
PartGG § 9

Ausscheiden des vorletzten Partners einer Partnerschaftsgesellschaft; Gestaltungsmöglichkeiten für eine Fortsetzung der Partnerschaftsgesellschaft

I. Sachverhalt

Bei einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartGmbH) ist der vorletzte Partner verstorben. Erben des verstorbenen Partners sind seine Ehefrau und sein minderjähriges Kind, die beide keinen Beruf ausüben, der sich in der Rechtsform einer PartGmbH ausüben ließe. Der Partnerschaftsvertrag enthält keine Regelung für den Fall des Todes eines der Partner. Der verbliebene Partner möchte die PartGmbH mit einem neuen Partner fortführen. Er fragt den Notar, welche Registeranmeldungen aufgrund des Ausscheidens des vorletzten Partners erforderlich sind und welche Handlungsoptionen bestehen.

II. Fragen

1. Ist es möglich, die PartGmbH mit einem neuen Partner fortzuführen und dies zum Partnerschaftsregister anzumelden?
2. Falls nein: Ist die Fortführung der PartGmbH mit einem neuen Partner in die Gründung einer neuen PartGmbH umzudeuten?
3. Lässt sich durch eine gesellschaftsvertragliche Regelung erreichen, dass die PartGmbH beim Ausscheiden des vorletzten Partners fortgeführt werden kann?
4. Welche Registeranmeldung ist im Ausgangsfall erforderlich?

III. Zur Rechtslage

1. Möglichkeit der Fortführung einer Partnerschaftsgesellschaft beim Tod des vorletzten Partners ohne Regelung für den Tod eines Partners im Vertrag

a) Schicksal der Partnerschaftsgesellschaft beim Tod des vorletzten Partners

Der Tod eines Partners führt gem. § 9 Abs. 1 PartGG i. V. m. § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB zu dessen Ausscheiden aus der Partnerschaft. Mangels abweichender Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag treten die Erben nicht in die Gesellschaft ein, sondern erben lediglich den dem Ausscheidenden zustehenden Abfindungsanspruch.

Bei der zweigliedrigen Partnerschaft kommt es beim Ausscheiden des vorletzten Partners zum **Erlöschen**

der Partnerschaft **ohne Liquidation** und zum **Übergang des Vermögens** im Wege der Gesamtrechtsnachfolge **auf den letzten Partner** (BGH NJW 1978, 1525, KG NZG 2007, 665, 666; Henssler, PartGG, 3. Aufl. 2018, § 9 Rn. 47; Hoffmann, in: Meilicke u. a., PartGG, 3. Aufl. 2015, § 9 Rn. 68; Hirtz, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 9 PartGG Rn. 19; Zöbeley, RNotZ 2017, 341, 363; Roth, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021, § 131 Rn. 35; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 11 V 3a, § 44 II 2).

Dies ist – soweit ersichtlich – unstrittig. Eine abweichende Gestaltung war in früheren Entwürfen zum Partnerschaftsgesetz vorgesehen (BT-Drs. 7/5413, S. 8 vom 21.6.1976; s. dazu näher Meurer, Die Partnerschaftsgesellschaft, 1997, S. 41; Arnold, Die erbrechtliche Nachfolge in der Partnerschaftsgesellschaft, 2006, S. 25; Römermann, in: Römermann, PartGG, 5. Aufl. 2017, § 9 Rn. 1; der letztlichen Nichtaufnahme in das Gesetz zustimmend Hoffmann, § 9 Rn. 68; K. Schmidt, § 44 III 2 a). Allerdings ist die Regelung gerade nicht Gesetz geworden (KG NZG 2007, 665, 666). Zudem deutet der Namenszusatz „Partner“ zwingend auf eine Mehrheit von Personen hin, die nach dem Wegfall des vorletzten Gesellschafters nicht mehr gegeben ist (KG NZG 2007, 665, 666). Für die Partnerschaftsgesellschaft verbleibt es damit *de lege lata* beim oben skizzierten Grundsatz.

Die Partnerschaft ist damit aus dem Register zu löschen, die Verwendung des Namens „Partnerschaft“ ist nicht mehr zulässig (Hoffmann, § 9 Rn. 68).

b) Möglichkeit eines Fortsetzungsbeschlusses mit einem neuen Partner

Grundsätzlich ist ein Fortsetzungsbeschluss auch nach Auflösung der Partnerschaft möglich. Wird diese etwa durch Beschluss aufgelöst, kann durch einen Fortsetzungsbeschluss die Auflösung der Partnerschaft rückgängig gemacht werden; aus der „sterbenden“ wird dann wieder eine „werbende“ Gesellschaft (Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 2096). Eine explizite Ausprägung dieses Grundsatzes ist in § 144 HGB für den Fall der Auflösung durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft geregelt; § 144 HGB ist über § 9 Abs. 1 PartGG auch auf die Partnerschaft anwendbar.

Ein **Fortsetzungsbeschluss** ist dabei jedoch **nur während der Liquidation** möglich. Zu einer solchen Liquidation kann es kommen, wenn eine aus mehreren Partnern bestehende Partnerschaftsgesellschaft aufgelöst wird. Nach Beendigung der Liquidation kann ein Fortsetzungsbeschluss nicht mehr beschlossen werden,

es ist dann vielmehr eine neue Partnerschaft zu errichten (vgl. Krafka, Rn. 2096). Dies gilt insbesondere auch im Fall des § 144 HGB, der voraussetzt, dass die Gesellschaft noch nicht vollbeendet wurde (BeckOGK-HGB/Michel, Std.: 1.1.2021, § 144 Rn. 4; MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 144 Rn. 4; Oetker/Kamanabrou, HGB, 7. Aufl. 2021, § 144 Rn. 4).

Durch das Ausscheiden des vorletzten Partners kommt es jedoch nicht zu einer Liquidationsphase, vielmehr wächst die Partnerschaft ohne Liquidation dem letzten Partner an (vgl. auch KG NZG 2007, 665, 666; Hirtz, in: Henssler/Strohn, § 9 PartGG Rn. 28). Eine Fortsetzung durch Fortsetzungsbeschluss scheidet u. E. daher im Ausgangsfall aus.

2. Umdeutung einer Fortführung in die Gründung einer neuen Partnerschaft

Eine Umdeutung ist nach § 140 BGB dann möglich, wenn ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entspricht und bei Kenntnis der Nichtigkeit das Letztere gewollt wäre. **Im Zweifel** dürfte anzunehmen sein, dass die Gesellschafter dann eine **neue Gesellschaft gründen wollten**. Allerdings unterscheidet sich die Haftung bei beiden Varianten (bei einer Fortsetzung der alten Gesellschaft haftet diese für die Schulden, bei der Gründung einer neuen haften die Altgesellschafter für die Schulden der Altgesellschaft), was im Einzelfall dagegen sprechen kann, dass mit dem Fortsetzungsbeschluss eine Neugründung gewollt war. Eine Umdeutung ist u. E. daher möglich, jedoch bleibt stets eine Rechtsunsicherheit, ob diese tatsächlich so gewollt war. Sofern ein solcher Beschluss noch nicht gefasst worden ist, wäre den Beteiligten daher in jedem Fall zur Gründung einer neuen Partnerschaft zu raten, um Zweifel zu vermeiden.

3. Vertragliche Regelung zur Fortführung der PartGG beim Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters

a) Regelungen über den Eintritt neuer Gesellschafter

In bestimmten Konstellationen kann eine erbrechtliche Nachfolgeklausel die Auflösung der Partnerschaft beim Ausscheiden eines Gesellschafters durch dessen Tod verhindern (Henssler, § 9 Rn. 5; Arnold, S. 43 ff.; Heydn, Die erbrechtliche Nachfolge in Anteile an Partnerschaftsgesellschaften, 1998, S. 41 ff.). Voraussetzung ist allerdings, dass mindestens eine Person zum Erben berufen wird, die einem der freien Berufe nachgeht; zudem setzt das Berufsrecht häufig Grenzen, welche Berufe partnerschaftsfähig sind (etwa § 59a BRAO für Rechtsanwälte).

Es werden verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten unterschieden:

- Nach einer **einfachen Nachfolgeklausel** werden sämtliche Erben des verstorbenen Gesellschafters neue Partner. Nach § 9 Abs. 4 S. 2 PartGG soll dann im Partnerschaftsvertrag festgelegt sein, dass nur Personen, die partnerschaftsfähig sind, als Nachfolger in Betracht kommen (Römermann, § 9 Rn. 30). Die Benennung der Erben erfolgt wie üblich durch letztwillige Verfügung oder gesetzliche Erbfolge.

- Bei einer **qualifizierten Nachfolgeklausel** treten kraft Sondererbfolge nur ein oder mehrere, aber nicht alle Erben ein (Römermann, § 9 Rn. 32). Wer Erbe wird, richtet sich weiterhin nach Erbrecht; im Partnerschaftsvertrag kann bestimmt werden, welcher Erbe in die Gesellschaft eintreten soll (Arnold, S. 148).

- Bei **Eintrittsklauseln** scheidet der Erblasser zunächst aus, ein automatischer Eintritt von Erben erfolgt nicht. Es kann dann Dritten das Recht eingeräumt werden, durch Erklärung in die Partnerschaft einzutreten; dies können Erben (dann sog. „erbrechtliche Eintrittsklausel“) oder Dritte („gesellschaftsrechtliche Eintrittsklausel“; vgl. Römermann, § 9 Rn. 33 f.) sein.

Unklar ist dabei die genaue Behandlung der **Schwebezeit**, bis der Erbe bzw. Dritte eintritt, vor allem dann, wenn er noch Bedenkzeit benötigt. Diese Schwebephase besteht auch bei einfachen oder qualifizierten Nachfolgeklauseln, wenn noch berufsrechtliche Qualifikationen ausstehen. Teilweise wird hier für eine „angemessene“ Frist plädiert, während der das Eintrittsrecht ausgeübt werden kann. Maßstab soll sein, inwiefern den anderen Gesellschaftern das Abwarten zugemutet werden kann, wobei auch eine Rolle spielt, ob während dieser Zeit Abfindungen an andere Erben zu zahlen sind. Während dieser Zeit soll die Partnerschaft allerdings den anderen Partnern anwachsen (Arnold, S. 163 f.). Eine Sonderregelung enthält § 71 Abs. 1 StBerG, der auf Antrag der Erben ermöglicht, dass eine Wartezeit von bis zu vier Jahren durch einen Treuhänder überbrückt wird. Dies kann auch als Anhaltspunkt für andere Freiberufler herangezogen werden (so Arnold, S. 163). Zunächst tritt nach Auffassung von *Arnold* jedoch eine Anwachsung ein, was für zweigliedrige Partnerschaftsgesellschaften problematisch wäre. Ein anderes Modell schlägt *Heydn* vor (S. 77, 79). So soll zunächst eine BGB-Gesellschaft zwischen der Erbengemeinschaft bzw. dem Erben und den verbleibenden Partnern bestehen, die einer Vor-Partnerschaftsgesellschaft ähnelt und die mit Erfüllung der Voraussetzungen (Eintritt, ggf. Erfüllung der berufsrechtlichen Voraussetzungen) (wohl) zu einer Partnerschaftsgesellschaft erstarkt. Diese Variante hat den Vorzug, dass sie auch bei einer zweigliedrigen Partnerschaftsgesellschaft funktioniert, da keine Vereinigung aller Anteile in einer Hand erfolgt;

zudem erscheint diese Behandlung der Schwebephase angemessener als eine zunächst erfolgende Anwachsung und die anschließende Herausgabe an den Eintretenden. Die Frage wird jedoch in der breiten Literatur nicht diskutiert; auch Rechtsprechung ist nicht ersichtlich. Für den Fall einer zweigliedrigen Partnerschaftsgesellschaft sollte in jedem Fall Vorsorge getroffen werden (s. unten lit. d), wobei sich auch damit Rechtsunsicherheiten u. E. nicht vollständig ausräumen lassen.

b) Übertragung an Dritte

Die Beteiligung des Erblassers kann auch durch diesen rechtsgeschäftlich aufschiebend bedingt auf seinen Tod auf einen Dritten übertragen werden (Römermann, § 9 Rn. 35). Auch hier sind jedoch die erwähnten berufsrechtlichen Einschränkungen an die Partnerschaftsfähigkeit zu beachten.

c) Aufschiebend bedingte Umwandlung

Die aufschiebend auf den Tod eines der beiden letzten Gesellschafter bedingte Umwandlung der Partnerschaftsgesellschaft in eine Gesellschaft anderer Rechtsform dürfte ebenfalls kein gangbarer Weg sein. Es fehlt hier im fraglichen Zeitpunkt an einem umwandlungsfähigen Rechtssubjekt, da die Partnerschaftsgesellschaft durch den Tod des vorletzten Gesellschafters regelmäßig erlischt.

d) Fortsetzungsklausel auch bei einer zweigliedrigen Partnerschaftsgesellschaft

Speziell für die zweigliedrige Partnerschaft wird empfohlen, eine Regelung vorzusehen, dass mit dem Ausscheiden des vorletzten Partners die Partnerschaft nicht liquidationslos erlischt, sondern lediglich aufgelöst wird (ggf. verbunden mit einer Übernahmemöglichkeit; vgl. speziell zur PartGG Hensler, § 9 Rn. 47; Giehl, in: BeckOF-Vertrag, Std.: 1.12.2019, 7.3.2.1, Anm. 10; vgl. auch zur OHG BeckOGK-HGB/Michel, § 131 Rn. 126.1; Schäfer, in: Habersack/Schäfer, Das Recht der OHG, 2. Aufl. 2018, § 131 HGB Rn. 10; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 131 Rn. 55). Dies soll auch auf den Fall einer zweigliedrigen Gesellschaft beschränkt werden können; im Zweifel soll eine Fortsetzungsklausel entsprechend auszulegen sein, nicht aber ein bloßes Übernahmerecht des verbleibenden Gesellschafters (Schäfer, § 131 HGB Rn. 10). Dies hätte die Folge, dass dann **zunächst die Erben an der Liquidationsgesellschaft beteiligt** bleiben. Der verbleibende Gesellschafter könnte jedoch durch eine Übernahmeerklärung das Geschäft an sich ziehen (mit der Folge, dass die Erben des verstorbenen Gesellschafters dann ausgeschlossen wären und Abfindungsansprüche hätten); der Beschluss ähnelt in dieser Gestaltung einem Fortsetzungsbeschluss (Schäfer, § 131 HGB Rn. 10).

In diesem Fall wäre u. E. das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters und das Erlöschen, noch nicht aber die Vollbeendigung der Gesellschaft zum Register anzumelden. Kritisch zu hinterfragen ist, ob das Erfordernis der Zugehörigkeit zu einem freien Beruf die Beteiligung von Erben an der Liquidationsgesellschaft entgegensteht. Hält man wie oben unter lit. a mit *Heydn* eine BGB-Gesellschaft zwischen dem Erben und verbleibenden Gesellschaftern jedenfalls temporär für zulässig, erscheint es u. E. nur konsequent, auch eine Beteiligung von Erben an der Partnerschaftsgesellschaft i. L. zuzulassen. Der Schwebezustand könnte auf diese Weise zumindest für die Zeit der Abwicklung aufrechterhalten werden. In der Konsequenz müsste dies bedeuten, dass dann auch eine Fortsetzung der ursprünglichen Partnerschaftsgesellschaft möglich sein müsste. Rechtssicher lässt sich dies angesichts der fehlenden Behandlung der Frage in Literatur und Rechtsprechung jedoch nicht sagen.

4. Handelsregisteranmeldung

Das Erlöschen der Gesellschaft ist zum Handelsregister anzumelden. Dabei ist neben dem **Erlöschen des Namens** (§ 2 PartGG i. V. m. § 31 Abs. 2 S. 1 HGB) auch das **Ausscheiden des Gesellschafters einzutragen** (Henssler, § 9 Rn. 111; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 143 Rn. 4; OLG München NZG 2010, 1305; OLG Frankfurt NZG 2004, 808, 809; BayObLG NJW-RR 2002, 246; BeckOK-HGB/Lehmann-Richter, Std.: 15.1.2021, § 143 Rn. 5). Es handelt sich daher (mindestens) um einen Doppeltatbestand, der zum Register anzumelden ist. Eine abweichende Auffassung hat in der Rechtsprechung – soweit ersichtlich – zuletzt das OLG Köln vertreten (DNotZ 1970, 747: nur Auflösung sei anzumelden, nicht das Ausscheiden; für die PartGG nunmehr offenbar auch Römermann, § 9 Rn. 18 mit falschem Zitat von KG NZG 2007, 665). Eine allein auf das Ausscheiden des Partners gerichtete Anmeldung wird von den Gerichten zurückgewiesen (KG NZG 2007, 665, 666 f.; Henssler, § 9 Rn. 111; Hoffmann, § 9 Rn. 68).

Auch für den Fall der Anwachsung hat dabei die Anmeldung des Ausscheidens der früheren Gesellschafter (als Element der Handelsregisteranmeldung der „Anwachsung“) durch sämtliche (früheren) Gesellschafter, d. h. unter Einschluss des Ausgeschiedenen – bzw. im Fall von dessen Tod dessen Erben – zu erfolgen (OLG Frankfurt NZG 2004, 808, 809; s. a. Krafka, Rn. 781; Zöbeley, RNotZ 2017, 341, 364). Die Rechtslage unterscheidet sich insofern nicht von der bei einem Ausscheiden eines Gesellschafters einer OHG oder KG, bei der dieser ebenfalls nach § 108 HGB mitwirken muss.

Für den Fall des Versterbens gilt dabei jedoch die Ausnahmevorschrift des § 143 Abs. 3 HGB, nach der die

Anmeldung auch ohne die Mitwirkung der Erben erfolgen kann, soweit einer solchen Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen (Römermann, § 9 Rn. 18). Solche Hindernisse werden angenommen, wenn Erben über absehbare Zeit nicht ermittelbar oder unerreichbar sind. Die bloße Geschäftsunerfahrenheit von Erben ist kein ausreichender Grund (BeckOGK-HGB/Michel, § 143 Rn. 23), ebenso wenig, wenn ein Erbe sich lediglich weigert (MünchKommHGB/K. Schmidt, § 143 Rn. 17; EBS/Lorz, HGB, 4. Aufl. 2020, § 143 Rn. 14). Die bloße Minderjährigkeit von Erben dürfte daher kein tauglicher Hinderungsgrund sein.