



Prof. Dr. Gregor Bachmann, LL.M. (Michigan)
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht

Stellungnahme

zur Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags am 21. April 2021 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung:

„Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG)“ (BT-Drucks. 19/27635)

Zusammenfassung:

1. Der Entwurf bringt erhebliche **Verbesserungen** im Recht der Personengesellschaften und ist deshalb zu **begrüßen**. Er ist im Kern verabschiedungsreif.
2. Ein **zeitnahe Inkrafttreten** ist unbedingt anzustreben. Sollten die Länder nicht in der Lage sein, das geplante GbR-Register bis zum 1.1.2023 einzurichten, muss erwogen werden, wenigstens die übrigen Teile des Entwurfs wie vorgesehen in Kraft zu setzen.
3. An einigen Stellen des Entwurfs sind **redaktionelle Änderungen** vorzunehmen. Auch inhaltlich muss die ein oder andere Regelung noch korrigiert werden.
4. Die vereinzelt geäußerte **Sorge**, die Einführung eines GbR-Registers führe zu unverhältnismäßigen Belastungen der Wirtschaft, ist **unbegründet**. Ebenso unbegründet ist die Behauptung, die Reform würde das deutsche Steuersystem aus den Angeln heben.
5. Eine Ergänzung des Entwurfs um **weitere Reformelemente** (z.B. neue Rechtsformen) ist naheliegend. Sie ist aber im Rahmen dieses Verfahrens wohl nicht mehr zu leisten und darf die Verabschiedung des ausgereiften Entwurfs keinesfalls bremsen.

Im Einzelnen:

A. Grundsätzliche Einschätzung des Gesetzentwurfs

1. Der Entwurf bringt sowohl für die Rechtspraxis als auch für die Ausbildung einen **erheblichen Fortschritt**, weil er das Recht der Personengesellschaften (insbesondere dasjenige der Gesellschaft bürgerlichen Rechts - GbR) klarer strukturiert und Fragen regelt, die bislang nur mühsam der Rechtsprechung oder Erläuterungswerken zu entnehmen waren. Damit erleichtert der Entwurf die Zugänglichkeit des Rechts. Weil das Recht der Personengesellschaften auch für Nicht-Juristen von praktischer Bedeutung ist, ist eine klare Struktur dieser Materie gesellschaftlich und ökonomisch wünschenswert. Der Entwurf leistet das.
2. Der Entwurf ist im Kern **verabschiedungsfähig**. Er ist umfassend vorbereitet, in Fachkreisen diskutiert und mit großer Mehrheit für gelungen befunden worden. Einige Fragen können so oder auch anders entschieden werden, ohne dass die von der Bundesregierung

gewählte Lösung „falsch“ wäre. Die vorgenommenen Weichenstellungen orientieren sich am Stand der herrschenden Rechtsprechung und Lehre. Sie sollten in der jetzigen Phase nicht mehr grundlegend in Frage gestellt werden (zu einigen Zweifelsfällen unten).

3. Die **Befürchtung** des DIHK, das Recht der GbR werde durch den Entwurf deutlich **komplexer** und errichte höhere Markteintrittsschranken, ist **unbegründet**. Indem der Entwurf Dinge regelt, die im Gesetz bislang nicht zu finden oder nur schwer zu verstehen waren, erhöht er den Beratungsbedarf nicht, sondern reduziert ihn. Das komplexe und rechtlich umstrittene Modell einer rechtsfähigen „Gesamthandsgemeinschaft“ wird durch das klare Konzept einer rechtsfähigen Personengesellschaft ersetzt.

Die vereinzelt beschworene Gefahr eines **steuerlichen Dammbrochs** ist **fernliegend**.¹ Das Steuerrecht ist nicht an die Wertungen des Zivilrechts gebunden. Die Vorstellung eines gesamthänderischen Gemeinschaftseigentums ist wenigstens bei den Personenhandelsgesellschaften heute schon Fiktion (vgl. § 124 HGB). Die transparente Besteuerung von Personengesellschaften ist ein universales Prinzip. Wäre es an die Figur einer „Gesamthand“ gekoppelt, dürfte es diese außerhalb Deutschlands nicht geben, weil die „Gesamthand“ dort weitgehend unbekannt ist.²

Einen gewissen Mehraufwand schafft der Entwurf da, wo es um das neu eingeführte **GbR-Register** geht. Die Einführung eines solchen Registers ist aber aus Transparenzgründen dringend geboten und wird deshalb von Wissenschaft und Praxis einmütig gefordert. Strittig ist im Wesentlichen nur, wie es umzusetzen ist. Der Entwurf wählt hier eine vergleichsweise zurückhaltende Lösung (näher unten, Seite 6 ff.). Richtig ist, dass die Registrierung einer GbR die Geldwäsche-Transparenz erhöht. Das ist die Konsequenz der (europarechtlich vorgegebenen) Geldwäscheregulierung und im Übrigen nachdrücklich zu begrüßen. Das GbR-Register zu torpedieren, damit deutsche Unternehmer unterhalb des Geldwäscheraudars bleiben können, ist inakzeptabel.

4. Ein **zeitnahe Inkrafttreten** des MoPeG ist **geboten**, um die geschilderten Vorteile so bald wie möglich zum Tragen zu bringen. Sollten die Länder nicht in der Lage sein, das geplante GbR-Register bis zum 1.1.2023 einzurichten, muss erwogen werden, wenigstens die übrigen Teile des Entwurfs wie vorgesehen in Kraft zu setzen.

B. Zum Entwurf im Detail

Da der Entwurf grundsätzlich überzeugt, wird hier nur zu solchen Punkten Stellung genommen, bei denen eine Korrektur oder Ergänzung zu erwägen ist.

¹ Siehe bereits Bachmann, FS K. Schmidt, 2019, S. 49 ff.; mit eingehender Begründung *Arbeitskreis Hochschullehrer Bilanzrecht*, ZIP-Sonderbeilage 2021, S. 5 ff.

² Die Vorstellung einer rechtsfähigen Gesamthand ist ausländischen Jurist*innen kaum zu vermitteln, weshalb deren Streichung den internationalen Diskurs – etwa im Rahmen der europäischen Rechtsharmonisierung – erleichtern wird.

I. Änderungen bei der BGB-Gesellschaft (Art. 1 Nr. 1-4)

1. Neugliederung und Regelungsstruktur (Art. 1 Nr. 1)

Im Unterschied zum bisherigen Recht unterscheidet der Entwurf klar zwischen der **rechtsfähigen** GbR (Untertitel 1) und der **nicht rechtsfähigen** GbR (Untertitel 3). Für letztere werden genau benannte Regeln für entsprechend anwendbar erklärt (§ 740 Abs. 2 BGB-E). Dem Wunsch der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, regelungstechnisch deutlich zwischen „Gründungs-GbR“ und „Ad-hoc-Gesellschaft“ zu unterscheiden³, trägt der Entwurf damit Rechnung.

BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN wünschen weiter Sonderregeln für sog. **Gelegenheitsgesellschaften**.⁴ Denn für diese passten die Regelungen zu Geschäftsführung, Vertretung und Kündigung nicht. Auch insoweit ist **kein Änderungsbedarf** zu erkennen. Die Vertretung und Geschäftsführung steht allen Gesellschaftern gemeinsam zu, wovon durch – auch konkludente – Abrede abgewichen werden kann. Das passt problemlos zu Gelegenheitsgesellschaften. Soweit der Entschließungsantrag die Kündigungsfrist von drei Monaten in § 725 Abs. 1 BGB-E als zu lang empfindet, ist darauf hinzuweisen, dass diese dann nicht gilt, wenn sich aus dem Vertrag oder aus dem Zweck der Gesellschaft etwas anderes ergibt (ebenda, letzter Halbsatz). Das dürfte bei Gelegenheitsgesellschaften, soweit diese nicht ohnehin durch Zweckerreichung (§ 729 Abs. 2 BGB-E) enden, regelmäßig der Fall sein.

2. Rechtsfähigkeit der GbR (§§ 705, 719 BGB-E)

Der Entwurf unterscheidet zwischen der **rechtsfähigen** (§§ 706 ff. BGB-E) und der nicht rechtsfähigen GbR (§§ 740 ff. BGB-E). Diese Entscheidung ist für den Rechtsverkehr **elementar**. Sie verdient daher eine besondere Würdigung.

Ob die GbR rechtsfähig ist, soll sich danach richten, ob die GbR nach dem gemeinsamen **Willen der Gesellschafter** am Rechtsverkehr teilnehmen soll (§ 705 Abs. 2 BGB-E; s. auch § 719 BGB-E: „mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter“). Das ist konsequent, weil es der Privatautonomie der Gesellschafter Rechnung trägt. Sie können sich frei dafür entscheiden, ob sie als rechtsfähige Einheit oder individuell am Rechtsleben partizipieren möchten.

Problematisch an der Regelung sind zwei Dinge: Erstens kann der Wille in Widerspruch zum äußeren Erscheinungsbild treten. Zweitens ist er als Internum für Dritte i.d.R. nicht erkennbar. Sowohl der Bundesrat als auch der DIHK haben deshalb Bedenken angemeldet. Der Bundesrat regt zwei Ergänzungen an: (1) Ist der Gegenstand der Gesellschaft der *Betrieb eines Unternehmens* oder führen die Gesellschafter einen *gemeinsamen Namen*, soll vermutet werden, dass die Gesellschafter nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschaft am Rechtsverkehr teilnimmt. (2) Haben die Gesellschafter eine rechtsfähige Gesellschaft vertraglich ausgeschlossen, so kann dieser Umstand einem Dritten nur entgegengehalten

³ Ausschussdrucksache 19(6)230.

⁴ Ebenda.

werden, wenn dieser die Vereinbarung kannte oder hätte kennen müssen.⁵ Die Bundesregierung hält diese Regelungen für unnötig und verweist dazu auf „die von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsscheintatbestände“.⁶

Das Problem ist nicht trivial: Im Streitfall steht der Dritte vor den zentralen Fragen, wen er verklagen muss und wer für die Verbindlichkeiten haftet.⁷ Drei kleine **Fälle** mögen das **veranschaulichen**:

Fall 1: Bei Tonaufnahmen einer Musikcombo zerstört das angetrunkene Mitglied A fahrlässig ein Gerät des Aufnahmeleiters T und verletzt diesen bei der folgenden Handgreiflichkeit. T fragt sich, ob er für seine Schäden die anderen Gruppenmitglieder in Anspruch nehmen kann.⁸ Diese behaupten, die Rechtsfähigkeit durch Vereinbarung ausgeschlossen zu haben.

Fall 2: A benutzt bei Bestellungen regelmäßig den Briefkopf „A&B GbR“. Als der Geschäftspartner G die GbR und den B in Anspruch nehmen will, beruft sich B darauf, eine gemeinsame Teilnahme am Rechtsverkehr sei nie vereinbart worden. A behauptet das Gegenteil.

Fall 3: A und B teilen sich ein Segelboot und nehmen damit gemeinsam an Regatten teil. Wer haftet für Wettkampfgebühren, wer für etwaige Unfallschäden?

Der Entwurf muss sich daran messen lassen, ob sich diese und ähnliche Fälle auf seiner Grundlage zufriedenstellend lösen lassen:

(1) Ist die Gesellschaft im **Register** eingetragen (was regelmäßig der Mitwirkung aller Gesellschafter (§ 707 Abs. 4 BGB-E) und damit notwendig deren Einverständnisses bedarf), bereiten die Fälle **keine Probleme**, weil die GbR dann stets rechtsfähig ist. Das ergibt sich (indirekt) aus § 719 BGB-E („spätestens mit ihrer Eintragung im Gesellschaftsregister“). Problematisch kann dann nur der Fall sein, dass ein Gesellschafter die GbR eigenmächtig anmeldet und diese gleichwohl eingetragen wird. Dieser Fall ist sehr unwahrscheinlich, weil er ein Versagen von Notar und Registergericht voraussetzt. Er lässt sich i.Ü. mit Rechtsscheingrundsätzen bewältigen.⁹ Die registrierte GbR ruft also keine Bedenken her vor.

(2) **Kritisch** ist der Fall der **nicht registrierten**, aber nach außen in Erscheinung tretenden GbR. Hier gilt Folgendes:

⁵ BT-Drucks. 19/27635, S. 308.

⁶ BT-Drucks. 19/27635, S. 317.

⁷ Der pragmatische Ausweg, vorsorglich stets beide – Gesellschafter und Gesellschaft – zu verklagen, ist mit zusätzlichem Aufwand und Kostenrisiken verbunden.

⁸ Bei Rechtsfähigkeit haften sie aus § 721 BGB-E (i.V.m. §§ 823 Abs.1, 31 BGB analog). Bei fehlender Rechtsfähigkeit scheidet eine Haftung aus, weil die Mitgesellschafter weder Beteiligte (§ 830) noch Geschäftsherr (§ 831 BGB) sind.

⁹ § 15 Abs. 3 HGB hilft zwar nicht, weil dieser erst ab Eintragung eingreift (vgl. § 707a Abs. 3 BGB-E) und es zudem nicht um eintragungspflichtige Tatsachen geht. Jedoch ist vom Vorliegen einer (rechtsfähigen) Schein-GbR auszugehen. Schäden der unbeteiligten Gesellschafter bleiben der Amtshaftung überlassen.

(a) Tritt eine GbR tritt mit Einverständnis aller Gesellschafter nach außen auf, ist eine entgegenstehende Abrede („wir sind keine rechtsfähige GbR“) nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen („protestatio facto contraria non valet“) unbeachtlich.¹⁰

(b) Haben die Gesellschafter einem oder mehreren Gesellschaftern (Einzel-)Vertretungsmacht zugunsten der GbR erteilt, ist darin in aller Regel das stillschweigende Einverständnis mit der Teilnahme der GbR am Rechtsverkehr zu sehen.

(c) Haben sich die Gesellschafter *nicht* auf die Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr verständigt bzw. die Rechtsfähigkeit sogar explizit ausgeschlossen, und tritt gleichwohl einer der Gesellschafter für die GbR im Rechtsverkehr auf, dann haftet er als Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 179 BGB).¹¹ Die GbR (und damit die Mitgesellschafter, s. § 721 BGB-E) haften für die Verbindlichkeit (nur) nach allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen, wenn sie das Auftreten als GbR im Rechtsverkehr kannten oder kennen mussten und wenn der Dritte gutgläubig war.¹² Kannte der Dritte die interne Absprache – was die Gesellschafter im Streitfall beweisen müssen – scheidet eine Rechtsscheinhaftung aus. All das ist sachgerecht.

Die Fälle des Widerstreits von interner Absprache und äußerem Auftragen lassen sich also mit den vorhandenen (wenngleich z.T. ungeschriebenen) Grundsätzen **lösen**. Einer Ergänzung von § 719 Abs. 2 BGB-E, wie sie der Bundesrat vorschlägt, bedarf es insofern **nicht**.

Regelungsbedürftig erscheint dagegen der Fall, dass eine interne **Absprache** der Gesellschafter entweder **nicht vorliegt** oder ihr Inhalt sich im Nachhinein nicht klären lässt. Dieser Fall dürfte nicht selten sein, da sich BGB-Gesellschaften oft durch formlosen Zusammenschluss und ohne klare Absprachen bilden. Für den Rechtsverkehr können daraus Beweisschwierigkeiten resultieren, wie die obigen Fälle illustrieren. Denn der Dritte, der die Gesellschaft oder die Mitgesellschafter in Anspruch nehmen will, muss beweisen, dass die Gesellschafter mit dem Auftreten nach außen einverstanden waren oder dieses zumindest kannten bzw. kennen mussten.

Die Entwurfsbegründung verweist für solche Fälle auf die „tatsächliche Art der Teilnahme am Rechtsverkehr“ und spricht insbesondere dem Umstand, dass die Gesellschafter gemeinsam eine gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit ausüben „eine indizierende Bedeutung“ zu (E. S. 142). Das deckt sich in der Sache mit dem Vorschlag des Bundesrats, beim gemeinsamen Betrieb eines Unternehmens den Willen zur gemeinsamen Teilnahme am Rechtsverkehr (und damit die Rechtsfähigkeit) zu vermuten.

Die Frage ist also, ob man es - mit der Bundesregierung - bei den Hinweisen in der Begründung belässt (was dem Richter größere Flexibilität verschafft) oder ob man – mit dem Bundesrat – die Vermutung im Gesetzestext aussprechen will (was der Rechtsklarheit zuträglich

¹⁰ Vgl. BGHZ 21, 319 - Hamburger Parkplatzfall.

¹¹ Die Norm gilt entsprechend beim Auftreten für eine nicht existente Person.

¹² Der Rechtsschein muss sich dabei zusätzlich auf die Erteilung von Einzelvertretungsmacht erstrecken, weil GbR-Gesellschafter grundsätzlich nur gemeinsam zur Vertretung befugt sind, s. § 720 BGB-E.

ist). Mir erscheint eine **gesetzliche Vermutung vorzugswürdig**.¹³ Die Lösung der Elementarfrage der Rechtsfähigkeit sollte sich aus dem Gesetz selbst ergeben. Schon das geltende Recht hilft dem Verkehr mit einer ganz ähnlich wirkenden Vermutung (§ 1 Abs. 2 HGB).¹⁴ Eine Vermutungsregelung würde sich also in das bisherige System gut einfügen.

Weiter geht der Bundesrat, wenn er an die bloße Verwendung eines gemeinsamen **Namens** eine entsprechende Vermutung knüpfen will. Hieran kann man zweifeln, denn wenn keine wirtschaftliche Tätigkeit betrieben wird (z.B. pro bono auftretendes Quartett, Forschungs-kooperation), darf der Rechtsverkehr selbst bei gemeinsamem Logo wohl nicht ohne weiteres von einer rechtsfähigen Einheit und dem gewollten Einstehen füreinander ausgehen. Zwingend ist dieses Bedenken nicht, Haftungsrisiken ließen sich in diesen Fällen auch durch ungeschriebene Haftungsbegrenzungen vermeiden.¹⁵

Vorzugswürdig ist es, das Auftreten unter gemeinsamen Namen *zusätzlich* in die Vermutung aufzunehmen. Das entspricht dem OHG-Recht, welches die Gesellschaft für rechtsfähig erklärt, weil und wenn deren Zweck der „Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma“ ist.

Formulierungsvorschlag: „*Ist der Gegenstand der Gesellschaft der Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichem Namen, so wird vermutet, dass die Gesellschaft nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt.*“

Der Begriff des Unternehmens mag in der Begründung definiert werden, und zwar in Anlehnung an § 15 Abs. 2 Satz 1 EStG („selbständige nachhaltige Betätigung mit Gewinnerzielungsabsicht, die sich als Beteiligung am allgemeinen Verkehr darstellt“).

Regelungstechnisch wäre die Vermutung nicht bei § 719 BGB-E, sondern bei § 705 BGB-E zu verorten, da sie sprachlich und sachlich an das dort geregelte Entscheidungskriterium („gemeinsamer Wille der Gesellschafter“) anknüpft. § 719 BGB-E schließt lediglich aus, dass das eigenmächtige In-Gang-Setzens des Unternehmens durch einzelne Gesellschafter schon zur Verpflichtung nach außen führt.

3. Register für die GbR (§§ 707 – 707c BGB-E)

a) Die Schaffung eines GbR-Registers ist **geeignet**, seit langem beklagte Transparenzlücken im Recht der GbR zu schließen und im Interesse des Rechts- und Geschäftsverkehrs **geboten**. Ohne ein solches Register müssten bei Beteiligung einer GbR an einem Grundstückskauf oder an einer Gesellschaft entweder alle GbR-Gesellschafter in Grundbuch bzw. Handelsregister eingetragen werden, was einen hohen Aufwand (auch für die Wirtschaft) zur Folge hat und evident unpraktisch ist, oder es fehlt dem Rechtsverkehr die verlässliche Information, wer die vertretungsbefugten und haftenden Gesellschafter sind. Die

¹³ Ebenso C. Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 19 Rz. 15; Arbeitskreis Hochschullehrer Bilanzrecht, ZIP-Sonderbeilage 2021, S. 11.

¹⁴ Betreibt eine Gesellschaft ein Gewerbe, dann wird gem. § 1 Abs. 2 HGB i.V.m. § 6 Abs. 1 HGB vermutet, dass dieses ein Handelsgewerbe und die Gesellschaft damit (als OHG) rechtsfähig ist, s. § 124 HGB.

¹⁵ Siehe dazu Entwurf, S. 190 f. sowie unten, B.I.10. (S. 10).

Schaffung eines GbR-Registers ist geeignet, hier mit vergleichsweise geringem Aufwand verlässlich Abhilfe zu schaffen und daher unbedingt zu unterstützen.

Weitergehend ist in der rechtspolitischen Debatte gefordert worden, eine (zwangsgeldbe-wehrte) **Registerpflicht** für sämtliche rechtsfähigen GbR zu schaffen oder unternehmens-tragenden Personengesellschaften zur Anmeldung beim Handelsregister zu zwingen. Der Entwurf geht diesen Weg bewusst **nicht**, sondern wählt eine mildere Lösung. Er entscheidet sich für eine optionale Registrierung und verpflichtet nur dann zu dieser, wenn die GbR ihrerseits in ein Register eingetragen werden soll. Das ist ein überzeugender Mittelweg. Wenn Marktteilnehmer (z.B. Banken) künftig bei ihrem Vertragspartner auf einer Registrierung bestehen, liegt darin kein „mittelbarer Registrierungszwang“, sondern die Aus-übung von Marktfreiheit. Kleinunternehmen, die mangels Registrierungsmöglichkeit u.U. gar keinen Kredit erhielten, wird mit der Registrierungsmöglichkeit die Chance eröffnet, ihre Handlungsspielräume zu erweitern, ohne sich als OHG oder GmbH organisieren zu müssen. Das Register schadet der Wirtschaft also nicht, sondern nutzt ihr.

Die vom DIHK aufgezeigten **Alternativen überzeugen nicht**: Die Regelung des § 899a BGB (die der Entwurf streichen will), hat sich in der Praxis nicht bewährt und wird einhellig als untauglich erachtet.¹⁶ Eine Anmeldepflicht bei den Gewerbeämtern würde diese mit Aufgaben betrauen, für die sie weder geschaffen noch geeignet sind und schüfe ähnlichen Auf-wand, ohne die gleiche Verlässlichkeit zu erzeugen. Dasselbe gilt für den Vorschlag, GbR zu entsprechenden Angaben auf ihrem Briefkopf zu verpflichten, was ohne Registrierung nicht zu kontrollieren wäre. Deshalb sollte es bei dem Registermodell bleiben.

b) Mit dem DIHK ist allenfalls zu erwägen, die Registrierung **einfacher** und **kostengünstiger** zu gestalten (z.B. online und ohne zwingende Notarbeteiligung).¹⁷ Das deutsche Anmelde- und Registerwesen gilt im internationalen Vergleich als schwerfällig.¹⁸ Die hier etwaig nötigen Reformarbeiten sind aber im Rahmen dieses Gesetzgebungsverfahrens nicht zu leisten. Auch muss die Umsetzung des DiRUG abgewartet werden, das spürbare Erleichterun-gen verheißt. Das MoPeG sollte an alledem nicht scheitern.

Ferner ist zu erwägen, freiwillig registrierten GbRs den **Rückzug aus dem Register** zu ge-statten und dadurch den Registrierungsanreiz zu erhöhen.¹⁹ Der Entwurf lässt das aus Furcht vor Gläubigerbenachteiligung nicht zu (vgl. § 707a Abs. 4 BGB-E). Partner langfristi-ger Verträge können sich aber durch Covenants schützen, Firmenbestattungen kann eine Sperrfrist wehren, wie sie die Entwurfsbegründung skizziert (E. Seite 152).

c) Der Entwurf lässt für die Registrierung eine Anschrift in einem Mitgliedstaat der EU ge-nügen (§ 707 Abs. 2 Nr. 1 c) BGB-E). Die korrespondierenden Vorschriften des GmbH- und Aktienrechts verlangen eine **inländische Anschrift**. Solange die Europarechtswidrigkeit

¹⁶ Anschaulich zu den Defiziten Bundesnotarkammer, Stellungnahme S. 3 ff.

¹⁷ Dafür Bundessteuerberaterkammer, Stellungnahme S. 4.

¹⁸ Vgl. Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön, Regulating the Closed Corporation, 2014, S. 179 ff.

¹⁹ Dafür DAV-Handelsrechtsausschuss, NZG 2020, 2020, 1133, 1135; Bundessteuerberaterkammer, Stellung-nahme S. 4; Deutscher Steuerberaterverband, Stellungnahme S. 3.

dieser Normen nicht feststeht (vgl. E. Seite 146), sollte das Personengesellschaftsrecht davon nicht abweichen.

4. Mehrbelastungsverbot (§ 710 BGB-E)

a) § 710 BGB-E will den bisherigen Passus, dass ein Gesellschafter „zur Ergänzung der durch **Verlust** geminderten Einlage“ **nicht verpflichtet** ist, tilgen. Der Passus hat zwar nur klarstellende Bedeutung, könnte aber eben deshalb in vereinfachter Form („oder zum Ausgleich von Verlusten“) beibehalten werden. Für eine Streichung mag sprechen, dass der Zusatz beim unbedarften Leser den (falschen) Eindruck erweckt, der Gesellschafter sei zum Ausgleich von Verlusten *überhaupt* nicht verpflichtet. Dem würde ein Warnhinweis abhelfen, dass die Fehlbetragshaftung bei Ausscheiden (§ 728a BGB-E) bzw. nach Auflösung (§ 737 BGB-E) unberührt bleibt.²⁰

b) Die systematische Stellung von § 710 BGB-E hinter § 708 BGB-E, welcher die Nachgiebigkeit der folgenden Regeln anordnet, legt den Schluss nahe, das Mehrbelastungsverbot stünde zur **Disposition** der Gesellschafter. Wenn das nicht gewollt ist, sollte dies durch einen Zusatz nach dem Vorbild von §§ 127 Abs. 3 Satz 3, 152 Abs. 3 Satz 3 KAGB klargestellt werden.

5. Ausscheiden von Gesellschaftern (§§ 712, 712a BGB-E)

§§ 712, 712a BGB-E regeln Folgen beim Ausscheiden von Gesellschaftern. Sachlich gehören diese Regelungen zu Kapitel 4 („Ausscheiden von Gesellschaftern“) und sollten deshalb dorthin **verschoben** werden (z.B. vor § 728 BGB-E). Der zweite Absatz von § 712a BGB-E kann dann gestrichen werden (Verschlankung), weil sich die dort angeordnete Geltung von §§ 728-728b BGB-E in diesem Fall von selbst ergibt. Die Änderung verschaffte dem Rechtsausschuss zugleich die redaktionelle Freiheit zur steuerlichen Klarstellung (dazu sogleich unter 6.).

6. Abschaffung des Gesamthandsvermögens (§ 713 BGB-E)

Im bisherigen Recht (§§ 718 bis 720 BGB) ist das Vermögen der BGB-Gesellschaft den Gesellschaftern gemeinschaftlich zugeordnet (Gesamthandsgemeinschaft). Der Entwurf **streicht** diese Normen und weist das Vermögen der Gesellschaft zu (§ 713 BGB-E). Das ist die schlüssige Folge der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR.

Die Streichung könnte indes zu **Missverständnissen** führen, soweit im **Steuerrecht** an die Gesamthand angeknüpft wird. So stellen §§ 5, 6 GrESTG den Übergang von Grundstücken von einer Gemeinschaft auf eine „Gesamthand“ (und umgekehrt) von der Grunderwerbsteuer frei. Es könnte bezweifelt werden, ob das nach Streichung der §§ 718 ff. BGB noch gilt. Der Entwurf enthält dazu im Allgemeinen Teil der Begründung einen Hinweis, dass sich an den „ertragssteuerlichen Grundsätzen“ nichts ändern soll (E. Seite 119). Dieser Hinweis

²⁰ Habersack, ZGR 2020, 539, 559.

ist richtig, aber zu eng, weil er die Real- und Verkehrssteuern nicht erfasst. Er sollte deshalb erweitert werden.²¹

Formulierungsvorschlag: „*Steuerliche Änderungen sind mit dem vorliegenden Entwurf nicht verbunden. Dies gilt insbesondere für die transparente Besteuerung von Personengesellschaften. Soweit das Steuerrecht an das Vorliegen einer Gesamthand anknüpft (z.B. §§ 5, 6 GrEStG, § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO), sind die betreffenden Vorschriften weiterhin sinngemäß auf Personengesellschaften anwendbar*“.

Eine entsprechende Klarstellung könnte der Rechtsausschuss bei Gelegenheit der Verschiebung der §§ 712, 712a BGB-E in das vierte Kapitel vornehmen (s.o.).

7. *Beschlussfassung (§ 714 BGB-E)*

Der DIHK und die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN regen eine Regelung von **Stimmverboten** an.²² Das ist erwägenswert, aber **nicht dringlich**.²³ In Einklang mit geltendem Recht sieht der Entwurf für wichtige Fälle einen Stimmrechtsausschluss vor (vgl. §§ 715 Abs. 5, 720 Abs. 4 BGB-E). Im Übrigen hilft sich die Praxis mit einer Analogie zu § 34 BGB und § 47 Abs. 4 GmbHG. Ein darüber hinaus gehender Stimmrechtsausschluss „bei jeder Art von Interessenkollision“ (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) ist gefährlich, da Interessenkonflikte ubiquitär sind und jenseits der geregelten Fälle das flexible Instrument der Treuepflicht besteht.

8. *Geschäftsführungsbefugnis (§ 715 BGB-E)*

Der dritte Absatz von § 715 BGB-E ist **unglücklich formuliert**. Der Einschub „vorbehaltlich des Absatzes 4“ erweckt den (unzutreffenden) Eindruck, dass mehrere Geschäftsführer nur entweder gemeinsam (Abs. 3) oder alleine (Abs. 4) zu handeln befugt sind. Möglich ist aber auch, dass Geschäftsführungsentscheidungen von mehreren Gesellschaftern per Mehrheitsentscheid getroffen werden (so für den Vereinsvorstand § 28 i.V.m. § 32 BGB). Absatz 3 sollte daher umformuliert werden.

Formulierungsvorschlag: „*Die Geschäftsführung steht allen Gesellschaftern in der Art zu, dass sie nur gemeinsam zu handeln berechtigt sind, es sei denn, dass mit dem Aufschub Gefahr für die Gesellschaft oder das Gesellschaftsvermögen verbunden ist. Das gilt im Zweifel entsprechend, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung mehreren Gesellschaftern zusteht.“*

²¹ So auch die Stellungnahmen von Bundesnotarkammer (S. 11) und Bundessteuerberaterkammer (S. 7).

²² Vgl. Ausschussdrucksache 19(6)230.

²³ Ebenso K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 17, 35: „hat schon bisher die Gerichtspraxis nicht behindert und wird auch in der Zukunft nicht sonderlich stören“.

9. Gesellschafterklage (§ 715b BGB)

Der Bundesrat regt die Streichung von Absatz 3 an, weil die **Gerichte** mit der Aufgabe **überfordert** seien, für eine **Unterrichtung** der (übrigen) Gesellschafter zu sorgen.²⁴ In der Tat erscheint es bei der hier geregelten *actio pro socio* nicht notwendig, den Richter in die Erfüllung der Mitteilungspflichten einzubeziehen, da die Klagebefugnis in aller Regel eine vorherige Information des geschäftsführenden Gesellschafters voraussetzt, der seinerseits die Mitgesellschafter unterrichtet. Andererseits sieht der Entwurf lediglich eine Hinwirkungspflicht des Gerichts vor, der mit einem schlichten richterlichen Hinweis Genüge getan sein dürfte. Will man dem Wunsch des Bundesrats nachgeben, würde eine Streichung des dritten Satzes ausreichen.

10. Haftung der Gesellschafter (§§ 720-721b BGB-E)

Der Entwurf sieht eine umfassende Mithaftung aller (auch neu eintretender) Gesellschafter für sämtliche Gesellschaftsschulden vor. Das ist streng, **entspricht** aber **Rechtsprechung** und herrschender Meinung. Die Begründung öffnet zudem die Tür, bei bestimmten Gesellschaftsformen (z.B. Gelegenheitsgesellschaft, gemeinnützige GbR) im Einzelfall nach Abwägung eine mildere Haftung anzunehmen (E. Seite 190 f). Damit kann man leben.

11. Ausscheiden von Gesellschaftern (§§ 723-728b BGB-E)

- a) In der Überschrift von § 723 BGB-E sind die Worte „eines Gesellschafters“ zu streichen. Sie sind überflüssig und tauchen in der Überschrift der Parallelnorm (§ 130 BGB-E) nicht auf.
- b) Bei den Ansprüchen des ausgeschiedenen Gesellschafters (§ 728 BGB-E) fehlt der im bisherigen Recht enthaltene Anspruch auf **Rückgabe von Gegenständen** (vgl. § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB). Laut Begründung versteht er sich „von selbst“. Eine ausdrückliche Regelung ist aus Gründen der Rechtsklarheit wünschenswert.
- c) **Abfindungsansprüche** von **Erben** können die Gesellschaft erheblich **belasten**. Bei der GbR ist die Gefahr besonders groß, weil dort im Unterschied zu Handelsgesellschaften meist keine Regeln für den Erbfall vorgesehen werden. Es ist deshalb zu erwägen, nach dem Vorbild von § 122 Satz 2 HGB-E eine Klausel in § 728 BGB-E aufzunehmen, wonach Abfindungsansprüche gestundet sind oder in Raten erfüllt werden dürfen, wenn andernfalls der Gesellschaft ein offensichtlicher Schaden droht.
- d) § 728b BGB-E sollte tatbestandlich in zwei Ziffern aufgegliedert werden, wie dies bei der wortgleichen Parallelnorm des § 137 HGB-E der Fall ist (redaktionelle Korrektur).
- e) Im Einklang mit geltendem Recht ordnet der Entwurf die befristete **Nachhaftung** Ausscheidender an (§ 728b BGB-E). BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN regen an, diese Nachhaftung auszuschließen, sofern ein schadenstiftendes Ereignis erst nach Ausscheiden aus der

²⁴ BT-Drucks. 19/27635, S. 307.

Gesellschaft eingetreten ist.²⁵ Das ist zu **befürworten**.²⁶ Bislang stellt die h.M. nur bei deliktischen Ansprüchen auf den Zeitpunkt der Pflichtverletzung ab, bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen hingegen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Überzeugender ist es, einheitlich auf den Zeitpunkt der Pflichtverletzung abzustellen.

Ferner will der Antrag von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN die Möglichkeit der ausgeschiedenen Gesellschafterin einer nicht eingetragenen GbR verbessern, die **Frist** für die Nachhaftung **in Gang zu setzen**.²⁷ Das Anliegen ist verständlich, doch ist nicht klar, wie es umgesetzt werden kann. Die einfachste Möglichkeit bestünde darin, die Gesellschaft vor dem Ausscheiden zu registrieren,²⁸ doch wird es dazu in vielen Fällen nicht kommen (zumal die Registrierung nach dem Entwurf unumkehrbar ist). Die Entwurfsbegründung nennt die Möglichkeit eines Rundschreibens an die Gläubiger (E. Seite 206). Weitergehend käme eine Erklärung an die Öffentlichkeit (vgl. § 171 BGB) in Betracht.²⁹ Ein einfacher Internet-Post dürfte dafür aber nicht genügen.

Will man dem Anliegen des Entschließungsantrags entgegenkommen, bietet sich ein Vorschlag des DAV-Handelsrechtsausschusses an: Danach soll schon die **groß fahrlässige Unkenntnis** des Gläubigers vom Ausscheiden fristauslösend wirken; weiter soll eine kenntnisunabhängige **absolute Nachhaftungsfrist** (z.B. 10 Jahre) fixiert werden.³⁰ Beides überzeugt und kann an Vorbilder im geltenden Verjährungsrecht anknüpfen.

12. Auflösung und Liquidation der Gesellschaft (§§ 729-739 BGB-E)

a) In § 733 Abs. 1 BGB-E sind **Redaktionsversehen** zu beseitigen: im zweiten Satz muss es richtig „§ 729 Abs. 1 Satz 1 Nummer 2 und Absatz 3 Satz 1 Nr. 1“ heißen, im dritten Satz „§ 729 Absatz 3 Nummer 2“.

b) § 734 Abs. 1 BGB-E eröffnet den Gesellschaftern die Möglichkeit, die **Fortsetzung** der Gesellschaft zu beschließen, „sobald der Auflösungsgrund beseitigt ist“. Das ist ökonomisch sinnvoll, **terminologisch** allerdings **unglücklich**, weil bestimmte Auflösungsgründe (Zeitablauf, Kündigung) nicht „beseitigt“ werden können. Die Begründung stellt klar, was gemeint ist (E. Seite 210). Dem Gemeinten trüge die Norm besser Rechnung, wenn man das Wort „sobald“ durch das Wort „wenn“ ersetze.

Ebenfalls erst aus der Begründung ergibt sich, dass eine Fortsetzung ausscheidet, wenn die Liquidation beendet ist. Anders als bei Kapitalgesellschaften lässt der Entwurf die Fortsetzung auch bei Auflösung wegen Masselosigkeit (§ 729 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB-E) zu, nicht

²⁵ Ausschussdrucksache 19(6)230.

²⁶ Ebenso Heckschen, GWR 2021, 1, 4.

²⁷ Ausschussdrucksache 19(6)230, unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 03.07.2020, V ZR 250/19 = NJW 2020, 3315: Nachhaftung 15 Jahre nach Ausscheiden.

²⁸ Darauf als Option verweisend K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 17, 31.

²⁹ Der Entwurf deutet dies als generelle Möglichkeit der Haftungsbeschränkung an (Seite 191), doch dürfte es sich hierbei um ein redaktionelles Versehen handeln (gemeint ist wohl § 171 HGB).

³⁰ DAV-Handelsrechtsausschuss, NZG 2020, 1133, 1141.

jedoch bei Löschung wegen Vermögenslosigkeit. Beides steht so nicht im Entwurf, ist aber offensichtlich gewollt und auch überzeugend.

c) Die **Überschrift** des § 736d BGB-E („Rechtsstellung der Liquidatoren“) ist **missverständlich**. Sie verschleiert den eigentlichen Inhalt der Norm. In Anlehnung an das geltende Recht (§ 149 HGB) sollte sie „Rechte und Pflichten der Liquidatoren“, oder besser „„Aufgaben der Liquidatoren“ (§ 70 GmbHG) bzw. „Ablauf der Liquidation“ lauten.

d) In § 736d Abs. 5 BGB-E sollte zur Klarstellung – wie bisher (§ 732 BGB) - der Anspruch der Gesellschafter auf **Rückgabe von Gegenständen** Erwähnung finden.

13. Nicht rechtsfähige Gesellschaft (§§ 740-740c BGB-E)

§ 740 Abs. 2 BGB-E verweist auf Vorschriften des zweiten Untertitels. In der Verweisung ist der Passus „Absatz 1 und 2“ hinter „§ 712“ zu streichen, da der Paragraf nur zwei Absätze hat (Redaktionsversehen).

Die **Verweisung** könnte außerdem erweitert werden um § 712a Abs. 1 Satz 1 BGB-E (Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters). Zwar ergibt sich die Beendigung in diesem Fall aus allgemeinen Grundsätzen, doch diente dies der Klarstellung. Ferner sollte auf § 717 Abs. 2 BGB verwiesen werden (Rechenschaftspflicht des geschäftsführenden Gesellschafters). Eine entsprechende Pflicht besteht nach geltendem Recht auch in der nicht rechtsfähigen Gesellschaft (vgl. § 713 BGB i.V.m. § 666 BGB). Hieran sollte sich nichts ändern.

Alternativ ist zu erwägen, die Verweisung auf einzelne Normen durch einen **Generalverweis** auf das zweite Kapitel von Untertitel 2 zu ersetzen. Das gäbe den Gerichten Spielraum, von Fall zu Fall die passenden Normen zur Anwendung zu bringen.

II. Änderungen im Insolvenzrecht (Art. 35)

Im Insolvenzrecht beschränkt sich der Entwurf auf redaktionelle Anpassungen. Der Verband der Insolvenzverwalter (VID) hat die Sorge artikuliert, dass die in BGB und HGB vorgesehenen Regelungen zu Auflösung, Ausscheiden und Liquidation im Einzelfall **unerwünschte Konsequenzen für das Insolvenzverfahren** haben könnten.³¹ Nicht alle der vorgetragenen Bedenken sind stichhaltig.³² Dennoch sollte die Bundesregierung um Prüfung gebeten werden, ob aus insolvenzrechtlicher Warte noch Korrekturbedarf besteht.

³¹ Vgl. VID Stellungnahme S. 6 (Eigensanierung von GmbH & Co KG bei Simultaninsolvenz); S. 8 (Eintragung der masselosen Insolvenz „natürlicher“ Gesellschafter); S. 10 (Fortsetzung nach Debt-Equity-Swap; Vermögensfreigabe bei selbständiger Tätigkeit).

³² Die Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters auch dann in das Gesellschaftsregister einzutragen, wenn dies nicht zur Auflösung der Gesellschaft führt, wäre systemwidrig. Und ein Debt-Equity-Swap gibt keinen Anlass, die Freiheit der (Neu-)Gesellschafter zur Fortsetzung der Gesellschaft nach Planbestätigung zu beschneiden.

III. Änderungen im Kostenrecht (Art. 45 Nr. 6 b u. c)

Der **Geschäftswert** für GbR wird ebenso hoch wie bei OHG angesetzt. Das überzeugt nicht, denn der Entwurf hält weiter daran fest, kleingewerbliche Unternehmen einem anderen Regime als vollkaufmännische Unternehmen zu unterwerfen. Das sollte sich in den Notar- und Gerichtskosten widerspiegeln. Durch eine möglichst **niedrige Kostenlast** wird zugleich der rechtspolitisch wünschenswerte Anreiz zur Registrierung gegeben.

IV. Änderungen im Handelsgesetzbuch (Art. 49)

1. Rechtsfähigkeit der OHG (§ 105 HGB-E)

a) Wie bisher sollen OHG und KG **rechtsfähig** sein. Anders als im bisherigen Recht (§ 124 Abs. 1 HGB) ist diese Aussage im Gesetzestext nicht mehr vorgesehen. Sie ergibt sich auch nicht aus der Verweisung auf das Recht der GbR (§ 105 Abs. 3 BGB), weil die GbR nicht stets rechtsfähig ist. Da die Rechtsfähigkeit eine elementare Eigenschaft der Personenhandelsgesellschaften ist, an welche die Legaldefinition der „rechtsfähigen Personengesellschaft“ im Allgemeinen Teil des BGB anknüpft (§ 14 Abs. 2 BGB), ist dieses Fehlen misslich. Der Entwurf ist daher um eine dem bisherigen § 124 Abs. 1 HGB entsprechende Regelung zu ergänzen. Diese sollte als zweiter Absatz in § 105 HGB-E eingefügt werden, damit gleich zu Beginn des Zweiten Buchs des HGB klar ist, dass man es mit einem rechtsfähigen Gebilde zu tun hat.

Die Notwendigkeit einer solchen Regelung entfällt nicht dadurch, dass § 123 HGB-E anordnet, dass die Gesellschaft „im Verhältnis zu Dritten“ mit der Eintragung im Handelsregister bzw. der einvernehmlichen Teilnahme am Rechtsverkehr „entsteht“. Die Bedeutung dieser schon im bisherigen Recht (§ 123 HGB) enthaltenen Regelung ist nicht eindeutig, sie will jedenfalls nicht die Rechtsfähigkeit zum Ausdruck bringen, denn dies leistet § 124 HGB.

2. Eintragung der OHG (§ 106 HGB-E)

- a) Aus § 106 HGB-E ergibt sich nicht, dass eine GbR nur dann als Gesellschafterin eingetragen werden kann, wenn sie ihrerseits registriert ist. Das muss nachgeholt werden.
- b) § 106 Abs. 2 Nr. 1 c) HGB-E lässt eine Anschrift in einem Mitgliedstaat der EU genügen. Das sollte geändert werden (s.o., Seite 8).

3. Beschlussfassung; Gesellschafterversammlung (§ 109 HGB-E)

Abweichend vom bisherigen Recht soll es für die Beschlussfassung einer **Versammlung** bedürfen (§ 109 Abs. 1 HGB-E). Sie soll laut Begründung auch per Fernkommunikation möglich sein (E. Seite 266). Nicht erfasst sind jedoch Umlaufverfahren, die künftig eine Zulassung

im Gesellschaftsvertrag benötigen. Es ist fraglich, ob das sachgerecht ist.³³ Die **Einberufungszuständigkeit** soll jedem Gesellschafter zustehen (§ 109 Abs. 2 HGB-E). Dies muss auf die geschäftsführenden Gesellschafter begrenzt werden. Es macht dann aber umfassende Regelungen über ein Selbsthilferecht nach dem Muster von § 50 GmbHG erforderlich. Ebenfalls ohne Vorbild und zudem schwer verständlich ist die Regelung zur **Beschlussfähigkeit** (§ 109 Abs. 4 HGB-E).³⁴ Da die Beschlussfähigkeit der Mitgliederversammlung bislang weder im Gesellschafts- noch im Vereinsrecht per Gesetz geregelt ist, erscheint auch diese Regelung überflüssig.

Insgesamt sollte erwogen werden, auf eine (Teil-)Regelung des Beschlussverfahrens zu **verzichten**.³⁵ Wichtig ist sie allein bei Publikumsgesellschaften, wo sie in der Praxis ohnehin getroffen wird, teilweise (nämlich für die Investment-KG) sogar bereits im Gesetz steht (vgl. §§ 125 Abs. 3, 132 Abs. 6, 150 Abs. 3 KAGB). Für das Anfechtungsverfahren bedarf es der in § 109 BGB-E enthaltenen Regeln jedenfalls nicht.

4. Beschlussmängel (§ 110 HGB-E)

- a) In § 110 Abs. 1 sollte hinter dem Wort „Rechtsvorschriften“ der Passus „oder des Gesellschaftsvertrags“ eingefügt werden. Aus der Begründung ergibt sich zwar, dass „Rechtsvorschriften“ auch den Gesellschaftsvertrag meint (E. Seite 269), doch ist dieser Sprachgebrauch unüblich und daher verwirrend.
- b) Der von § 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB formulierte Nichtigkeitsgrund passt nicht auf den Beschluss zur Feststellung des **Jahresabschlusses**. Bilanzvorschriften sind in aller Regel zwingend; hier würde also jeder Fehler im Jahresabschluss den Feststellungsbeschluss nichtig machen. Im Aktienrecht gilt dafür § 256 AktG, der hier analoge Anwendung finden sollte. Darauf könnte in der Begründung hingewiesen werden.³⁶

5. Anfechtungsklage (§ 113 HGB-E)

Der **Bundesrat** regt eine **Streichung von § 113 Abs. 3 HGB-E** an, wonach das Gericht auf die Unterrichtung der Mitgesellschafter hinzuwirken hat.³⁷ Im Unterschied zur *actio pro socio* (dazu oben, B.I.9., Seite 10) ist die Unterrichtung der Mitgesellschafter hier aber dringlich und die Indienstnahme des Gerichts unter dem Aspekt rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) nachvollziehbar. Der Bundesrat stört sich denn auch weniger am vorgeschlagenen Gesetzeswortlaut, als an der Begründung, wonach das Gericht „im Freibeweis kontrollieren muss, ob die Gesellschafter ihrer Unterrichtungspflicht nachgekommen“ sind und „im Einzelfall“ die Unterrichtung selbst vorzunehmen hat. Ausweislich der Literaturzitate will die

³³ Skeptisch auch BRAK-Stellungnahme, S. 11.

³⁴ Kritisch auch K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 17, 35: „nicht optimal in Worte gefasst“.

³⁵ Ebenso DAV-Handelsrechtsausschuss, NZG 2020, 1133, 1137.

³⁶ So auch IDW, Stellungnahme S. 3; für rechtsformübergreifende Regelung im HGB (mit Formulierungsvorschlag) *Arbeitskreis Hochschullehrer Bilanzrecht*, ZIP-Sonderbeilage 2021, S. 21 ff.

³⁷ BT-Drucks. 19/27635, S. 307 f.

Begründung hier aber offensichtlich nur Meinungen des Schrifttums referieren. Autoritative Kraft kommt der Passage nicht zu. Die Sorge des Bundesrates vor einer Überforderung der Gerichte dürfte deshalb unbegründet sein.

6. Kündigung der Mitgliedschaft (§ 132 HGB-E)

Die Kündigungsfrist soll sechs Monate betragen (vgl. § 132 Abs. 1 HGB-E). **Ergänzt** werden sollte am Ende der **Halbsatz**: „*es sei denn, aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt sich etwas anderes*“. Dies entspricht der Parallelregelung zur BGB-Gesellschaft (vgl. § 725 Abs. 1 Satz 1 BGB-E). Zwar ergibt sich die Nachgiebigkeit von Absatz 1 mittelbar aus Absatz 6. Selbiges gilt jedoch für § 725 BGB-E, der gleichwohl eine entsprechende Regelung enthält. Ein Gleichlauf der Normen ist wünschenswert, um Fehlinterpretationen zu vermeiden.

7. Auflösung der Gesellschaft

a) Vor § 139 HGB-E **fehlt** eine dem **§ 730 BGB-E** entsprechende Norm (Auflösung bei Tod oder Insolvenz eines Gesellschafters). Zwar kann diese Lücke durch die Verweisung in § 105 Abs. 2 HGB geschlossen werden. Die Normen zu Auflösung und Liquidation laufen im Übrigen aber bei GbR und OHG vollständig parallel. Die Lücke kann durch Einschub einer § 730 BGB-E entsprechenden Norm geschlossen werden.

b) Zur Regelung der Fortsetzung (§ 142 HGB-E) ist auf das oben zur GbR Gesagte zu verweisen (s.o., B.12.b), Seite 11).

8. Gutglaubenschutz bei Kommanditistenhaftung (Art. 49 Nr. 12 c)

Der Entwurf will § 172 Abs. 5 HGB streichen. Nach der Norm ist ein Kommanditist „in keinem Fall“ verpflichtet, **Gewinnanteile**, die er im guten Glauben an eine gutgläubig errichtete Bilanz erhalten hat, **zurückzuzahlen**. Die Streichung der Norm nähert den Kommanditisten dem GmbH-Gesellschafter an, der zu Unrecht erhaltene Gewinnanteile trotz Gutgläubigkeit erstatten muss, wenn die Zahlung das Stammkapital angegriffen hat und die Erstattung zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist (§§ 32, 31 Abs. 3 GmbHG). Dafür gibt es gute Gründe. Der Kommanditist steht dann allerdings schlechter als ein Aktionär, welcher gutgläubig bezogene Dividenden nie zurückzahlen muss (vgl. § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG). Zu erwägen wäre, für die **Publikums-KG** die entsprechende Anwendung dieser Norm anzutun oder sie wenigstens nicht zu verschließen.³⁸ Andernfalls sollte das KAGB um die Aufnahme eines entsprechenden Warnhinweises ergänzt werden (s.u. VI.).

9. Haftung des Kommanditisten vor Eintragung (Art. 49 Nr. 15)

Nach § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB **haftet** ein Kommanditist **unbeschränkt**, wenn die KG ihre Geschäfte vor der Eintragung im Handelsregister begonnen hat, „*es sei denn, dass seine*

³⁸ Dafür C. Schäfer, GesR, § 13 Rz. 8. Die Rspr. hat die Analogie bislang verneint, s. BGHZ 84, 383.

Beteiligung als Kommanditist dem Gläubiger bekannt war“. Der Entwurf will den zitierten Passus **streichen**. Der Gläubiger, der von der Kommanditistenstellung wusste, erhielt damit ein Zufallsgeschenk. Das **überzeugt nicht**.³⁹ Zwar haftet ein GmbH-Gesellschafter bei Geschäftsaufnahme vor Eintragung ebenfalls unbeschränkt. Dort existiert aber kein persönlich haftender Gesellschafter und dient die Haftung als Ersatz für die vor Eintragung fehlende Kapitalaufbringungskontrolle. Im Übrigen hält das Handelsrecht den über die wahren Verhältnisse Informierten generell nicht für schützenswert (vgl. § 15 HGB).

Richtig ist das Anliegen des Entwurfs, Ungereimtheiten bei der Haftung einer sog. Kann-KG zu beseitigen. Diese ist vor Eintragung GbR, bei der die Gesellschafter ausnahmslos persönlich haften (vgl. § 721 BGB-E). Das Problem kann besser durch **Streichung von § 176 Abs. 1 Satz 2 HGB** bereinigt werden.⁴⁰ Um zu verhindern, dass sich die Gesellschafter einer GbR durch bloßes Auftreten als KG der unbeschränkten Haftung entziehen, kann der Haftungsausschluss davon abhängig gemacht werden, dass der Eintragungsantrag gestellt ist oder die Eintragung „demnächst“ erfolgt (s. für ein solches Modell § 167 ZPO).⁴¹

10. Haftung bei Erwerb eines Kommanditanteils (§ 176 Abs. 2 HGB)

Zu § 176 Abs. 2 HGB wird z.T. noch die auf ältere Rechtsprechung zurückgehende Meinung vertreten, dass bei rechtsgeschäftlicher **Übertragung eines Kommanditanteils** der Erwerber für bestimmte Verbindlichkeiten der KG wie ein Komplementär haftet. Das führt in der Praxis zu Verrenkungen wie der „aufschiebenden Bedingung der Eintragung der Sonderrechtsnachfolge“ und der „negativen Abfindungsversicherung“. Der Entwurf sollte das Problem ausräumen, indem wenigstens in der Begründung klargestellt wird, dass die Übertragung eines Kommanditanteils kein „Eintritt“ ist.

V. Änderungen im Recht der Partnerschaft (Art. 65)

§ 7 Abs. 2 PartGG sollte entgegen dem Entwurf (Art. 65 Nr. 7) beibehalten werden. Die **Rechtsfähigkeit** der Partnerschaft muss klar aus dem Gesetz hervorgehen.

Eine Ersetzung von „**Gesellschaftsvermögen**“ in § 8 Absatz 4 PartGG durch „**Gesellschaft**“ (Art. 65 Nr. 8 MoPeG) ist nicht veranlasst. Auch bei Kapitalgesellschaften begrenzt das Gesetz die Haftung auf „das Gesellschaftsvermögen“ (s. § 1 Abs. 1 Satz 2 AktG; § 13 Abs. 2 GmbHG). Ein terminologischer Gleichlauf ist erstrebenswert.

³⁹ Bachmann, NZG 2020, 612, 618; ablehnend auch DAV-Handelsrechtsausschuss, NZG 2020, 1133, 1144 f.; K. Schmidt, ZHR 185 (2021), 17, 41; Habersack, ZGR 2020, 539, 564; Schall, ZIP 2020, 1443, 1451.

⁴⁰ Ebenso C. Schäfer, GesR, § 12 Rz. 5.

⁴¹ Vgl. Habersack, ZGR 2020, 539, 564.

VI. Änderungen des Kapitalanlagegesetzbuchs (Art. 88)

In §§ 127 Abs. 3 Satz 4, 152 Abs. 3 Satz 4 KAGB muss „§ 707“ jeweils durch „§ 710“ ersetzt werden (Redaktionsversehen). Falls § 172 Abs. 5 HGB, wie vorgesehen, gestrichen wird (s.o.), sollte erwogen werden, den in §§ 127 Abs. 2 Satz 2, § 152 Abs. 2 Satz 2 KAGB vorgeschriebenen **Warnhinweis** an Kommanditisten um den Zusatz zu **ergänzen**, dass die Haftung in den genannten Fällen selbst dann auflebt, wenn der Kommanditist gutgläubig war.

VII. Einführung zusätzlicher Rechts- und Beteiligungsformen?

Der Entwurf sieht davon, **zusätzliche Rechts- oder Beteiligungsformen** einzuführen (z.B. Personengesellschaft mbH oder Kommandit-GbR). Das ist **bedauerlich**, doch sind solche Formen nicht durch „Federstrich“ zu schaffen. Das Anliegen muss auf künftige Legislaturperioden vorgetragen werden.

Prof. Dr. Gregor Bachmann

Berlin, 18. April 2021