

GmbH & Co. KG „wegen der Koalition mit der GmbH“, die stets als vollkaufmännische Handelsgesellschaft gelte (§ 13 Abs. 3 GmbHG, § 6 HGB), ebenfalls Handelsgesellschaft sei, sofern sie überhaupt irgendwie tätig sei. Auch dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Mit der herrschenden Ansicht ist die Kaufmannseigenschaft auch der KG zu verlangen (*Hesselmann* Handbuch der GmbH & Co. 16. Aufl. Rdnr. 95 — S. 57 —; *Sudhoff* NJW 1969, 1825/1826; derselbe Der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. 4. Aufl. S. 151; *Lüdtke-Handjery* BB 1973, 68/71; *Jurkat* GmbH-Rdsch 1983, 224/228). Die GmbH & Co. KG ist handelsrechtlich eine KG. Bei einer solchen Gesellschaft ist es gleichgültig, ob ihre Gesellschafter natürliche Personen, juristische Personen oder teil- bzw. vollrechtsfähige Handelsgesellschaften sind (vgl. *Jurkat* aaO). Die in einer GmbH & Co. KG auf der Komplementärebene oder auf Seiten der Kommanditisten vereinigten Gesellschaften sind handelsrechtlich scharf zu trennen. Die Kaufmannseigenschaft eines der Gesellschafter kann der Gesellschaft (des bürgerlichen Rechts) nicht die fehlende Kaufmannseigenschaft vermitteln. Der Grundsatz, daß der persönlich haftende Gesellschafter einer KG immer Kaufmann ist (BGHZ 34, 293/296 ff.), kann nicht „seitenverkehrt“ dahin zum Tragen kommen, daß der Komplementär, der unabhängig von seiner Beteiligung an der KG Vollkaufmann ist, diese Eigenschaft gleichsam der KG überträgt. Die erforderliche Trennung der in der GmbH & Co. KG vereinigten Gesellschaften wirkt sich z.B. weiter firmenrechtlich aus; die Firma der KG muß sich von derjenigen ihres persönlich haftenden GmbH-Gesellschafters deutlich unterscheiden (BGHZ 80, 353/354 f. [= MittBayNot 1982, 36]).

d) Ohne Erfolg führen die Rechtsbeschwerdeführer schließlich ins Feld, steuerlich werde die GmbH & Co. KG als Kapitalgesellschaft behandelt.

Es ist richtig, daß eine GmbH & Co. KG gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 3 KVStG 1972 als Kapitalgesellschaft im Sinne des KVStG 1972 gilt (BFH BStBl 1984 II S. 594/595). Weiter trifft es zu, daß der Bundesfinanzhof in älteren, zur Gewerbesteuerpflicht ergangenen Entscheidungen die Auffassung vertreten hat, die Tätigkeit einer GmbH & Co. KG stelle jedenfalls dann einen Gewerbebetrieb dar, wenn die geschäftsführende GmbH der alleinige Komplementär sei (BStBl 1966 III S. 171 f. und BStBl 1972 II S. 799; a.A. FG Hamburg EFG 83, 69); es wurde hierbei entscheidend auf das wirtschaftliche Gewicht der GmbH abgestellt, durch welche die KG geprägt werde (BFH BStBl 1966 III S. 171/173). In neueren Entscheidungen ist vom Bundesfinanzhof jedoch hervorgehoben worden, daß die GmbH & Co. KG gewerbesteuerrechtlich nicht einer Kapitalgesellschaft gleichgestellt werden könne (BStBl 1980 II S. 658, 1982 II S. 707, 1984 II S. 150). In einem Vorlagebeschluß vom 26.8.1982 (BStBl 1982 II S. 771) hat der IV. Senat des Bundesfinanzhofs nicht mehr an der sog. Geprägerechtsprechung festgehalten; er hat u.a. ausgeführt (vgl. die auszugsweise Mitteilung der Gründe des Vorlagebeschlusses bei *Jurkat* GmbH-Rdsch 1983, 224/229): „Die GmbH & Co. KG ist aber keine Kapitalgesellschaft, und nur bei dieser prägt die Rechtsform die Einkunftsart. Es fehlt im geltenden EStG und KStG eine Rechtsgrundlage dafür, eine Personengesellschaft ganz oder auch nur teilweise wie eine Kapitalgesellschaft zu behandeln.“ Aus all dem folgt: Steuerlich ist die Frage nicht abschließend geklärt, ob die GmbH & Co. KG stets als Kapitalgesellschaft zu behandeln ist. Die steuerliche Betrachtung einer solchen KG ist von wirtschaftlichen Zusammenhängen und Überlegungen entscheidend beeinflußt. Nicht wirtschaftliche, sondern allein handelsrecht-

liche Überlegungen müssen aber Platz greifen, wenn die Frage zu prüfen und zu entscheiden ist, ob eine GmbH & Co. KG, die kein Grundhandelsgewerbe im Sinne des § 1 HGB betreibt, einen vollkaufmännischen Betrieb im Sinne des § 2 HGB hat. Im übrigen erkennt auch der Bundesfinanzhof an, daß eine zu Unrecht im Handelsregister eingetragene GmbH & Co. KG eine Schein-KG ist (BStBl 1984 II S. 144/145).

4. Nach alledem waren die sofortigen weiteren Beschwerden der Komplementär-GmbH und des Kommanditisten B. als unbegründet zurückzuweisen.

Anmerkung der Schriftleitung:

Der BFH hat mit Beschuß des Großen Senats vom 25.6. 1984 (BStBl 1984 II S. 751) die sog. „Geprägerechtsprechung“ aufgegeben.

16. GmbHG §§ 7 Abs. 2, 57 Abs. 2 (Sicherheitsbestellung bei Kapitalerhöhung einer Einmann-GmbH)

Für die Anmeldung einer Kapitalerhöhung einer Einmann-GmbH reicht es aus, wenn das für den nichteingezahlten Teil des erhöhten Kapitals erforderliche Sicherungsmittel so beschaffen ist, daß es der uneingeschränkten persönlichen Haftung einer weiteren Person für die Resteinlage gleichwertig ist.

(Leitsatz nicht amtlich)

OLG Celle, Beschuß vom 21.6.1984 — 1 W 13/84 —

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde hat Erfolg.

Gemäß § 7 Abs. 2, § 57 Abs. 2 GmbHG darf die Anmeldung der Kapitalerhöhung einer Einmann-GmbH erst erfolgen, wenn neben den in § 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 GmbHG vorgeschriebenen Einzahlungen der Gesellschafter für den noch übrigen Teil der Geldeinlage eine Sicherung bestellt hat. Im vorliegenden Fall hat die betroffene Firma als Sicherheit die selbstschuldnerische Bürgschaft der Firma H. GmbH & Co. KG vorgelegt, deren Komplementärin die Firma H. GmbH und deren Kommanditist der alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer der Firma H. GmbH & Co. KG nämlich K., ist. Dieser ist zugleich auch der einzige Gesellschafter der hier betroffenen, die Eintragung der Kapitalerhöhung begehrenden Firma.

Mit Rücksicht auf die dargestellte Konstellation haben das Amtsgericht und das Landgericht angenommen, daß die vorgelegte Bürgschaft als Sicherheit nicht ausreiche, weil sie angesichts des Umstandes, daß letztlich hinter beiden Gesellschaften nur Herr K. stehe, der als Alleingesellschafter durch Manipulation das Vermögen der bürgenden GmbH in einer für die Gläubiger nicht übersehbaren Weise kurzfristig mindern könne, nicht als echte Sicherung anzusehen sei. Dies ist indessen in dieser allgemeinen Form nicht gerechtfertigt. In der Literatur wird im Anschluß an die Begründung

zum Regierungsentwurf zur Änderung des GmbH-Gesetzes (Regierungsentwurf 1977, BT-Drucks. 8/1347, S. 32) weitgehend angenommen, daß neben den Sicherheitsleistungen nach den §§ 232 ff. BGB auch andere, wirtschaftlich gleichwertige Absicherungen möglich seien (vgl. u.a. *Gessler* in BB 1980, 1388 und *Roth*, Kommentar zum GmbHG, 1983, Anm. 5.1 zu § 7). Demgegenüber vertritt *Winter* (in *Scholz*, Kommentar zum GmbHG, 6. Aufl. 1978/1983, Rdnr. 10 d zu § 7 Abs. 2 und 3 n.F.) die Auffassung, es sei ausreichend, wenn das Sicherungsmittel so beschaffen sei, daß es der uneingeschränkten persönlichen Haftung einer weiteren Person für die Restgeld einlage gleichwertig sei. Es müsse daher — ohne die Einschränkungen der §§ 232 Abs. 2, 239 BGB — auch die selbstschuldnerische Bürgschaft oder die Schuldmitübernahme durch einen anderen genügen (so auch *Fischer*, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 1983, Anm. 6 zu § 7).

Dieser Auffassung ist zu folgen. Sie geht zutreffend vom Gesetzeszweck aus, der darin zu sehen ist, daß die Sicherung die fehlende Ausfallhaftung eines Mitgesellschafters nach § 24 GmbHG ausgleichen soll. Darüber hinaus wird zu Recht darauf hingewiesen, daß eine zu weitgehende Einschränkung der geeigneten Sicherungsmittel in vielen Fällen nur das Ausweichen auf die undurchsichtigere Strohmannsgesellschaft herausfordern würde, weil eine Sicherheit dann nicht mehr zu bestellen wäre, wenn ein weiterer Gesellschafter mit einer geringen Einlage lediglich als Strohmann in die Gesellschaft aufgenommen werden würde.

Die Firma H. GmbH & Co. KG ist eine rechtlich eigenständige Firma mit eigenem Vermögen. Sie stellt sich damit als weitere Rechtsperson dar, deren Vermögen für die Restgeld einlage herangezogen werden kann. Es sind keine Anhaltpunkte dafür ersichtlich, daß die Bürgschaft aus in der Rechtsperson der Bürgin liegenden Gründen wirtschaftlich wertlos wäre. Darauf hat das Registergericht seine Ablehnung auch nicht gestützt. Der bloße Umstand, daß hinter der Bürgin auch wieder nur der einzige Gesellschafter der betroffenen Firma, Herr K. steht, reicht zur Verweigerung der Eintragung nicht aus, zumal Manipulationen — die das Landgericht für nicht ausgeschlossen erachtet hat — nicht schlechthin unterstellt werden können. Deshalb war der angefochtene Beschuß aufzuheben und das Registergericht anzuweisen, von seinen in der Zwischenverfügung geäußerten Bedenken, nach denen die Bürgin einer weiteren auftretenden Person nicht gleichsteht, Abstand zu nehmen.

C.

Notarrecht einschließlich Beurkundungsrecht

17. GBO § 29; BeurkG § 40; BGB § 129; FGG § 27; ZPO § 440 (Nachträgliche Ergänzung einer notariell beglaubigten Erklärung)

1. Ob eine Erklärung, die in den Text einer öffentlich beglaubigten Urkunde nachträglich eingefügt wurde, formunwirksam und in jedem Fall ein zum Nachweis nach § 29 Abs. 1 GBO nicht ausreichendes Beweismittel ist, bleibt offen.

2. Für den nachträglich eingefügten Text gilt § 440 Abs. 2 ZPO nicht.

BayObLG, Beschuß vom 23.11.1984 — BReg. 2Z 77/84 — mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beschwerdeführer wenden sich dagegen, daß das Grundbuchamt für einen Text, der nachträglich in eine öffentlich beglaubigte Grundbucheklärung eingefügt wurde, eine nochmalige öffentliche Beglaubigung verlangt.

1. Die Beteiligten zu 2) kauften mit notariellem Vertrag vom 4.11.1982 von der Beteiligten zu 1) ein Grundstück und Miteigentumsanteile an zwei weiteren Grundstücken (Weg- und Hofflächen); gleichzeitigstellten sie für die Beteiligten zu 3) und 4) je eine Grundschuld am gesamten Vertragsgegenstand und verpfändeten ihnen bis zur Eintragung von Eigentumswechsel und Grundschulden (u.a.) den Anspruch auf Übertragung des Eigentums. Auflassungsvormerkung und Verpfändungsvermerke wurden in das Grundbuch eingetragen. Die notarielle Urkunde enthält außerdem eine Miteigentümervereinbarung i.S. von § 1010 BGB hinsichtlich der Weg- und Hofflächen.

Zur Urkunde des verfahrensbevollmächtigten Notars vom 30.11.1983 einigten sich die Beteiligten zu 1) und 2) über den Eigentumsübergang bezüglich des Grundstücks und der Miteigentumsanteile. Die Beteiligten zu 2) bewilligten und beantragten in das Grundbuch einzutragen: die Auflassung; die Miteigentümervereinbarung an erster Rangstelle an den Miteigentumsanteilen; die beiden Grundschulden an erster und zweiter Rangstelle in Abt. III „am gesamten Vertragsgegenstand“.

Der Verfahrensbevollmächtigte hat dem Grundbuchamt die Urkunde vom 30.11.1983 zusammen mit einer Lösungsbewilligung der Beteiligten zu 3) und einer öffentlich beglaubigten „Zustimmungserklärung“ der Beteiligten zu 4) „im Namen aller Beteiligten ... gemäß § 15 GBO“ zum Vollzug aller in den Urkunden enthaltenen Anträge vorgelegt. In der letztgenannten Urkunde stimmte der Bevollmächtigte S. für die Beteiligten zu 4) der Auflassung des Grundstücks an die Beteiligten zu 2) sowie der Eintragung der Eigentumsänderung im Grundbuch zu und beantragte die Lösung des Verpfändungsvermerks im Grundbuch unter der Bedingung, daß gleichzeitig mit der Eigentumsänderung für sie eine Grundschuld eingetragen werde, der in Abteilung II keine Rechte vorgehen dürften.

2. Das Grundbuchamt hat die Eintragsanträge mit Zwischenverfügung vom 27.1.1984 beanstanden: Nach der Rangbestimmung der Beteiligten zu 2) solle die Miteigentümervereinbarung nach § 1010 BGB die erste Rangstelle vor den einzutragenden Grundschulden haben; die Beteiligte zu 4) beantrage dagegen die Lösung des Verpfändungsvermerks unter der Bedingung, daß der Grundschuld in Abteilung II keine Rechte vorgehen dürfen. Damit der Verpfändungsvermerk gelöscht werden könnte, sei entweder eine Erklärung der Beteiligten zu 2) erforderlich, daß die Miteigentümervereinbarung im Rang nach der Grundschuld eingetragen werden könne, oder eine Erklärung der Beteiligten zu 4), daß diese Vereinbarung im Rang vorgehen dürfe.

Daraufhin hat das Grundbuchamt die Zustimmungserklärung der Beteiligten zu 4) dem Verfahrensbevollmächtigten auf dessen Bitte hin wieder ausgehändigt. Dieser sandte sie am 15./16.2.1984 an das Grundbuchamt zurück, nachdem auf der Urkunde maschinenschriftlich ergänzt worden war, daß der Grundschuld in Abteilung II die „Miteigentümervereinbarung am MEA an Fl.Nr. 994/23 und 994/24“ vorgehen dürfe. Beigefügt war ferner ein an den Verfahrensbevollmächtigten gerichteter, nicht unterschriebener „Kurzbrief“; dieser trägt den Briefkopf der Beteiligten zu 4) und folgende Vermerke: „Diesen Brief schreibt Ihnen H.W.“; „Zustimmungserklärung nach Ändern zurück“.

Das Grundbuchamt hat mit Beschuß vom 1.3.1984 nunmehr beanstanden, daß die Ergänzung der Zustimmungserklärung die Zwischenverfügung vom 27.1.1984 nicht erledigt habe. Die Zusatzerklärung der Beteiligten zu 4) müsse gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO erneut unterzeichnet und beglaubigt werden; so wie vorgenommen genüge die Ergänzung dem Formerfordernis des § 29 GBO nicht.

Der hiergegen eingelegten Erinnerung hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen.

Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen.

Der Verfahrensbevollmächtigte hat gegen diesen Beschuß weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

1. . . .

2. Das Landgericht hat ausgeführt, nachträgliche Änderungen seien grundsätzlich zulässig, wenn sie vom Unterzeich-