

# Münchener Vertragshandbuch Band 1: Gesellschaftsrecht

Bearbeitet von

Herausgegeben von Dr. Nicolas Böhm, Rechtsanwalt und Notar, und Dr. Frank Burmeister, Rechtsanwalt und Notar, Andreas Breier, Rechtsanwalt, Dr. Hartwin Bungert, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Daniela Favoccia, Rechtsanwältin, Dr. Georg A. Frowein, Rechtsanwalt und Notar, Dr. Cornelius Götze, LL.M., Rechtsanwalt und Notar, Bernd Gräser, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Hagen Hof, Anja Maria Hübner, Rechtsanwältin, Dr. Otto Korte, Dr. Thorsten Kuhn, Rechtsanwalt, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, Dr. Frank Moszka, Rechtsanwalt und Steuerberater, Dr. Joachim Rosengarten, Rechtsanwalt, Dr. Karsten Schmidt-Hern, Rechtsanwalt, Dr. Georg Seyfarth, LL.M., Rechtsanwalt, Dr. Wolfram Waldner, Notar, und Dr. Jens Wenzel, Rechtsanwalt

8., neubearbeitete und erweiterte Auflage 2018. Buch. XLVIII, 2232 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 70491 8

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Zivilrecht allgemein, Gesamtdarstellungen > Vertragsgestaltung, Formularbücher](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'o' in 'shop' are three red dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

## § 23 Schlussbestimmungen

(1) Änderungen oder Ergänzungen des Gesellschaftsvertrags bedürfen der Schriftform. Dies gilt auch für eine Vereinbarung, durch die auf das Schriftformerfordernis verzichtet wird.

(2) Sollten einzelne Bestimmungen dieses Gesellschaftsvertrags ganz oder teilweise unwirksam sein, so wird die Gültigkeit des Vertrags davon im Übrigen nicht berührt. Die ganz oder teilweise unwirksamen Bestimmungen sind durch Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter so zu ergänzen oder umzudeuten, dass der mit der ganz oder teilweise ungültigen Bestimmung beabsichtigte wirtschaftliche Zweck erreicht wird.<sup>32</sup>

..... (Ort), den .....(Datum)

A	B
.....	.....
(Unterschrift A)	(Unterschrift B)
C	D
.....	.....
(Unterschrift C)	(Unterschrift D)
G	F
.....	.....
(Unterschrift G)	(Unterschrift F)

als aufgrund der Bestellsurkunde des  
 Amtsgerichts ..... (Ort) vom ..... – Az.:  
 ..... für E bestellter Pfleger.<sup>15, 31</sup>  
 ..... (Ort, Straße)

*Schrifttum:* Boujong, Abfindungsklauseln nach dem Tod des Gesellschafters einer OHG und Pflichtteilergänzungsansprüche, FS Ulmer, 2003, S. 41; Casper/Altgen, Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln – Auswirkungen der Erbschaftssteuerreform, DStR 2008, 2319; Faust, Die Testamentsvollstreckung am Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters, DB 2002, 189; Feddersen/Kiem, Steuerliche Gestaltungsprobleme bei der Vererbung von Anteilen an Personengesellschaften, ZHR 1995, 479; Flume, Die Erbennachfolge in den Anteil an einer Personengesellschaft und die Zugehörigkeit des Anteils zum Nachlaß, NJW 1988, 161; Gallus, Unternehmensnachfolge – Wechselwirkungen von Testament und Gesellschaftsvertrag, ErbStB 2017, 112; Ganßmüller, Steuerentnahmerecht, 1962; Göbel, Gestaltung der Gesellschafternachfolge für den Todesfall, DNotZ 1979, 133; Goette, Die Gewinn- und Auseinandersetzungsansprüche bei einer Gesellschafternachfolge aufgrund rechtsgeschäftlichen Eintrittsrechts, DNotZ 1988, 603; Gschwendtner, Testamentsvollstreckung an einem Kommanditanteil, NJW 1996, 362; Hennerkes/May, Der Gesellschaftsvertrag des Familienunternehmens, NJW 1988, 2761; Johannsen, Die Nachfolge in kaufmännischen Unternehmen und Beteiligungen an Personengesellschaften beim Tode ihres Inhabers, FamRZ 1980, 1074; Koblenzer/Groß, Qualifizierte Nachfolgeklauseln bei Personengesellschaften, ErbStB 2003, 367; Kübler, Familiengesellschaften zwischen Institution und Vertrag, FS Sigle, 2000, 183; Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, Losebl., Stand 125. EL 2017; Michalski, Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Perpetuierung von Unternehmen, 1980; ders., Nachfolgeregelungen in Personengesellschaften, DB 1980, Beilage Nr. 5, S. 1; Neumann, Die Zustimmung zu Anteilsübertragungen bei Personengesellschaften, ZIP 2016, 1753; Nitz, Unternehmensnachfolge, BWNotZ 2004, 153; Reimann, Die qualifizierte Nachfolgeklausel – Gestaltungsmittel und Störfaktor, ZEV 2002, 487; ders., Gesellschaftsvertragliche Nachfolgeregelungen in der Kautelarpraxis – Zivilrechtliche und steuerrechtliche Fragen, ZNotP 2006, 162; Reuter, Probleme der Unternehmens-

nachfolge, ZGR 1991, 467; *Riedl*, Gesellschaftsvertragliche Nachfolgeregelungen im Lichte der neuen Erbschaftssteuer, ZerB 2009, 2; *Rüthers*, Die privatautonome Gestaltung der Vererbung des Anteils in einer offenen Handelsgesellschaft durch eine beschränkte Nachfolgeklausel, AcP 168 (1968), 263; *Schäfer*, Die Vererbung von Personengesellschaftsanteilen durch Nachfolgeklauseln, BB-Spezial 5/2004, S. 14; *Scherer*, Erfolgreiche Unternehmensnachfolge – Beratungsaspekte und Störfelder, BB-Spezial 5/2004, S. 2; *Sethe*, Die Wirkung und dogmatische Einordnung von Fortsetzungs- und Nachfolgeklauseln im Licht der HGB-Reform, JZ 1997, 989; *Siegmann*, Personengesellschaftsanteil und Erbrecht, 1992; *Storg*, Qualifizierte Nachfolge in Gesellschaftsanteile nach neuester Rechtslage, DStR 2002, 1384; *Sudhoff*, Unternehmensnachfolge, 5. Aufl. 2005; *Tiedau*, Die Abfindungs- und Ausgleichsansprüche der von der gesellschaftlichen Nachfolge ausgeschlossenen Erben, NJW 1980, 2448; *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965; *Winkler*, Unternehmertestament und gesellschaftsvertragliche Nachfolgeklauseln, ZerB 2006, 195; *Wolf*, Die Haftung des Gesellschaftererben für Verbindlichkeiten einer Personenhandelsgesellschaft, DB 2003, 1423.

### Anmerkungen

1. **Sachverhalt.** Vgl. Präambel des Formulars.

2. **Wahl des Formulars.** Die Gesellschafter A und B wollen den Gesellschafterkreis der von ihnen gegründeten OHG zur Sicherung der Kontinuität der Unternehmensführung im Falle ihres Todes bereits zu ihren Lebzeiten durch Aufnahme von Familienmitgliedern ausweiten. Nicht nur betriebswirtschaftlich, auch steuerlich hat diese Ausweitung Vorteile, weil bei der Einkommen-, Erbschaft- u. Vermögensteuer erhebliche Ersparnisse erzielt und vorhandene stille Reserven durch Fortführung der Bilanzwerte beibehalten werden können. Die Familienmitglieder können die Gesellschaft später, sollten sie die persönliche unbeschränkte Haftung nicht mehr auf sich nehmen wollen, in eine Kommanditgesellschaft umgründen. Ein von mehreren Miterben ererbtes Handelsgeschäft kann von diesen in ungeteilter Erbengemeinschaft fortgeführt werden. Der Gründung einer OHG bedarf es hierzu nicht (vgl. BGHZ 92, 259 (264); BGH NJW 1988, 1343).

3. **Errichtung der OHG.** → Form. II.1 Anm. 3.

4. **Form des Gesellschaftsvertrags.** Das Formular geht davon aus, dass die Aufnahmeverträge zwischen A und D und ihren Ehefrauen sowie die Schenkungsverträge mit den Kindern abgeschlossen sind. Es geht deshalb vorliegend nur um den Abschluss des neuen Gesellschaftsvertrags. Zur Formbedürftigkeit von Aufnahmeverträgen vgl. Baumbach/Hopt/Roth § 105 Rn. 68 iVm 54 ff., 62 f. und → Form. II.7 Anm. 5. In der Regel ist die Aufnahme keine Schenkung (vgl. Hueck OHG S. 389; BGHZ 112, 40 (44); NJW 1981, 1956; WM 1977, 864; 1965, 349; differenzierend Baumbach/Hopt/Roth § 105 Rn. 56; Großkomm-HGB/Schäfer § 105 Rn. 175). Zur Formbedürftigkeit der Schenkung vgl. §§ 516, 518 BGB; ein etwaiger Formmangel nach § 518 Abs. 1 BGB würde gemäß § 518 Abs. 2 BGB durch den Abschluss des vorliegenden Vertrags geheilt. Dieser stellt den Vollzug der Schenkung dar (vgl. Großkomm-HGB/Schäfer § 105 Rn. 176) und ist selbst nicht formbedürftig (→ Form. II.1 Anm. 4). Zur Formbedürftigkeit des Gesellschaftsvertrags nach § 518 BGB, wenn dieser ein Schenkungsversprechen enthält, vgl. MüKoHGB/K. Schmidt § 105 Rn. 140. Eine notarielle Beurkundung des Schenkungsversprechens ist auch nicht Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung (zur Situation bei der stillen Beteiligung oder Unterbeteiligung jedoch BFH DStR 2014, 2111; zur steuerlichen Anerkennung allgemein → Anm. 34).

**5. Pflegschaft, vormundschaftsgerichtliche Genehmigung** Für die Minderjährige E bedürfte es zum Vertragsschluss grundsätzlich der Mitwirkung ihrer gesetzlichen Vertreter und der Genehmigung des Familiengerichts (§§ 1822 Nr. 3, 1643 Abs. 1 BGB; vgl. BGHZ 68, 225 (231 ff.)). Hier sind ihre Eltern jedoch selbst Gesellschafter. Die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, so dass ein Ergänzungspfleger bestellt werden muss, der ebenfalls die Genehmigung des Gerichtes benötigt (Baumbach/Hopt/Roth § 105 Rn. 26). Dies würde auch gelten, wenn nur ein Elternteil beim Abschluss des Gesellschaftsvertrags mitwirkte (vgl. §§ 1909 Abs. 1 S. 1, 1629 Abs. 2 S. 1, 1795, 181 BGB).

Bezüglich der Stimmrechtsausübung, inklusive Beschlüssen über Gesellschaftsvertragsänderungen, muss differenziert werden: Eine Dauer-Ergänzungspflegschaft für minderjährige Gesellschafter ist in der Regel unzulässig, da gesetzliche Vertretung durch die Eltern – auch wenn sie Gesellschafter sind – bei Gesellschafterbeschlüssen grundsätzlich möglich ist (BGHZ 65, 95; *Klamroth* BB 1975, 525). Für bestimmte Beschlüsse, zB die Änderung des Gesellschaftsvertrages, ist jedoch ein Ergänzungspfleger nötig (BGHZ 65, 96; Baumbach/Hopt/Roth § 105 Rn. 27, § 110 Rn. 22). Eine Genehmigung durch das Gericht ist in diesem Fall aber grundsätzlich nicht erforderlich (vgl. BGHZ 38, 26 (27 f.); Großkomm-HGB/Schäfer § 105 Rn. 86; MüKoHGB/K. *Schmidt* § 105 Rn. 145, 159), da es sich nicht um den Beitritt des Minderjährigen zur Gesellschaft handelt.

Zum Erfordernis familien- bzw. vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung vgl. weiter Großkomm-HGB/Schäfer § 105 Rn. 87; MüKoHGB/K. *Schmidt* § 105 Rn. 145, 159; *Michalski* OHG-Recht § 105 Rn. 51.

**6. Firma.** Trotz Aufnahme weiterer Gesellschafter kann die bisherige Firma – die nach § 19 Abs. 1 Nr. 2 HGB ohnehin nicht den Namen eines Gesellschafters enthalten muss – nach § 24 Abs. 1 HGB fortgeführt werden. Scheidet ein Gesellschafter aus, dessen Name in der Firma der Gesellschaft enthalten ist, so bedarf es zur Firmenfortführung seiner Einwilligung (§ 24 Abs. 2 HGB). Zur Zulässigkeit der im Formular gewählten Firma vgl. § 19 HGB und Baumbach/Hopt/Hopt § 19 Rn. 11 ff. Im Übrigen zur Firma → Form. II.1 Anm. 5, zum Sitz → Form. II.1 Anm. 7, zum Gesellschaftszweck → Form. II.1 Anm. 8

**7. Einlagen.** Nach dem Formular sind die Einlagen der Ehefrauen C und F Bareinlagen, die mit Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrags zur Zahlung an die Gesellschaft fällig werden. Die von den Kindern B und E zu leistenden Einlagen gehen zu Lasten der ursprünglichen Einlagen der Gesellschafter A und D, die durch Übereignung von Maschinen und sonstigem Inventar an die Gesellschaft bereits voll erbracht waren. Durch die Neufestsetzung der von A, D, B und E zu erbringenden Einlagen wird bewirkt, dass alle vier Gesellschafter ihre Einlageverpflichtung erfüllt haben. Im Übrigen → Form. II.1 Anm. 9 f., → Form. II.5 Anm. 7.

**8. Geschäftsführung und Vertretung.** Der Ausschluss sämtlicher Gesellschafter von der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis mit Ausnahme eines Gesellschafters ist zulässig (vgl. Großkomm-HGB/Schäfer § 114 Rn. 8, 77 ff., § 125 Rn. 27, 32, 38 f.; Oetker/Boesche § 125 Rn. 18, 22, 37 ff.; Baumbach/Hopt/Roth § 114 Rn. 20 ff.; § 125 Rn. 12). Auch die in § 6 Abs. 3 des Formulars vorgesehene Gesamtgeschäftsführungs- und -vertretungsbefugnis für die Juniorgesellschaftler unter Beibehaltung der Allein- geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Seniorgesellschaftlers ist zulässig (vgl. Oetker/Lieder § 114 Rn. 12 f., § 115 Rn. 18; Oetker/Boesche § 125 Rn. 22; Baumbach/Hopt/Roth § 114 Rn. 20, § 115 Rn. 7, § 125 Rn. 14). Zu weiteren Möglichkeiten der Gestaltung der Geschäftsführung und Vertretung → Form. II.11 Anm. 3 ff. Der Ausschluss der übrigen Gesellschafter von der Vertretungsbefugnis bedarf gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB ebenso der Eintragung in das Handelsregister wie die Beibehaltung der gesetzlichen Vertretungsregelung für die übrigen Gesellschafter (Baumbach/Hopt/Roth

§ 106 Rn. 12). Das Formular sieht keine Befreiung des Seniorgesellschafters von den Beschränkungen des § 181 BGB vor; → Form. II.3 Anm. 7.

9. Mit der alleinigen Einzel-Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Seniorgesellschafters wird dessen besonderer Erfahrung Rechnung getragen. Die Festlegung bestimmter Eigenschaften, etwa Berufserfahrung, Abschluss einer bestimmten Ausbildung usw kann über die Bestimmung eines gewissen Lebensalters hinaus empfehlenswert sein als Voraussetzung für die Fähigkeit der Juniorgesellschaftler, zu Geschäftsführern bestellt werden zu können. Zu dem nach dem Formular vorgesehenen Recht des Seniorgesellschafters, einen Geschäftsführer auszuwählen (Benennungsrecht: im Zweifel kein sog. Options- sondern nur sog. Präsentationsrecht) vgl. Großkomm-HGB/Schäfer § 114 Rn. 81 sowie Baumbach/Hopt/Roth § 114 Rn. 21. Die Gesamtgeschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Juniorgesellschaftler wird nicht ohne weiteres zur Einzelbefugnis, wenn der Seniorgesellschaftler stirbt und damit dessen Befugnis entfällt (vgl. Großkomm-HGB/Schäfer § 117 Rn. 77 f.; Hueck OHG S. 154). Nach dem Formular geht die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Seniorgesellschafters nicht auf seinen Nachfolger über (§ 19 Abs. 3 und 4) (→ Anm. 21). Sollte nach dem Tod des Seniorgesellschafters kein geschäftsführungs- und vertretungsbefugter Seniorgesellschaftler vorhanden sein (beachte dazu die Altersgrenze in § 6 Abs. 2), muss die Geschäftsführung und Vertretung neu geregelt werden. Zur Geschäftsführung und Vertretung im übrigen → Form. II.1 Anm. 12–15.

10. Verweisungen:

- a) Tätigkeitsvergütung: → Form. II.3 Anm. 8.
- b) Urlaub, Krankheit: → Form. II.3 Anm. 9.
- c) Gesellschafterbeschlüsse: → Form. II.3 Anm. 10–15. Siehe dort auch bezgl. der Einführung von qualifizierten Mehrheiten (etwa 75 % der Stimmen), auf die hier verzichtet wurde. Wird – wie im Formular – eine Abstimmung nach Köpfen vorgesehen, ist dies bei etwaigen Eintritts- und Nachfolgeklauseln zu bedenken. Ist (anders als im Formular) der Eintritt mehrerer Erben eines Gesellschafters möglich, kann dies zu (ungewollten) Verschiebungen der Mehrheitsverhältnisse führen. Es wurde keine getrennte Regelung zu den Formalien der Gesellschafterversammlung vorgesehen, → Form. II.3 § 10 und → Form. II.3 Anm. 11 ff.
- d) Bilanz: vgl. zu der nach dem Formular vorgesehenen Einheitsbilanz *Felix NJW* 1972, 474. Vgl. im Übrigen §§ 242–245 HGB. → Form. II.1 Anm. 26.
- e) Gewinn- und Verlustverteilung: → Form. II.1 Anm. 16–21 und → Form. II.3 Anm. 16–19.
- f) Kapitalanteile und Gesellschafterkonten: → Form. II.3 Anm. 19, 20.

11. a): Zum Entnahmerecht allgemein → Form. II.1 Anm. 22, → Form. II.3 Anm. 21 f.

b) **Steuerentnahmerecht.** Mit Gewinnentstehung in der Gesellschaft wird bei den Gesellschaftern Einkommensteuer sowie Kirchensteuer erhoben, und zwar auch dann, wenn der Gewinn nicht oder nur zum Teil ausgeschüttet wird (Baumbach/Hopt/Roth § 122 Rn. 17). Darüber hinaus sind nach § 37 EStG während des laufenden Jahres Steuervorauszahlungen zu leisten. Im Vertrag sollte daher das Recht vorgesehen werden, entweder nach Maßgabe des für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Gewinnanteils über sonst zulässige Entnahmen hinaus für das laufende Geschäftsjahr Steuerentnahmen zu tätigen (so das Formular) oder – abweichend von § 122 HGB (Entnahmerecht erst nach Feststellung und Aufteilung des Gewinns) – im laufenden Geschäftsjahr Vorschüsse auf das Entnahmerecht bezüglich des für das laufende Geschäftsjahr noch nicht festgestellten Gewinnanteils verlangen zu können. Auch ohne solche Regelung wird man aus der gesellschaftlichen Treuepflicht der Gesellschafter ein Entnahmerecht für solche Steuern herleiten können, die auf die Beteiligung der Gesellschafter entfallen (str., vgl. Groß-

komm-HGB/Schäfer § 122 Rn. 30; Baumbach/Hopt/Roth § 122 Rn. 17; Binz/Sorg DB 1996, 969 (971 f.); Schön FS Beisse, 1997, 471 (473, 487); Ganßmüller Steuerentnahmerecht S. 23 ff., S. 38 ff.; aA insbesondere BGH NJW 1996, 1678; OLG Karlsruhe NZG 2003, 429 (430).

Wird ein Steuerentnahmerecht ausdrücklich geregelt, so muss klargestellt werden, ob sämtliche beim Gesellschafter anfallenden Steuern oder nur diejenigen Steuern entnommen werden können, die auf seine Beteiligung entfallen. Im letzteren Fall muss weiter bestimmt werden, wie diese anteilige Steuer zu ermitteln ist. Dies kann dadurch geschehen, dass man unter Zugrundelegung des Durchschnittssteuersatzes des Gesellschafters die auf seine Gesellschafterbeteiligung anteilmäßig entfallenden Steuern errechnet (so das Formular) oder dass man bei der Berechnung davon ausgeht, der Gesellschafter habe nur Einkünfte aus der Gesellschaft, oder dass man die Mehrsteuer zugrunde legt, die der Gesellschafter wegen seiner Einkünfte aus der Gesellschaft zusätzlich zu den auf seine übrigen Einkünfte entfallenden Steuern zu bezahlen hat (vgl. dazu näher Großkomm-HGB/Schäfer § 122 Rn. 32 f.; Ernst BB 1961, 373; Ganßmüller Steuerentnahmerecht S. 23 ff., 38 ff.).

Jede Entnahmeregelung, die die tatsächlichen Verhältnisse und dabei auch die Verhältnisse des Gesellschafters außerhalb seiner Beteiligung berücksichtigt, ist zwar „gerechter“, kann aber leicht zu Verwicklungen führen. So werden die Einkommensverhältnisse des Gesellschafters regelmäßig der Gesellschaft und damit den anderen Gesellschaftern bekannt werden müssen, weshalb oft versucht wird, eine möglichst neutrale Stelle zwischenschalten (zB Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer zur verbindlichen Berechnung). Beim Abstellen auf den Spitzen- oder Durchschnittssteuersatz geht jede steuerliche Gestaltung des Gesellschafters durch Erhöhung oder Minderung der Entnahme zugleich zu Lasten oder zugunsten der Gesellschaft. Einfacher ist eine Regelung, die Betrag und Zeitpunkt der Entnahmen pauschaliert (zB letzter endgültig festgestellter Gewinnanteil oder für Vorauszahlungen zu den gesetzlichen Vorauszahlungsterminen festgestellter Gewinnanteil mit Ausgleich der Differenz für Abschlusszahlung im Monat nach maßgeblichem Feststellungsbescheid, jeweils zum Spitzensteuersatz). Zu Besonderheiten bei Nießbrauch → Form. II.10 Anm. 15 aE.

**12. Abtretung der Beteiligung.** Die Abtretung der Beteiligung ist nur mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter oder auf Grund ausdrücklicher gesellschaftsvertraglicher Regelung zulässig (vgl. BGHZ 86, 367 (369); 13, 179 (182); BGH WM 1986, 832 (833); Großkomm-HGB/Schäfer § 105 Rn. 291, 294 ff.; MüKoHGB/K. Schmidt § 105 Rn. 213; Baumbach/Hopt/Roth § 105 Rn. 69 ff., § 109 Rn. 18; Hueck OHG S. 396; Michalski OHG-Recht § 109 Rn. 62, 72 ff.). Sie ist bis zur Erteilung der Zustimmung schwebend unwirksam (BGHZ 13, 179 (185 f.); Oetker/Lieder § 105 Rn. 91). Im Gesellschaftsvertrag kann einzelnen Gesellschaftern das Recht eingeräumt werden, den neuen Gesellschafter auszusuchen und ihm die Mitgliedschaft zu übertragen (Hueck OHG S. 396; vgl. auch Baumbach/Hopt/Roth § 105 Rn. 70; Neumann ZIP 2016, 1753 zu Gestaltungsmöglichkeiten). Nach dem Formular kann der Seniorgesellschafter seine Beteiligung ohne Zustimmung der Gesellschafter ganz oder teilweise an einen seiner leiblichen Abkömmlinge übertragen. Zur Frage der Notwendigkeit des zusätzlichen Abschlusses eines Aufnahmevertrags vgl. Baumbach/Hopt/Roth § 105 Rn. 69. Anteilsübertragung und zugrundeliegendes Verpflichtungsgeschäft bedürfen keiner Form, und zwar auch dann nicht, wenn zum Gesellschaftsvermögen ein Grundstück oder ein GmbH-Anteil gehören sollte (vgl. Oetker/Lieder § 105 Rn. 93).

**13. Umwandlung.** Besonders in Familiengesellschaften sind Regelungen häufig, die dem Seniorgesellschafter das Recht einräumen, seine vollhaftende Beteiligung ab einem bestimmten Zeitpunkt oder nach freiem Ermessen in die eines Kommanditisten umwandeln zu können. Nach dem Formular ist dieses Umwandlungsrecht des Seniorgesell-

schafters nicht an weitere Voraussetzungen geknüpft. Mangels ausdrücklicher Regelung eines Umwandlungsrechts wäre für eine solche Umwandlung ein einstimmiger Gesellschafterbeschluss erforderlich. Im Zweifel wird der im Zeitpunkt der Umwandlung bestehende Festkapitalanteil des Gesellschafters Kommanditeinlage und Haftsumme. Der Seniorgesellschaftler erhält nach Umwandlung die gesetzliche Rechtsstellung eines Kommanditisten, was ua den Ausschluss von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis (§§ 164, 170 HGB) und Haftung gemäß § 173 HGB nach sich zieht (vgl. dazu näher Baumbach/Hopt/Roth § 173 Rn. 8). Auch ansonsten erhält er statt der Rechte des persönlich haftenden Gesellschafters die „mageren“ Rechte des Kommanditisten. All dies gilt auch ohne ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag. Das Recht eines Gesellschafters auf Umwandlung seiner Gesellschafterstellung ist ein unentziehbares Sonderrecht. Zum Recht des persönlich haftenden Gesellschafters, seine Rechtsstellung schon bei Lebzeiten auf seinen zur Nachfolge berufenen Erben zu übertragen, sowie zur Mitwirkungspflicht der Mitgesellschafter vgl. BGH NJW 1987, 952 ff.

**14. Präsentationsrecht.** Nach hM kann einem einzelnen Gesellschafter das Recht eingeräumt werden, neue Gesellschafter in die Gesellschaft aufzunehmen (vgl. RGZ 128, 172 (176); BGHZ 35, 280; 26, 330 (333 f.); BGH WM 1983, 118 (120); BB 1976, 154; WM 1962, 1353 (1354); *Michalski* OHG-Recht § 109 Rn. 54; Baumbach/Hopt/Roth § 105 Rn. 67, 70; Großkomm-HGB/Habersack § 130 Rn. 7, § 126 Rn. 12; MüKoHGB/K. Schmidt § 130 Rn. 9; Oetker/Boesche § 126 Rn. 6; Hueck OHG S. 390). Dieses sog. Präsentationsrecht kann so ausgestaltet sein, dass der berechnigte Gesellschaftler den Dritten unmittelbar, ohne Mitwirkung der übrigen Gesellschaftler, in die Gesellschaft aufnehmen kann. Möglich ist auch die im Formular vorgesehene Gestaltung, nach welcher der Dritte durch den Gesellschaftler benannt und dann kraft gesonderten Aufnahmevertrags mit den Gesellschaftlern in die Gesellschaft aufgenommen wird. Zum Aufnahmevertrag → Form. II.7 und die dortigen Anmerkungen. Das Präsentationsrecht kann bestimmten Beschränkungen unterworfen werden, etwa indem es nur innerhalb bestimmter Frist oder bei Eintritt bestimmter Umstände ausgeübt werden kann oder an die Person des aufzunehmenden Gesellschafters gewisse Anforderungen stellt. Nach dem Formular muss der Aufzunehmende eine bestimmte Bareinlage leisten und darf die Aufnahme nur am Ende eines Geschäftsjahres erfolgen. → Anm. 11, 17.

**15. Ausscheiden.** Hier ist jedem Gesellschaftler ein Austrittsrecht zugebilligt, das § 131 Abs. 3 Nr. 3 HGB ausdrücklich normiert. → Form. II.31.

**16. Ausschluss.** Abweichend von § 140 HGB, wo für den Ausschluss eines Gesellschafters ein gerichtliches Gestaltungsurteil verlangt wird (vgl. Baumbach/Hopt/Roth § 140 Rn. 22), lässt das Formular bei Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person des Gesellschafters einen Gesellschaftlerbeschluss genügen. Die Zulässigkeit einer solchen Regelung ergibt sich aus § 131 Abs. 3 Nr. 6 HGB. Zur Zulässigkeit auch ohne wichtigen Grund außerdem → Form. II.27 Anm. 2, 3; → Form. 29 Anm. 2. Vgl. ferner BGHZ 81, 266; 68, 214; 51, 205; 31, 301; BGH ZIP 2005, 1322; NJW 1989, 834; 1985, 192; 1981, 2565; DB 1989, 1668; Baumbach/Hopt/Roth § 140 Rn. 30 f.; Oetker/Kamanabrou § 140 Rn. 46 ff.; Großkomm-HGB/Schäfer § 140 Rn. 56 ff., 61 ff. Der Ausschluss aus wichtigem Grund kann unwirksam sein, wenn sich auch die Mitgesellschafter ein Fehlverhalten vorwerfen lassen müssen (vgl. BGH NJW 1998, 146). Nach § 9 Abs. 3 des Formulars genügt ein Mehrheitsbeschluss der Gesellschaftler (im Einzelnen → Form. II.3 Anm. 13 ff.). Zur Ausschließungsklage → Form. II.25 mit Anmerkungen. Zur Haftung der Gesellschaftler für die Folgen des Ausschlusses: OLG Düsseldorf DB 1984, 1087. Schadenersatzansprüche gegen die Gesellschaftler, die nicht für den Ausschluss gestimmt haben, bestehen nicht (OLG Düsseldorf DB 1984, 1087). Zur Abfindung des Ausgeschlossenen → Form. II.3 Anm. 31.

17. Das Formular macht von der Möglichkeit Gebrauch, die Ausschließung eines Gesellschafters, nämlich des Seniorgesellschafters, ganz zu verbieten, und zwar sowohl diejenige durch Gesellschafterbeschluss als auch diejenige durch Erhebung der Ausschlussklage nach § 140 HGB. Dies ist nach hM zulässig (BGHZ 31, 295 (300) = NJW 1960, 625 (626); BGHZ 51, 204 = NJW 1969, 180; BeckOK HGB/*Lehmann-Richter* § 140 Rn. 39; nach *Oetker/Kamanabrou* HGB § 140 Rn. 40 ist es bei einer Publikums-gesellschaft nicht möglich; die aA lässt die Abbedingung der Ausschlussmöglichkeit nur bei wichtigem Grund für die Abbedingung zu: MüKoHGB/K. *Schmidt* § 140 Rn. 89). Begründet wird dies meist mit Verweis auf die verbleibende Möglichkeit der Auflösungs-klage (*Oetker/Kamanabrou* § 140 Rn. 40). Wenn diese, wie im Formular (§ 20) vorge-sehen, durch das Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters ersetzt wird, bestehen bezüglich der Kombination von Ausschluss des § 140 HGB und Ausschluss bzw. Modifi-kation des § 133 HGB Bedenken (MüKoHGB/K. *Schmidt* § 140 Rn. 89; Nitschke, Die körperlich strukturierte Personengesellschaft, S. 392). Hier kann in der besonderen Stellung des Seniorgesellschafters aber ein sachlicher Grund für die Abbedingung des § 140 HGB bzgl. seines Ausschlusses gesehen werden. Zudem verbleibt jedem Gesell-schafter das Recht zur Austrittskündigung mit Abfindung in Höhe des Verkehrswerts seines Anteils (vgl. BeckOK HGB/*Lehmann-Richter* § 140 Rn. 39). Zur Vereinbarung eines Kündigungsrechts aus wichtigem Grund anstelle der Auflösungsklage → Form. II.5 Anm. 12b.

18. **Nachfolgeregelungen.** Im Falle des Todes eines Gesellschafters wird die Gesell-schaft nach § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB von den verbleibenden Gesellschaftern fortgeführt. Es gibt verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten für die Nachfolge des verstorbenen Gesell-schafters. Sie unterscheiden sich darin, ob die Nachfolge automatisch oder durch Erklä-rung des Berechtigten eintritt, ob der Berechtigte Erbe sein muss, welches Mitsprache-recht die Mitgesellschafter haben und ob den Erben des verstorbenen Gesellschafters Abfindungsansprüche zustehen.

a) Eine Eintrittsklausel (→ Anm. 19) räumt dem Begünstigten das Recht ein, seinen Eintritt in die Gesellschaft zu erklären. Es kommt in diesem Fall nicht zu einem auto-matischen Übergang des Anteils.

b) Eine einfache Nachfolgeklausel (auch „erbrechtliche Nachfolgeklausel“) stellt nur den Gesellschaftsanteil vererblich. Die Erben des Gesellschafters treten gem. § 1922 BGB (erbrechtlich) in die Gesellschaft ein (*Baumbach/Hopt/Roth* § 139 Rn. 10; *Oetker/Kamanabrou* § 139 Rn. 6). Die Regelung ist vorteilhaft für den ausscheidenden Gesell-schafter. Er kann seinen Nachfolger frei bestimmen; die übrigen Gesellschafter haben kein Mitspracherecht. Abfindungsansprüche der Erben gegen die Gesellschaft entstehen nicht; Pflichtteilsberechtigte können Ansprüche gegen die Erben geltend machen (vgl. *Oetker/Kamanabrou* § 139 Rn. 15).

c) Eine qualifizierte Nachfolgeklausel (näher → Anm. 21) schränkt den Kreis der möglichen Nachfolger bereits im Gesellschaftsvertrag ein (gesellschaftsrechtliche Ebene). Die Mitgesellschafter erhalten so Kontrolle über den Kreis der möglichen Nachfolger. Zusätzlich muss der Begünstigte Erbe werden. Der Anteil geht dann per Singularsukzes-sion auf ihn über (erbrechtliche Ebene), vgl. dazu *Oetker/Kamanabrou* § 139 Rn. 16.

d) Eine rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel (*Baumbach/Hopt/Roth* § 139 Rn. 56; *Oetker/Kamanabrou* § 139 Rn. 27) stellt eine aufschiebend bedingte Verfügung unter Lebenden auf den Todesfall dar. Sie überträgt den Anteil außerhalb des Erbrechts und benötigt die Mitwirkung aller Beteiligten. Abfindungsansprüche der Erben gegen die Gesellschaft bestehen auch in diesem Fall nicht (*Oetker/Kamanabrou* § 139 Rn. 30). Allerdings können gem. §§ 2325, 2329 BGB Ansprüche der Pflichtteilsberechtigten gegen die Erben bestehen, subsidiär gegen den Nachfolger (*EBS/Lorz* § 139 Rn. 52; *Oetker/Kamanabrou* § 139 Rn. 30; s. dort auch zur aA: Ansprüche gem. §§ 2048 oder 2050 ff.



BGB). Wie bei der Eintrittsklausel (s. u.) muss der Nachfolger nicht Erbe sein, im Gegensatz zu ihr geht der Anteil automatisch auf den Nachfolger über. Das Formular enthält eine Eintrittsklausel (§ 19 Abs. 1, → Anm. 19) und eine qualifizierte Nachfolgeklausel (§ 19 Abs. 2, → Anm. 21).

e) Im Falle des Todes eines Gesellschafters erhalten dessen Erben, die nicht Gesellschafternachfolger werden, nach dem Gesetz Abfindungsansprüche nach § 105 Abs. 3 HGB, § 738 BGB. Diese Regelung ist jedoch dispositiv, so dass die Abfindungsansprüche der Erben gegen die Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden können (vgl. BGHZ 22, 186, (194 f.); Baumbach/Hopt/Roth § 139 Rn. 54, § 131 Rn. 62; Oetker/Kamanabrou § 139 Rn. 38 ff.; § 131 Rn. 75). Ein solcher Abfindungsausschluss soll die Gesellschaft vor allem vor einem erheblichen Liquiditätsabfluss schützen und ist im Formular für den Fall vorgesehen, dass der Begünstigte der Eintrittsklausel seinen Eintritt in die Gesellschaft erklärt (§ 19 Abs. 1) oder der älteste leibliche Abkömmling des verstorbenen Gesellschafters den Anteil erwirbt (§ 19 Abs. 2). Die Erben haben somit in diesen Fällen keine Ausgleichsansprüche gegen die Gesellschaft. Ansprüche von Pflichtteilsberechtigten gegen Erben bzw. den Eintrittsberechtigten oder den von der Nachfolgeklausel Begünstigten könnten sich aus dem Erbrecht ergeben und sind im Einzelnen umstritten. In Betracht kommen die §§ 2325, 2329, 2048 oder 2050 ff. BGB (vgl. zu Ansprüchen der Erben bzw. Pflichtteilsberechtigten gegen den Begünstigten einer Eintrittsklausel EBS/Lorz § 139 Rn. 46; Henssler/Strohn/Klöhn HGB § 139 Rn. 91; Oetker/Kamanabrou § 139 Rn. 42; MüKoHGB/Schmidt HGB § 139 Rn. 31; zu Ansprüchen der Erben bzw. Pflichtteilsberechtigten gegen den Begünstigten einer (qualifizierten) Nachfolgeklausel → Anm. 21).

**19. Eintrittsklausel.** Das Formular sieht in § 19 Abs. 1 für denjenigen ein Recht zum Eintritt in die Gesellschaft vor, der durch letztwillige Verfügung des verstorbenen Seniorgesellschafters als Nachfolger bestimmt wurde (Eintrittsklausel). Die Nachfolge vollzieht sich in diesem Fall nicht automatisch wie bei einer Nachfolgeklausel (zur qualifizierten Nachfolgeklausel → Anm. 21), sondern aufgrund besonderer Eintrittserklärung des Berechtigten und am Erbrecht vorbei, auch Nichterben können nachfolgen (vgl. BGHZ 68, 231, 22, 188; BGH NJW 1978, 264; WM 1971, 1339; Baumbach/Hopt/Roth § 139 Rn. 50 ff.; Oetker/Kamanabrou § 139 Rn. 31 ff., 35). Macht der Eintrittsberechtigte innerhalb der nach dem Formular bestimmten Frist von seinem Eintrittsrecht keinen Gebrauch, so ist es verwirkt und die Gesellschaft wird ohne ihn fortgesetzt. Bis dahin wird die Gesellschaft von den verbleibenden Gesellschaftern fortgeführt (Baumbach/Hopt/Roth § 139 Rn. 53). Auch wenn es sich bei dem Eintrittsberechtigten um einen Erben des verstorbenen Gesellschafters handeln sollte, hat dieser nach dem Formular nicht das Recht, nach § 139 HGB die Stellung eines Kommanditisten zu verlangen. Die Verletzung des Eintrittsrechts begründet Schadenersatzansprüche (BGH DB 1984, 1668).

**20. Steuerrechtlich unterscheidet die Finanzverwaltung zwischen den folgenden drei Fällen (BMF BStBl. I 2006 S. 253 Rn. 70; vgl. Littmann/Bitz/Pust/Rapp EStR § 16 Rn. 1013 ff.):** (1) Macht ein Erbe von seinem Eintrittsrecht keinen Gebrauch und erhält er daher eine Abfindung, so wird fingiert, dass noch der Erblasser seinen Mitunternehmeranteil an die verbleibenden Gesellschafter gegen Zahlung der Abfindung veräußert hat (zur Erbschaftsteuer → Form. II.3 Anm. 39). (2) Macht ein Erbe innerhalb von sechs Monaten seit dem Erbfall von seinem Eintrittsrecht Gebrauch, so wird davon ausgegangen, dass dieser Erbe den Gesellschaftsanteil bereits mit dem Erbfall unentgeltlich erworben hat. Der Gesellschaftsanteil geht dann ertragsteuerneutral auf den eintretenden Erben über. Muss der eintretende Miterbe einen Ausgleich an die weichenden Erben zahlen (→ Anm. 18e), so ist diese Ausgleichszahlung ähnlich einer Vermächtnisschuld ertragsteuerlich unbeachtlich.

Der eintretende Miterbe kann die geleistete Abfindungszahlung weder als Betriebsausgabe noch als Anschaffungskosten geltend machen. (3) Macht ein Erbe erst nach