

Gestachten

I. Mandantenbegehren

Der Mandant, Herr Weber (im Folgenden: W), begehrt einerseits die Korrektur des Grundbuchs dahin gehend, dass Herr Claus Clemens (im Folgenden: C) aus der Brudmann, Clemens & Weber GbR (im Folgenden: GbR) ausgeschlossen werden ist, die Eigentümerin des in der Gemarkung Ertorf-Nord, Flur 5, Flurstück 234/15 belagerten Grundstücks (im Folgenden: Grundstück) ist.

Andererseits begehrt W die Rückzahlung des Darlehensbetrags in Höhe von 48.000 € sowie Zins-

Zahlung in Höhe von 3.120 €
aus einem Darlehensvertrag zwischen
Wund C vom 15.9.2014.

W möchte ~~er~~ soweit die Ansprüche
mit Erfolg durchsetzbar sind,
eine gerichtliche Geltendmachung.

Hinsichtlich eines Freistellungs-
anspruchs, den C entgegen hält,
möchte W aus finanziellen Gründen
keine Sicherheit leisten.

II. Rechtliche Prüfung

Zu prüfen ist, ob für W schlüssig
Ansprüche gegen C auf Grundbuch-
berichtigung sowie auf Zins- und
Rückzahlung aus dem Darlehens-
vertrag vom 15.9.2014 vorgetragen
werden können und ob diesbezüglich

erhellender Gegenvertrag zu erwarten ist.

1. Anspruch auf Grundbuchberichtigung

Ein ggf. einfacher durchzusetzen-der Anspruch auf Grundbuchberichtigung gem. § 22 GBO scheidet aus, da der erforderliche Nachweis der Unrichtigkeit nicht in der gem. § 29 GBO notwendigen öffentlichen bzw. öffentlich beglaubigten Form geführt werden kann.

W könnte indes einen Anspruch gegen C auf ~~Grundbuchberichtigung~~ Zustimmung zur Grundbuchberichtigung aus § 894 BGB haben.

Dazu müsste das Grundbuch in der Weise unrichtig sein, dass C formell als (Mit-) Berechtigter an dem Grundstück eingetragen ist, während W materiell alleine berechtigt ist.

Derzeit ist die GbR, mit W und C als Gesellschaftern gem. § 47 II GBO als Eigentümerin des Grundstücks eingetragen.

Das Vermögen der GbR und damit das Eigentum an dem Grundstück könnte jedoch im Rahmen einer Annahmung auf W übergegangen sein.

Dies wäre der Fall, wenn C wirksam ausgeschlossen worden ist und Bernd Buschmann (im Folgenden: B)

wirksam ausgeübt ist.

B ist zum 1.10.2016 wirksam aus der GbR ausgeschieden.

Fraglich ist indes die Wirksamkeit des am 1.8.2016 durch B und W beschlossenen Ausschlusses des C aus der GbR

Nach § 7 des Gesellschaftsvertrags vom 15.6.2010 und § 737 BGB setzt ein Ausschluss das Vorliegen einer Fortsetzungsklausel, einen wichtigen Grund und einen wirksamen Beschluss sowie Zugang dessen an den Auszuschließenden voraus.

§ 8 des Gesellschaftsvertrags zieht im Allgemeinen die Fort-

setzung der Gesellschaft beim
Ausscheiden eines Gesellschafters
Vor. § 7 III 2 Hs. 2 regelt dies
im speziellen für den Ausschluss.

Der Ausschlussbeschluss ist C
auch zugegangen, da er gegenüber
Bund W hierauf ~~er~~ telefonisch
reagierte.

Im ~~aber~~ unabweislichen
Bestreitensfall ließe sich durch
B als Zeugen über diese Indiz-
tatsache Beweis erbringen.

Fraglich ist jedoch die Wirksam-
keit der Beschlussfassung.

Dem könnte zunächst entgegen
stehen, dass C als Gesellschafter
nicht zu der Gesellschafter-
versammlung geladen war.

Die §§ 705 ff. BGB sehen
keine ~~Regelungen~~ zwingenden
Regelungen für die Abhaltung
einer Gesellschafterversammlung
oder deren Einberufung vor.

Jedoch enthält § 4 des
Gesellschaftsvertrags die
Regelung, dass eine schriftliche
Einladung mindestens zwei Wochen
vor der Versammlung zu erfolgen
hat. Offen bleibt, was Folge
eines Fehlers bei der Einladung
ist. Denkbar wäre die

~~Unwirksamkeit aller gefassten
Beschlüsse. Dies entspräche
sinngemäß dem § 57 III GmbHG.~~

~~Ander als das GmbH-Recht
sieht jedoch weder das
BGB-Recht noch der Gesell-
schaftsvertrag eine strikte~~

Insoweit ist der Gesellschaftsvertrag nach §§ 133, 157 BGB auszulegen.

Der Gesellschaftsvertrag selbst enthält keine Anhaltspunkte für die Einordnung der Regelung.

Diese könnte einerseits in Parallele zu § 51 III GmbHG dazuführen, dass sämtliche Beschlüsse unmissbar sind, wenn nicht trotz fehlerhafter Einberufung alle Gesellschafter anwesend sind. Hier gegen kann jedoch angeführt werden, dass die Gesellschafter sich im Übrigen nicht an das wesentlich förmlichere Kapitalgesellschaftsrecht angenähert haben.

Für die Wertung als bloßer Ordnungsvorschrift kann weiter

weiter die kleine Größe der Gesellschaft hinsichtlich des Vermögens und der Gesellschafterzahl angeführt werden.

Auch waren die Gesellschafter ausserordentlich der vorliegenden Korrespondenz jedenfalls bei der Gründung der Gesellschaft freundschaftlich verbunden, weshalb sie wahrscheinlich auf strenge Förmlichkeiten verzichtet hätten, wenn man sie darauf gebracht hätte.

Schlagend ?
Hauend ?
oder
ausschlaggebend ?

Schlagend ist zuletzt, dass C nach dem § 7 III 1 und dem Verbot in eigener Sache Richter zu sein, ohnehin kein Stimmrecht hinsichtlich des einzigen Beschlussgegenstands hatte.

Die Beschlussfassung ist somit nicht wegen der fehlerhaften Einberufung unmissbar.

Der Beschluss könnte jedoch wegen eines Verstoßes gegen die gesellschaftstreufliche Treuepflicht unmissbar sein, da C keine Gelegenheit zur Stellungnahme hinsichtlich seines Ausschlusses gegeben wurde.

Die Treuepflicht gliedert eine zumutbare Rücksichtnahme auf die Interessen der Mitgesellschafter. ~~Aus~~ Daraus folgt, dass vor für den Mitgesellschafter bedeutenden und schmerzhaften Entscheidungen eine Gelegenheit zur Äußerung bestehen muss. Dies folgt beim Ausschluss auch

aus dem Ultima-ratio-Grundsatz.

Derkehr von seinem Ausschluss erst nach der Beschlussfassung, weshalb ein Verstoß vorliegt.

Allerdings ist auch hier nicht sicher, was die Rechtsfolge eines Verstoßes ist.

Die große Bedeutung und das Ultima-ratio-Prinzip streiten für eine Unwirksamkeit.

Indes lässt sich auch vertreten - jedenfalls bei eindeutigem Vorliegen eines wichtigen Grundes - eine vorherige Stellungnahme als überflüssig anzusehen.

Daher sollte die Frage eines wichtigen Grundes hier miteinbezogen werden.

Ein solcher liegt gem. § 7 II
des Gesellschaftsvertrags insbesondere
dann vor, wenn ein das Insolvenz-
verfahren über das Vermögen des Gesellschafters
eröffnet wird oder sonst eine
Zahlungsunfähigkeit bekannt
wird.

W hat von einem Bankmitarbeiter
der Finanzbank Erturt erfahren,
dass es finanziell schlecht um
C stehe und er kurz vor der
Insolvenz stehe.

Es ist fraglich, ob aus dieser
Information allein ein wichtiger
Grund folgt.

Der Ausschluss eines Gesellschafters
soll im Fall der seiner (drohenden)
Insolvenz soll die Gesellschaft
und Mitgesellschafter vor der
Kontrolle Außenstehender,

insbesondere den Gläubigern
und dem Insolvenzverwalter
schützen. ~~Das~~ Besonders aufgrund
der unmittelbaren persönlichen Haftung
besteht hierfür ein dingendes
Bedürfnis.

Andererseits muss mindestens
eine gesteigerte Wahrscheinlichkeit
für den Eintritt eines Falls bestehen,
zumal auch nach der Insolvenz-
eröffnung ein Ausschluss möglich
bleibt.

~~Weitere Indiz~~

Als weiteres Indiz könnte die
ausstehende Zinszahlung hinsichtlich
des Darlehensvertrags vom 15.9.14
angeführt werden. Hier lässt sich
jedoch nicht klären, ob diese
gem. Abs. 3 des Darlehensvertrags
angefordert werden sind.

Die Kündigung und Zahlungs-

Verigerung erfolgten wiederum
erst nach der Beschlussfassung.

Zuletzt ~~bleibt~~ ist die
Beweisbarkeit des des
wichtigen Grundes fraglich.

Der Bankmitarbeiter hat durch
die Preisgabe der Informationen
das Bankgeheimnis verletzt.

Vor Gericht stünde ihm gem.

§ 383 I Nr. 6 ZPO ein Zeugnis-
verweigerungsrecht zu, zu dessen
Ausübung er arbeitserichtlich
gehalten sein dürfte.

In der Zusammenschau des
Ausschlussgrundes und der Freimichig
unterlassenen Gelegenheit zur
Stellungnahme durch C sprechen
überwiegende Gründe für die
Unmöglichkeit des Ausschlusses.

Da C somit noch Gesellschafter
der GbR ist, ist das Grundbuch
nicht unrichtig.

W hat somit keinen Anspruch
auf Grundbuchberichtigung aus
§ 894 BGB.

Aus oben genannten Gründen
gilt das gleiche für einen Anspruch
aus § 895 BGB analog.

2. Ansprüche aus dem Darlehensvertrag

W könnte einen Anspruch auf
Rückzahlung des Darlehensbetrags
von 48.000 € haben aus § 488 I 2
iVm dem Darlehensvertrag vom 15.9.14
haben.

Der Vertrag ist wirksam geschlossen worden und W hat den Betrag an L ausgezahlt, was durch Überweisungsbelege nachgewiesen ist.

Das Darlehen wurde mit Schreiben vom 29.8.16 wirksam zum 30.9.2016 gekündigt.

Der Anspruch ist somit wirksam entstanden.

Gleiches gilt für den Zinsanspruch aus § 488 I 2 iVm. dem Darlehensvertrag.

Fraglich ist jedoch, ob diese Ansprüche in Gesamthöhe von 51.120 € ~~in Höhe von~~ zumindest teilweise durch Aufrechnung gem. § 390 ~~erloschen sind~~.

von C zum Erlöschen gebracht
werden können.

C hat in seinem Schreiben vom
Z. 10.16 bereits angekündigt,
seinen „Ausgleichsanspruch“ aus
der Bauschaft entgegenzunehmen.

C hat die Forderung der
Genossenschaftsbank erkannt
jedoch noch nicht erfüllt, weshalb
er lediglich einen Freistellungs-
anspruch hat.

Mit einem solchen kann mangels
Gleichartigkeit nicht gegen
den Zahlungsanspruch des W
aufgerechnet werden (vgl. § 357 BGB).

Ein Erlöschen durch Aufrechnung ist
somit nicht möglich.

Fraglich ist jedoch, ob C
ein Zurückbehaltungsrecht
gem § 273 I BGB geltend
machen könnte, wodurch nach
§ 274 I BGB eine Verurteilung
nur Zug-um-Zug möglich wäre.

Dazu müsste C einen im
Sinne des § 273 I BGB konkreten
Anspruch gegen V haben.

Ein solcher könnte in Form ~~des~~
eines Freistellungsanspruch
aufgrund gesamtchuldnerischer
Haftung bestehen (§ 426 I BGB).

Wund C haben sich unabhängig
voneinander für die Darlehens-
schuld der GbR jeweils in
voller Höhe (100.000 €) verbürgt.

Sie hatten daher gem. § 427⁴²⁷
iVm § 769~~769~~ BGB gesamtverbindlich.

Parallel dazu hatten sie unmittelbar
gesamtschuldnerisch für die Verbind-
lichkeiten der GbR gem. § 128
HGB analog.

C steht daher vor der Drangerei-
nahme bereits im Freistellungs-
anspruch ~~habe~~ gem. § 426 I iVm.
§ 128 HGB ^{analog} bzw. § 769 BGB in
der Höhe zu, in der er später
Ausgleich verlangen kann.

~~Falsch~~ Diese Höhe ist dabei fraglich.
Nach § 426 I 1 BGB besteht im
Zweifel eine Lastentragung zu
gleichen Teilen. Dies entspricht
auch dem Verhältnis der Beteilig-
schaften. C könnte somit
Freistellung in Höhe von 50.000 €

Verlangen.

Dieses waren die GbR-Anteile bei Begründung der Verbindlichkeit zwischen C und W mit jeweils 40% und B mit 20% verteilt. Auch nach seinem Ausscheiden hatte B noch gem. § 128 HGB.

Insbesondere ist seine Haftung nicht nach § 736 II BGB iVm § 160 HGB ausgeschlossen.

Hiernach könnte C von W somit Freistellung nur in Höhe von 40.000 € verlangen.

Für die Annahme der letztgenannten Verteilung spricht vor allem, dass W und C ohnehin aufgrund ihrer Gesellschaftersstellung haften würden und auch nur aufgrund dieser sich verhängt haben.

Entsprechend schlägt dieses
auf die Haftungsverteilung
im Innenausgleich vollumfänglich
durch.

C hat somit einen Freistellungs-
anspruch gegen W in Höhe von
40.000 €.

Dieser müsste mit den
Ansprüchen des W aus dem
Darlehensvertrag korrespondieren
sein. Dies ist der Fall, wenn
sie aus einem einheitlichen
Lebensadverhalt stammen,
wobei eine keine Anlegung
geboten ist.

Sowohl das Darlehen von
W an C zur Zahlung der Einlage
als auch die für eine Darlehens-
verbindlichkeit in der GBR
bestehende Haftung haben
einen klaren Bezug zu

den Geschäften der GbR
und der Gesellschafter-
stellung von C und W.

Ein einheitlicher Lebens-
sachverhalt ist daher
gegeben; die Ansprüche
sind im Sinne des § 273 I BGB
konnex.

C kann daher ein
Zurückbehaltungsrecht
geltend in Höhe von 40.000 €
geltend machen.

~~W hat~~ ~~keinen~~ ~~Anspruch~~
auf ~~Grund~~ ~~übernahme~~ ~~der~~
Geschäfte.

Ergebnis:

W hat keinen Anspruch auf
Grundübernahme.

Seinem Zahlungsanspruch in
Höhe von 51.730 € kann C
ein Zurückbehaltungsrecht in
Höhe von 40.000 € entgegenhalten.

III. Zweckmäßigkeit

Fraglich ist, welches
Vorgehen zweckmäßig ist.

1. Hinsichtlich der Berücksichtigung des Grundbuchs ist W aufgrund fehlender Erfolgsaussichten von einer Klage abzuraten.

Solern bei C demnachst ein Ausschlussgrund, insbesondere Zahlungsunfähigkeit eintritt, ist W zu raten, erneut unter Haftung des C über dessen Ausschluss aus der GBR zu beschließen.

2. Bei einer Klage auf Zahlung von 51.120 € aus dem Darlehensvertrag

wäre diese nur in Höhe
von 11.000€ ~~an~~ begründet,
während 40.000€ nur Zug-
-Zug gegen Freihaltung des C
von einer Drangabnahme
durch die Generalkontrahanten
durchgesetzt werden könnten.
Entsprechend wäre ~~an~~ der
Klageantrag zu lassen,
um ein Teilunterliegen mit
der entsprechenden Kostenfolge
zu verhindern.

Angeichts der fragwürdigen
Vollstreckungsaussichten, die
aus der mutmaßlichen
Zahlungsunfähigkeit des C
folgen, ist im Ergebnis
von einer Klage abzuraten.

Entwurf Mantelunterschriften

Lorenzen & Partner
Bertholdallee 9
98084 Erfurt

Herr Weber
Paulstr. 12
98084 Erfurt

Betreff: Prüfung der Erfolgs-
aussichten eines Vorgehens
gegen Herrn Claus Clemens

Sehr geehrter Herr Weber,
bezugnehmend auf unser Gespräch
in den Räumen unserer Kanzlei
übersende ich anbei das von
uns gefertigte Gutachten.

Nach umfassender Prüfung raten

wir von einem gerichtlichen
Vorgehen gegen Herrn Clemens
dagegen als ~~sonst~~ Hinsicht
auf die Berichtigung des
Grundbuchs (II. 1. d. Gutachten)
~~als auch bestehen~~ ~~keine~~ nur
geringe Erfolgsaussichten.

Ihre Ansprüche aus dem
Darlehensvertrag (II. 2. des
Gutachten) bestehen zwar
nach unserer Einschätzung, doch
sind sie nur im Umfang von
91.120 € ohne weiteres durch-
setzbar. Den aufgrund der
finanziellen Lage von Herrn
Clemens geringen Vollstreckungs-
aussichten, steht dabei
ein hohes Kostenrisiko gegen-
über, weshalb wir von einer
gerichtlichen Durchsetzung
absehen.

Sollten sich die Umstände

1.120,

ändern, insbesondere die
Genossenschaftsbank auch
auf Sie zukommen, ist eine
erwarte Begutachtung geboten.

Für Rückfragen stehe ich jeder-
zeit bereit.

Mit freundlichen Grüßen

RA Lorenzen

Mandantenbegehren: Der erste Satz geht m.E. semantisch nicht auf. Zudem hätte es eines Satzes zum Hintergrund des Grundbuchberichtigungsanspruches bedurft.

Berichtigungsanspruch: Die Einleitung (Obersatz und Voraussetzungen) ist Ihnen gut gelungen. Im Anschluss wäre eine deutliche Strukturierung durch einen entsprechenden Obersatz sinnvoll gewesen (z.B. Der Beschluss müsste formell wie materiell rechtmäßig ergangen und dem C zugegangen sein).

Bei der **formellen Rechtmäßigkeit** gilt: Die Nichtmitwirkung fehlerhaft nicht geladener Gesellschafter u.a. aufgrund von Ladungsmängel wie Verstößen gegen gesellschaftsvertragliche Regelungen über Form, Frist und Inhalt der Einberufung einer Gesellschafterversammlung führen nach der Rspr. dann zur Unwirksamkeit, wenn hierdurch die Teilnahme eines Gesellschafters oder die Vorbereitung auf die Tagesordnungspunkte vereitelt oder erschwert wird, nicht jedoch, wenn ausgeschlossen werden kann, dass das Zustandekommen des Beschlusses durch den Fehler beeinflusst ist (MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, BGB § 709 Rn. 111). Letzteres dürfte vorliegend nicht der Fall sein, da hier § 4 GV die Ladung der Gesellschafter verlangt und damit aller und nicht ausgeschlossen werden kann, dass durch eine Aussprache vor der Beschlussfassung, in welcher C zu Wort gekommen wäre, der Beschluss nicht gefasst worden wäre. Schließlich bestreitet dieser, dass er Zahlungsschwierigkeiten hat und der Mdt. weiß hierüber keine konkreten Tatsachen zu berichten. Insoweit kommen Sie dann auch unter Berufung auf § 242 BGB mangels Anhörung zu einer Unwirksamkeit des Beschlusses.

Hinsichtlich der **materiellen Rechtmäßigkeit** weisen Sie zurecht darauf hin, dass die Voraussetzungen des wichtigen Grundes tatsächlich vorliegen müssen. Daher dürfte m.E. ein wichtiger Grund bereits nicht schlüssig darzulegen sein, weil keine Tatsachen genannt werden können. Im Text (dort Seite 2) werden nur Schlussfolgerungen genannt („finanziell schlecht gehe und er kurz vor der Insolvenz stehen soll“), nicht aber die Tatsachen, aus denen zu schließen sei, dass es dem C finanziell schlecht gehe oder er kurz vor der Insolvenz stehe (z.B. Einstellung der Zahlungen, Bitte um Stundungen und ähnliches). Insoweit hätten Sie gerne noch deutlicher formulieren können (z.B. Es besteht keine Möglichkeit, die **Tatsachengrundlage** für das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit als wichtigen Grund **schlüssig** vorzutragen (gerne Schlüsselbegriffe verwenden). Aufgrund dessen dürfte es auch nicht auf die Frage der Beweisbarkeit ankommen, da es schon an den Tatsachen fehlt.

Den **Darlehensrückzahlungsanspruch** prüfen Sie hinsichtlich seiner Entstehung und Fälligkeit sehr schön. Die Ausführungen zur Aufrechnung sind grundsätzlich ebenfalls gelungen. Sehr schön prüfen Sie auch das ZRB. Ihre Ausführungen zur Haftungsquote halte ich insoweit für problematisch, als B vor der Inanspruchnahme des C bereits ausgeschieden ist. Im Innenverhältnis haftet er nicht mehr. Es ist sein Abfindungsanspruch zu berechnen. Im Rahmen dessen ist die ausstehende Darlehensverbindlichkeit der GbR einzustellen. Eine etwaige akzessorische Nachhaftung im Außenverhältnis kann nur in Bezug auf den Anspruch der Bank gegen die GbR Relevanz haben und dann wiederum zur Frage führen, inwieweit er, bei Inanspruchnahme, einen Ausgleichsanspruch gegenüber der GbR und den verbliebenen Gesellschaftern hat.

Aus klausurtaktischer Sicht empfehle ich Ihnen, stets zu der prozessualen Durchsetzbarkeit des Anspruchs (an welchem Gericht ist wer mit welchem Antrag zu verklagen) zu erörtern, da mir noch nicht untergekommen ist, dass die Lösungsskizze ein Abraten der gerichtlichen Geltendmachung mangels finanzieller Zahlungsfähigkeit des Gegners vorsieht. Hier habe Sie daher leichte Punkte verschenkt.

11 Punkte