

BGH: Schuldrecht und Gesellschaftsrecht: Kein Pächterwechsel durch
identitätswahrende Umwandlung einer GbR in OHG und dann in GmbH

JuS 2010,
446

Schuldrecht und Gesellschaftsrecht: Kein Pächterwechsel durch identitätswahrende Umwandlung einer GbR in OHG und dann in GmbH

Ein Schulbeispiel für die „Identität“ von Gesellschaften

BGB § 589I Nr. 1; UmwG §§ 190ff.

Die identitätswahrende Umwandlung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf der Pächterseite zunächst in eine offene Handelsgesellschaft und danach – formwechselnd – in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§§ 190ff. UmwG), die nunmehr als Pächterin auftritt, bedeutet keine Überlassung der Pachtsache an einen Dritten (Fortführung von BGHZ 150, 365 = NJW 2002, 2168).

BGH, *Urteil* vom 27. 11. 2009 - LwZR 15/09

BeckRS 2010, 00627

Zum Sachverhalt

Die beiden Kl. sind Miteigentümer landwirtschaftlich genutzter Flächen. Mit Vertrag von 2003 verpachteten sie das Gelände an die Bekl. zu 1 für die Zeit von 2004–2016. Die Bekl. zu 1 war damals eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die die Landwirtschaft betrieb. 2006 meldeten die Bekl. zu 2 und 3 eine „M. OHG“ zum Handelsregister an, die auch eingetragen wurde. Noch in demselben Jahr gerieten die Bekl. in wirtschaftliche Schwierigkeiten und machten Anstalten, den Landwirtschaftsbetrieb zu verkaufen. Die Kl. erklärten darauf die fristlose außerordentliche Kündigung, hilfsweise die ordentliche Kündigung des Pachtverhältnisses. Die Bekl. zu 1 widersprach der Kündigung und machte geltend, die Umwandlung der Gesellschaft in eine OHG sei Teil von Sanierungsmaßnahmen und benachteilige die Kl. als Verpächter nicht. Die Verkaufspläne seien aufgegeben. Noch im Jahr 2006 erklärten die Bekl. zu 2 und 3 in beglaubigter Urkunde die Umwandlung der OHG in eine „M-GmbH“. Diese GmbH (Bekl. zu 4) wurde im Januar 2007 eingetragen und die OHG im Handelsregister gelöscht. Die Bekl. zu 2 und 3 waren damit zunächst Gesellschafter und Geschäftsführer dieser GmbH. Später traten sie die Geschäftsanteile an der GmbH ab und wurden als Geschäftsführer abberufen. Die Kl. haben vorsorglich das Rechtsverhältnis nochmals gekündigt. Sie verlangen von allen Bekl. die Rückgabe der verpachteten Flächen.

Einführung in die Probleme

Wenn wir uns mit dem Sachverhalt vertraut gemacht haben (diese Aufgabe nimmt uns niemand ab), können wir die Position der Kl. verstehen: Sie haben sich für zwölf Jahre pachtvertraglich gebunden und wollen, weil sie dem Frieden nicht mehr trauen, aus dem Vertrag heraus. Charakteristisch ist auch ihr Kündigungsverhalten. Sie haben die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund, hilfsweise die ordentliche Kündigung des Pachtverhältnisses erklärt. Das ist zulässig und sogar typisch. Zwar ist die Kündigung als Gestaltungsgeschäft bedingungsfeindlich¹. Aber die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung ist nicht von einer Bedingung im Rechtssinne – einem künftigen ungewissen Ereignis² – abhängig, sondern sie ist eine zulässige „Rechtsbedingung“³: Die Hilfskündigung soll zum Zuge kommen, wenn es ihrer bedarf, weil die Primärkündigung aus Rechtsgründen nicht zum Zuge kommt. Auch die später hilfsweise wiederholte Kündigung gehört in diese Kategorie, denn sie kann zum Zuge kommen, wenn die ersten Kündigungen ins Leere gehen sollten. Auch sie wurde also unter einer „Rechtsbedingung“ erklärt, nicht unter einer Bedingung i.S. von § 158 BGB.

Entscheidend für das Urteil des *BGH* war aber das Verhältnis der drei hier ins Spiel gebrachten Gesellschaften (GbR, OHG und GmbH) zueinander. Handelte es sich um drei verschiedene Rechtsträger oder um ein und dasselbe Rechtssubjekt, das nur die Rechtsform wechselte? Was zunächst das Verhältnis zwischen der GbR und der OHG anlangt, so waren hier zwei Gestaltungen möglich. Der *Senat* erwägt zunächst, dass vielleicht die OHG als neue Gesellschaft neben der GbR gegründet wurde und statt ihrer in den Pachtvertrag eingetreten ist⁴. Aus den tatrichterlichen Feststellungen des BerGer. folgert er aber, dass es sich anders verhält: Die GbR (Bekl. zu 1) hatte einen landwirtschaftlichen, nach § 3 HGB mangels Eintragung nicht kaufmännischen Betrieb geführt⁵. Sie war Außengesellschaft und Trägerin eines nicht-kaufmännischen Unternehmens. Als Außengesellschaft

BGH: Schuldrecht und Gesellschaftsrecht: Kein Pächterwechsel durch identitätswahrende Umwandlung einer GbR in OHG und dann in GmbH (JuS 2010, 446) 447 

war sie rechtsfähig⁶, konnte also Pächterin sein. Als Trägerin eines landwirtschaftlichen Unternehmens konnte sie durch Eintragung in das Handelsregister kaufmännisch werden (vgl. §§ 3, 105 HGB)⁷. Wenn sich das so verhielt, handelte es sich bei der OHG um dieselbe Gesellschaft wie die GbR. Es bestand also Identität zwischen diesen nur scheinbar zwei Gesellschaften: Der Bekl. zu 1 und der OHG. Später wurde diese OHG nach §§ 190ff. UmwG in die „M-GmbH“ („Bekl. zu 4“) umgewandelt⁸. Hierzu muss man wissen: Der Formwechsel nach § 190ff. UmwG darf nicht als Vermögensübergang verstanden werden, sondern nur als Wechsel des Rechtskleids. Der formwechselnde Rechtsträger – hier die OHG – besteht in der neuen Rechtsform – hier als GmbH – weiter (§ 201I Nr. 1 UmwG). Wieder besteht also Identität⁹. Wir haben es also gar nicht mit vier Beklagten zu tun, von denen einer erloschen ist, sondern nur mit drei Beklagten, denn die „Bekl. zu 1“ und die „Bekl. zu 4“ sind, auch wenn dies den Beteiligten vielleicht entgangen war, ein und dieselbe Partei¹⁰!

Darstellung und Analyse

Diese rein gesellschaftsrechtlichen Überlegungen hatten wesentlichen Einfluss auf die Entscheidung dieses pachtrechtlichen Falls. Die außerordentliche Kündigung war vor allem auf § 589 BGB gestützt, wonach dem Pächter eine Nutzungsüberlassung an Dritte grundsätzlich nicht erlaubt ist. Von einer solchen Überlassung kann aber keine Rede sein, wenn ein und dieselbe Gesellschaft als Pächterin sich von einer GbR in eine OHG und später in eine GmbH verwandelt. Der *Senat* hatte in einer früheren Entscheidung sogar schon für den Fall einer Verschmelzung nach §§ 2ff. UmwG ausgesprochen, es liege keine Überlassung an einen Dritten vor, wenn die Pächtergesellschaft erlischt (§ 20I Nr. 2 UmwG) und ihr Vermögen im Gesellschaftsvermögen einer aufnehmenden Gesellschaft aufgeht (§ 20I Nr. 1 UmwG)¹¹. Dieser Fall hatte einer Überlassung schon ähnlicher gesehen, denn im Fall der Verschmelzung gehen Vermögen und Besitz der verschmolzenen Gesellschaft immerhin auf eine neue Gesellschaft als Zielrechtsträger über¹². Nachdem der *Senat* schon in diesem Fall keine Überlassung gesehen hat, verneint er erst recht einen Verstoß gegen § 589 BGB, wenn, wie hier, die Pächtergesellschaft in einer neuen Rechtsform, aber identisch fortbesteht:

„Rechtsfehlerfrei hat das BerGer. angenommen, dass die Bekl. zu 1 unter Wahrung ihrer Identität in die ‚M. OHG‘ umgewandelt worden ist. Sie hat damit lediglich ihre Rechtsform geändert. Eine Neugründung einer OHG liegt nicht vor; das Vermögen der bisherigen GbR ist mit allen Rechten und Pflichten Vermögen der OHG geworden, ohne dass es einer Übertragung im Einzelnen bedurfte, mit der Folge, dass das Pachtverhältnis mit der Bekl. zu 1 ohne Weiteres ein Pachtverhältnis mit der ‚M. OHG‘ geworden ist..

Ebenso fehlerfrei – und von der Revision nicht angegriffen – ist das BerGer. zu dem Ergebnis gelangt, dass die ‚M. OHG‘ formwechselnd und identitätswahrend nach §§ 190ff. UmwG in die Bekl. zu 4 umgewandelt worden ist. Das hat zur Folge, dass sie in der Rechtsform einer Gesellschaft mit

beschränkter Haftung weiter besteht (§ 202I Nr. 1 UmwG). Ein Pächterwechsel und ein Wechsel in der Person des bisherigen Nutzers der Flächen ist mit der Umwandlung somit nicht verbunden gewesen“.

Die außerordentliche Kündigung hätte hiernach erst zum Erfolg führen können, wenn die Bekl. mit der Pacht tatsächlich drei Monate im Rückstand gewesen wäre (§ 594eII BGB). Ein solcher Tatbestand war hier aber nicht festgestellt. Die Überlegung, dass die GmbH wegen der fehlenden Gesellschafterhaftung auch abstrakt eine schlechtere Schuldnerin als vorher die GbR bzw. OHG ist, reicht dem *Senat* offenkundig nicht für den wichtigen Kündigungsgrund aus¹³. Hiermit endet der pädagogisch wichtige, von § 589 BGB und vom Gesellschaftsrecht dominierte Teil der Entscheidung.

Nur aus Chronistenpflicht sei noch mitgeteilt, dass der *Senat* der Klage aus einem formalen Grund doch stattgegeben hat: Die außerordentliche Kündigung kam zwar nicht zum Zuge. Aber nach § 594aI 1 BGB kann ein – z.B. wegen Fehlens der Schriftform (§ 585a BGB) – für unbestimmte Zeit eingegangenes Rechtsverhältnis mit zweijähriger Kündigungsfrist zum Ende eines Pachtjahrs gekündigt werden. Da nur einer der Kl. den Pachtvertrag unterzeichnet hatte, sieht der *Senat* die Schriftform als verletzt an¹⁴ und lässt die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung zum Zuge kommen. Der *Senat* gibt deshalb im Ergebnis der Klage auf Grund der ordentlichen Kündigung gegen drei Beklagte statt: gegen die GmbH als Rechtsnachfolgerin der OHG und GbR¹⁵ sowie gegen die Bekl. zu 2 und 3 als nachhaftende, ehemals persönlich haftende Gesellschafter (§ 224 UmwG)¹⁶.

Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Für die Ausbildung kann es nicht um die Feinheiten des Pachtrechts gehen, wohl aber um Grundlagen des Gesellschaftsrechts. Entscheidend ist die Rechtsfigur der Identität von GbR und OHG beim „Aufstieg“ ins Handelsrecht sowie beim Formwechsel aus einer Personengesellschaft (OHG) in eine Kapitalgesellschaft (GmbH). Die Bedeutung für die Umwandlungspraxis ist unverkennbar: Der identitätswahrende Wechsel der Rechtsform gefährdet die Verbindungen der Gesellschaft nicht, sondern lässt sie fortbestehen.

Zur Vertiefung: *Voigt*, Umwandlung u. Schuldverhältnis: Untersuchungen im Spannungsfeld von Umstrukturierungsfreiheit u. vertragl. Bindung nach dem Inkrafttreten des UmwG, 1997; *Wiedemann*, Identität beim Rechtsformwechsel, ZGR 1999, 568.

Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt, Hamburg

¹ Vgl. BGHZ 97, 255 (266ff.) = NJW 1986, 1748; *Larenz/Wolf*, BGB AT, 9. Aufl. (2004), § 50 Rdnr. 24; *Bork*, BGB AT, 2. Aufl. (2006), Rdnr. 1258.

² *Larenz/Wolf* (o. Fußn. 1), § 50 Rdnr. 1; *Bork* (o. Fußn. 1), Rdnr. 1252.

³ Vgl. *Larenz/Wolf* (o. Fußn. 1), § 50 Rdnrn. 19ff.

⁴ Rdnr. 16 der Originalentscheidung; der *Senat* würde auch dies nicht als Nutzungsüberlassung an Dritte ansehen.

⁵ Wenn der Betrieb außerdem nur kleingewerblich war, war er überdies nach § 2 HGB nicht-kaufmännisch.

⁶ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = JuS 2001, 509 (*Karsten Schmidt*); eingehend *Wiedemann*, GesellschaftsR II, 2004, § 7 III.

⁷ Das ergibt sich ohne Weiteres aus § 105I HGB (vgl. *Karsten Schmidt*, in: MünchKomm-HGB, 2. Aufl. [2006], § 105 Rdnr. 54); die Nichterwähnung des § 3 HGB in § 105II HGB ist unschädlich, weil überhaupt nur die zweite Variante des § 105II HGB praktische Bedeutung hat (ebda.).

⁸ Der *Senat* stellt die Situation in Rdnr. 35 ungenau so dar, dass die Rechte und Pflichten der GbR als Bekl. zu 1 auf die OHG und dann auf die GmbH „übergegangen“ seien.

⁹ Vgl. *Karsten Schmidt*, GesellschaftsR, 4. Aufl. (2002), § 13 II; *Windbichler*, GesellschaftsR, 22. Aufl. (2009), § 38 Rdnr. 15.

¹⁰ Der *Senat* (Rdnr. 35) gibt der Klage gegen die „Bekl. zu 4“ statt und erklärt die Bekl. zu 1 für erloschen; richtig wäre es genau umgekehrt; es gab nie eine Bekl. zu 4.

¹¹ BGHZ 150, 365 = NJW 2002, 2168 = NZG 2002, 734.

¹² Vgl. *Karsten Schmidt*, GesellschaftsR (o. Fußn. 9), § 13 III.

¹³ Der *Senat* verneint in Rdnr. 23 jedenfalls eine analoge Anwendung des § 589 BGB.

¹⁴ Vgl. Rdnr. 28d. Originalurt.

¹⁵ Vgl. o. Fußn. 9.

¹⁶ Dazu, dass die Bekl. zu 2 und 3 auch als Nichtbesitzer haften, vgl. Rdnr. 34.