

Können die GbR-Gesellschafter auf Umwegen eine haftungsbegrenzte Gesellschaft erreichen?

Roter Prinz in Roßdorf (Rhön): Zwei Rechtsanwälte aus Frankfurt wollen ihren lange gehegten Traum verwirklichen und alte Obstsorten züchten, insbesondere die Apfelsorte „Roter Prinz“. Sie suchen und finden schließlich einen geeigneten Restbauernhof in Roßdorf/Rhön und pachten ihn für 30 Jahre. Um ihr Risiko zu begrenzen, wollen sie als GmbH anmieten. Der Verpächter lacht sie jedoch aus: „Ich will doch keine Papierfir-

ma als Pächterin!“ Notgedrungen pachten sie also als Außen-GbR. Der auf Mietrecht spezialisierte Anwalt hat Bedenken, weil er weiß, dass eine Nutzungsüberlassung an Dritte im Pachtrecht unzulässig ist. Sein corporate-Kollege ist aber zuversichtlich: „Lass` man. Gesellschaftsrechtler kennen einen Weg zur Umwandlung der GbR zur GmbH, ohne dass der Verpächter zustimmen muss!“ Hat er Recht?

§ 3 UmwG Verschmelzungsfähige Rechtsträger

(1) An Verschmelzungen können als übertragende, übernehmende oder neue Rechtsträger beteiligt sein:

1. Personenhandelsgesellschaften (offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften) und Partnerschaftsgesellschaften;
2. Kapitalgesellschaften (Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien);
3. eingetragene Genossenschaften;
4. eingetragene Vereine (§ 21 des Bürgerlichen Gesetzbuchs);
5. genossenschaftliche Prüfungsverbände;
6. Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

(2) An einer Verschmelzung können ferner beteiligt sein:

1. wirtschaftliche Vereine (§ 22 des Bürgerlichen Gesetzbuchs), soweit sie übertragender Rechtsträger sind;
2. natürliche Personen, die als Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft deren Vermögen übernehmen.

§ 20 UmwG Wirkungen der Eintragung

(1) Die Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers hat folgende Wirkungen:

1. Das Vermögen der übertragenden Rechtsträger geht einschließlich der Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger über.
2. Die übertragenden Rechtsträger erlöschen. Einer besonderen Löschung bedarf es nicht.

§ 589 BGB Nutzungsüberlassung an Dritte

(1) Der Pächter ist ohne Erlaubnis des Verpächters nicht berechtigt,

1. die Nutzung der Pachtsache einem Dritten zu überlassen, insbesondere die Pachtsache weiter zu verpachten.[...]

Keine Umwandlung der GbR: Bei einer GbR eröffnet das Umwandlungsgesetz nicht die Möglichkeit, eine Verschmelzung und Spaltung zur haftungsbegrenzten GmbH zu erreichen, vgl. §§ 3, 20 UmwG, vgl. **Baustein 162**. Die Praxis eröffnet jedoch auch für die GbR mehrere Wege zur Haftungsbegrenzung:

1

- 2 **Ersatzlösung 1: Rechtsgeschäftliche Übertragung des Betriebs auf eine Gesellschaft ohne persönlich haftende Gesellschafter?** Zwar kann eine GbR nicht nach dem Umwandlungsgesetz umgewandelt werden. Aber eine solche Umwandlung lässt sich auch durch rechtsgeschäftliche Übertragung des Betriebs auf eine Gesellschaft erreichen, etwa auf eine GmbH oder eine AG. Nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts geht der Mietvertrag nur dann auf den Erwerber über, wenn der Vermieter zugestimmt hat. Das gilt insbesondere dann, wenn der Vermieter bei Vertragsschluss darauf vertraut hat, dass die veräußernde Gesellschaft den Betrieb dauerhaft als Inhaber führt („inhaberbezogenes Mietverhältnis“). In ganz seltenen Fällen kann es allerdings auch einmal so sein, dass es dem Vermieter bei Vertragsschluss weniger auf den Inhaber als auf den Inhaberbetrieb ankam („unternehmensbezogenes Mietverhältnis“), vgl. Wolf/Eckert/Ball, Gewerbl. Miet-, Pacht- und Leasingrecht, 10. Aufl. 2009, Rdn. 1437; Brandner, NJW 1960, 127; skeptisch Bub-Treier (Heile), Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. 1999, II Rdn. 842. Rechtsprechung ist nicht ersichtlich. Bei der Übertragung von Handelsgeschäften kommt es nach §§ 25 Abs. 1 und 2, 26 HGB erst nach Ablauf von 5 Jahren zur Enthftung des Veräußerers.

Beispiele:

alleingesessene Facharztpraxis, Kfz-Schildermacher neben Zulassungsstelle, Kanzlei für Ausländerrecht neben Ausländerbehörde, Betrieb der vermietereigenen Softis-Maschine im Eingangsbereich des Kaufhauses

- 3 **Ersatzlösung 2: Auswechseln der Gesellschafter ohne Zustimmung des Vermieters?** Die Beteiligten können auch überlegen, ob sie eine persönliche Haftung dadurch vermeiden, dass sie aus der Gesellschaft austreten und ersatzweise neue – haftungsbegrenzte – Gesellschaften als Gesellschafter in die Gesellschaft eintreten lassen. Diese Form des Parteiwechsels ist problematisch, weil die mietende GbR ihrem Vermieter ganz neue, nutzungsberechtigten Gesellschafter aufdrängt. Die Bedenken wiegen besonders schwer beim Pachtvertrag, weil dort die Nutzungsüberlassung an Dritte noch restriktiver geregelt ist als beim Mietvertrag, vgl. § 589 BGB. Allerdings dürfte jedenfalls bei der Außen-GbR diese Gestaltung ohne Zustimmung des Vermieters möglich sein. Zum Schutz des Vermieters gibt es die 5-jährige Nachhaftung, vgl. ausführlich **Baustein 160**.

- Gesellschafteraustausch ist nicht genehmigungspflichtig, BGH, 18.2.1998 – XII ZR 38/96 – NJW 1998, 1220; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann (Tischler), Geschäftsraummiete, 2. Aufl. 2008, Kap. 2 Rdn. 232.
- Gesellschafteraustausch ist genehmigungspflichtig, weil er gegen das Verbot der unbefugten Gebrauchsüberlassung verstößt, es sei denn, dass die Gesellschafter von veräußernder und übernehmender Gesellschaft personenidentisch sind; denn in diesem Ausnahmefall besteht nicht das Risiko der „Überfremdung“, vgl. Neuhaus, Geschäftsraummiete, 4. Aufl. 2011, Rdn. 527.

- 4 **Ersatzlösung 3: zunächst Umwandlung in oHG oder KG!** Als Ausweg können die GbR-Gesellschafter durch Änderung des Gesellschaftszwecks ihre GbR identitätswahrend in eine oHG verwandeln. Dies ist ohne Zustimmung des Vermieters möglich. Ersatzweise kommt

durch gleichzeitige Aufnahme eines beschränkt haftenden Mitgesellschafters auch eine Umwandlung in eine KG in Betracht. Anschließend können sie die Umwandlungsmöglichkeit aus § 20 UmwG nutzen und in eine GmbH umwandeln, vgl. BGH, 27.11.2009 – LwZR 15/09 – Info M 2010, 279 (VoB); OLG Brandenburg, 19.5.2011 – 5 U (Lw) 8/08 – Info M 2011, 376 (Wichert).

Alternative für Freiberufler-GbR: Partnerschaftsgesellschaft! Die Ersatzlösung 3 kommt nicht in Frage, wenn eine Freiberufler-GbR – z.B. Anwalts-GbR – den Weg zur Haftungsbegrenzung sucht; denn sie verfolgt keinen Handelszweck und kann deshalb auch nicht als oHG oder KG eingetragen werden. Hier bietet sich eine identitätswahrende Änderung der Gesellschaftsform in eine Partnerschaft an, die dann wiederum nach UmwG in eine GmbH umgewandelt werden kann, § 7 Abs. 1 PartnerschG i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG. 5

Vertragsgestaltung „change of control“: Will sich der Vermieter gegen einen schleichen den Wechsel der maßgebenden Gesellschafter schützen, kann er den Wechsel bestimmter Gesellschafter davon abhängig machen, dass er zuvor zugestimmt hat, sog. change of control-Klausel, vgl. *Formulierungsvorschlag a.E.* 6

Repetitorium: Plant die GbR als Ausgangsgesellschaft, die Haftung ihrer Gesellschafter zu begrenzen, bietet sich eine rechtsgeschäftliche Übertragung des Betriebs auf eine Gesellschaft ohne persönlich haftenden Gesellschafter an; allerdings wird diese Gesellschaft nicht automatisch anstelle der GbR Mieterin, es bedarf vielmehr einer rechtsgeschäftlichen Vertragsübernahme, welcher der Vermieter in aller Regel zustimmen muss (seltene Ausnahme: „unternehmensbezogenes Mietverhältnis“). Ersatzweise kommt ein Auswechseln der Gesellschafter in Betracht. Der Vermieter muss dem nicht zustimmen. Die ausscheidenden Gesellschafter unterliegen einer 5-jährigen Nachhaftung. Schließlich kann sich die GbR in eine OHG, KG oder Partnerschaftsgesellschaft umwandeln. Die umgewandelte Gesellschaft kann dann anschließend ein weiteres Mal umgewandelt werden, jetzt nach § 20 UmwG in eine haftungsbegrenzte Gesellschaft. Auch in diesem Fall unterliegen die ehemals persönlich haftenden Gesellschafter einer 5-jährigen Nachhaftung. R

Falllösung: Die Gesellschafter der Obstbauern-GbR erreichen eine Umwandlung der GbR in eine GmbH, wenn sie zunächst in eine oHG oder KG umwandeln. Das erreichen sie, ohne dass der Vermieter zustimmen muss, durch Änderung ihres Gesellschaftszwecks und Anmeldung der Handelsgesellschaft im Handelsregister. Dann wandelt sich die Gesellschaft identitätswahrend in eine Personenhandelsgesellschaft, ohne dass der Verpächter

zustimmen muss. Die neu formierte Gesellschaft ist als Ausgangsgesellschaft für Verschmelzungen ausdrücklich zugelassen, vgl. § 3 UmwG. Sie kann sich also erneut identitätswahrend in eine GmbH wandeln. Im Ergebnis entsteht eine GmbH, bei der die ehemaligen GbR-Gesellschafter nicht über die – fünfjährige – Nachhaftungsfrist nach § 45 UmwG hinaus haften, vgl. **Bau-stein 88b**.

F **Formulierungsvorschlag Change of Control-Klausel:**

Scheidet der derzeitige Gesellschafter ... aus der mietenden Gesellschaft aus, verpflichtet sich der Mieter, dies dem Vermieter spätestens ... vor Wirksamwerden des Ausscheidens schriftlich bekannt zu geben. Der Vermieter darf (nicht: muss) in diesem Fall nach seiner Wahl den Vertrag mit einer Frist von ... Monaten zum Ende eines Kalendermonats kündigen oder eine ... Verdoppelung/ Verdreifachung der zuletzt vereinbarten Sicherheitsleistung verlangen. Diese Rechte darf er nur innerhalb einer Frist von ... Wochen nach Zugang der Benachrichtigung ausnutzen. Versäumt der Mieter die geschuldete Nachricht, haftet er für den Schaden, der durch die verzögerte oder unterlassene Benachrichtigung entsteht. Die gleiche Haftung übernimmt der Gesellschafter ..., der den Mietvertrag aus diesem Grunde mitunterschreibt. Außerdem schulden Mieter und Gesellschafter eine Vertragsstrafe in Höhe von ..., wenn sie vertragsgemäße Mitteilung um mehr als ... Monate verzögert haben.