

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 177841****letzte Aktualisierung: 28. August 2020****BGB §§ 705, 709, 725, 728, 736****GbR: Gesellschafterstellung ohne Kapitalbeteiligung; Sonderstimmrechte; Pfändung eines Gesellschaftsanteils; Insolvenz eines GbR-Gesellschafters****I. Sachverhalt**

A möchte ein ihm gehörendes Grundstück (bebaut mit dem von ihm bewohnten Eigenheim) in eine noch zu gründende GbR einbringen. Gesellschafter sollen A sowie dessen Kinder B und C sein. A wird dabei vermögensmäßig nur mit einem Anteil von wenigen Prozent beteiligt. Bei Ausscheiden eines Gesellschafters soll eine Abfindung von 70 % des Anteilswertes zu zahlen sein.

A ist beruflich gewissen Haftungsrisiken ausgesetzt und möchte sicherstellen, dass er auch bei Zugriff von Gläubigern auf seinen Gesellschaftsanteil weiterhin die Kontrolle behält. Deswegen ist u. a. angedacht, dem A auf Lebenszeit das höchstpersönliche Geschäftsführungs- und Vertretungsrecht in der GbR einzuräumen und durch höchstpersönliche Sonderstimmrechte dafür zu sorgen, dass er die Mehrheit in der Gesellschafterversammlung hat.

II. Fragen

1. Wäre es auch möglich, den A vermögensmäßig mit 0 % an der GbR zu beteiligen und ihm die erwähnten Sonderrechte einzuräumen?
2. Bei Pfändung eines Gesellschaftsanteils oder bei Insolvenz eines Gesellschafters soll im Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung der Gesellschaft vorgesehen sein. Kann man auch vorsehen, dass A Gesellschafter der GbR bleibt (z. B. nur noch mit 0 %) und der Pfändungsgläubiger bzw. Insolvenzverwalter lediglich auf den Abfindungsanspruch Zugriff hat? Ist § 736 BGB insoweit dispositiv oder ist – bei gegebener Fortsetzungsklausel – das Ausscheiden des pfändungs- oder insolvenzbetroffenen Gesellschafters zwingend?
3. Falls die Gesellschafterstellung bestehen bleiben kann: Kann A seine höchstpersönlichen Sonderrechte (Geschäftsführung, Vertretung, Sonderstimmrecht) trotz Pfändung oder Insolvenz weiterhin ausüben?

III. Zur Rechtslage

1. Gesellschafterstellung ohne Vermögensbeteiligung

Durch den Gesellschaftsvertrag einer GbR verpflichten sich die Gesellschafter nach **§ 705 BGB** gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.

Unerlässlich ist daher gem. § 705 BGB die vertraglich festgehaltene **Pflicht zur Förderung eines gemeinsamen Zweckes**. Sie kann durch Erbringung von Beiträgen, aber auch auf andere Weise, etwa ideell, erfolgen („insbesondere“). Das OLG Frankfurt hat es ausreichen lassen, dass die Gesellschafter sich an der Verwaltung des Gesellschaftsvermögens zu beteiligen haben (NZG 2013, 338, 339). Nach Ansicht des BGH genügt als Beitragspflicht sogar regelmäßig „bereits die aus dem Halten der Beteiligung folgende Verpflichtung, den gemeinsamen Zweck zu fördern“ (NJW 2011, 921 Rn. 15).

Nicht erforderlich ist, dass jeder Gesellschafter einen **Kapitalanteil** hält. Der Kapitalanteil an einer Personengesellschaft ist nach h. M. der Maßstab für die wirtschaftliche Beteiligung des Gesellschafters am Vermögen der Gesellschaft (RGZ 117, 242; OLG Frankfurt NZG 2013, 338; Gummert, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 13 Rn. 18). Insbesondere ist der Kapitalanteil nicht mit dem Gesellschaftsanteil im Sinne der Mitgliedschaft oder der Beteiligung an der Gesellschaft als solcher gleichzusetzen. Der Kapitalanteil der einzelnen Gesellschafter stellt einen bloß wertmäßigen Bilanzposten dar, der u. a. für die Gewinnverteilung oder Liquidation bedeutend sein kann (MünchKommHGB/Priester, 4. Aufl. 2016, § 120 Rn. 87; Priester, EWiR 2013, 243, 244). Es begegnet daher keinen Bedenken, dass ein Gesellschafter einer Personengesellschaft keinen Kapitalanteil hat (BayObLG NJW-RR 1999, 687, 688; OLG Frankfurt NZG 2013, 338; Gummert, § 13 Rn. 20).

Insofern wäre eine Vereinbarung zulässig, wonach A an der GbR vermögensmäßig mit 0 % beteiligt ist.

2. Vereinbarung von Sonderrechten

Fraglich ist, ob dem A in der GbR ein höchstpersönliches Geschäftsführungs- und Vertretungsrecht auf Lebenszeit sowie Sonderstimmrechte eingeräumt werden können.

a) Höchstpersönliches Geschäftsführungs- und Vertretungsrecht auf Lebenszeit

Nach §§ 709 Abs. 1, 714 BGB steht die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis grundsätzlich allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Die Vorschriften sind vorbehaltlich des Grundsatzes der Selbstorganschaft dispositiv (Palandt/Sprau, BGB, 79. Aufl. 2020, Vor § 709 Rn. 4; MünchKommBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, § 709 Rn. 16). Ist demnach im Gesellschaftsvertrag die Führung der Geschäfte – und damit in der Regel die Befugnis zur Vertretungsmacht (§ 714 BGB) – einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen, so sind nach § 710 S. 1 BGB die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen.

Vorliegend bestehen daher im Grundsatz keine Bedenken, dem Gesellschafter A das alleinige Geschäftsführungs- und Vertretungsrecht durch Gesellschaftsvertrag einzuräumen.

Die Ausweitung der Befugnisse „auf Lebenszeit“ erscheint dagegen problematisch. Die Geschäftsführerstellung ist in Personengesellschaften als **Ausfluss der Mitgliedschaft** notwendig den Gesellschaftern vorbehalten. Dieser Rechtsgrundsatz der **Selbstorganschaft** verbietet es, dass sämtliche Gesellschafter der GbR von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen sind und beides auf Dritte übertragen wird (vgl. BGH NJW 1982, 877, 878; MünchKommHGB/Rawert, 4. Aufl. 2016, § 114 Rn. 24; MünchKommBGB/Schäfer, § 709 Rn. 5, 20; Palandt/Sprau, Vor § 709 Rn. 3a; Staudinger/Habermeier, BGB, 2003, § 709 Rn. 12). Würde der Gesellschafter A aus der Gesellschaft ausscheiden, verlöre er zwingend seine Geschäftsführungs- und damit Vertretungsbefugnis. Eine abweichende Regelung, wonach er stets, etwa auch nach seinem Ausscheiden, die alleinige (organschaftliche) Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis auf Lebenszeit innehat, ist unzulässig.

b) Höchstpersönliche Sonderstimmrechte

Gesellschafterbeschlüsse kommen in einer GbR grundsätzlich durch Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zustande. Der Gesellschaftsvertrag kann aber die Mehrheitsentscheidung zulassen, vgl. § 709 Abs. 2 BGB.

Dabei ist das Stimmrecht als Mitgliedschaftsrecht höchstpersönlicher Natur und steht im Grundsatz jedem Gesellschafter im gleichen Umfang zu (MünchKommBGB/Schäfer, § 709 Rn. 60). Der Gesellschaftsvertrag kann eine Mehrheit nach Köpfen vorsehen (vgl. § 709 Abs. 2 BGB), aber auch etwa Stimmrechtsregelungen, wonach das Stimmrecht nach Kapitalanteilen gestaffelt wird (vgl. BGH NJW 2009, 669 Rn. 14; MünchKommBGB/Schäfer, § 709 Rn. 48, 97). **Vereinbart werden können** bei der Personengesellschaft zudem **höchstpersönliche Sonderstimmrechte** (Mehrstimmrechte) zugunsten eines Gesellschafters, die sich dadurch auszeichnen, dass sie nicht auf den Erwerber oder Erben einer Gesellschaftsbeteiligung übergehen (vgl. Grever, RNotZ 2019, 1, 4; zu Sonderstimmrechten auch MünchKommBGB/Schäfer, § 709 Rn. 97; Staudinger/Habermeier, § 709 Rn. 48).

Das OLG Karlsruhe hat zudem entschieden, dass die **Einräumung von Mehrstimmrechten an kapitalanteilslos partizipierende Gesellschafter** (konkret der Komplementär einer KG) den allgemeinen Grundsätzen des Gesellschaftsrechts nicht widerspricht (DStR 2014, 2472, 2373).

Teilweise wird für die Ungleichbehandlung der Gesellschafter beim Umfang des Stimmrechts (Stimmkraft) ein sachlicher Anlass verlangt (Wiedemann, Gesellschaftsrecht II, 2004, S. 308). Häufiger liest man, dass die Grenze der Gewährung von Sonderstimmrechten durch die Sittenwidrigkeit nach **§ 138 BGB** gezogen sei (vgl. MünchKommBGB/Schäfer, § 709 Rn. 97; Staudinger/Habermeier, § 709 Rn. 48; Grever, RNotZ 2019, 1, 5; s. auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 21 II 1 e); Wiedemann, S. 308). Das OLG Karlsruhe (DStR 2014, 2472 Rn. 7) setzte sie indes bei **§ 242 BGB** an. Der BGH hat ausgeführt (NJW 1956, 1198, 1200):

„Die Ausstattung eines Gesellschaftsanteils mit einem erhöhten Stimmrecht führt im allgemeinen auch nicht zu einer rechtlich bedenklichen Verkürzung der Rechtsstellung der nicht begünstigten Gesellschafter. Das könnte nur dann der Fall sein, wenn die Änderung des Gesellschaftsvertrages durch Mehrheitsbeschluß zulässig ist und wenn gerade durch die Ausstattung eines

oder einzelner Gesellschaftsanteile mit einem erhöhten Stimmrecht eine gegen die guten Sitten verstoßende Abhängigkeit der übrigen Gesellschafter von dem bevorzugten Gesellschafter herbeigeführt wird.“

K. Schmidt hat zudem für nichtwirtschaftliche Vereine hervorgehoben, dass dort Mehrstimmrechte insoweit zulässig seien, als sie nicht zur Mehrheitsherrschaft einzelner über den ganzen Verband führten (§ 21 II 1 e) a. E.).

Ob und inwieweit im konkreten Fall die Vereinbarung von Mehrstimmrechten zugunsten des Gesellschafters A zulässig und sachlich gerechtfertigt ist, bleibt eine Frage des Einzelfalls. Der Sachverhalt bietet nicht genügend Anhaltspunkte für eine Antwort. Zumindest wird man nicht sagen können, dass ein Mehrstimmrecht in jeder Konstellation unbedenklich sei.

3. Insolvenz des Gesellschafters

Fraglich ist darüber hinaus, ob im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden kann, dass ein insolventer Gesellschafter an der GbR beteiligt bleibt und der Insolvenzverwalter lediglich auf den Abfindungsanspruch zugreifen kann.

a) Folgen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters führt gem. **§ 728 Abs. 2 S. 1 BGB** zur **Auflösung** der Gesellschaft. Diese Vorschrift zum Gläubigerschutz ist **in ihrem Kern zwingender Natur** (MünchKommBGB/Schäfer, § 728 Rn. 3). Der Insolvenzverwalter tritt mit Verfahrenseröffnung in die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebende Rechtsstellung des insolventen Gesellschafters ein (OLG München NZI 2017, 612 Rn. 27; MünchKommBGB/Schäfer, § 736 Rn. 14). Davon abweichend können die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag regeln, dass die Gesellschaft mit den übrigen Gesellschaftern unter Ausscheiden des insolvent gewordenen Gesellschafters fortgesetzt wird (§ 736 Abs. 1 BGB; dazu auch BFH DStR 2016, 1986 Rn. 35). Der Abfindungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters (§ 738 Abs. 1 S. 2 BGB) fällt dann in die Insolvenzmasse (BGH NZG 2007, 342; BFH DStR 2016, 1986 Rn. 35; Gummert, § 22 Rn. 49 u. § 21 Rn. 76; Henssler/Strohn/Kilian, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 728 BGB Rn. 11).

b) Vertragliche Gestaltung einer Fortsetzungsklausel

Gesellschafterausschluss und Fortsetzung der Gesellschaft können auf unterschiedliche Weise vereinbart werden. Die Wirkung kann automatisch eintreten oder von einem Fortsetzungsbeschluss der übrigen Gesellschafter oder der Ausübung eines Übernahmerechts abhängig gemacht werden (vgl. zu den unterschiedlichen Gestaltungen MünchKommBGB/Schäfer, § 736 Rn. 8 ff., 17 ff.).

Die hier beschriebene Vereinbarung ist u. E. allerdings unzulässig. Regelungen, wonach im Falle der Insolvenz des Gesellschafters der Insolvenzverwalter **lediglich** auf den **Abfindungsanspruch** zugreifen kann, während der **Gesellschafter weiterhin an der GbR beteiligt** sein soll, ohne dabei den insolvenzrechtlichen Verfügungs- und Verwaltungsverboten des § 80 InsO zu unterfallen, **widersprechen den Grundprinzipien des Insolvenzrechts**. Nach **§ 35 Abs. 1 InsO** erfasst das Insolvenzverfahren das

gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt. Im Übrigen setzt der Abfindungsanspruch das ersatzlose Ausscheiden des Gesellschafters voraus (MünchKommBGB/Schäfer, § 738 Rn. 14). Eine **Abfindung ohne Ausscheiden aus der Gesellschaft ist ausgeschlossen.**

Wir weisen abschließend noch auf Folgendes hin: Die Fortsetzung der GbR unter Einschluss des insolventen Gesellschafters wäre mit Rücksicht auf den Zweck des § 728 BGB während des Insolvenzverfahrens nur möglich, wenn der Insolvenzverwalter die **Gesellschaftsbeteiligung aus der Insolvenzmasse freigibt** (MünchKommBGB/Schäfer, § 728 Rn. 44; BeckOK-BGB/Schöne, Std.: 1.5.2020, § 728 Rn. 11). Scheidet der Gesellschafter dagegen aufgrund einer Fortsetzungsklausel aus der Gesellschaft aus, könnten die übrigen Gesellschafter den insolventen Gesellschafter wieder in die GbR aufnehmen (MünchKommBGB/Schäfer, § 728 Rn. 44; BeckOK-BGB/Schöne, § 728 Rn. 11). Allerdings würde der Insolvenzverwalter sofort wieder an die Stelle des aufgenommenen Gesellschafters treten, arg. e § 35 Abs. 1 InsO (Staudinger/Habermeier, § 728 Rn. 25).

4. Pfändung des Gesellschaftsanteils

Ähnliche Zweifel wie bei der insolvenzbezogenen Klausel bestehen bei einer entsprechenden Klausel für den Fall der Anteilspfändung.

Hat der Gläubiger eines Gesellschafters die Pfändung von dessen Gesellschaftsanteil erwirkt, so kann er nach **§ 725 Abs. 1 BGB** die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, sofern der Schudtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist. Diese Regelung ist **im Kern unabdingbar**. Insbesondere können die Gesellschafter den durch § 725 Abs. 1 BGB gesicherten Zugriff von Privatgläubigern auf den Anteilswert weder im Gesellschaftsvertrag noch durch Beschluss ausschließen oder von zusätzlichen sachlichen oder zeitlichen Anforderungen abhängig machen (Staudinger/Habermeier, § 725 Rn. 3; MünchKommBGB/Schäfer, § 725 Rn. 7). Den Gesellschaftern ist es aber unbenommen, die Fortsetzung der Gesellschaft unter Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters zu regeln. Das Pfandrecht erstreckt sich dann auf den Abfindungsanspruch (vgl. BeckOGK-BGB/von Proff zu Irnich, Std.: 1.8.2020, § 725 Rn. 26).

Wird der **Gläubiger nach der Kündigung, aber vor Zahlung des Abfindungsbetrags** durch den Schuldner oder einen Mitgesellschafter (§ 268 Abs. 1 BGB) **befriedigt**, so stehen dem Gläubiger am Anteil keine Rechte mehr zu. Die Gesellschafter können die Wiederaufnahme des Gesellschafters beschließen. Darauf hat der ausgeschiedene Gesellschafter aus der Treuepflicht bei voraussichtlich dauernder Beseitigung seiner Zahlungsschwierigkeiten u. U. sogar einen Anspruch (MünchKommBGB/Schäfer, § 725 Rn. 23; BeckOGK-BGB/von Proff zu Irnich, § 725 Rn. 35).

Eine Regelung, die in dieses beschriebene Regelungsregime eingreift, ist u. E. nicht zulässig. Es ist u. E. daher – unter gleichen Erwägungen wie im Insolvenzfall (s. o.) – keine Vereinbarung möglich, wonach der Gesellschafter nach der Pfändung seines Anteils nicht aus der Gesellschaft ausscheidet, der Gläubiger aber auf den Abfindungsanspruch zugreifen kann. Ein Abfindungsanspruch ohne Ausschluss aus der Gesellschaft besteht nicht. Der Gesellschafter kann zwar trotz der Anteilspfändung vor seinem nach § 725 Abs. 1 BGB kündigungsbedingten Ausscheiden an Gesellschafterbeschlüssen weiterhin mitwirken, soweit dies nicht mit einem Eingriff in die Gläubigerrechte oder in die Vermögenslage der

Gesellschaft verbunden ist (Staudinger/Habermeier, § 725 Rn. 18). Nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft kann er aber keine Gesellschafterrechte mehr geltend machen. Erforderlich wäre die Wiederaufnahme in die GbR.