschaftsvermögen begangenen unerlaubten Handlung.

Fraglich ist allerdings die Behandlung des folgenden Falles:

Eine Außen-GbR, bestehend aus den Gesellschaftern A, B und C, beauftragt Steuerberater S mit der Erstellung einer sog. „F-Erklärung“ nach § 180 I Nr. 2a AO. Der Steuerberater berücksichtigt Verluste der Gesellschaft nicht adäquat, so dass die Gesellschafter zu hohe Einkommensteuerleistungen erbringen müssen.

Der Schaden ist im vorliegenden Fall bei den Gesellschaftern entstanden. Der Vertrag wurde aber durch die Gesellschaft geschlossen. Fraglich ist nun, ob die Gesellschafter vertragliche Schadensersatzansprüche gegen den S geltend machen können.

Es ist abzulehnen, den Schaden über die Grundsätze der sogenannten Drittschadensliquidation geltend zu machen. Denn der Schaden entsteht nicht zufällig bei den Gesellschaftern, sondern ist die zwangsläufige Folge der persönlichen Verpflichtung der Gesellschafter zur Zahlung der Einkommensteuer. Aus diesem Grunde könnte man einen vertraglichen Haftungsanspruch der einzelnen Gesellschafter aus einem **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (VSD)** herleiten.

Infolge der Annäherung des Rechts der GbR an dasjenige von OHG und KG durch die Entscheidung des BGH vom 29.01.2001 wird man die für die Personenhandelsgesellschaften entwickelten Grundsätze auch auf die GbR übertragen dürfen.

Nach einer Ansicht entfaltet insofern ein Steuerberatungs-Vertrag mit einer Mandanten-**KG** Schutzwirkung für die Gesellschafter.<sup>82</sup> Der Vertrag komme zwar mit der Gesellschaft zustande<sup>83</sup>, jedoch ist die Bilanz der KG die Grundlage für die vom Steuerberater zu fertigende einheitliche Gewinnfeststellung der Gesellschafter. Es werde also erkennbar eine Leistung zugunsten der Gesellschafter erbracht.<sup>84</sup>

Nimmt man einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte an, steht dem Dritten ein eigener vertraglicher Schadensersatzanspruch zu.<sup>85</sup> Jedoch kann sich der Steuerberater auf einen vertraglichen Haftungsausschluss, den er mit seinem Mandanten vereinbart hat, auch gegenüber dem Dritten berufen (§ 334 BGB analog). Soweit ein Steuerberater also einen Ausschluss für Ansprüche Dritter aus diesem Vertrag aufgenommen hat, müsste das ein Gesellschafter gegen sich gelten lassen. Hier wird man allerdings an der Wirksamkeit solch einer Vereinbarung zweifeln dürfen, soweit damit auch Schadensersatzansprüche der Gesellschafter umfasst sind. Fraglich ist auch, ob derjenige Gesellschafter, dem die Leistung des Steuerberaters erkennbar und primär zugute kommt, überhaupt „Dritter“ im Sinne des Haftungsausschlusses ist.

Der BGH umgeht dieses Problem.<sup>86</sup> In dem zu entscheidenden Fall schloss eine OHG mit einem Steuerberater einen Beratungsvertrag. Dieser beriet die OHG in einer Anlageentscheidung falsch, wodurch es im Vermögen der Gesellschafter zu einem Schaden kam. Das Gericht stellte klar, dass die OHG keine juristische Person sei. Träger der im Namen der Gesellschaft begründeten Rechte und Pflichten sei nicht ein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt, sondern die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit. Auch dann, wenn eine OHG einen Steuerberater mit der Erledigung gesellschaftseigener steuerlicher Angelegenheiten beauftragt, komme ein Vertragsverhältnis zwischen dem Beauftragten und sämtlichen Gesellschaftern zustande.<sup>87</sup> Der BGH gewährte insofern den einzelnen Gesellschaftern einen vertraglichen Schadensersatzanspruch.

Es bleibt festzuhalten, dass die Problematik kontrovers diskutiert wird. Allerdings wollte der BGH durch die Veränderung der Rechtsprechung zur GbR die Rechte der Gesellschafter eher verstärken als beschneiden. Man wird also davon ausgehen dürfen, dass die Gesellschafter der GbR gerade in der im Beispielfall fraglichen Konstellation einen eigenen Schadensersatzanspruch gegen den Steuerberater haben. Dies lässt sich m.E. dogmatisch sauberer über die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte als über die dargestellte Rechtsprechung des BGH begründen.

---

<sup>82</sup> Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 3. Auflage, Herne, Berlin, 1998, Rn. 450.

<sup>83</sup> Gräfe/Lenzen/Schmeer, ebenda.

<sup>84</sup> Gräfe/Lenzen/Schmeer, ebenda.

<sup>85</sup> Palandt/Heinrichs, § 328 Rn. 19.

<sup>86</sup> BGH, Urteil vom 7.10.1987, NJW 1988, 556.

<sup>87</sup> BGH ebenda.

### 3.3 Organschaft und Vertretung

#### 3.3.1 Allgemeines

Hier sind zunächst drei Begriffe auseinander zu halten: Die Geschäftsführung regelt das Tätigwerden der Gesellschafter im Innenverhältnis und umfasst jede Maßnahme, die der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks dient. Die Maßnahmen können das Innen- und das Außenverhältnis betreffen. ‚Vertretung‘ betrifft demgegenüber die Frage, inwieweit Gesellschafter nach außen durch die Teilnahme am Rechtsverkehr mit unmittelbarer Wirkung für die Gesellschaft handeln können. Die Organschaft befasst sich mit der inneren Organisation der Gesellschaft. Organe gibt es grundsätzlich nur bei juristischen Personen, etwa den Vorstand eines Vereins. Sie treten für die juristische Person nach außen auf und machen diese handlungsfähig. Will man nun den Begriff der Organschaft auch für die rechtsfähige GbR einführen, dann ist als Organ zum einen der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmte vertretungsberechtigte Geschäftsführer anzusehen. Fehlt eine solche vertragliche Bestimmung, muss als Organ der GbR die Gesamtheit ihrer Gesellschafter gelten.<sup>88</sup> Es wird im Folgenden noch zu zeigen sein, dass die Vorschrift des § 31 BGB, der die Haftung des Vereins für deliktische Handlungen seiner Organe regelt, nun auch für die GbR gelten muss. Auch dies spricht für die Anerkennung einer Organschaft innerhalb der GbR.

Nach der gesetzlichen Regelung sind im Zweifel alle Gesellschafter gemeinschaftlich zur Geschäftsführung der Gesellschaft befugt (§ 709 BGB). Allerdings kann durch Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt werden. In der Praxis wird zumeist die Geschäftsführung auf einen oder auf wenige Gesellschafter übertragen, die dann im Zweifel auch vertretungsberechtigt sind (vgl. insofern § 714 BGB). Von der Ausgestaltung der Vertretungsmacht hängt auch die Empfangszuständigkeit für Willenserklärungen ab, die der Gesellschaft gegenüber abgegeben werden. Damit ist die passive Vertretungsmacht gemeint. Abzustellen ist auf den allgemeinen Rechtsgedanken des § 28 II BGB.<sup>89</sup> Empfangszuständig ist danach jeder Vertreter der Gesellschaft. Bei Vertretung durch mehrere genügt also die Abgabe der Erklärung, etwa eines Angebots zum Abschluss eines Kaufvertrages, gegenüber einem Vertreter.

#### 3.3.2 Vertretungsbefugnisse und Haftung

Die Vertretungsbefugnisse bei einer Gesellschaft hängen unmittelbar mit der Frage zusammen, wer Schuldner der Verbindlichkeiten aus den abgeschlossenen Verträgen ist und wer für diese Verbindlichkeiten haften muss. Nach der früher vorherrschenden **Theorie von der Doppelverpflichtung** begründete der für die Gesellschaft handelnde Geschäftsführer im Zweifel nicht nur eine Schuld der Gesamthand, sondern daneben auch eine solche der Gesellschafter persönlich.<sup>90</sup> Hiernach schuldet also nicht nur die Gesellschaft die Leistung, sondern auch die Gesellschafter persönlich und insofern haften sie auch.

<sup>88</sup> So auch *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, S. 330, 332.

<sup>89</sup> Vgl. *Palandt/Sprau*, § 714 Rn. 4.

<sup>90</sup> *Ulmer* in: *Münchener Kommentar zum BGB (MüKo)*, 3. Auflage, München 2002, § 714 Rn. 26, 30.

Diese Theorie wird man nach der Rechtsprechungsänderung als überholt ansehen müssen. Der BGH hat für die GbR die akzessorische Gesellschafterhaftung nach dem Vorbild der OHG bejaht und sich damit der sogenannten **Akzessorietätstheorie** stark angenähert. Diese sieht in der GbR eine eigenständige Rechtsperson, die primär aus dem Schuldverhältnis berechtigt und verpflichtet wird. Die Gesellschafter selbst sind zwar nicht Schuldner, sie *haften* aber kraft Gesetzes gegenüber Dritten generell für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft,<sup>91</sup> und zwar „akzessorisch“ nach dem Vorbild des § 128 HGB. Das bedeutet, die Gesellschafter haften unmittelbar persönlich und unbeschränkt, aber in Abhängigkeit vom Bestand der Gesamthandsschuld.

## 3.4 Haftungsverfassung

### 3.4.1 Haftung aus Rechtsgeschäft

Haftungsrechtliche Konsequenz der Entscheidung vom 29.01.01 ist die Angleichung der GbR an die Haftungsverfassung der oHG. Insbesondere hat der BGH eine akzessorische Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft in analoger Anwendung des § 128 HGB angenommen. Grundsätzlich haften die Gesellschafter einer GbR daher akzessorisch in voller Höhe mit ihrem Privatvermögen. Akzessorische Haftung bedeutet, dass die Haftung der Gesellschafter von der Schuld der Gesellschaft abhängt. Ansonsten ist die Haftung aber eine primäre. Das heißt, der Gesellschaftsgläubiger muss nicht zunächst Befriedigung durch Rückgriff auf das Gesellschaftsvermögen suchen, sondern kann sich gleich an einen Gesellschafter halten. Ein Beispiel:

Eine GbR hat bei einer Bank ein Darlehen über 100.000 € aufgenommen. Das Gesellschaftsvermögen reicht aber nur zur Rückzahlung von 50.000 € aus.

Die Gesellschafter haften für diesen Fehlbetrag, nicht aber für die ursprüngliche Darlehenssumme, mit ihrem gesamten Privatvermögen. Dabei kann die Bank wegen des Grundsatzes der akzessorischen Haftung jeden einzelnen Gesellschafter auf die volle Höhe in Anspruch nehmen. Sie hätte sogar ohne vorherigen Rückgriff auf das Gesellschaftsvermögen sofort die gesamten 100.000 € von einem Gesellschafter verlangen können. Der in Anspruch Genommene kann nur im Innenverhältnis anteiligen Rückgriff bei seinen Mitgesellschaftern nehmen.

Wie können sich nun die einzelnen Gesellschafter gegen eine persönliche Inanspruchnahme zur Wehr setzen? Für OHG-Gesellschafter gilt: **Einwendungen gegen die persönliche Inanspruchnahme** kann ein oHG-Gesellschafter nur im Rahmen des § 129 HGB vorbringen. Soweit Einwendungen eines Gesellschafters nicht in seiner Person liegen, kann er diese nur vorbringen, wenn sich auch die Gesellschaft auf sie (noch) berufen könnte. Der Gesellschafter kann eine Befriedigung des Gläubigers auch solange verweigern, wie die Gesellschaft noch die Möglichkeit hat, das zugrundeliegende Rechtsgeschäft anzufechten. Auf jeden Fall kann sich der Gesellschafter wegen seiner primären Haftung nicht darauf berufen, dass der Gläubiger zunächst die Gesellschaft in Anspruch nehmen solle. Es liegt der

<sup>91</sup> so diese Auffassung zusammenfassend BGH NJW 1999, S. 3483, 3485 m.w.N., insb. Hinweis auf *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1977, S. 286, 327.

Schluss nahe, dass bei einer Annäherung der Haftungsverfassung der GbR an diejenige der OHG auch die Vorschrift des § 129 auf GbR-Gesellschafter Anwendung finden muss. Hierzu folgendes Beispiel:

A ist Gesellschafter der A,B,C GbR. Die Gesellschaft zahlt einen von der B-Bank aufgenommenen Kredit nicht rechtzeitig zurück. Die B-Bank nimmt daraufhin den A wegen einer Darlehensforderung nach Maßgabe seiner Haftungsquote in Höhe von 100.000 EURO in Anspruch.

A wendet ein

1. er müsse nicht zahlen, weil der zugrundeliegende Darlehensvertrag wegen Vereinbarung von Wucherzinsen gemäß § 138 Abs. 2 BGB nichtig sei.
2. er müsse nicht zahlen, weil der GbR gegen die Bank ein fälliger Kaufpreisanspruch aus Grundstückskaufvertrag in Höhe der von der B-Bank geltend gemachten Forderung zusteht.
3. Er müsse nicht zahlen, weil die GbR aufgrund einer arglistigen Täuschung durch einen Mitarbeiter der B-Bank berechtigt sei, den Darlehensvertrag anzufechten.
4. er müsse nicht zahlen, weil er persönlich gegen die B-Bank einen fälligen Anspruch auf Zahlung von 100.000 EURO habe und insofern aufrechne.

In den Varianten 1 und 2 dringt A mit seinen Einwänden durch. Die Gesellschaft, die ja Vertragspartnerin der B-Bank geworden ist, kann einwenden, dass der zugrundeliegende Vertrag nichtig ist und insofern vertragliche Ansprüche nicht bestehen (vgl. § 129 I HGB). Er kann auch einwenden, dass die B-Bank sich durch Aufrechnung gegen den fälligen Kaufpreisanspruch der GbR befriedigen könne (§ 129 III HGB).

In der Variante 3 kommt es darauf an, ob die Anfechtungsfrist des § 124 BGB noch eingehalten werden kann. Sie beträgt ein Jahr ab Entdeckung der Täuschung. Ist die Frist bereits verstrichen, kann die GbR den Darlehensvertrag nicht mehr anfechten, so dass kein Fall des § 129 II (mehr) vorliegt.

Im Fall der Variante 4 dringt A mit seiner Einwendung wiederum in voller Höhe durch.<sup>92</sup> Die Aufrechnung mit persönlichen Forderungen ist unproblematisch möglich, wohingegen die GbR nicht mit einer persönlichen Forderung eines Gesellschafters aufrechnen könnte. Dies folgt aus der Aufrechnungslage und nicht aus der Akzessorietät der Haftung. Die Aufrechnung des A führt zu einem Regressanspruch gegen die Gesellschaft.

### 3.4.2 Haftung aus gesetzlichen Schuldverhältnissen

#### 3.4.2.1 Deliktische Haftung

Für gemeinsam begangene unerlaubte Handlungen haften die Gesellschafter einer GbR unproblematisch nach den §§ 823 ff., 830, 840 BGB. Fraglich ist hingegen, ob und wie die unerlaubte Handlung eines einzelnen Gesellschafters den

<sup>92</sup> Vgl. hierzu Fall bei *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1416.

Mitgesellschaftern zuzurechnen ist. Für die Frage der deliktischen Haftung der GbR ist an § 31 BGB, nicht aber an § 831 BGB anzuknüpfen.<sup>93</sup> Gemäß § 31 BGB muss ein Verein für eine unerlaubte Handlung etwa eines Vorstandsmitglieds eintreten, wenn die Handlung im Rahmen der Aufgabenverrichtung erfolgte. Nach der Entscheidung vom 29.01.01 wird man § 31 BGB auch auf die GbR anwenden müssen.<sup>94</sup> Die GbR haftet dann mit ihrem Gesellschaftsvermögen für deliktische Verfehlungen ihrer Gesellschafter.

Eine persönliche Haftung der Gesellschafter ist allerdings nach wie vor abzulehnen.<sup>95</sup> Sie kommt nur in Betracht, wenn ein entsprechender gesetzlicher Verpflichtungsgrund nicht nur gegenüber der Gesamthand, sondern auch gegenüber den Gesellschaftern persönlich gegeben ist, was man in der Regel verneinen muss.<sup>96</sup> Zwar führt die Zurechnung über § 31 BGB zu einer Haftung der Gesamthand gemäß § 840 BGB neben dem deliktisch Handelnden, für eine Ausdehnung der Haftung des § 31 BGB auf die Mitgesellschafter fehlt aber eine Rechtsgrundlage.<sup>97</sup>

### 3.4.2.2 Ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. BGB)

Ungerechtfertigt bereichert ist in der Regel derjenige, der auf Grund einer vermeintlichen rechtlichen Verpflichtung (z.B. auf Grund eines Vertrages) eine Leistung erhalten und sich diese Verpflichtung im Nachhinein als nicht existent herausgestellt hat. Der BGH hat die Gesellschafterhaftung aus ungerechtfertigter Bereicherung der Gesellschaft bejaht.<sup>98</sup> Diesem Ergebnis ist zuzustimmen. Es ergibt sich aber entgegen der damaligen komplizierten Begründung des BGH nach der neuen Rechtsprechung schon aus der analogen Anwendung des § 128 HGB. Die Gesellschafter haften für Verbindlichkeiten aus Bereicherungsrecht auch privat mit ihrem Vermögen. Entsprechend sind die Haftungserwartungen der Vertragspartner. Der Anspruch aus Bereicherungsrecht ist als Teil eines Rückabwicklungsverhältnisses die Konsequenz eines - aus welchen Gründen auch immer - gescheiterten Vertrags, bei dem es schon zu einem Leistungsaustausch gekommen ist. Der Vertragspartner erwartet nun von den Gesellschaftern einer GbR nicht nur eine persönliche Haftung für die Vertragserfüllung, sondern geht auch davon aus, dass sich diese Haftung auf ein eventuelles Rückabwicklungsverhältnis erstreckt.<sup>99</sup> Wurde für das ursprüngliche Rechtsgeschäft eine Haftungsbeschränkung vereinbart (vgl. hierzu sogleich 3.3.3), dann muss sich diese auch auf den bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruch erstrecken. Mit einer darüber hinausgehenden Haftung der Gesellschafter kann und darf der andere Teil in einem solchen Fall nicht rechnen.

<sup>93</sup> vgl. MüKo/Ulmer, § 705 Rn. 215.

<sup>94</sup> Andere Ansicht noch Palandt/Heinrichs, § 31 Rn. 1.

<sup>95</sup> Vgl. Altmeyden, Haftung der Gesellschafter einer Personengesellschaft für Delikte, NJW 1996 S. 1017 ff.; auch der BGH hat die persönliche Haftung der Mitgesellschafter abgelehnt, vgl. BGHZ 45, 311.

<sup>96</sup> MüKo/Ulmer, § 714 Rn. 53.

<sup>97</sup> MüKo/Ulmer a.a.O.

<sup>98</sup> NJW 1983, 1905 und NJW 1985, 1828, zit. bei K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 60 III S. 1802.

<sup>99</sup> MüKo/Ulmer, § 714 Rn. 56.

### 3.4.2.3 Kann sich ein Gesellschafter von der persönlichen Haftung befreien?

Die neue Rechtsprechung wirkt sich nicht unmittelbar auf die Frage der Haftungsbeschränkung aus. Denn auch eine akzessorische Haftung nach § 128 HGB ist grundsätzlich eine unbeschränkte Haftung der Gesellschafter mit ihrem gesamten Privatvermögen. Es muss also geklärt werden, wie sich ein Gesellschafter einer GbR von einer persönlichen Inanspruchnahme befreien kann. Dies kann durch Freizeichnungsklauseln oder etwa die Vereinbarung einer quotalen Haftung geschehen.

Die **quotale Haftung** von BGB-Gesellschaftern ist besonders bei Bauverträgen gebräuchlich und anerkannt.<sup>100</sup> Hier erfolgt die Haftungsbeschränkung nicht durch eine Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen, sondern der Gesellschafter haftet neben dem Gesellschaftsvermögen mit seinem Privatvermögen, allerdings nur „quotal“, nämlich beschränkt auf seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen. Eine (nachrangige) gesamtschuldnerische Haftung für die Quoten der Mitgesellschafter ist dabei in der Regel ausgeschlossen. Dies besagt aber nichts in Bezug auf die konkrete Haftungshöhe. Für eine Schuld von 1 Mio € muss beispielsweise ein Gesellschafter mit einem Gesellschaftsanteil in Höhe von 10 % mit einer Summe von 100.000 € haften. Dies übersteigt ggf. bei weitem seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Zusätzlich sollte also eine Haftungshöchstgrenze, etwa in Höhe der Einlage, vereinbart werden. Zu beachten ist, dass eine allgemeine Haftungsbegrenzung an § 128 Satz 2 HGB scheitert. Haftungsbegrenzungen können also nur im individualvertraglichen Einzelfall vorgenommen werden. Dabei ist darauf zu achten, dass die Haftungsbeschränkungsklausel nicht durch Verwendung in einer Mehrzahl von Verträgen zu einer AGB-Klausel mutiert. Denn es kommt gerade auf die individualvertragliche Vereinbarung an.

Eine entsprechende Haftungsbegrenzung im Gesellschaftsvertrag für das Innenverhältnis ist nicht zwingend erforderlich, aber zu empfehlen.

### 3.4.3 Haftungsbeendigung und Verjährung

Die Frage, wann bei Ausscheiden eines Gesellschafters dessen Haftung endet, ist unabhängig von der neuen Rechtsprechung bereits durch den Gesetzgeber in Anlehnung an das Recht der OHG geregelt worden. Für Haftungsfragen ist insofern § 736 Abs. 2 BGB in Verbindung mit der in § 160 HGB geregelten Nachhaftungsbegrenzung beachtlich:<sup>101</sup> Der ausgeschiedene Gesellschafter haftet für die bis zum Zeitpunkt seines Ausscheidens begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten, wenn sie vor Ablauf von 5 Jahren fällig werden und daraus Ansprüche gegen ihn gerichtlich geltend gemacht sind oder er den Anspruch

<sup>100</sup> Vgl. BGH NJW 1979, S. 2101 für die anteilmäßige Haftung der Wohnungseigentümer bei gemeinschaftlicher Errichtung einer Wohnungseigentumsanlage entgegen der Regelung des § 427 BGB; BGH NJW 1997, S. 1580 f. mit Anmerkungen *K.Schmidt*, Quotenhaftung von BGB-Gesellschaftern, NJW 1997, S. 2201 ff.

<sup>101</sup> Für den Fall der **Auflösung der Gesellschaft** gilt § 159 HGB analog. § 736 II BGB verweist nicht auf diese Vorschrift, die analoge Anwendung ist aber wegen der entstehenden Regelungslücke geboten (*MüKo/Ulmer* § 736 Rn. 19). Danach verjähren Ansprüche von Gläubigern der Gesellschaft gegen einzelne Gesellschafter in 5 Jahren, wenn nicht der Anspruch gegen die Gesellschaft einer kürzeren Verjährungsfrist unterliegt.

schriftlich anerkannt hat. Dies gilt auch für Dauerschuldverhältnisse mit gewissem oder ungewissem Verlauf in der Zukunft. Sie sind ohne Differenzierung als Verbindlichkeiten im Sinne des § 160 Abs. 1 HGB anzusehen.<sup>102</sup> Bei kündbaren Dauerschuldverhältnissen besteht eine Nachhaftung nicht nur bis zum Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger der Gesellschaft frühestens kündigen konnte. Die Nachhaftung wird durch § 160 HGB abschließend geregelt.

Die Frist beginnt mangels Handelsregistereintragung des Ausscheidens des betreffenden Gesellschafters mit dem Zeitpunkt, in dem die Gläubiger vom Ausscheiden des Gesellschafters Kenntnis erlangen.<sup>103</sup> Dies kann in der Praxis durch Rundschreiben erfolgen.<sup>104</sup> Auf die Kenntniserlangung ist abzustellen, weil wegen der mangelnden Handelsregisterpublizität bei der GbR in Ansehung der insofern fehlenden Informationsfunktion gegenüber Gläubigern und Rechtsverkehr ein ähnlicher Publizitätsschritt erforderlich ist.<sup>105</sup>

Die Verjährungsregelungen haben sich durch das Inkrafttreten des Schuldrechtsreformgesetzes zum 1. Januar 2002 geändert. Dies hat aber nichts mit der neuen Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit der GbR zu tun. Die allgemeine Verjährung schuldrechtlicher und deliktischer Ansprüche beträgt nunmehr drei Jahre (§ 195 BGB). Ansprüche auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück sowie auf Begründung, Übertragung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder auf Änderung des Inhalts eines solchen Rechts sowie die Ansprüche auf die Gegenleistung verjähren in zehn Jahren (§ 196 BGB). In § 197 BGB ist eine dreißigjährige Verjährungsfrist geregelt. Interessant ist insofern die Regelung des Übergangsrechts. Denn Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB bestimmt: Ist die Verjährungsfrist nach dem neuen Recht kürzer als nach altem, so wird die kürzere Frist berechnet, allerdings erst vom 1. Januar 2002 an (erst ab diesem Zeitpunkt beginnt die Frist zu laufen). Läuft jedoch die Verjährungsfrist nach altem Recht früher ab, als diejenige nach neuem Recht, dann ist die Verjährung mit dem Ablauf der Frist nach altem Recht vollendet.

Also: Zunächst ist zu prüfen, welche Verjährungsfrist –abstrakt gesehen– kürzer ist. Ist dann § 6 Abs. 4 anwendbar, muss noch konkret geprüft werden, ob nicht die längere Verjährungsfrist früher ablaufen würde. Zu beachten ist aber § 6 Abs. 1 Satz 1: Was verjährt ist, bleibt verjährt. Die Verjährungsvorschriften des neuen BGB finden (nur) auf die zum 1.1.2002 bestehenden und noch nicht verjähren Ansprüche Anwendung. Es kommt also auf den jeweiligen Einzelfall an, ob ein Anspruch des Gläubigers verjährt ist oder nicht.

### 3.4.4 Tod der „GbR mit beschränkter Haftung“

Der BGH hat sich in einer neueren Entscheidung eindeutig ablehnend zur Rechtsfigur der GbR m.b.H. geäußert: „*Die Gesellschafter einer GbR haften kraft*

<sup>102</sup> BGH, Urt. v. 27.9.1999, DNotI-Report 2000, S. 11.

<sup>103</sup> Für die GbR ist dies wohl allgemeine Meinung, vgl. nur Palandt/*Sprau*, § 736 Rn. 14. Bei den Personenhandelsgesellschaften wird nach allgemeiner Meinung nur auf die Handelsregistereintragung abgestellt. Hiergegen wendet sich *Altmeppen* (Zur Enthaltung des ausscheidenden Personengesellschafters, NJW 2000, S. 2529 ff.) mit ausführlicher Begründung: Die Eintragung in das Handelsregister sei nur deklaratorischer Natur, als Grundsatz der Registerpublizität gelte, dass sämtliche Publikationsakte durch positive Kenntnis des Dritten ersetzt werden könnten.

<sup>104</sup> So *MüKo/Ulmer*, § 736 Rn. 23; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 II 5, S. 1315.

<sup>105</sup> Vgl. *MüKo/Ulmer* a.a.O.

Gesetzes für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft auch persönlich und mit ihrem Privatvermögen.“<sup>106</sup> Nach Auffassung des Gerichts kann eine Haftungsbeschränkung nicht durch einen Namenszusatz oder einen anderen, den Willen, nur beschränkt zu haften, verdeutlichenden Hinweis erreicht werden. Sie ist nur im Wege einer mit dem Vertragspartner individualvertraglich getroffenen Vereinbarung möglich.<sup>107</sup> Der BGH begründet seine Auffassung mit rechtssystematischen Argumenten: Die bei Gesellschaftsformen mit beschränkter Haftung vorgesehenen Sicherungen wie Registerpublizität und Mindestkapital dürften nicht unterlaufen werden. Eine „GbR mbH“ wird es also in Zukunft nicht mehr geben.

Dies war nicht unbedingt neu: Durch Entscheidung vom 25.06.1992<sup>108</sup> wurde judiziert:

*Die zwischen anderen Angaben versteckt am unteren Rand des Briefbogens einer – in der Rechtsform der GbR – bestehenden Anwalts-, Wirtschaftsprüfer- und Steuerberater-Sozietät befindliche Hinweis, „Gesellschaft bürgerlichen Rechts (mit beschränkter Gesellschafterhaftung)“ ist schon deshalb nicht geeignet, eine Haftungsbeschränkung herbeizuführen, weil er nicht ohne weiteres erkennbar ist. Die Verwendung ... verstößt gegen § 1 UWG.*

Die Steuerrechtler haben darauf reagiert. Sie erklärten diese „unglückliche Rechtsfigur“ für abgeschafft per 31.12.2000<sup>109</sup>, dann noch gnadenhalber verlängert bis zum 31.12.2001. Dabei handelte es sich aber um eine „vorsätzlich steuerschädliche“ Konstruktion; durch diese Haftungsbeschränkung wollte man in die gewerblich geprägte Personengesellschaft des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG, ohne den entsprechenden registerrechtlichen Anforderungen genügen zu müssen.

### 3.4.5 Behandlung von Alt-Fällen bei Geschlossenen Immobilienfonds

In einer ganz neuen Entscheidung hat sich der BGH zur haftungsrechtlichen Behandlung von Alt-Fällen bei Geschlossenen Immobilienfonds in GbR-Form geäußert.<sup>110</sup> Bis zu dieser Entscheidung herrschte auf dem Immobiliensektor insbesondere bei Initiatoren und Anlegern größte Unruhe, weil die bisher geläufigen Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung (GbR mbH, AGB-Klauseln, Haftungsbeschränkung durch Gesellschaftsvertrag) durch den BGH insbesondere durch die bereits bei 3.4.4 zitierte Entscheidung<sup>111</sup> für unzulässig erklärt wurden. Nunmehr hat der Zweite Senat entschieden, dass sich aus Gründen des Vertrauensschutzes Anlagegesellschafter bereits existierender geschlossener Immobilienfonds in der Rechtsform der GbR für die vor diesem Urteil (**Stichtag also der 27.09.1999**) abgeschlossenen Verträge weiterhin auf eine im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Haftungsbeschränkung berufen könnten. Allerdings müsse diese Haftungsbeschränkung dem Vertragspartner mindestens erkennbar gewesen sein.

<sup>106</sup> BGH, Urteil v. 27.9.1999, II ZR 371/98, NJW 1999, S. 3483, 3484.

<sup>107</sup> BGH ebenda.

<sup>108</sup> I ZR 120/90 SIS 92 21 56

<sup>109</sup> BMF Schreiben 18.07.2000 BStBl 2000 I 1198; ergänzt durch FinMinBayern vom 20.12.2000, DB 2001,89; Vertrauensschutz verlängert bis 31.12.2001 durch BMF 28.08.2001 BStBl 2001 I 614

<sup>110</sup> BGH Urteil vom 21.01.2002, NJW 2002, 1642.

<sup>111</sup> BGH, Urteil v. 27.9.1999, II ZR 371/98, NJW 1999, S. 3483.

Darüber hinaus hat der Zweite Senat statuiert, dass die persönliche Haftung der Anlagegesellschafter für nach der Rechtsprechungsänderung rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten des Immobilienfonds wegen der Eigenart derartiger Fonds als reine Kapitalanlagegesellschaften auch durch wirksam in den Vertrag einbezogene AGB-Klauseln eingeschränkt oder ausgeschlossen werden könne. Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 BGB (bzw. nach altem Recht § 9 AGBG ) könne darin nicht gesehen werden.

Praktische Konsequenz für Alt-Fonds ist also das Bestehenbleiben vertraglicher Haftungsbeschränkungen, wenn diese für den Vertragspartner zumindest erkennbar waren. Wird aktuell ein Immobilienfonds in der Form der GbR neu aufgelegt, dann kann entgegen der Rechtsprechung des BGH zur gewöhnlichen GbR eine Haftungsvereinbarung auch durch AGB-Klauseln in den Verträgen mit den jeweiligen Vertragspartnern getroffen werden, ohne dass von vornherein das Risiko einer Unwirksamkeit der Klauseln wegen einer unangemessenen Benachteiligung besteht.

## 4. Steuerrecht

Die GbR ist Steuerschuldner, wenn sie Steuersubjekt ist. Für Steuerschulden der Gesellschaft haften die Gesellschafter persönlich.<sup>112</sup> Die ältere Rechtsprechung wendete hier die Doppelverpflichtungstheorie an und statuierte, dass die Haftung des einzelnen Gesellschafters dessen Mitwirkung an der Gestaltung, die den Steuertatbestand ausgelöst habe, erfordere.<sup>113</sup> Die Haftung wurde in erster Linie auf § 191 AO in Verbindung mit §§ 714, 421, 427 BGB gestützt.<sup>114</sup> Nach der neuen Rechtsprechung werden sich auch die Finanzgerichte der Akzessorietätstheorie annähern müssen.<sup>115</sup> Das ändert im Ergebnis aber nichts an der Haftung der Gesellschafter. Sie haften für die Steuerschuld akzessorisch mit ihrem gesamten Privatvermögen. Der BGH hat in der Entscheidung zur Verwerfung der GbR „mbH“ ausgeführt, dass eine Haftungsbeschränkung nur durch Individualvereinbarung getroffen werden könne. Steuerschulden sind aber gesetzliche Schulden. Für individualvertragliche Haftungsbeschränkungen ist daher angesichts des gesetzlichen Steuertatbestandes kein Raum. Anders als bei einem gesetzlichen Bereicherungsanspruch handelt es sich auch nicht um die Rückabwicklung eines gescheiterten Vertragsverhältnisses, aus dem der Vertragspartner ggf. nur eine beschränkte Haftung der Gesellschafter erwarten durfte (vgl. oben 3.3.2.2). Eine unbeschränkte und akzessorische Haftung der Gesellschafter für Steuerschulden der Gesellschaft ist durch den BFH bereits anerkannt worden, diese Haftung erfasst auch die steuerlichen Nebenleistungen.<sup>116</sup>

Zwar ist im Steuerrecht die Figur der GbR mbH in gewisser Weise anerkannt worden. Diese Anerkennung wird aber im Lichte der Rechtsprechungsänderung kritisch zu hinterfragen sein. Man wird also künftig davon ausgehen müssen, dass die BGB-

<sup>112</sup> Palandt/*Sprau*, § 714 Rn. 13.

<sup>113</sup> BFH DStR 1995, 1351.

<sup>114</sup> BFH ebenda; *Ulmer*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft, Kommentar, 3. Auflage, München 1997, § 714 Rn. 57; vgl. auch zusammenfassend BVerwG NJW 1994,602,603.

<sup>115</sup> Vgl. hierzu schon OLG Hamm, WM 1989, S. 1572, 15

<sup>116</sup> BFH Urt. vom 17.10.2001 II R 67/98, BFH/NV 2002, S. 610

Gesellschafter für Steuerschulden der Gesellschaft akzessorisch unbeschränkt mit ihrem Privatvermögen haften, wie dies in den zitierten Urteil bereits deutlich wird.

#### **4.1 Die GbR in UStG und GewStG**

Unternehmer im Sinne des UStG kann jedes selbständig tätige Wirtschaftsgebilde sein, das nachhaltig Leistungen gegen Entgelt ausführt. Dabei kommt es weder auf die Rechtsform, noch auf die Rechtsfähigkeit des Leistenden an. Auch eine GbR kann daher Unternehmer sein. Dies gilt unabhängig von der neuen Rechtsprechung des BGH. Eine GbR, die als Unternehmer im Sinne von § 2 UStG anzusehen ist, ist auch Schuldner der USt (vgl. §§ 1 I Nr. 1, 13 II Nr.1 UStG).

Eine explizite Regelung gibt es für die Gewerbesteuer in § 5 I 3 GewStG: Ist die Tätigkeit einer Personengesellschaft Gewerbebetrieb, so ist Steuerschuldner die Gesellschaft. Die akzessorische Haftung der Gesellschafter, wie sie der BGH nun für das bürgerliche Recht annimmt, führt diesbezüglich zu keinen Unterschieden. Die GbR schuldet die Steuern und die Gesellschafter müssen nach Maßgabe des § 191 AO dafür einstehen.

#### **4.2 Die GbR bei der Bauabzugsteuer**

Durch die Einführung der Bauabzugsteuer nach den §§ 48 ff. EStG ergeben sich Konsequenzen im Umgang mit einer GbR, die als Leistender einer Bauleistung anzusehen ist.<sup>117</sup> Der Leistungsempfänger (also in der Regel der Auftraggeber oder Besteller der Bauleistung) ist grundsätzlich verpflichtet, von der Vergütung einen Steuerabzug in Höhe von 15% einzubehalten und an das zuständige Finanzamt abzuführen. Der Leistungsempfänger haftet nach § 48a Abs. 3 Satz 1 EStG für nicht ordnungsgemäß abgeführte Abzugbeträge. Davon kann er sich befreien, wenn ihm der Bauunternehmer eine Freistellungsbescheinigung vorlegt, vgl. § 48 Abs. 2 Satz 1 EStG.

Nach einer neuen (noch unveröffentlichten) Anordnung der Finanzverwaltung soll Leistender im Sinne von §§ 48 ff. EStG nur sein, wer Bauherr im Sinne des Bauherrenenerlasses<sup>118</sup> ist. Bauherr ist nur, wer auf eigene Rechnung und Gefahr ein Gebäude baut oder bauen lässt und das Baugeschehen beherrscht. Dabei muss er das umfassend zu verstehende Bauherrenwagnis, also das wirtschaftliche und für die Durchführung des Bauvorhabens typische Risiko tragen. Eine Fondsgesellschaft kann Bauherr sein, wenn das der Errichtung des Fondsobjekts zugrundeliegende konkrete Vertragswerk von einem Gesellschafter der Fondsgesellschaft in seiner Eigenschaft als Gesellschafter entwickelt worden ist. Dabei darf dieser Gesellschafter wegen des Verbots des Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten (§ 42 AO) nicht nur aus steuerlichen Gründen Gesellschafter der Fondsgesellschaft sein.

Sollte tatsächlich eine umfassende Beschränkung der Bauabzugsteuer auf Bauherren in diesem Sinne gewollt sein, bedeutet dies die praktische Unanwendbarkeit der §§ 48 ff. EStG und der Zweck des Gesetzes würde in Frage gestellt.

---

<sup>117</sup> Grundsätzlich zur Handhabung der Bauabzugsteuer: BMF-Schreiben vom 1.11.2001.

<sup>118</sup> Vom 31. August 1990, Steuererlasse § 21/4

Zu beachten ist, dass § 48 EStG durch Gesetz vom 23.11.2001<sup>119</sup> dahingehend geändert worden ist, dass Vermieter von nicht mehr als zwei Wohnungen von der Bauabzugsteuer befreit sind.

Ist eine Freistellungsbescheinigung hingegen erforderlich, führt auch hier die fehlende Registerpublizität der GbR zu Problemen bei der praktischen Handhabung der Freistellungsbescheinigungen. Es ist nach deutschem Recht – wie bereits oben dargestellt – nämlich möglich, personenidentische BGB-Gesellschaften zu gründen. Der Leistungsempfänger darf sich nun nicht einfach auf eine ihm vorgelegte Freistellungsbescheinigung verlassen, sondern ist zur Prüfung verpflichtet, ob der in der Bescheinigung Ausgewiesene tatsächlich der Leistende ist. Für die Nachprüfbarkeit der Identität einer GbR fehlen aber bis jetzt noch verlässliche Anhaltspunkte. Ein Register gibt es gerade nicht und unter einer „Firma“ handelt die GbR ebenfalls nicht. Zwar gibt es grundsätzlich die Möglichkeit, beim Bundesamt für Finanzen über Internet die Gültigkeit der Freistellungsbescheinigung nachzufragen. Dazu muss der Leistungsempfänger die Freistellungsbescheinigung mindestens in Kopie vor sich haben, aus der sich Finanzamt, Steuernummer und Sicherheitsnummer ergeben. Wenn die Steuernummer für den Steuerabzug nunmehr auch im Internet auf jemanden verweist, der im Werkvertrag dem Leistungsempfänger gar nicht bekannt ist, so kann dieser aus dem Internet gerade keine Bestätigung darüber erhalten, dass eine gültige Freistellungsbescheinigung vorliegt. Eine Lösung für dieses Problem ist noch nicht in Sicht.

### 4.3 Grunderwerbsteuer

Ein Grunderwerbsteuer auslösender Tatbestand liegt vor, wenn ein inländisches Grundstück durch Rechtsgeschäft oder auf sonstige Weise von einem auf einen anderen Rechtsträger übertragen wird. Das GrEStG hat hierzu eigenständige Regelungen getroffen, die unabhängig von der neuen Rechtsprechung ihre Gültigkeit behalten. Denn die GbR war auch schon vor der neuen Entscheidung des BGH Steuerschuldner der GrESt.<sup>120</sup> Da nämlich Gesamthandsgemeinschaften Eigentum an Grundstücken erwerben können, werden sie im Grunderwerbsteuerrecht als selbständige Rechtsträger angesehen. Es kommt insofern nicht darauf an, ob die Gesellschafter im Grundbuch eingetragen sind. Die Gesellschafter einer GbR haften für diese Steuerschulden, soweit sie zur Zeit der Verwirklichung des Grunderwerbsteuertatbestandes Gesellschafter der GbR waren.<sup>121</sup>

#### 4.3.1 Gesellschafterwechsel, § 1 Abs. 2a und § 1 Abs. 3 GrEStG

Nach § 1 Abs. 2a GrEStG wird Grunderwerbsteuer fällig, wenn bei einer Personengesellschaft (also auch einer GbR), zu deren Vermögen ein inländisches Grundstück gehört, innerhalb von 5 Jahren der Gesellschafterbestand unmittelbar oder mittelbar (etwa bei Einschaltung von Treuhändern) dergestalt verändert wird, dass mindestens 95 % der Anteile auf neue Gesellschafter übergehen. Es muss also eine fiktive Veräußerung an eine andere Gesellschaft vorliegen. Zweck der Vorschrift ist, dass eine missbräuchliche Steuervermeidung (§ 42 AO) verhindert werden soll. § 1 Abs. 2a geht § 1 Abs. 3 GrEStG vor und stellt eine spezielle Regelung für

<sup>119</sup> BGBl. I, S. 3794, 3797.

<sup>120</sup> BFH/NV 1992, 197.

<sup>121</sup> BFH, Urteil vom 23.03.1998 – II R 7/95 (NV).

Personengesellschaften dar. Abs. 3 erfasst alle Gesellschaftsformen und betrifft die unmittelbare Anteilsvereinigung von mindestens 95 % der Gesellschaftsanteile in einer Hand bzw. deren Übertragung oder das hierauf gerichtete Rechtsgeschäft.

Die neue Rechtsprechung des BGH, die verstärkt auf die Verselbständigung der Rechtsfigur der GbR abstellt, kann hieran nichts ändern. Denn die Vorschriften des § 1 II a, III GrEStG gelten gleichsam für die ohnehin teilrechtsfähige OHG und KG (Abs. 2a) bzw. alle anderen Gesellschaftsformen (Abs. 3), müssen also auch auf die insofern rechtlich „schwächere“ GbR Anwendung finden.

#### **4.3.2 Umwandlungsvorgänge (Rechtsträgerprivileg, §§ 5, 6 GrEStG)**

Das sogenannte Rechtsträgerprivileg sorgt dafür, dass gerade dann keine Grunderwerbsteuer erhoben wird, wenn die Rechtsträger identisch sind. § 6 GrEStG betrifft den Fall, in dem ein Grundstück von einer Gesamthand (also z.B. von einer GbR) auf die einzelnen Gesellschafter oder auf einen einzigen übertragen wird. Grunderwerbsteuer wird dann nicht fällig, wenn die jeweiligen Anteile am Grundstück dem Anteil an der Gesellschaft entsprechen. Entsprechend werden die Regeln bei der Übertragung von einer Gesamthand an eine andere angewendet (§ 6 Abs. 3 GrEStG): Geht ein Grundstück von einer Gesamthandsgemeinschaft auf eine andere über, so wird die Grunderwerbsteuer nicht erhoben, soweit an beiden Gesellschaften dieselben Personen beteiligt sind und ihr Beteiligungsverhältnis am Vermögen beider Gesamthandsgemeinschaften dasselbe ist. Überträgt also in unserem obigen Beispiel die A&B 1 GbR ein Grundstück an die A&B 2 GbR, und sind die Gesellschafter Adelhofer und Berndt an beiden Gesellschaften zu gleichen Anteilen beteiligt, dann liegt kein steuerbarer Erwerbsvorgang vor. Ein weiteres Beispiel:

Die A&B 1 GbR, an der A und B zu je 50 % beteiligt sind, überträgt ein Grundstück an die A&B 2 GbR. An dieser sind A zu 60 % und B zu 40 % beteiligt.

Die A&B 2 GbR muss hinsichtlich des Anteils des B 10 % Grunderwerbsteuer zahlen. Die Übertragung des Anteils von A ist hingegen Grunderwerbsteuerfrei.

Bei der Übertragung auf einen einzelnen Gesellschafter wird dessen bisheriger Anteil an der Gesellschaft bei der Berechnung der GrESt berücksichtigt und in Abzug gebracht (§ 6 II GrEStG). § 5 GrEStG behandelt mit ganz ähnlichen Mechanismen den umgekehrten Fall, also die Übertragung von Grundeigentum von einer Einzelperson an eine Gesamthand.

## **5. Zusammenfassung**

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass sich durch die neue Rechtsprechung des BGH zur Rechts- und Parteifähigkeit der Außen-GbR wirklich grundlegende Änderungen nur für den Bereich der Haftung der Gesellschafter und der prozessualen Durchsetzung von Ansprüchen ergeben haben. In diesen Punkten ist die GbR nunmehr stark der OHG angenähert worden. Im Steuerrecht ist die GbR schon seit langer Zeit als Steuersubjekt anerkannt, so dass die neue Entwicklung hier kaum Änderungen bringen dürfte. Die Frage nach der Grundbuchfähigkeit der

GbR ist eher zu verneinen. Hier, wie auch bei den anderen aufgezeigten Punkten, bewirkt gerade die noch immer fehlende Registerpublizität der GbR Schwierigkeiten bei deren praktischer Handhabung. Will man in aller Konsequenz die Rechtsfähigkeit der GbR anerkennen, wäre die Schaffung eines Registers, ähnlich dem Handelsregister wünschenswert. Die damit verbundene Komplizierung der Handhabung der GbR ist im Lichte einer wesentlich verbesserten Rechtssicherheit hinzunehmen.