



Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG), Regierungsentwurf

A. Anmerkungen zum Gesetzentwurf

1. Allgemeine Anmerkungen zu Personengesellschaften in Deutschland

Sowohl sehr kleine als auch mittlere und große Personengesellschaften sind in Deutschland weit verbreitet. Sie ermöglichen den Gründern bzw. Gesellschaftern im Rahmen der bestehenden Gesetze eine flexible Gestaltung als Basis ihrer unternehmerischen Tätigkeit. Oberstes Ziel muss es daher sein, die Vielfalt des Personengesellschaftsrechts zu erhalten und dessen Praktikabilität noch zu verbessern. Ansätze für Verbesserungen ergeben sich u. a. aus Entscheidungen der Rechtsprechung, die das Personengesellschaftsrecht bereits weiterentwickelt hat. Ferner ist es notwendig, Regelungslücken zu schließen und bestehende Unsicherheiten zu beseitigen. Dabei ist jedoch stets darauf zu achten, dass ergänzende Regelungen verhältnismäßig sind und dass die praktische Handhabbarkeit des Personengesellschaftsrechts nicht einschränkt wird.

Den Gründern von Personengesellschaften steht eine Auswahl an Rechtsformen für ihre Aktivitäten zur Verfügung. Im Rahmen der Rechtsformwahl können Gründer die jeweiligen Vor- und Nachteile der verschiedenen Formen gegeneinander abwägen und die für sie passende Rechtsform auswählen. Die grundsätzlichen Unterschiede der verschiedenen Personengesellschaftsrechtsformen gilt es zu bewahren. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) ist die unkomplizierte Einstiegsmöglichkeit für mehrere Personen gemeinsam tätig zu werden und wird wegen der einfachen Gründungsvoraussetzungen und der niedrigen Hürden von vielen Unternehmensgründern genutzt. Diese einfache Rechtsform senkt die Vorbehalte bei Gründungen und stärkt Deutschland als Gründungsstandort. Die einfache Gründung wird bislang von einfach gehaltenen Regelungen zur Auflösung der Gesellschaft und Gewerbeabmeldung der Gesellschafter begleitet. Die GbR sollte auch weiterhin eine niedrigschwellige und möglichst einfach zu gründende und zu führende Gesellschaftsrechtsform bleiben.

Nachfolgende Anmerkungen sollen die Perspektive der Wirtschaft, die Bedürfnisse der Gesellschafter von Personengesellschaften, damit von GbR, Offenen Handelsgesellschaften (OHG) und Kommanditgesellschaften (KG) sowie die der Geschäftspartner in den Diskussions- und Beratungsprozess einbringen. Sie geben den derzeitigen Diskussionsstand wieder.

2. Zu dem Regierungsentwurf

Eine Modernisierung des Personengesellschaftsrechts kann grundsätzlich mehr Rechtsklarheit und Rechtssicherheit bewirken. Eine behutsame und praxiskonforme Weiterentwicklung des Personengesellschaftsrechts wäre daher aus unserer Sicht der richtige Weg. Der vorliegende Regierungsentwurf unterliegt jedoch in wesentlichen Teilen grundsätzlichen Bedenken, die im Folgenden dargelegt werden.

3. Zu Artikel 1: Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Die Komplexität der GbR, die als Einstiegsrechtsform für die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks von zwei oder mehreren Personen gilt, steigt durch den Gesetzesentwurf deutlich an. Die Annäherung der GbR an die OHG, die sich in den vergleichbaren Registerpflichten (u. a. Formvorschriften wie Beglaubigungen etc.), aber auch im Hinblick auf materielle Regelungen, vgl. u. a. § 721 BGB-E, zeigt, ist überwiegend kritisch zu hinterfragen. Es wird größtenteils befürchtet, dass die durch die geplanten Regelungen angestrebte Aufwertung der GbR in der Praxis zu einer höheren Markteintrittsbarriere für gemeinsames unternehmerisches Handeln mehrerer Personen führt. Der Beratungsbedarf der Gründer über die unterschiedlichen Formen der GbR und deren Konsequenzen wird voraussichtlich steigen, ebenso wie die Anforderungen an die Gründung von GbR. Ergänzend entstehen für die GbR, die verpflichtet sind sich in das Gesellschaftsregister einzutragen zu lassen, zusätzlicher Aufwand und Kosten; zudem wird ihre Flexibilität eingeschränkt.

Die registrierte GbR, damit eingetragene Personengesellschaft, hat gemäß § 20 GwG die Angaben nach § 19 GwG vorzunehmen. Die Aufnahme der registrierten GbR als anzeigenpflichtige Vereinigung im Sinne von § 20 GwG scheint aus überwiegender Sicht nicht als angemessen.

Für die registrierte GbR liegen mangels entsprechender Anmeldeinhalte keine Informationen zu Stimmrechten etc. vor, vgl. § 707 BGB-E. Folglich wäre die registrierte GbR verpflichtet, entsprechende Informationen zum wirtschaftlich Berechtigten direkt an das Transparenzregister einzureichen. Die Verknüpfung des Gesellschaftsregisters in § 20 Abs. 2 GwG-E würde im Hinblick auf den wirtschaftlich Berechtigten ins Leere laufen, die registrierte GbR wäre schlechter gestellt als z. B. Kapitalgesellschaften. Dies scheint nicht angemessen. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Feststellung des Anteils des einzelnen GbR-Gesellschafters an der GbR, soweit die Beiträge z. B. in Form von Dienstleistungen oder Sacheinlagen etc. bestehen und deren Wert nicht im Gesellschaftsvertrag festgehalten ist, in der Praxis problematisch sein können. Vorsorglich verweisen wir auf unsere Stellungnahme zum Referentenentwurf des Transparenz-Finanzinformationsgesetzes Geldwäsche (TraFinG Gw), in welcher wir die Umwandlung des Transparenzregisters in ein Vollregister weder als erforderlich noch als angemessen erachten.

Zu § 705 BGB-E Begriff und Rechtsnatur der Gesellschaft

Die von der Rechtsprechung testierte Rechtsfähigkeit von GbR-Außengesellschaften hat im internationalen wie nationalen Kontext in vielen Fällen zu Erklärungs-, Einordnungs- und Anwendungsschwierigkeiten geführt. Eine gesetzliche Festlegung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR kann die teilweise verbreitete Unsicherheit im Rechtsverkehr beseitigen. Die GbR als Grundform aller Gesellschaften kann durch die gesetzlich manifestierte Rechtsfähigkeit gewinnen und sollte weiterhin als „Einstiegsgesellschaft“ für alle Unternehmenszwecke genutzt werden können. Die Gründung der rechtsfähigen GbR sollte weiterhin einfach und kostengünstig ermöglicht werden.

Die rechtsfähige GbR sollte aus Sicht einer IHK über die gleichen vollumfänglichen Handlungsoptionen verfügen, wie andere rechtsfähige Gesellschaften, wie z. B. die Möglichkeit zur Umwandlung – ohne die Notwendigkeit einer Eintragung in ein separates, an das Handelsregister angelehnte Register. Offen ist, wie die in § 705 Abs. 2 BGB-E vorgesehene tatbestandliche Voraussetzung, dass die Gesellschaft nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll, sich in der Praxis bewährt. Es wird befürchtet, dass hierdurch viele Fragen aufgeworfen werden. Eine Klärung durch Gerichte, wie der Gesetzentwurf auf Seite 142 erwähnt, erscheint unbefriedigend. Die von der Begründung vorgesehenen Auslegungen beziehen sich wohl eher auf schriftliche Gesellschaftsverträge. Zahlreiche GbR werden jedoch ohne eine solche schriftliche Fassung eines Gesellschaftsvertrags gegründet. Die Frage, ob eine Teilnahme am Rechtsverkehr von den Gesellschaftern gemeinsam gewollt ist, dürfte daher in der Praxis zu Unsicherheit führen und die Formfreiheit des Gesellschaftsvertrags in Frage stellen. Auch sind in der Praxis Fälle vorstellbar, in welchen keine klare Entscheidung zu dieser Frage getroffen wurde. Zwar setzt auch § 719 Abs. 1 BGB-E die Zustimmung aller Gesellschafter voraus, damit die Gesellschaft gegenüber Dritten entsteht. Ist dies jedoch nicht eindeutig geklärt, so entsteht ggf. eine persönliche Haftung des im Rechtsverkehr auftretenden Gesellschafters. Da die GbR den typischen Einstieg einer gewerblichen Tätigkeit von mehreren Personen mit einem gemeinsamen Zweck darstellt, scheint § 705 Abs. 2 nicht angemessen.

Insofern wurde teilweise vorgeschlagen zu prüfen, ob die gesetzliche Vermutungsregelung davon ausgehen sollte, dass i. d. R. eine rechtsfähige GbR vorliegt, es sei denn, dass sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter nicht am Rechtsverkehr teilnehmen soll. Eine solche Vermutungsregelung könnte für die GbR Rechtssicherheit schaffen und im Ergebnis auch die Gerichte entlasten. Eine nicht rechtsfähige GbR müsste dann klarstellen, dass sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter nicht am Rechtsverkehr teilnehmen wird.

Alternativ wurde von einer IHK vorgeschlagen, in § 705 Abs. 2 BGB-E aufzunehmen, dass eine GbR als rechtsfähig gilt, wenn sie am Rechtsverkehr teilnimmt.

Zu § 706 BGB-E Sitz der Gesellschaft

Die in § 706 Satz 2 BGB-E eröffnete Option für registrierte GbR, einen Ort im Inland als Sitz zu vereinbaren, wird vereinzelt auch für nicht registrierte rechtsfähige GbR als sinnvoll erachtet.

Zu § 707ff. BGB-E Gesellschaftsregister

Die geplante Registrierung von rechtsfähigen GbR in einem Gesellschaftsregister kann auf den ersten Blick die Transparenz über bestimmte am Rechtsverkehr teilnehmende GbR erhöhen. Eine Registrierung würde die nationale Recherche von Geschäftspartnern, Gläubigern etc. über ihren Vertragspartner in der Rechtsform einer registrierten GbR, seiner Gesellschafter etc. erleichtern. Dies würde vor allem in den Fällen hilfreich sein, in denen die Angaben zu den Gesellschaftern etc. mangels Internetauftritt nicht recherchierbar sind.

Für die Gesellschaften, die Rechtsgeschäfte gemäß § 47 Abs. 2 GBO-E abschließen oder eine Gesellschafterstellung nach § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB-E auch iVm § 105 Abs. 2 HGB-E, § 67 Abs. 1 Satz 3 AktG-E, § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E erwerben wollen, würde jedoch eine Registrierungspflicht entstehen. Dies widerspricht aus weit überwiegender Sicht der Flexibilität der Rechtsform der GbR. Die Typenoffenheit des Gesellschaftsrechts würde zudem eingeschränkt. Mit höheren formalen Anforderungen an die GbR würden darüber hinaus die Kosten für diese Rechtsform steigen. Die Rechtsformen OHG und registrierte GbR wären außerdem stark angenähert, der Nutzen fraglich. Wird die Möglichkeit der Registrierung einer Personengesellschaft gewünscht, so steht bereits heute die Rechtsform der OHG zur Verfügung. Anzumerken ist zudem, dass die GbR für Neugründungen mit verbindlichem Eintragungserfordernis und mit verbundenen formalen Vorgaben unattraktiv wird. Der finanzielle und zeitliche Aufwand für die Gründung nähert sich zudem dem der Unternehmerge-sellschaft (haftungsbeschränkt) an, welche jedoch den Vorteil der Haftungsbeschränkung bietet.

Zunächst ist festzuhalten, dass die überwiegende Anzahl der am Rechtsverkehr teilnehmenden GbR formal nicht unter die Registrierungspflicht fallen würde, da sie keine entsprechenden Rechtsgeschäfte (vgl. § 47 Abs. 2 GBO-E) bzw. keine Gesellschafterstellung ausüben. Folglich würde sich die vom Gesetzentwurf geforderte Transparenz grundsätzlich nur auf einige rechtsfähige GbR beziehen und damit die Transparenz und Sicherheit des Rechtsverkehrs im Hinblick auf die Gesellschafter auch nur partiell erhöhen können. Die vorgesehenen Regelungen für eine kleine Anzahl an Gesellschaften hätten jedoch Auswirkungen auf eine Vielzahl der bestehenden und noch zu gründenden GbR.

Seitens der IHKs werden mittelbare Folgen der sich eigentlich nur beschränkt auswirkenden Registrierungspflicht befürchtet. Dritte, wie z. B. die Bank-/Kreditwirtschaft oder auch Geschäftspartner könnten aus nachvollziehbaren Gründen und unter Verweis der Existenz des Gesellschaftsregisters eine Vornahme einer freiwilligen Registrierung fordern. Diesen Forderungen werden sich die betroffenen GbRs, wenn sie z. B. ein Konto für die GbR eröffnen oder die Geschäftsbeziehung mit ihrem Geschäftspartner aufnehmen oder fortsetzen wollen, nicht entziehen können. Auch bei der öffentlichen Auftragsvergabe oder bei Anträgen auf Fördermittel wird regelmäßig nach der Registernummer des Unternehmens gefragt. Es ist davon auszugehen, dass auch in diesem Bereich die Registrierung von GbR nachgefragt wird. Folglich würde sich die freiwillige Registrierung zu einer mittelbaren Registrierungspflicht entwickeln. Die Einfachheit und Flexibilität der GbR-Rechtsform würden damit für viele kleine GbR verloren gehen, obwohl die meisten GbR gesetzlich nicht verpflichtet wären sich registrieren zu lassen, da sie keine Grundstücke erwerben oder Gesellschafterstellungen einnehmen. Den Interessen von Banken oder Geschäftspartnern könnten die GbR auch durch die direkte Weitergabe der gewünschten Informationen nachkommen – ohne die Belastungen für eine Registrierung tragen zu müssen.

Eine mittelbare Registrierungspflicht scheint aus verschiedenen Gründen problematisch. Die Registrierung führt nach § 707a Abs. 4 BGB-E zu einer „Einbahnstraße“. Eine gegründete und aus den genannten externen Gründen registrierte GbR kann nur nach der gemäß § 707a Abs. 4 BGB-E vorgesehenen Verfahren mit den entsprechenden Fristen etc. liquidiert und aufgelöst werden oder den Statuswechsel nutzen, allerdings ist dies mit zeitlichem Aufwand und entsprechenden Kosten verbunden. Dies erscheint für die Einstiegsrechtsform der GbR als nicht angemessen.

Die Registrierung selbst, aber auch jeder Gesellschafterwechsel, Veränderungen der Vertretungsbefugnis etc. würden Änderungen der Registrierung nach § 707 Abs. 3, Abs. 4 BGB-E erfordern. Diese den handelsrechtlichen Pflichten stark angenäherten Pflichten wären für GbR nicht angemessen und würden zu entsprechenden Kosten (Register-/Notargebühren) führen. Sie würden die Anforderungen an die GbR und ihre Gesellschafter in einer Art erhöhen, die in Widerspruch zu dem bisherigen Verständnis steht und deren Flexibilität reduzieren. Auch würde die Frage aufgeworfen, welche Unterschiede künftig zwischen einer im Gesellschaftsregister registrierten GbR im Vergleich zu einer OHG bestehen. Zudem führt die Registrierung der GbR dazu, dass es sich um eine eingetragene Personengesellschaft gemäß § 20 GwG handelt. Folglich ist sie den Pflichten nach §§ 20ff. GwG unterworfen.

§ 707b Nr. 2 BGB-E iVm § 12 HGB führt dazu, dass die Mitwirkung des Notars bei der Anmeldung zum Gesellschaftsregister erforderlich wird. Das Gesellschaftsregister wird folglich stark den Formalien des Handelsregisters angenähert. Das Erfordernis der öffentlich beglaubigten Form erhöht für registrierte GbR Aufwand und Kosten der Unternehmensführung und scheint grundsätzlich nicht angemessen.

Die aus der Registrierung entstehenden Belastungen und Kosten durch Register- und Notar Gebühren, werden in der Praxis aus der Perspektive der GbR als hoch eingeschätzt. Die Belastungen wären vergleichbar mit jenen für Personenhandelsgesellschaften, vgl. dazu auch Anmerkung zu Artikel 45. Ergänzend ist mit einem erhöhten Zeitaufwand durch Abstimmungsprozesse und Wahrnehmung der Termine zu rechnen. Die GbR als Gestaltungsinstrument, z. B. bei Erfolgen, um ein Grundstück zu erwerben, scheint dann zumindest bei kleineren Vermögen nicht mehr empfehlenswert. Damit erscheint ein Festhalten an § 899a BGB vorteilhafter. Die Identifizierung der Gesellschafter ist über die Eintragung nach § 899a BGB möglich – einer zusätzlichen Registrierung im Gesellschaftsregister neben der weiterhin bestehenden Grundbucheintragung der GbR bedarf es nicht. Zudem sind nur jene GbR bzw. ihre Gesellschafter, die ein Grundstück erwerben bzw. erworben haben, entsprechend im Grundbuch einzutragen.

Unklar ist, welcher Aufwand entsteht, die Verwechslungsgefahr – die über verschiedene Register hinweg geprüft werden muss – auszuschließen.

Befürchtet wird zudem teilweise, dass die zusätzlichen Aufgaben der Registergerichte im Hinblick auf die zu registrierenden GbR und etwaige Berichtigungen bei gleichbleibender Ausstattung dazu führen, dass sich Eintragungen von Kapital- und Personenhandelsgesellschaften verzögern könnten.

Angemerkt wurde von einer IHK, dass die Bezeichnung Gesellschaftsregister problematisch sei, da dieses dann nur die registrierten GbR enthalten würde, jedoch die Bezeichnung eher erwarten ließe, dass dort weitere (Personenhandels-)Gesellschaften aufgenommen werden. Zudem würde die Anzahl der Register durch das geplante Register steigen und die Register zersplittern.

Im Ergebnis würde die verbindliche Registrierung der GbR aus weit überwiegender Sicht die Anforderungen stark erhöhen und die Flexibilität der Gesellschaft reduzieren; dies widerspricht der Gesellschaftsrechtsform. Unter Berücksichtigung der vorgenannten Überlegungen und nach Abwägung der verschiedenen Aspekte wird von den IHKs im Ergebnis auch der Bedarf für die vorgeschlagene Registrierungsmöglichkeit überwiegend bezweifelt und daher abgelehnt. Die vorgesehene Registrierung bzw. das vorgesehene Register für die GbR werden als nicht angemessen erachtet. Eine formale Registrierungsmöglichkeit würde aus Sicht vieler IHKs mittelbar in eine Registrierungspflicht führen und damit der Flexibilität der Rechtsform der GbR widersprechen. In der Folge würden die formalen Anforderungen an die GbR und im Ergebnis auch die Kosten für die Rechtsform steigen. Auch wären die Rechtsformen OHG und registrierte GbR stark angenähert, der Nutzen daraus jedoch fraglich.

Alternativen für eine praxiskonforme, transparentere GbR

Transparenz über den Geschäftspartner GbR könnte jedoch auch über geänderte Vorschriften zum Auftritt im Geschäftsverkehr erzielt werden. Aus Sicht vieler IHKs erscheint es sinnvoll in den §§ 705ff. BGB eine Regelung angelehnt an § 125a HGB aufzunehmen, so dass auf allen Geschäftsbriefen der GbR, die an einen bestimmten Empfänger gerichtet werden, die Rechtsform (GbR) und die Adresse der Hauptverwaltung der Gesellschaft sowie die Gesellschafter und die Vertretungsregelung anzugeben sind. Ergänzende Geschäftsbezeichnungen sollten zulässig sein. Dies würde die Pflichten für die GbR erhöhen, würde jedoch dafür Sorge tragen, dass für den Geschäftsverkehr entsprechende Informationen zur Verfügung gestellt werden.

Für die öffentliche Hand könnten aus überwiegender Sicht verbesserte Angaben bei der Gewerbeanzeige dafür sorgen, dass ersichtlich ist, ob gewerbliche Tätigkeiten als GbR erbracht werden und aus welchen Gesellschaftern die GbR besteht. Bei der Gewerbeanzeige könnte folglich aus mehrheitlicher Sicht aufgenommen werden, dass der Gewerbetreibende sein Gewerbe in der Rechtsform einer GbR unter Nennung der weiteren Gesellschafter und der Vertretung anzeigt. Zu prüfen ist, ob die bei der Gewerbeanmeldung zulässige ergänzende Geschäftsbezeichnung die Identifizierung eines Unternehmens verbessern kann und regelmäßig vorgenommen werden sollte.

Hilfsweise: freiwillige Registrierung für bestimmte GbR unter Differenzierung zwischen GbR und OHG

Zwar wird derzeit überwiegend der Bedarf für eine freiwillige, niederschwellige Registrierung der rechtsfähigen GbR nicht gesehen – würde jedoch trotz der oben genannten Argumente an dem Ziel einer Registrierung bestimmter GbR in dem vom Gesetzentwurf vorgeschlagenen Gesellschaftsregister festgehalten werden, so sollte aus Sicht einiger IHKs deutlich zwischen den Anforderungen an eine Registrierung von GbR und OHG bzw. Gesellschafts- und Handelsregister differenziert werden. Eine Orientierung der nicht konstitutivwirkenden, freiwilligen Registrierung der GbR an der Gewerbeanzeige, ohne notarielle Beglaubigungen und unter Ausschluss der Kaufmannseigenschaft, könnte die Transparenz erhöhen und die Möglichkeit der Recherche von GbR und Gesellschaftern im Geschäftsverkehr von Vorteil sein. Dies würde jedoch dann auch dazu führen, dass die GbR jede Änderung ihrer Gesellschafter, Vertretungsregelung etc. dem Register anzumelden hätte. Insofern

sollten Registrierungen durch die GbR selbst durchgeführt werden können. Im Hinblick auf die Identifizierung könnte ggf. auf Identifizierungselemente wie die Wirtschaftsidentifikationsnummer und gegebenenfalls auf die Diskussion zur Authentifizierung im Rahmen des Online-Zugangsgesetzes zurückgegriffen werden – soweit diese praktikabel und unternehmensfreundlich sind. Das Register hätte zweifelsfrei nicht die Aussagekraft eines Handelsregisters oder des vom Gesetzentwurf geplanten Gesellschaftsregisters, das vergleichbare Anforderungen wie das Handelsregister stellt. Allerdings würde es jedoch Anforderungen aus Gläubigersicht bereits genügen können sowie den Bedürfnissen der betroffenen GbR entgegenkommen und zusätzliche Belastungen durch die Registrierung weitgehend reduzieren. Weiterhin gilt, dass Gründern i. d. R. auch die Rechtsform der OHG zur Verfügung steht, die im Handelsregister registriert ist, wenn sie die Vorteile einer Registrierung im Handelsregister und den damit verbundenen öffentlichen Glauben nutzen wollen.

Allerdings würde auch bei diesem hilfsweisen Vorschlag die GbR-Landschaft komplexer. Gründer und der Rechtsverkehr hätten künftig zwischen registrierter und nicht registrierter rechtsfähiger GbR zu unterscheiden. Parallel dazu bestünde weiterhin die (nicht registrierte) nicht rechtsfähige GbR.

Zu § 707 Anmeldung zum Gesellschaftsregister

§ 707 Abs. 2 Nr. 1c BGB-E fordert eine Anschrift in einem Mitgliedstaat der EU. Abgesehen von der grundsätzlichen Bewertung einer Registrierung und der Art des Registers, ist eine Aufnahme einer Anschrift von Vorteil für Geschäftspartner, Gläubiger etc. Die registrierte GbR ist durch Angabe einer Anschrift erreichbar. Unklar ist, warum die Personengesellschaften über eine Anschrift in einem Mitgliedstaat der EU, die GmbH und AG über eine inländische Geschäftsanschrift verfügen müssen, § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG, § 37 Abs. 3 Nr. 1 AktG. Dies sollte einheitlich vorgesehen werden.

Uneinheitlich ist die Einschätzung zur Erreichbarkeit einer Gesellschaft mit Adresse (nur) in einem Mitgliedstaat der EU. Das Europäische Recht hat die Grundlage für grenzüberschreitende Zustellungen und Vollstreckungen geschaffen. Insofern wird auch eine Anschrift in einem anderen Mitgliedstaat der EU als akzeptabel eingeschätzt. Teilweise wird jedoch dargelegt, dass sich in der Praxis bereits gezeigt hat, dass die Zustellung und vor allem auch Vollstreckung in einem anderen Mitgliedstaat der EU deutlich höheren Hemmschwellen unterliegen und aufwändiger sind. Eine inländische Anschrift ist aus Sicht dieser Stimmen für Geschäftspartner, Gläubiger etc. von Vorteil.

Unklar ist die Bedeutung des Wohnortes in § 707 Abs. 2 Nr. 2a BGB-E. Die Begründung zu § 707 Abs. 2 BGB-E (Seite 147) erwähnt beim Sitz der Gesellschaft, dass „ähnlich dem nach § 707 Absatz 2 Nummer 2 Buchstabe a BGB-E anzumeldenden Wohnort jedes Gesellschafters (ist) damit der Ort der inländischen politischen Gemeinde gemeint“ ist. § 707 Abs. 2 Nr. 2a BGB-E würde folglich für Gesellschafter einer GbR einen inländischen Wohnort voraussetzen. Dies ist nicht nachvollziehbar und sollte überprüft werden.

Zu § 707a BGB-E Inhalt und Wirkungen der Eintragung

Unklar ist der zu führende Zusatz, den eine eingetragene Gesellschaft, bei welcher keine natürliche Person als Gesellschafter haftet, tragen soll, § 707a Abs. 2 Satz 2 BGB-E. Hier sollte eine einheitliche Bezeichnung vom Gesetzgeber vorgegeben werden. Unterschiedliche oder auch missverständliche

Bezeichnungen könnten vermieden werden und der Rechtsverkehr könnte sich auf eine einheitliche Bezeichnung verlassen.

Eine Namensgleichheit zwischen registrierter und nicht registrierter GbR soll laut Begründung auf Seite 150 dazu führen, dass die registrierte GbR den Anspruch nach § 12 BGB geltend machen kann. Der Name der GbR ergibt sich aus den Namen der Gesellschafter. Bei Namensidentitäten dürfte folglich die nicht registrierte GbR ihren Namen nicht mehr nutzen, wenngleich sie diesen bereits seit Jahren im Geschäftsverkehr verwendet. Das erscheint nicht angemessen und ist zu hinterfragen. Zudem müssten nicht registrierte GbR stetig überprüfen, ob ggf. eine GbR mit diesem Namen zwischenzeitlich registriert wurde. Die auf Seite 150 der Begründung dargelegte Folge könnte nicht registrierte GbR zu einer Registrierung motivieren, um die Führung ihres Namens zu sichern. Im Hinblick auf die vom Regierungsentwurf vorgesehene fehlende Möglichkeit des Wechsels von registrierte in nicht registrierte GbR und den durch die Registrierung entstehenden Aufwand erscheint dies problematisch.

Zu § 707b BGB-E Anwendbare Vorschriften des Handelsgesetzbuchs

Wird an dem Ziel eines dem Handelsregister vergleichbaren Gesellschaftsregisters festgehalten, so scheint auf den ersten Blick auch die Anordnung der entsprechenden Anwendung des Firmenrechts für registrierte GbR nach § 707b Nr. 1 BGB-E konsequent. Auf den zweiten Blick wird in vielen Fällen die Angemessenheit der Verweisung und Geltung des Firmenrechts verneint. Der Gesetzentwurf trennt bewusst und aus gutem Grund das Gesellschafts- und das Handelsregister bzw. Nichtkaufleute und Kaufleute. Für Nichtkaufleute, also nicht im Handelsregister eingetragene Unternehmen, findet das Firmenrecht des Handelsregisters bislang keine Anwendung. Der vorliegende Gesetzentwurf würde die registrierte GbR anders behandeln als andere Nichtkaufleute (nicht im Handelsregister eingetragene Unternehmen). Insofern wäre fraglich mit welchem Sachgrund diesen anderen Nichtkaufleuten (nicht im Handelsregister eingetragenen Unternehmen) die Möglichkeit einer Firma verwehrt würde. Im Ergebnis würde zudem der Aufwand für die betroffenen GbR vergleichbar mit dem der Personenhandelsgesellschaften sein.

Zudem ergeben sich bei einer Anwendung des Firmenrechts Folgefragen. Die zu registrierende GbR hat nach § 707 Abs. 2 BGB-E bei der Anmeldung keinen Unternehmensgegenstand mitzuteilen. Folglich können in der Firmierung verwendete Sachbegriffe nicht nach § 18 HGB iVm § 380 FamFG-E geprüft werden. Es bedarf insofern einer mit § 24 Abs. 4 Handelsregisterverordnung vergleichbaren Regelung, so dass dem Gesellschaftsregister der Unternehmensgegenstand mitgeteilt wird.

Zu hinterfragen ist auch, ob § 707b Nr. 3 BGB-E und das Recht der Eintragung von Zweigniederlassungen, welche grundsätzlich (bislang) dem Kaufmann vorbehalten sind, für das Gesellschaftsregister angemessen sind; auch die registrierte GbR ist Nichtkaufmann. Das Recht der Eintragung von Zweigniederlassungen sollte dem Kaufmann vorbehalten bleiben.

Zu § 707c BGB-E Statuswechsel

Anzumerken ist, dass ein Statuswechsel dazu führen würde, dass die Geschäftspapiere, d. h. die Geschäftsbriefe, Visitenkarten etc., geändert werden müssten und entsprechende Kosten entstehen würden – wie auch bei einem Rechtsformwechsel.

Die GbR kann nach geltendem Recht durch Eintragung in das Handelsregister die Rechtsform einer OHG annehmen. Register-/Notargebühren würden „einmal“ anfallen. Würde es sich um eine im Gesellschaftsregister eingetragene GbR handeln, welche einen Statuswechsel durchführt, so würden für diese im Ergebnis „zweimal“ entsprechende Register-/Notargebühren entstehen.

Zur Aufhebung von § 708 BGB

Vereinzelt werden die Vorteile von § 708 BGB sowie der Rechtsprechung hierzu herausgestellt. Ein Festhalten an § 708 BGB würde daher aus dieser Sicht zur Rechtsklarheit beitragen, zumal die Gesellschafter auch bestimmte Sorgfaltsmäßigkeiten vereinbaren können.

Zu § 709 BGB-E Beiträge; Stimmkraft; Anteil am Gewinn und Verlust

§ 709 Abs. 3 Satz 1 BGB-E sieht als gesetzlichen Regelfall künftig vor, dass Stimmkraft und Anteil am Gewinn und Verlust sich nach der Vereinbarung des Beteiligungsverhältnisses richten. Dies würde konkludent in vielen Fällen einen schriftlichen Gesellschaftsvertrag erfordern und als Gründungshürde eingestuft. Die Begründung verweist darauf, dass sich die Gesellschafter bereits bei Gründung verständigen sollen, um künftigen Streit zu vermeiden (vgl. Begründung, Seite 163). Dies würde den Gründungsprozess, vor allem in Fällen in welchen (Buch)Werte ermittelt werden müssten, aus überwiegender Sicht erschweren und wohl auch verzögern.

Hilfsweise soll nach § 709 Abs. 3 Satz 1 BGB-E dem Verhältnis der vereinbarten Werte der Beiträge und höchsthilfsweise nach Köpfen bemessen werden. Fraglich ist, ob dies praxiskonform ist. Regelmäßig werden zwar Beiträge vereinbart, der Wert dieser Beiträge (soweit diese nicht in Geldbeiträgen bestehen) aber nicht beziffert oder festgelegt. Oftmals ist auch offen, ob eine Bezifferung des Beitrags überhaupt oder einfach möglich ist. Unklar ist, was Satz 2 unter „Verhältnis der vereinbarten Werte der Beiträge“ versteht. Tritt der hilfsweise gesetzliche Regelfall nur ein, wenn eine ausdrückliche Festlegung auf eine Bezifferung des jeweiligen Beitrags erfolgt ist?

Die Begründung (Seite 163) geht zudem davon aus, dass, soweit sich im Einzelfall signifikante Wertunterschiede bei den Beiträgen ergeben, aber ein Wert nicht ausdrücklich vereinbart wurde, anstelle einer Beteiligung nach Kopfteilen eine stillschweigend vereinbarte Beitragsquote in Betracht zu ziehen ist. Dies erscheint als Ausnahme zu der von § 709 Abs. 3 Satz 2 und 3 BGB-E vorgesehenen hilfsweisen Regelfälle.

Die Ermittlung nach Köpfen sollte weiterhin gesetzlicher Regelfall bei Mehrheiten, Gewinn- und Verlustquoten etc. sein, vgl. § 722 BGB. Sie würde eine einfache Gründung ohne schriftlichen Gesellschaftsvertrag ermöglichen. Wünschen die Gesellschafter eine davon abweichende grundsätzliche Regelung, so können sie diese im Gesellschaftsvertrag vereinbaren.

Zu § 712 BGB-E Ausscheiden eines Gesellschafters; Eintritt eines neuen Gesellschafters

Nach § 723 Abs. 3 BGB-E scheidet der Gesellschafter mit Eintritt des ihn betreffenden Ausscheidungsgrundes aus bzw. bei Kündigung der Mitgliedschaft mit Ablauf der Kündigungsfrist. Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der registrierten GbR kann jedoch nach § 707 Abs. 4 Satz 1 BGB-E nur von sämtlichen Gesellschaftern angemeldet werden. Dies wird im Hinblick auf § 707a Abs. 3 BGB-E als nicht sachgerecht angesehen.

Zu §§ 715, 715a BGB-E Geschäftsführungsbefugnis; Notgeschäftsführungsbefugnis

In § 715 Abs. 3 Satz 3 BGB-E wird Gefahr für das Gesellschaftsvermögen als Tatbestandsvoraussetzung für die Ausnahme von der Vorgabe, die Zustimmung aller geschäftsführungsbefugten Gesellschafter einzuholen, erwähnt. § 715a BGB-E sieht bei Gefahr für das Gesellschaftsvermögen und Verhinderung aller geschäftsführungsbefugten Gesellschafter die Berechtigung von nicht geschäftsführungsbefugten Gesellschaftern zum Abschluss des Geschäfts vor.

Die Begründung erläutert, dass dies der Fall ist, wenn der Gesellschaft ohne sofortiges und alleiniges Handeln ein Schaden droht, wozu auch entgangener Gewinn zählt (Begründung, Seite 176). Der Begriff „Gefahr für das Gesellschaftsvermögen“ scheint zu unbestimmt und wird in der Praxis entsprechende Fragen aufwerfen. Es erscheint zudem zu weitgehend, dass ein entgangener Gewinn per se als Schaden anzusehen ist. Fast jede unternehmerische Entscheidung könnte zu einem Gewinn und ihr Unterlassen folglich zu einem Schaden führen, womit die Tatbestandsvoraussetzung in §§ 715, 715a BGB-E regelmäßig erfüllt wäre.

Zu § 719 BGB-E Entstehung der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten

§ 719 Abs. 1 Satz 1 geht davon aus, dass die Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten entsteht, sobald sie mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt. Unklar ist, welche Anforderungen an die „Zustimmung“ sämtlicher Gesellschafter und die Nachweispflicht gestellt werden. Dieses Tatbestandmerkmal wird in der Praxis Fragen und Rechtsunsicherheit aufwerfen.

Zu §§ 723ff. BGB-E Gründe für das Ausscheiden; Zeitpunkt für das Ausscheiden

Im Ergebnis würde bei Ausscheiden eines Gesellschafters grundsätzlich von der Weiterführung der GbR ausgegangen, es sei denn, es liegt eine Kündigung der Gesellschaft nach § 731 BGB-E vor. In Fällen, in welchen keine vertraglichen Regelungen durch die Gesellschafter getroffen wurden, könnten durch die grundsätzliche Weiterführung der Gesellschaft unbedachte Folgen vermieden werden.

Andererseits scheint aus Sicht der vielen kleinen GbR überwiegend ein Festhalten an der gesetzlichen Regel der Auflösung der Gesellschaft bei Ausscheiden eines Gesellschafters praktikabler. Soll hiervon abgewichen werden, so steht die Möglichkeit der Vereinbarung einer Fortsetzungsklausel zur Verfügung.

Beide Aspekte sind gegeneinander abzuwägen und müssen zu einem Ausgleich geführt werden. Die interne Diskussion zu diesem Punkt ist noch nicht abgeschlossen.

Zu § 729 BGB-E Auflösungsgründe

§ 729 Abs. 2 BGB-E sollte als weiteren Grund zur Löschung den in den Landesjustizministerien unter Federführung des Niedersächsischen Landesjustizministeriums diskutierten § 394a FamFG-E aufnehmen, soweit die im Gesetzentwurf angelegte Angleichung des Gesellschaftsregisters an das Handelsregister beibehalten werden soll. Dieser Löschungsgrund soll ermöglichen, unter bestimmten Voraussetzungen auch eine Löschung wegen Inaktivität vornehmen zu können.

4. Zu Artikel 31 Änderung der Bundesnotarordnung

Die vorgeschlagene Änderung führt dazu, dass die rechtsfähige GbR der Zuständigkeit der Notare gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNotO unterfällt. Dies wird aus o. g. Gründen (vgl. Anmerkungen zu § 707ff. BGB-E) für die GbR als nicht angemessen erachtet.

5. Zu Artikel 45 Änderung des Gerichts- und Notarkostengesetzes

Der Geschäftswert für eine registrierte GbR soll wie auch bei der offenen Handelsgesellschaft 45.000 EUR betragen, vgl. § 105 Abs. 3 Nr. 2 GNotKG-E. Bei mehr als zwei Gesellschaftern, soll sich der Wert für den dritten und jeden weiteren Gesellschafter um jeweils 15.000 EUR erhöhen. Die Gleichsetzung mit der OHG im Hinblick auf den Geschäftswert ist – abgesehen von der grundsätzlichen Kritik an der Form des Registers und Registrierung an sich – nicht nachvollziehbar. Die OHG ist Kaufmann, die GbR Nichtkaufmann. Der Umfang der wirtschaftlichen Tätigkeit der GbR ist geringer. Eine Gleichsetzung im Hinblick auf den Geschäftswert erscheint willkürlich. Diese Regelung würde zudem die Kosten für registrierte GbR nochmals erhöhen. Folglich sollte der Geschäftswert für die GbR entsprechend deutlich abgesenkt werden.

Dies gilt auch für die Einordnung der rechtsfähigen GbR nach § 67 Abs. 1 Nr. 2 GNotKG-E; eine Gleichsetzung des Geschäftswertes mit der OHG scheint nicht angemessen.

6. Zu Artikel 49 Änderungen des Handelsgesetzbuchs

Zu § 105 HGB-E Begriff der offenen Handelsgesellschaft; Anwendbarkeit des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Die über Verweisung von § 105 Abs. 2 HGB-E iVm § 706 BGB-E geplante Möglichkeit für OHG und KG, einen Vertragssitz zu vereinbaren und folglich einen davon abweichenden Verwaltungssitz zuzulassen entspricht den Anforderungen der Praxis. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass eine gesetzlich unwiderlegliche Vermutung Anwendung findet, dass an der Geschäftsanschrift die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht und Zustellungen vorgenommen werden können.

Zu § 107 HGB-E Kleingewerbliche, vermögensverwaltende oder freiberufliche Gesellschaft; Statuswechsel

§ 107 Abs. 1 Satz 2 HGB-E eröffnet freien Berufen die grundsätzliche und damit über die bisherige Rechtsprechung des BGH hinausgehende Möglichkeit der Gründung einer OHG, soweit das anwendbare Berufsrecht die Eintragung zulässt.

Das Handelsregister öffnet sich damit für Personenvereinigungen ohne (handels)gewerbliche Tätigkeit hinaus und verleiht ihnen den Status eines Kaufmanns. Gleichzeitig überlässt das Handelsregister die Frage, ob eine Eintragung im Handelsregister möglich ist, dem Berufsrecht der freien Berufe. Dies erscheint dogmatisch fragwürdig.

§ 1 HGB stellt grundsätzlich auf den Gewerbebetrieb für die Kaufmannseigenschaft ab. Eine partielle Wahlmöglichkeit und Kombination verschiedener Vorteile erscheint prüfungsbedürftig und wirft verschiedene Fragen auf.

Darüber hinaus sind die Folgen unklar, wenn beispielsweise nach Eintragung einer Freiberufler-KG das Berufsrecht geändert wird. Auch müsste das Handelsregister bei jeder Gründung durch Freiberufler das Berufsrecht auf Zulässigkeit der Rechtsform prüfen. In jedem Fall sollte, soweit an dem Entwurf von § 107 Abs. 1 Satz 2 HGB-E festgehalten werden würde, sichergestellt sein, dass eine entsprechende Berufshaftpflichtversicherung vorhanden ist. Befürchtet wird, dass die zusätzliche Aufgabe Kapazitäten des Registergerichts in Anspruch nimmt und sich die Eintragszeit für gewerbliche Unternehmen insgesamt verlängert.

Vereinzelt wird die Öffnung für freiberufliche Tätigkeiten positiv gewertet.

Alternativ könnte der Gesetzgeber klarstellen, dass auch Freiberufler eine kaufmännische Rechtsform wählen können, wenn sie sich der kaufmännischen Behandlung einschließlich Besteuerung unterwerfen.

Fragen haben sich zu § 107 Abs. 2 und 3 HGB-E ergeben. Der Statuswechsel der OHG, die ihre Eintragung gemäß § 107 Abs. 1 und 2 HGB-E erworben hat, in eine registrierte GbR soll, soweit keine kaufmännische Tätigkeit vorliegt, ermöglicht werden. Die Begründung betont, dass § 2 Satz 3 HGB keine Anwendung finden soll, soweit die OHG ihren Status durch Eintragung im Handelsregister nach freiwilliger Anmeldung als kleingewerbliche, Eigenvermögen verwaltende oder freiberufliche Gesellschaft erlangt hat. Die Rückkehr dieser OHG in die nicht registrierte GbR wäre damit ausgeschlossen.

Eine OHG, die aufgrund ihrer kaufmännischen Tätigkeit in das Handelsregister eingetragen wurde, und deren Umfang sich zu einem Nicht-Handelsgewerbe entwickelt hat, würde kraft Gesetzes zu einer nicht registrierten GbR. Dieser Weg in die nicht registrierte GbR muss für die OHG, die aufgrund ihrer kaufmännischen Tätigkeit in das Handelsregister eingetragen wurde, in jedem Fall beibehalten werden.

Im Ergebnis würde jedoch eine (eingetragene) OHG, deren Tätigkeit nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht (mehr) erfordert, im Hinblick auf ihre Möglichkeiten, die Rechtsform der OHG zu verlassen, unterschiedlich behandelt werden, je nachdem, ob sie nach § 107 Abs. 2, 3 HGB-E im Handelsregister eingetragen wurde. Ein rechtlicher Grund für diese Ungleichbehandlung ist nicht gegeben.

Ergänzend bedarf es für bereits vor Inkrafttreten des MoPeG nach § 105 Abs. 2 HGB im Handelsregister eingetragene OHG eine Regelung, hilfsweise eine Übergangsregelung. Denn diesen nach § 105 Abs. 2 HGB eingetragenen OHG wird die bislang bestehende Möglichkeit genommen, die Firma nach § 2 Satz 3 zu löschen. Soweit eine Ausnahme von § 107 Abs. 2 und 3 HGB-E nicht möglich sein sollte, sollte zumindest eine Übergangsregelung für diese bereits eingetragenen OHG nach § 105 Abs. 2 HGB vorgesehen werden, damit diese in Anbetracht der neuen und für die OHG eingeschränkten Optionen, reagieren können.

Zu § 109 HGB-E Beschlussfassung

Beschlüsse der Gesellschafter werden in Versammlungen gefasst, so § 109 Abs. 1 HGB-E. Versammlungen sind laut bisheriger Literatur an einem Ort abzuhalten. Eine virtuelle Versammlung scheint bislang von dem Begriff Versammlung bzw. bei entsprechenden Formulierungen im Gesellschaftsrecht nicht erfasst, vgl. z. B. § 118 Abs. 2 AktG. Zwar erwähnt die Begründung (Seite 266), dass eine Versammlung vorliegt, wenn mehrere Personen zu einem bestimmten Zweck, aber nicht notwendigerweise an einem bestimmten Ort, zusammenkommen. Auch ergänzt sie, dass Beschlüsse in Präsenzversammlungen wie auch virtuellen Versammlungen gefasst werden können. Im Hinblick auf das bisherige abweichende Verständnis, sollte eine Klarstellung in der Gesetzesformulierung vorgenommen werden.

Zu § 116 HGB-E Geschäftsführungsbefugnis

Zu § 116 Abs. 4 HGB-E stellen sich im Hinblick auf die Gefahr für das Gesellschaftsvermögen die bereits oben zu § 715a BGB-E dargestellten Fragen.

Zu § 122 HGB-E Gewinnauszahlung

Es wird noch diskutiert, ob das Erlöschen des Anspruchs auf Gewinnauszahlung nach § 114 HGB-E, wenn er nicht vor der Feststellung des darauffolgenden Jahresabschlusses geltend gemacht wird, als angemessen zu erachten ist.

Zu § 166 HGB-E Informationsrecht des Kommanditisten

Zwischen dem Informationsbedürfnis des Kommanditisten und dem in der KG verursachten Aufwand für die Informationserteilung muss sorgsam abgewogen werden.

Der Formulierungsvorschlag zu § 166 Abs. 1 Satz 2 HGB-E wirft Fragen zur Bestimmtheit des Rechtsbegriffs „Annahme unredlicher Geschäftsführung“ auf. Die Darlegungs- und Beweislast liegt beim Kommanditisten. Fraglich ist, ob dieser über ausreichende Informationen verfügen kann, die einen „begründeten Verdacht zum Beispiel fehlerhafter Führung der Geschäftsunterlagen“ ergeben können. Die in der Begründung genannte Alternative, dass auch die „grundlose Verweigerung von Informationen angesichts einer ungewöhnlichen Geschäftsentwicklung“ ausreichend sein kann, die Annahme unredlicher Geschäftsführung zu erfüllen, setzt weitere Auslegungs- und Interpretationsspielräume.

Während einerseits das Informationsbedürfnis des Kommanditisten nachvollzogen werden kann, ist andererseits in der Praxis ein hoher Aufwand für die gewünschten Informationen in der KG zu beobachten. Die bislang aus der Treuepflicht abzuleitende Wahl des schonenderen Informationsmittels wird in der Praxis oftmals negiert. Eine Konkretisierung des Informationsrechts und des aus der Treuepflicht ableitbaren schonenderen Informationsmittels, z. B. auch der Verweis auf bereits vorhandene Informationen, wie z. B. den Jahresabschluss, sollte folglich diskutiert werden.

7. Zu Artikel 50 Änderung des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch

Unklar sind die Anforderungen von Artikel 50, der fordert, dass die Anmeldung der GbR „sowohl von sämtlichen bislang im Handelsregister eingetragenen Gesellschaftern als auch von der im Gesellschaftsregister eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu bewirken ist“. Können die anderen Gesellschafter die Identität der GbR beurteilen? Soweit es sich um eine größere Anzahl an Gesellschaftern handelt, scheint auch der Aufwand einer gemeinsamen Anmeldung nicht angemessen zu sein.

8. Zu Artikel 58 Änderung des Umwandlungsgesetzes

Aus Sicht der Praxis scheinen derzeit die eröffneten Optionen des Umwandlungsgesetzes für registrierte GbR überwiegend als nicht zwingend erforderlich, vereinzelt werden die Umwandlungsmöglichkeiten positiv gewertet.

9. Zu Artikel 63 Änderung am Einführungsgesetz des GmbHG

Die Anforderungen von Artikel 63 werfen Fragen auf. Unklar ist, ob bei Änderungen der Gesellschafterliste in Bezug auf die GbR alle anderen GmbH-Gesellschafter die Identität beurteilen und damit zustimmen können. Vgl. auch oben Anmerkung zu Ziffer 7.

10. Zu Artikel 135 Inkrafttreten

Die Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit findet sich in Artikel 44; folglich muss Artikel 135 in Nr. 2 und 3 angepasst werden.

B. Über den Gesetzentwurf hinausgehende Änderungen für Personengesellschaften

Bei einer grundsätzlichen Modernisierung des Personengesellschaftsrechts sind auch gewerbe rechtliche und steuerrechtliche Fragen einzubeziehen.

1. Anerkennung von Personengesellschaften im Gewerberecht

Mit Blick auf die Bestimmung der konkreten „Person“ des Gewerbetreibenden bestehen Inkompatibilitäten zwischen Gewerberecht und Zivilrecht. Beiden Gebieten ist zunächst gemeinsam, dass natürliche Personen sowie juristische Personen (GmbH, AG etc.) als Gewerbetreibende anzusehen sind, wenn die Voraussetzungen des Gewerbebegriffs vorliegen. Dagegen haben Personengesellschaften nach Rechtsprechung und derzeitiger Verwaltungspraxis keine eigene Rechtspersönlichkeit und sind daher nicht Träger von Rechten und Pflichten i. S. d. Gewerberechts¹. Eine Teilrechtsfähigkeit von Personengesellschaften wird im Gewerberecht ebenfalls nicht anerkannt². Gewerbetreibende und damit anzeigepflichtig nach § 14 Abs. 1 GewO sind daher die geschäftsführenden, in der Regel persönlich haftenden Gesellschafter einer Personengesellschaft, nicht aber die Personengesellschaft als solche³. In der Praxis kommt es allerdings immer wieder vor, dass seitens der zuständigen Behörden (Gemeinden, Gewerbeamt, Kreisverwaltungsämter etc.) eine Gewerbeanmeldung der OHG oder GbR sowie zusätzlich eine Gewerbeanmeldung der Gesellschafter entgegengenommen wird. Ferner ist festzustellen, dass die unteren Verwaltungsbehörden vereinzelt auch Gewerbeerlaubnisse Personen(handels-)gesellschaften erteilt hatten.

Bei einem identitätswahrenden Formwechsel nach dem Umwandlungsgesetz, von einer juristischen Person in eine andere juristische Person, ist keine erneute Gewerbeerlaubnis und keine erneute Gewerbeanmeldung erforderlich. Sofern jedoch ein nicht identitätswahrender Formwechsel von einer juristischen Person in eine Personenhandelsgesellschaft oder umgekehrt erfolgt, erlischt die erteilte Gewerbeerlaubnis und ist nach Prüfung der Erlaubnisvoraussetzungen der neuen Gesellschaft erneut zu erteilen, auch wenn die handelnden natürlichen Personen identisch sind. Das kann dazu führen, dass in Fällen, in welchen ursprünglich eine Erlaubnis, die aufgrund einer sog. „Alten-Hasen-Regelung“ erteilt wurde, nach dem Formwechsel nicht mehr erteilt werden kann, da dann die aktuell geltenden Erlaubnisvoraussetzungen gelten. Dies ist bei Personenidentität schwer vermittelbar. Gleichermaßen gilt für die Gewerbeanmeldung.

Die derzeitige Rechtslage führt zudem dazu, dass z. B. bei einer KG, bei der der Gewerbetreibende überwiegend die Geschäftsführungs-GmbH (Komplementär) ist, der Gewerbegegenstand der Gewerbeanmeldung und der Gesellschaftszweck auseinanderfallen. So ist der Gewerbegegenstand, der unter Umständen besondere Aufsichtsmaßnahmen erfordern kann, aus der Anmeldung der Geschäftsführer-GmbH mit einer gegebenenfalls völlig anderen Bezeichnung nicht ersichtlich⁴. Auch

¹ BVerwG v. 05.08.1965, GewA 1966/9 = BVerwGE 22,16

² Für die GbR vgl. BayVGH v. 05.08.2004, GewA 2004/479. Trotz vom BGH anerkannter Teilrechtsfähigkeit (BGH v. 29.01.2001, NJW 2001/1056) ist die GbR nicht selbst Gewerbetreibende i. S. der GewO, sondern der einzelne Gesellschafter. Der BayVGH begründet dies auch mit dem Willen des Gesetzgebers, den dieser durch die Ausgestaltung der Muster-Vordrucke für die Gewerbeanzeigen klar zum Ausdruck gebracht habe. Allerdings ist sowohl im Gewerbesteuerrecht als auch im Kammerrecht (IHKG, HwO) die GbR Steuersubjekt bzw. kammerzugehörig.

³ Laut Anlage 1 der Gewerbeanzeigeverordnung heißt es bei den Angaben, die vom Betriebsinhaber zu machen sind: *Bei Personengesellschaften (z. B. OHG) ist für jeden geschäftsführenden Gesellschafter ein eigener Vordruck auszufüllen und bei Feld 12 des aktuellen Entwurfs: Zahl der geschäftsführenden Gesellschafter (nur bei Personengesellschaften).*

⁴ So der Bund-Länder-Ausschuss Gewerberecht auf seiner 119. Tagung am 12./13. April 2016 in Düsseldorf

ist für den Empfänger von Gewerbemeldedaten die Zuordnung von übermittelten Informationen, die mehrere Gewerbetreibende betreffen (z. B. alle Gesellschafter einer GbR) zu einem bestimmten Betrieb/Unternehmen (GbR) nicht immer möglich. So kann die IHK aus der Gewerbeanzeige eines geschäftsführenden Gesellschafters einer GbR nicht auf die Kammerzugehörigkeit der GbR selbst schließen, wenn es weitere geschäftsführende Gesellschafter der GbR mit ggf. anderen Betriebsadressen gibt.

In verschiedenen gewerberechtlichen Spezialgesetzen werden dagegen teilrechtsfähige Personengesellschaften und nicht rechtsfähige Vereine ausdrücklich anerkannt.

- Im Handwerksrecht wird der Gewerbetreibende betriebsbezogen definiert (§ 1 Abs. 1 Satz 2 HwO). Die HwO-Novelle 1965⁵ stellte klar, dass auch Personenhandelsgesellschaften und GbR den selbständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als Gewerbe ausüben dürfen. Nach dem (Bundes-)Gaststättenrecht können auch nicht rechtsfähige Vereine Inhaber einer Gaststättenerlaubnis sein (§ 2 Abs. 1 Satz 2 GastG). Das Fahrlehrergesetz sieht vor, dass Personengesellschaften eine Fahrschülerlaubnis erhalten können (§ 18 Abs. 2 FahrLG n.F.)⁶.
- Darüber hinaus kennt auch die Gewerbeordnung selbst bereits Durchbrechungen des Grundsatzes, wonach die Gesellschafter einer Personengesellschaft Träger von Rechten und Pflichten des Gewerberechts sind. So ist bei den erlaubnispflichtigen Tätigkeiten nach §§ 34d bis 34i GewO nach § 12 Abs. 3 Satz 3 VersVermV, § 9 Abs. 3 Satz 3 FinVermV und § 10 Abs. 3 Satz 3 ImmVermV im Fall der Tätigkeit eines Gewerbetreibenden innerhalb einer Personenhandelsgesellschaft auch für diese selbst der Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung zu erbringen.

Im Ergebnis sollten Personenhandelsgesellschaften gewerberechtlich als Gewerbetreibende anerkannt und dies durch Änderung der GewO und/oder der GewAnzV (Anlagen 1 bis 3) sichergestellt werden. Ein Wechsel der Gesellschafter ist im Handelsregister zu hinterlegen, §§ 106, 107 HGB. Für die Gewerbeaufsicht bestünde folglich auch ausreichende Transparenz, um ihren Aufgaben nachkommen zu können. Zu klären wäre in diesem Zusammenhang, ob eine Unzuverlässigkeit eines Gesellschafters sich dann wie bei juristischen Personen auf die Personenhandelsgesellschaft selbst auswirken kann.

Gesellschafterwechsel bei der GbR bergen mangels Transparenz in Bezug auf die Gesellschafter die Gefahr, dass der Gesellschafterkreis unklar ist und gewerberechtliche Aufsichtsmaßnahmen erschwert werden. Von Bedeutung ist aber, dass bekannt ist, ob der Gewerbetreibende als Einzelperson oder als Gesellschafter einer GbR das Gewerbe anzeigt bzw. abmeldet. In jedem Fall sollten ergänzende Angaben in den Vordrucken der Gewerbemeldungen aufgenommen werden. Angegeben werden sollte, ob die gewerbliche Tätigkeit als Einzelgewerbetreibender oder als Gesellschafter einer GbR vorgenommen wird. Die weiteren Gesellschafter sollten namentlich aufgeführt, die Vertretungsberechtigung angegeben werden. Änderungen im Gesellschafterbestand etc. würden der Anzeige bedürfen. Allerdings hat auch heute ein aus der GbR ausscheidender Gesellschafter sein

⁵ BGBI. I S. 1254

⁶ Die Begründung des Gesetzentwurfs (vgl. zu § 18 Abs. 2 FahrLG-E, BR-Drs. 18/10937 S. 128) erläutert, dass eine Ungleichbehandlung zwischen den verschiedenen Gesellschaftsformen verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen sei. Auch bei bußgeldrechtlichen Verstößen sei es bei Personengesellschaften möglich, die Gesellschaft und die Gesellschafter in Haftung zu nehmen.

Gewerbe abzumelden. Künftig hätte er aber seine Eigenschaft als Gesellschafter mitzuteilen, so dass offengelegt wird, dass sich der Gesellschafterbestand verändert.

Vereinzelt wird darauf hingewiesen, dass die vorstehende Aufzählung zu umfangreich sei.

Bei Änderung der rechtlichen Voraussetzungen bedarf es einer ausreichenden Übergangsfrist für bereits bestehende Gesellschaften.

2. Ungeklärte steuerliche Folgewirkungen

Aus steuerlicher Sicht sollte unbedingt eine genaue Prüfung etwaiger steuerrechtlicher Folgen und eine Klarstellung zur Beibehaltung der bisherigen steuerlichen Handhabung der Personengesellschaft erfolgen. Zwar wurde in die Begründung zum Regierungsentwurf auf Seite 119 der Hinweis aufgenommen, dass keine steuerrechtlichen Änderungen mit dem Gesetzentwurf gewollt sind, dennoch verbleiben erhebliche Unsicherheiten in der zukünftigen steuerlichen Handhabung der Personengesellschaft.

Wegfall des Gesamthandsvermögens

Mit § 713 BGB-E soll statuiert werden, dass sämtliche Beiträge der Gesellschafter, für die Gesellschaft erworbene Rechte und gegen sie begründete Verbindlichkeiten „Vermögen der Gesellschaft“ werden. In der Begründung zu § 713 BGB-E heißt es, dass das dem gemeinsamen Zweck gewidmete und das daraufhin erworbene Vermögen nicht den Gesellschaftern zur gesamten Hand, sondern der Gesellschaft selbst gehören soll. Das gemeinsame Eigentum der Gesellschafter soll zukünftig Gesellschaftseigentum sein. Diese Begründung formuliert somit deutlich, dass die als überholt betrachtete Gesamthandslehre des bisherigen § 718 BGB abgelöst werden soll. Viele Unternehmen – vor allem Familienbetriebe in der Rechtsform der Personengesellschaft – befürchten, dass sich aus dieser Formulierung bisher nicht beachtete bzw. beleuchtete Folgen bei der Besteuerung der Personengesellschaft ergeben.

So bezieht sich § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO auf Wirtschaftsgüter, die mehreren Personen zur gesamten Hand zustehen und ordnet – je nach steuerlicher Erforderlichkeit – eine anteilige Zurechnung an. In § 6 Abs. 5 EStG wird ausdrücklich in Satz 3 Nummer 1 und 2 auf das Gesamthandsvermögen Bezug genommen. Die Systematik der Besteuerung der Personengesellschaften (GbR, OHG, KG) fußt ursprünglich auf dieser anteiligen Zurechnung der Wirtschaftsgüter zu den Gesellschaftern nach § 718 BGB.

Die zwischenzeitlich vom BGH vorgenommene Fortentwicklung hin zur Rechtsfähigkeit der GbR (und damit der OHG und der KG) wurde von der steuerlichen Rechtsprechung nur teilweise rezipiert. Die Zurechnungsnorm des § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO und die Regelung in § 15 Abs. 2 Nr. 2 EStG zur Einkunftsvermittlung bei gewerblichen Mitunternehmerschaften gaben hierfür keinen Anlass, da insbesondere für die Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer der jeweilige Gesellschafter selbst mit seiner Mitunternehmerbeteiligung den Steuertatbestand verwirklicht. Personengesellschaften selbst können nicht Steuersubjekte der Einkommensteuer bzw. Körperschaftsteuer sein, sondern nur natürliche oder juristische Personen. Über § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO werden ihnen persönlich die Gesamthands-Wirtschaftsgüter und damit letztendlich die steuerpflichtigen Vermögensmehrungen zugerechnet. Bei einem Wegfall des Rechtsinstituts des Gesamthandsvermögens erscheint ein reflexhafter Wegfall

dieser Zurechnung durch § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO nicht völlig ausgeschlossen. Die steuerlichen Folgen für die Gesellschafter und die Gesellschaft wären nur schwer vorhersehbar.

Qualifikation als Sonderbetriebsvermögen

Teilweise wird zudem die Befürchtung geäußert, dass die Qualifikation als Sonderbetriebsvermögen entfallen könnte. Sonderbetriebsvermögen sind Wirtschaftsgüter, die im Eigentum eines oder mehrerer Gesellschafter stehen und der Gesellschaft überlassen werden. Oft handelt es sich um Immobilien, geistiges Eigentum oder Wirtschaftsgüter mit hohen stillen Reserven. Bei einem Wegfall der Qualifikation als Sonderbetriebsvermögen wäre es nicht ausgeschlossen, eine Zwangsentnahme des Sonderbetriebsvermögens als Rechtsfolge anzunehmen. Etwaige stille Reserven müssten sofort versteuert werden, oft ohne, dass entsprechende Liquidität hierfür vorhanden wäre.

Typenvergleich im internationalen Steuerrecht

Die Abkehr von der Gesamthand i.S.d. § 718 BGB könnte zudem Auswirkungen auf die Einordnung der GbR (und aufbauend darauf der OHG und KG) auf den sogenannten gesellschaftsrechtlichen Typenvergleich im internationalen Steuerrecht haben. Viele Steuersysteme anderer Staaten unterscheiden ebenfalls zwischen der transparenten (auf Gesellschafterebene) und der intransparenten (auf Gesellschaftsebene) Ertragsbesteuerung. Die Einordnung erfolgt anhand eines Typenvergleichs zu jeweils inländischen Gesellschaftsformen. Für diesen Vergleich werden zentrale Bestandteile der vor allem gesetzgeberisch vorgegebenen Gesellschaftsformen herangezogen.

Die zivilrechtliche Zurechnung des Gesamthandsvermögens zu den Gesellschaftern kann ein wesentliches Merkmal bei der Einordnung als Personengesellschaft sein. Umgekehrt bedeutet dies, dass die Zurechnung zur Gesellschaft die Qualifikation als Personengesellschaft ggf. infrage stellen könnte. Die Unterschiede zur Kapitalgesellschaft nähmen ab. Mit Blick auf die GmbH und Co. KG wäre die Frage nicht unberechtigt, warum diese Gesellschaftsform von ausländischen Steuerbehörden nicht als Kapitalgesellschaft eingestuft werden sollte, da zum Beispiel sämtliche Gesellschafter nur beschränkt haften. Eine explizite Erwähnung der deutschen KG wie in § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG ist in ausländischen Steuergesetzen nicht zu erwarten.

Die Möglichkeit einer Änderung des Typenvergleichs, weg von der Personengesellschaft hin zur Kapitalgesellschaft, beinhaltet das Risiko, dass das Steuersubstrat der Beteiligungen an deutschen Personenunternehmen nicht mehr in Deutschland, sondern einem anderen Staat zuzuordnen wäre. Kurzfristig hieße dies ggf. die zwangsweise Aufdeckung der solchen Beteiligungen innewohnenden stillen Reserven mit entsprechenden Liquiditätsabflüssen bei Gesellschaftern und letztendlich bei der Gesellschaft. Langfristig verlöre der deutsche Fiskus das Besteuerungsrecht bezüglich dieser Beteiligungen.

Erfahrungen aus dem MoMiG

Eine gründliche und detaillierte steuerliche Folgenabschätzung sollte allein schon aus den Erfahrungen mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG, BGBl I 08, 2026) vom 23. Oktober 2008 heraus erfolgen:

Nach der früheren Rechtsprechung des BFH (bis zur Veröffentlichung des Urteils BFH IX R 36/15 v. 11.7.17, BStBl II 19, 208 am 27.9.17) kamen als nachträgliche, steuerlich relevante Anschaffungskosten einer Kapitalgesellschaftsbeteiligung Finanzierungshilfen des Gesellschafters in Betracht, wenn deren Übernahme durch Hingabe von funktionalem Eigenkapital (§§ 32a, 32b GmbHG a. F.)

durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst und ihm der Rückgriff gegen die Gesellschaft nicht mehr möglich war.

Diese frühere Rechtsprechung des BFH lehnte sich sehr eng an die zivilrechtlichen Vorgaben an. Dieser formalrechtlichen Anknüpfung hat das MoMiG die Grundlage entzogen: §§ 32a, 32b GmbHG wurden aufgehoben; das bisherige Kapitalersatzrecht war damit entfallen. An seine Stelle ist eine insolvenzrechtliche Regelung getreten. Damit fiel der Anknüpfungspunkt für die Veranlassung aus dem Gesellschaftsverhältnis weg. Die steuerliche Rechtsprechung änderte sich jedoch erst im Jahre 2017. Eine nachträgliche gesetzgeberische Klarstellung wurde kurzfristig erforderlich und erfolgte mit der Einführung des Abs. 2a in § 17 EStG durch das Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung der Elektromobilität und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften vom 12.12.2019 (BGBI. 2019, I S. 2451). Die zwischenzeitlich verursachte Rechtsunsicherheit bei den Unternehmen und den Beteiligten war sehr groß.

Das Beispiel des MoMiG zeigt, dass etwaige steuerliche Rechtsfolgen im Vorhinein detailliert geprüft werden sollten, um steuerliche Risiken zu erkennen und die damit verbundene Rechtsunsicherheit bei den Unternehmen erst gar nicht eintreten zu lassen.

Weiterhin wäre aus Sicht vieler Unternehmen eine – ggf. gesetzgeberische – Klarstellung angezeigt, dass keine Änderungen der Regeln der Besteuerung der Personengesellschaften erfolgen sollen.

C. Ansprechpartner mit Kontaktdaten

Annelise Badinand, badinand.annelise@dihk.de

Annika Böhm, boehm.annika@dihk.de

Jens Gewinnus, gewinnus.jens@dihk.de

Dr. habil. Christian Fahrholz, fahrholz.christian@dihk.de

Dr. Mona Moraht, moraht.mona@dihk.de

D. Beschreibung DIHK

Unter dem Dach des Deutschen Industrie- und Handelskammertags (DIHK) haben sich die 79 Industrie- und Handelskammern (IHKs) zusammengeschlossen. Unser gemeinsames Ziel: Beste Bedingungen für erfolgreiches Wirtschaften.

Auf Bundes- und Europaebene setzt sich der DIHK für die Interessen der gesamten gewerblichen Wirtschaft gegenüber Politik, Verwaltung und Öffentlichkeit ein.

Denn mehrere Millionen Unternehmen aus Handel, Industrie und Dienstleistung sind gesetzliche Mitglieder einer IHK – vom Kiosk-Besitzer bis zum Dax-Konzern. So sind DIHK und IHKs eine Plattform für die vielfältigen Belange der Unternehmen. Diese bündeln wir in einem verfassten Verfahren auf gesetzlicher Grundlage zu gemeinsamen Positionen der Wirtschaft und tragen so zum wirtschaftspolitischen Meinungsbildungsprozess bei.

Darüber hinaus koordiniert der DIHK das Netzwerk der 140 Auslandshandelskammern, Delegationen und Repräsentanzen der Deutschen Wirtschaft in 92 Ländern.