

## Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesellschafterin einer Personenhandelsgesellschaft - Handelsregistereintragung und Haftungsfolgen

Rechtsanwalt Dr. Christian R. Schmidt und  
Rechtsanwältin Jennifer Bierly, LL.M., Berlin

In Fortführung der Rechtsprechung des BGH (NJW 2001, 3121) zur Kommanditistenfähigkeit der GbR hat das LG Berlin mit Beschluss vom 8. 4. 2003 (NZG 2003, 580) auch die Fähigkeit der GbR anerkannt, Komplementärin einer KG zu sein. Der folgende Artikel setzt sich mit den sich hieraus ergebenden registerrechtlichen Voraussetzungen und haftungsrechtlichen Folgen auseinander. Gleichzeitig wird als vermittelnder Vorschlag in der Diskussion um eine primäre Registerpflicht der GbR angeregt, eine Eintragungsoption für Gesellschaften bürgerlichen Rechts zu schaffen.

### I. Einleitung

Mit Beschluss vom 8. 4. 2003<sup>1</sup> hat das LG Berlin in Fortführung der Rechtsprechung des BGH zur Rechtsfähigkeit<sup>2</sup> und der daraus folgenden Kommanditistenfähigkeit

der GbR<sup>3</sup> entschieden, dass die Außen-GbR<sup>4</sup> persönlich haftende Gesellschafterin einer KG sein kann. Gleiches muss für die Beteiligung einer GbR an einer OHG gelten. Voraussetzung ist, dass neben der GbR als Gesellschafterin ihre Gesellschafter und gegebenenfalls ihre Vertretungsverhältnisse in das Handelsregister der OHG/KG einzutragen sind. Auch wenn die GbR nicht in ein eigenes „GbR-Register“ einzutragen ist (primäre Registerpflicht), sind ihre wesentlichen Verhältnisse somit mittelbar in das Handelsregister der OHG/KG einzutragen, an welcher sie beteiligt ist (sekundäre Registerpflicht<sup>5</sup>).

### II. Eintragungspflicht

Ist eine GbR Gesellschafterin einer OHG/KG, besteht nach den Entscheidungen des BGH<sup>6</sup> und des LG Berlin<sup>7</sup> hinsichtlich der folgenden Tatsachen eine Eintragungspflicht in das Handelsregister der OHG/KG:

- Neben der GbR selbst als Gesellschafterin müssen auch ihre Gesellschafter mit Namen, Geburtstag und Wohnort sowie

jede spätere Änderung der Zusammensetzung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.

- Darüber hinaus müssen, wenn sich die GbR als persönlich haftende Gesellschafterin an einer OHG/KG beteiligt, von der Regelung der §§ 714, 709 BGB abweichende Vertretungsverhältnisse innerhalb der GbR in das Handelsregister eingetragen werden.

Der Gesetzgeber hat der Eintragungspflicht für die Gesellschafter der GbR bei einer Beteiligung als Kommanditistin durch Einführung des § 162 I 2 HGB<sup>8</sup> inzwischen auch eine gesetzliche Grundlage gegeben.

Gemäß § 162 II HGB erübrigen sich bei der Bekanntmachung der Gesellschaft Angaben zu den Kommanditisten, also auch zu den Gesellschaftern einer Kommanditisten-GbR. Hingegen muss die Eintragung der GbR als persönlich haftende Gesellschafterin gem. § 10 I 2 HGB ihrem vollen Wortlaut nach, also einschließlich der Angaben über die Gesellschafter der GbR und der Vertretungsverhältnisse, bekannt gemacht werden. Eine KG, welche eine GbR zur Komplementärin hat, muss auf Grund des in §§ 18 II, 19 II HGB enthaltenen Grundsatzes der Firmenwahrheit als GbR & Co. KG firmieren<sup>9</sup>.

Die Anmeldepflicht bezüglich der für die Gesellschafter-GbR einzutragenden Tatsachen trifft gem. § 108 I HGB allein die Gesellschafter der OHG/KG, an welcher sich die GbR beteiligt hat<sup>10</sup>. Es ist somit die GbR (vertreten durch ihre vertretungsberechtigten Gesellschafter) zusammen mit den anderen Gesellschaftern der OHG/KG anmeldepflichtig<sup>11</sup>.

### III. Sekundäre oder primäre Registerpflicht der GbR?

Erkennt man die Fähigkeit der Außen-GbR an, Gesellschafterin einer OHG/KG zu sein, gebieten die mit der Publizität der OHG/KG verfolgten Schutzinteressen (Offenlegung der Gesellschafter, der Haftungsverhältnisse sowie der Vertretungsverhältnisse in der OHG/KG) die sekundäre Eintragungspflicht der GbR<sup>12</sup>. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber einer Entscheidung des BGH zur Komplementärfähigkeit der GbR vorgehen und auch insoweit konkrete registerrechtliche Vorschriften - wie § 162 I 2 HGB für die Kommanditisten-GbR - in das HGB einfügen wird.

Obwohl die sekundäre Registerpflicht der GbR im Einzelfall zu einem erheblichen Aufwand bei den Handelsregistern führen kann, ist sie einer primären Registerpflicht vorzuziehen<sup>13</sup>. Eine Eintragungspflicht für alle Außen-GbR ist abzulehnen. Denn in diesem Fall würden die Unterschiede zwischen der OHG und der GbR immer weiter schwinden. Es besteht das Bedürfnis nach einer registerfreien und damit flexiblen Gesellschafts-

form, die nicht nur Innen-, sondern auch Außen-gesellschaft sein kann<sup>14</sup>.

Es könnte allerdings die Schaffung eines freiwilligen GbR-Registers in Erwägung gezogen werden. Das Handelsregister bzw. das Grundbuch könnten auf die in ein solches GbR-Register erfolgte Eintragung verweisen. Dem Register müsste - ähnlich wie dem Handelsregister - eine gewisse Publizitätswirkung zukommen, damit die Gesellschaften aus eigenem Interesse angehalten sind, eine einmal erfolgte Eintragung zu pflegen (z.B. Wechsel im Gesellschafterbestand zeitnah anzumelden).

Ein freiwilliges GbR-Register könnte den Bedürfnissen der GbR und des Rechtsverkehrs sowie der Vereinfachung der Registerführung am Besten gerecht werden. GbR, die umfangreiche Außenbeziehungen pflegen, mehrere Grundstücke besitzen und/oder sich an Personenhandels-gesellschaften beteiligen möchten, werden sich in ihrem eigenen Interesse in ein GbR-Register eintragen lassen. Denn dies vereinfacht die Pflege ihrer Registereintragungen erheblich. Hat eine GbR mehrere Beteiligungen an anderen Gesellschaften oder mehrere Grundstücke, ist es sowohl für die Gesellschafter als auch für die Register weniger kosten- und zeitaufwändig, die GbR in ein GbR-Register einzutragen. Darüber hinaus beweist die Eintragung die Bereitschaft der Gesellschaft zur Transparenz und macht sie ihren Geschäftspartnern gegenüber glaubwürdig. Die Gesellschaften könnten ihre Eintragung in das GbR-Register werbewirksam nutzen, indem sie sich als „eingetragene“ GbR bezeichnen dürfen. Andererseits wird durch die Freiwilligkeit des Registers kein unnötiger Aufwand dadurch betrieben, dass alle Außen-GbR eingetragen werden müssten. Haben die Gesellschafter ein Interesse am Schutz ihrer Privatsphäre oder daran, dass die Zusammensetzung ihrer Gesellschaft nicht publik wird, müssen sie von der Eintragungsoption keinen Gebrauch machen.

#### **IV. Haftung der Gesellschafter der GbR für Verbindlichkeiten der OHG/KG**

Die Gesellschafter der GbR haften analog § 128 HGB für die Verbindlichkeiten der GbR<sup>15</sup>. Nur die GbR selbst ist Gesellschafterin der OHG/KG, nicht sind dies ihre Gesellschafter. Die Gesellschafter der GbR haften damit, auch wenn sie namentlich in das Handelsregister einzutragen sind, nicht unmittelbar für die Verbindlichkeiten der OHG/KG, sondern nur mittelbar und akzessorisch

in dem Umfang, in welchem die GbR selbst als Gesellschafterin der OHG/KG für deren Verbindlichkeiten einstehen muss.

So ist § 176 II HGB auf den Eintritt eines neuen Gesellschafters in eine Kommanditisten-GbR nicht anzuwenden. Denn Kommanditist ist allein die GbR, welche bereits eingetragen ist. Ihre Haftung ist daher gem. § 172 I HGB auf die Hafteinlage beschränkt. Der Gesellschafter der GbR kann nicht darüber hinaus haftbar gemacht werden, nur weil er namentlich in das Handelsregister der KG einzutragen ist<sup>16</sup>. Hat die GbR als Kommanditistin ihre in das Handelsregister eingetragene Hafteinlage an die Gesellschaft erbracht und ist diese nicht an die GbR zurückgezahlt worden, ist die persönliche Haftung der GbR den Gläubigern der KG gegenüber gem. § 171 I HGB ausgeschlossen. In diesem Fall haften auch die Gesellschafter der GbR den Gläubigern der KG nicht persönlich.

Hat die GbR mit einem Gläubiger der OHG/KG, an welcher sie beteiligt ist, einen Ausschluss ihrer Haftung, einen Erlass oder eine Stundung vereinbart, kommt diese Vereinbarung auch jedem Gesellschafter der GbR zugute. Gleiches gilt, wenn die OHG/KG selbst mit ihren Gläubigern vereinbart hat, dass jeder Gesellschafter nur quotale entsprechend seiner Einlage für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften soll. Der Gesellschafter der GbR, die persönlich haftende Gesellschafterin ist, haftet dann entsprechend § 128 HGB auf die gesamte Quote der Verbindlichkeit, welche die GbR schuldet.

#### **V. Anwendbarkeit des § 15 HGB auf die Gesellschafter der GbR**

Die im Handelsregister der OHG/KG einzutragenden Angaben zu den Gesellschaftern einer GbR und ihren Vertretungsverhältnissen sind eintragungspflichtige und nicht nur eintragungsfähige Tatsachen. Auf sie findet § 15 HGB, in den Grenzen des § 162 II HGB, Anwendung<sup>17</sup>. Nach der bereits vor Neufassung des § 162 II HGB<sup>18</sup> herrschenden Ansicht<sup>19</sup> und wohl auch nach der heute vorwiegenden Meinung<sup>20</sup> findet § 15 I HGB entgegen dem Wortlaut des § 162 II HGB auch auf die Eintragung von Kommanditisten Anwendung, obwohl insoweit eine Bekanntmachung nicht erfolgt<sup>21</sup>.

Scheidet somit ein Gesellschafter aus der Gesellschaft-GbR aus, ohne dass dies in das Handelsregister der OHG/KG eingetragen wird, kann er sein Ausscheiden gem. § 15 I HGB den Gläubigern der OHG/KG im Hinblick auf nach seinem Ausscheiden entstandene Verbindlichkeiten nicht entgegenhalten. Die Tatsache seines Ausscheidens ist eine in seinen Angelegenheiten eintragungspflichtige Tatsache. Hieran ändert nichts, dass der Gesellschafter selbst nicht anmeldepflichtig, ja nicht einmal anmeldeberechtigt ist<sup>22</sup>. Der Gesellschafter haftet aber auch für die Neuverbindlichkeiten der OHG/KG nur in dem Umfang, in welchem die GbR selbst für sie haftet.

Für die Frage, wann die fünfjährige Nachhaftungsfrist der § 736 II BGB, § 160 I HGB beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer an einer OHG/KG beteiligten GbR beginnt, müssen § 15 HGB und die für die GbR geltenden Grundsätze<sup>23</sup> nebeneinander angewandt werden. Ist das Ausscheiden des Gesellschafters aus der GbR in das Handelsregister der OHG/KG eingetragen, müssen Gläubiger der OHG/KG gem. § 15 II 1 HGB das Ausscheiden gegen sich gelten lassen. In diesem Fall beginnt die Nachhaftungsfrist spätestens mit der Eintragung des Ausscheidens in das Handelsregister<sup>24</sup>. Es ist jedoch zweifelhaft, ob auch Gläubiger der GbR, die mit den Geschäften der OHG/KG nichts zu tun haben und nicht wissen müssen, dass die GbR auf Grund ihrer Gesellschafterstellung in ein Handelsregister eingetragen ist, die Eintragung gem. § 160 I 2 HGB gegen sich gelten lassen müssen. Richtigerweise müssen in Bezug auf diese Gläubiger weiterhin die allgemeinen Grundsätze des GbR-Rechts Anwendung finden. § 15 II 1 HGB findet auf sie keine Anwendung, da sie die Eintragung der GbR im Register der OHG/KG nicht betrifft. Dies lässt sich an folgendem Beispiel verdeutlichen:

Die X-GbR mit Sitz in Berlin ist als Kommanditistin an der Y-KG beteiligt, die in das Kölner Handelsregister eingetragen ist. Die X-GbR hat in Berlin Geschäfte mit Gläubiger G gemacht. G ist die Beteiligung der X-GbR an der Y-KG nicht bekannt. G macht nunmehr gegen den ehemaligen Gesellschafter A der X-GbR einen Anspruch gem. § 128 HGB auf Haftung für Verbindlichkeiten der X-GbR geltend. Das Ausscheiden des A aus der X-GbR ist vor sechs Jahren in das Handelsregister der Y-KG eingetragen worden. G ist darüber jedoch nie informiert worden. Muss G tatsächlich eine Eintragung in das Handelsregister der Y-KG, mit welcher er nie zu tun hatte, in Köln, wo er keine Geschäfte tätigt, gegen sich gelten lassen? Gläubiger der Y-KG hingegen sind gem. § 15 II HGB verpflichtet, sich über die Verhältnisse der Y-KG durch Blick in das Handelsregister zu informieren. Sie müssen daher die Eintragung des Ausscheidens in das Handelsregister gegen sich gelten lassen.

Ist das Ausscheiden des Gesellschafters der GbR (noch) nicht in das Handelsregister der OHG/KG eingetragen, bleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen des GbR-Rechts. Die Frist beginnt danach mit Kenntnis des Gläubigers vom Ausscheiden des Gesellschafters. § 15 I HGB hat insoweit keine Relevanz, da dem Dritten positive Kenntnis der eintragungspflichtigen Tatsache immer entgegengehalten werden kann, § 15 I a.E. HGB<sup>25</sup>. Entsprechend haftet der ausgeschiedene Gesellschafter einem Gläubiger der OHG/KG gegenüber, der von seinem Ausscheiden Kenntnis hatte, auch nicht für Neuverbindlichkeiten der OHG/KG gem. § 15 I HGB. Den Nachweis, dass und wann der Gläubiger Kennt-

nis von dem Ausscheiden erlangt hat, muss der Gesellschafter führen, der sich auf die Beschränkung der Nachhaftung beruft.

Ist die GbR persönlich haftende Gesellschafterin einer OHG/KG, sind auch ihre Vertretungsverhältnisse in das Handelsregister einzutragen und bekannt zu machen, soweit diese von der Regelung der §§ 709 , 714 BGB abweichen.

In diesem Fall kann Dritten eine von den §§ 709 , 714 BGB abweichende Vertretungsregelung in der GbR, die sich auf die Vertretung der OHG/KG auswirkt, nicht entgegengesetzt werden, wenn sie nicht eingetragen ist. Gleiches gilt für eine Änderung der Vertretungsverhältnisse der GbR. Weiterhin kann sich ein Dritter in diesem Fall gem. § 15 III HGB auf eine unrichtig bekannt gemachte Vertretungsregelung berufen.

## VI. Zusammenfassung

1. Die GbR ist fähig, sowohl Kommanditistin als auch persönlich haftende Gesellschafterin einer OHG/KG zu sein.
2. Neben der GbR sind auch ihre Gesellschafter und, wenn die GbR persönlich haftende Gesellschafterin ist, ihre Vertretungsverhältnisse in das Handelsregister der OHG/KG zur Eintragung anzumelden. Diese sekundäre Registerpflicht ist einer primären Registerpflicht der GbR vorzuziehen. Allen Bedürfnissen am Besten gerecht werden würde eine Eintragungsoption für GbR in ein freiwilliges GbR-Register.
3. Die Gesellschafter der GbR haften für die Verbindlichkeiten der OHG/KG mittelbar entsprechend § 128 HGB in dem Umfang, in welchem die GbR als Gesellschafterin selbst für diese Verbindlichkeiten haftet. Eine eigene unmittelbare Haftung der Gesellschafter der GbR für die Verbindlichkeiten der OHG/KG ergibt sich auch aus der Eintragungspflicht nicht.
4. Auf die eintragungspflichtigen Tatsachen bezüglich der GbR und ihren Gesellschaftern ist § 15 HGB, in den Grenzen des § 162 II HGB, unmittelbar anzuwenden. Geschützt wird das Vertrauen der Gläubiger der OHG/KG in die Richtigkeit und Vollständigkeit des eingetragenen Gesellschafterbestands und der eingetragenen Vertretungsverhältnisse. Gläubiger der GbR müssen die Eintragung des Ausscheidens des Gesellschafters aus einer Gesellschafter-GbR im Handelsregister der OHG/KG (z.B. im Hinblick auf den Beginn der Nachhaftungsfrist gem. § 736 II BGB, § 160 I HGB) nicht gegen sich gelten lassen.

Die Autoren sind Rechtsanwälte in der Sozietät GSK Gassner Stockmann & Kollegen, Berlin.

<sup>1</sup>LG Berlin, NZG 2003, 580.

<sup>2</sup>BGH, NJW 2001, 1056 = NZG 2001, 1132.

<sup>3</sup>BGH, NJW 2001, 3121.

<sup>4</sup>Die GbR wird spätestens durch den Eintritt in die OHG oder KG zur Außen-GbR: vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, 31. Aufl. (2003), § 105 Rdnr. 29.

<sup>5</sup>Schöpflin, NZG 2003, 606 (607).

<sup>6</sup>BGH, NJW 2001, 3121.

<sup>7</sup>LG Berlin, NZG 2003, 580.

<sup>8</sup>Durch das Gesetz über elektronische Register und Justizkosten für Telekommunikation v. 10. 12. 2001 (BGBl I 2001, 3422).

<sup>9</sup>LG Berlin, NZG 2003, 580 (582).

<sup>10</sup>BayObLG, NJW-RR 1988, 1307; *Wagner*, NZG 2001, 1133 (1134); *Baumbach/Hopt* (o. Fußn. 4), § 162 Rdnr. 3.

<sup>11</sup>Zur Mitwirkungspflicht der Gesellschafter bei der Anmeldung und möglichen Schadensersatzansprüchen *Grunewald*, ZGR 2003, 541 (547).

<sup>12</sup>Im Einzelnen: *BGH*, NJW 2001, 3121 (3122); *LG Berlin*, NZG 2003, 580 (581).

<sup>13</sup>Für die Schaffung eines GbR-Registers mit Eintragungspflicht plädieren z.B. *Karsten Schmidt*, NJW 2001, 1002; *Heil*, DNotZ 2002, 60 (68); *Wertenbruch*, NJW 2002, 324 (329); *Scholz*, NZG 2002, 153 (159); *Wälzholz*, DStR 2003, 1585.

<sup>14</sup>Schöpflin, NZG 2003, 606 (607).

<sup>15</sup>BGH, NJW 2001, 1056.

<sup>16</sup>*Wagner*, NZG 2001, 1133 (1134); *Grunewald*, ZGR 2003, 541 (548); a.A. *Ulmer*, ZIP 2001, 1714 (1717).

<sup>17</sup>BGH, NJW 2001, 3121 (3122); *LG Berlin*, NZG 2003, 580 (581); zur Bekanntmachungspflicht s.o. unter II.

<sup>18</sup>Durch das Namensaktiengesetz (NaStraG) v. 18. 1. 2001 (BGBl I 2001, 123).

<sup>19</sup>BGH, NJW 1981, 2747 (2748); *Röhrich/Graf v. Westphalen/v. Gerkan*, HGB, 1997, § 173 Rdnr. 19.

<sup>20</sup>Vgl. z.B. *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 2001, § 173 Rdnr. 23; *Koller/Roth/Morck*, HGB, 4. Aufl. (2003), § 173 Rdnr. 2; *Röhrich/Graf v. Westphalen/v.*

*Gerkan*, HGB, 2. Aufl. (2001), § 173 Rdnr. 19; *Grunewald*, ZGR 2003, 541 (543); a.A. *Karsten Schmidt*, ZIP 2002, 413.

<sup>21</sup>Nach dieser Ansicht ist § 15 I HGB wie folgt zu lesen: „Solange eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache nicht eingetragen und (falls bekanntmachungspflichtig) bekannt gemacht ist, ...“.

<sup>22</sup>*Grunewald*, ZGR 2003, 541 (546); *Ulmer*, ZIP 2001, 1714 (1716).

<sup>23</sup>Für den Gesellschafter einer GbR beginnt grundsätzlich (mangels primärer Registerpflicht) die Frist mit Kenntnis des Gläubigers von seinem Ausscheiden: *BGH*, NJW 1992, 1615; *Ulmer*, in: MünchKomm, 4. Aufl. (2004), § 736 Rdnr. 27.

<sup>24</sup>Auch nach dem *BGH* kann der Gesellschafter der GbR durch Eintragung seines Ausscheidens in das Handelsregister der OHG/KG die Frist des § 160 I HGB unabhängig von der tatsächlichen Kenntnis der Gläubiger in Gang setzen: *BGH*, NJW 2001, 3121 (3122).

<sup>25</sup>A.A. *Grunewald*, ZGR 541, 548, die im Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer Kommanditisten-GbR § 160 HGB unmittelbar anwenden will. Danach ist für den Beginn der Nachhaftungsfrist die Eintragung des Ausscheidens in das Handelsregister konstitutiv.

Zulässigkeit einer GbR & Co. KG	NZG 2003 Heft 12	580
---------------------------------	------------------	-----

## Zulässigkeit einer GbR & Co. KG

HGB §§ 18 II, 19 II, 105, 106 II Nr. 4, 107, 125 I, 128, 129, 161 II, 176; BGB §§ 709, 714

## Eine GbR kann auch Komplementärin einer KG sein. (Leitsatz der Redaktion)

LG Berlin, Beschluß vom 8. 4. 2003 - 102 T 6/03

### Zum Sachverhalt:

Die beschwerdeführende Gesellschaft ist eine GmbH & Co. KG. Die beiden einzigen Kommanditisten sind zugleich alleinige Gesellschafter der Komplementär-GmbH. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 5. 7. 2002 veräußerte die GmbH ihre an der Bf. bestehenden Geschäftsanteile an die beiden Gesellschafter der GmbH als GbR. Mit der Veräußerung sollte die GmbH aus der beschwerdeführenden Gesellschaft ausscheiden und die GbR an ihrer Stelle als Komplementärin eintreten. Dies ist Gegenstand der Anmeldung vom 5. 7. 2002, die das AG Charlottenburg mit Beschluss vom 18. 12. 2002 mit der Begründung zurückgewiesen hat,

eine GbR könne nicht Komplementärin einer KG werden. Denn die Gesellschafter der GbR als auch spätere Gesellschafterwechsel ließen

Zulässigkeit einer GbR & Co. KG	NZG 2003 Heft 12	581
---------------------------------	------------------	-----

sich nicht aus dem Handelsregister ersehen. Weiterhin stehe die Gesellschafteridentität der Kommanditisten und der Gesellschafter der GbR einer Eintragung entgegen.

Die Beschwerde der Gesellschaft hatte Erfolg.

### Aus den Gründen:

II. Die angemeldete Änderung im Gesellschafterbestand der beschwerdeführenden Kommanditgesellschaft kann in das Handelsregister eingetragen werden. Eine GbR kann auch Komplementärin einer KG sein.

Ob eine GbR auch die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters einer KG einnehmen kann, wurde, soweit ersichtlich, nach der Leitentscheidung des BGH zur Rechtsfähigkeit der GbR vom 29. 1. 2001 (BGHZ 146, 341 = NZG 2001, 311 = NJW 2001, 1056 = BB 2001, 374) bislang nicht entschieden. In der Rechtslehre wurde die Stellung einer GbR als persönlich haftende Gesellschafterin von der h.M. abgelehnt (*Baumbach/Hopt*, HGB, 30. Aufl., § 105 Rdnr. 29; *Kübler*, GesR, 5. Aufl., § 1998, S. 66; a.A.: *Schlegelberger/K. Schmidt*, HGB, § 105 Rdnrn. 71f.). Nach der Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR durch den BGH in der Entscheidung vom 29. 1. 2001 wurde die Beteiligung der GbR an einer Personenhandelsgesellschaft von den bislang wenigen Stimmen in der Rechtslehre überwiegend bejaht (*Palandt/Sprau*, BGB, 62. Aufl., § 705 Rdnr. 24; *Röhrich/Graf v. Westphalen/v. Gerkan*, HGB, § 105 Rdnr. 64; *Steinbeck*, DStR 2001, 1162ff.; a.A.: *Koller/Roth/Morck-Koller*, HGB, 2. Aufl., § 105 Rdnr. 19; zögerlich *Ulmer*, ZIP 2001, 585 [596]).

Die Komplementäreigenschaft einer GbR lässt sich aus allgemeinen Erwägungen herleiten. Als Gesamthandsgemeinschaft ihrer Gesellschafter kann die Außengesellschaft bürgerlichen Rechts nach heutiger Auffassung als Teilnehmer am Rechtsverkehr jede Position einnehmen, soweit ihr nicht spezielle rechtliche Gesichtspunkte entgegenstehen (BGHZ 146, 341 = NZG 2001, 311 = NJW 2001, 1056 = BB 2001, 374). So ist anerkannt, dass eine GbR Gesellschafterin einer anderen GbR sein kann (BGH, NZG 1998, 23 = NJW 1998, 376). Der BGH hat nunmehr anerkannt, dass die Rechtsfähigkeit der GbR auch zur Folge hat, dass diese Kommanditistin einer KG sein kann (BGHZ 148, 291 = NZG 2001, 1132 = NJW 2001, 3121 [3222]; BayObLGZ,

NZG 2003, 26 = ZIP 2002, 2175; a.A. OLG Zweibrücken, OLGZ 1982, 155).

Vor diesem Hintergrund sieht die *Kammer* keine besonderen rechtlichen Gründe, die der Fähigkeit der GbR auch persönlich haftende Gesellschafterin einer KG zu sein, entgegenstehen.

1. Die fehlende Registerpublizität der GbR bildet nach Auffassung der *Kammer* kein Hindernis für eine Komplementärstellung einer GbR.

a) Soweit die Publizität den Zweck hat, sich zwecks Einschätzung der Bonität zuverlässig über die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises und ihrer Haftungsverhältnisse zu informieren, kann diesem Sicherheitsbedürfnis des Rechtsverkehrs auf andere Weise Rechnung getragen werden als durch Ablehnung der Beteiligung einer GbR an einer KG. Ist die GbR Kommanditistin einer KG, so müssen nach § 162 I 2 HGB auch die Gesellschafter einer GbR sowie spätere Änderungen im Gesellschafterbestand der GbR zur Eintragung angemeldet werden (so BGHZ 146, 341 = NZG 2001, 311 = NJW 2001, 1056 = NJW 2001, 3121 [3222] vor Einführung des § 162 I 2 HGB durch das ERJuKoG vom 10. 12. 2001). Gleiches muss auch gelten, wenn die GbR als Komplementärin an einer GbR beteiligt ist (*Schlegelberger/K. Schmidt*, § 105 Rdnr. 72). Damit wird der Mangel an Registerpublizität hinreichend kompensiert.

b) Die Publizität dient auch der Offenlegung der Vertretungsverhältnisse, zu denen der BGH keine Stellung nehmen musste, da in dem von ihm zu entscheidenden Fall nur die Beteiligung einer GmbH als Kommanditistin in Frage stand. Im Gegensatz zum Kommanditisten ist eine Komplementärin zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt, wie sich aus §§ 161 II, 125 I HGB ergibt. Die Vertretung der GbR erfolgt wiederum gem. §§ 714, 709 BGB durch alle Gesellschafter gemeinsam, soweit keine andere Regelung im Gesellschaftsvertrag der GbR getroffen wurde. Zwar entscheiden dann die Vertretungsverhältnisse in der GbR auch darüber, wer mittelbar die KG zu vertreten hat. Letztendlich stellt das dispositive Vertretungsrecht der GbR aber kein Hindernis für die Beteiligung der GbR an der KG dar.

Unklarheiten hinsichtlich der Vertretungsverhältnisse lassen sich beseitigen, indem von §§ 714, 709 BGB abweichende Vertretungsverhältnisse in das Handelsregister einzutragen sind (*Schlegelberger/K. Schmidt*, § 105 Rdnr. 74; *Steinbeck*, DStR 2001, 1162 [1165]). Denn aus §§ 106 II Nr. 4, 107 HGB ergibt sich, dass der Rechtsverkehr die tatsächlichen Vertretungsverhältnisse bei einer Personenhandelsgesellschaft aus dem Handelsregister erkennen können soll. Dem Schutz der Gläubiger der KG kann aber auch dadurch Rechnung getragen werden, dass Ände-

rungen der Vertretungsverhältnisse eine eintragungspflichtige Tatsache darstellen. Zwar sind eintragungspflichtige Tatsachen im HGB grundsätzlich enumerativ aufgeführt. Dies schließt es jedoch nicht aus, den Anwendungsbereich einzelner Normen, die eintragungspflichtige Tatsachen regeln zu erweitern (vgl. *BGH*, GmbHR 1992, 255ff. zu § 54 GmbHG).

Die *Kammer* sieht sich in der analogen Anwendung der §§ 106 II Nr. 4, 107 HGB auf die Vertretungsverhältnisse der GbR dadurch bestätigt, dass der *BGH* bereits den Gesellschafterwechsel einer GbR über den Wortlaut der §§ 162 III und I a.F., 106 II HGB hinaus als eintragungspflichtige Tatsache angesehen hat (NZG 1998, 23 = NJW 2001, 3121 [3122]). Insofern kann dem Publizitätsbedürfnis auf andere Weise als durch Ablehnung der Beteiligung einer GbR an einer Personhandelsgesellschaft Beachtung geschenkt werden.

Eine zu §§ 714, 709 BGB abweichende Vertretungsregelung lässt sich aus den der Anmeldung beigefügten Unterlagen nicht entnehmen. Vielmehr lässt die Stellungnahme des Notars vom 6. 11. 2002 erkennen, dass an der gesetzlichen Regelung in §§ 714, 709 BGB festgehalten wird.

2. Weiterhin lässt sich aus der ausdrücklichen Normierung zur Kommanditistenstellung einer GbR in § 162 I 2 HGB nicht der Umkehrschluss ziehen, dass wegen Fehlens einer vergleichbaren Regelung für die OHG eine GbR nicht persönlich haftende Gesellschafterin einer Personhandelsgesellschaft sein kann. Denn der Gesetzgeber beabsichtigte mit der einschlägigen Änderung des § 162 HGB durch Anfügen des Satzes 2 eine „Stützung der Entscheidung des *BGH* in diesem Punkt“. Er ist davon ausgegangen, dass man in gleichgelagerten Fällen wohl genauso vorgehen werden müsse und ergänzt, dass weitere ausdrückliche Regelungen diesbezüglich in dem einschlägigen Gesetzgebungsverfahren nicht mehr möglich gewesen seien (vgl. BT-Dr. 14/7348, S. 29). Dies zeigt, dass der Gesetzgeber die neue Rechtsprechung des *BGH* nur gesetzlich verankert hat (so auch *Grunewald*, in: MünchKomm-HGB, § 162 Rdnr. 1 Fußn. 3), damit aber keine Wertungen hinsichtlich der Komplementärstellung der GbR treffen wollte.

3. Auch die unmittelbare persönliche Haftung des Komplementärs nach §§ 128, 129 HGB steht der Beteiligung der GbR an der beschwerdeführenden KG nicht entgegen. Die GbR ist selbst Rechtsobjekt und haftet nach §§ 161 II, 128 HGB für die Schulden der KG. Die Gläubiger der OHG sind jedoch nicht auf das Gesellschaftsvermögen der GbR beschränkt, sondern können über § 128 HGB analog auch die einzelnen Gesellschafter der GbR in Anspruch nehmen (*BGH*, *BGHZ* 146, 341 = NZG 2001, 311 = NJW 2001, 1056 = BB 2001, 374 [379]). Damit stehen die

Gläubiger einer sogenannten „GbR & Co.KG“ sogar besser als bei einer GmbH & Co.KG. Denn neben der GbR als unbeschränkt persönlich haftendem Rechtssubjekt können sie auch auf die Gesellschafter der GbR zurückgreifen.

Auch die praktische Durchsetzung der Ansprüche der Gläubiger gegen den persönlich haftenden Gesellschafter einer

Zulässigkeit einer GbR & Co. KG	NZG 2003 Heft 12	582
---------------------------------	------------------	-----

KG, bei der eine GbR einzige persönlich haftende Gesellschafterin ist, begegnet keinen Bedenken. Nach der Grundsatzentscheidung des *BGH* zur Rechts- und Parteifähigkeit der GbR müssen Gläubiger einer GbR nicht mehr alle Gesellschafter der GbR in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit verklagen (*BGHZ* 146, 341 = NZG 2001, 311 = NJW 2001, 1056 = BB 2001, 374 [376]). Die Feststellung der einzelnen Mitglieder der GbR führte nämlich oft zu praktischen Schwierigkeiten. Vielmehr kann die GbR nunmehr unter ihrem Namen verklagt werden (*BGHZ* 146, 341 = NZG 2001, 311 = NJW 2001, 1056). Gläubiger der KG können damit ohne größere praktische Schwierigkeiten gem. § 128 HGB die GbR in Anspruch nehmen.

Zudem sind gem. §§ 171 I, 172 IV HGB auch Fälle denkbar, in denen ein Kommanditist den Gläubigern persönlich und unmittelbar bis zur Höhe seiner im Handelsregister eingetragenen Hafteinlage haftet. In den Fällen des § 176 I und II HGB ist die Haftung eines Kommanditisten sogar eine unbeschränkt persönliche. Kann eine GbR nach der Entscheidung (*BGHZ* 146, 341 = NZG 2001, 311 = NJW 2001, 1056 = NJW 2001, 3131 [3122]) trotz der für einen Kommanditisten bestehenden Haftungsrisiken die Stellung eines Kommanditisten innehaben, so ist auch die Beteiligung einer GbR als Komplementärin einer KG zuzulassen.

Außerdem spricht für die Beteiligung einer GbR als Komplementärin einer KG, dass nach herrschender Auffassung eine OHG die Stellung als Komplementär innehaben kann (vgl. nur *Baumbach/Hopt*, Rdnr. 28). Nach neuerer Rechtsprechung des *BGH* haftet ein Gesellschafter einer GbR analog § 128 HGB für die Schulden der GbR (*BGH*, NZG 1998, 23 = BB 2001, 374 [379]). Die weitestgehende Annäherung der Haftung eines Gesellschafters einer GbR an die Haftung eines Gesellschafters einer OHG ist ein weiteres Argument dafür, die Beteiligung einer GbR als persönlich haftende Gesellschafterin einer OHG oder KG zuzulassen.

4. Dem steht nicht entgegen, dass die Bf. auf Grund des in §§ 18 II, 19 II HGB enthaltenen Grundsatzes der Firmenwahrheit künftig als GbR

& Co. KG firmieren muss. Denn der Rechtsverkehr kann aus der Firma ersehen, dass die GbR Komplementärin einer KG ist. Eine unzulässige Beschränkung der Haftung der GbR auf Grund eines Firmenzusatzes liegt damit nicht vor.

5. Schließlich bildet auch die Personenidentität der Kommanditistin und der Gesellschafter der GbR kein Eintragungshindernis.

Risiken für die Gläubiger bestehen in diesem Fall nicht, weil die Kommanditisten - von den Ausnahmen der §§ 171 I, 172 I, 4, 176 HGB abgesehen - im Gegensatz zur Komplementärgesellschaft nicht unbeschränkt persönlich haften. Zudem ist die Personenidentität durch einen Blick in das Handelsregister ohne weiteres feststellbar. In der Rechtslehre und Rechtsprechung wurde daher bereits die personengleiche GmbH & Co. KG für zulässig erachtet (*Grunewald*, § 161 Rdnrn. 92ff.; *Röhrich/Graf v. Westphalen/v. Gerkan*, § 161 Rdnr. 40). Gründe, die gegen eine solche Personengleichheit sprechen, wenn sich der Gesellschafter nicht in Form einer GmbH, sondern in Form einer GbR als Komplementärin an der KG beteiligen, sind nicht ersichtlich.

(Mitgeteilt von Rechtsanwalt D. Vöckel, Berlin)

---

#### **Anm. d. Schrifttg.:**

Das AG *Charlottenburg* (Vorinstanz) hatte seine Ansicht, dass eine GbR nicht Komplementärin einer KG werden könne, wie folgt begründet: „Da sich die Gesellschafter einer GbR und somit auch spätere nach der Eintragung als pHG stattfindende Wechsel nicht öffentlich ersehen lassen, bestehen hier erhebliche Bedenken hinsichtlich des Rechtsschutzbedürfnisses des Rechtsverkehrs darauf verlassen zu können, dass die persönliche Haftung des Komplementärs in Person des eingetragenen Gesellschafters besteht. ... Zusätzlich wird als weiterer Grund angegeben, dass es sich im vorliegenden Fall um eine „indirekte“ Gesellschafteridentität handelt, da die Gesellschafter der GbR bereits als Kommanditisten an der Kommanditgesellschaft beteiligt sind.“