



PROFESSOR DR. MATHIAS HABERSACK
LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT
UND UNTERNEHMENSRECHT



Professor Dr. Mathias Habersack
LMU, Ludwigstr. 29/III, 80539 München

Ludwigstr. 29/III
80539 München
E-Mail: mathias.habersack@jura.uni-muenchen.de
Telefon: 089/2180-2732
Telefax: 089/2180-2700

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Herrn Prof. Dr. Heribert Hirte, MdB
Platz der Republik 1

München, 19. April 2021

11011 Berlin

Nur per e-mail: Rechtsausschuss@bundestag.de

Geschäftszeichen: PA 6 – 5410-2.2

**Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur
Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)**

Sehr geehrter Herr Hirte,

ich bedanke mich für die Einladung zur öffentlichen Anhörung zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) und mache gerne von der Gelegenheit Gebrauch, vorab eine schriftliche Stellungnahme einzureichen. Vorab möchte ich betonen, dass eine Reform des Personengesellschaftsrechts dringend geboten ist und der Regierungsentwurf eine gute Grundlage eines Reformgesetzes bildet und, würde er Gesetzeskraft erlangen, einen erheblichen Gewinn für das Personengesellschaftsrecht (gemessen am derzeitigen Rechtszustand) mit sich brächte.

Zu begrüßen ist es insbesondere, dass die gesetzlichen Vorschriften zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB) an die durch die Entscheidung des II. Zivilsenats des BGH vom 29. Januar 2001 (BGHZ 146, 341) vollzogene Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts angepasst und fortbestehende Zweifelsfragen geklärt werden sollen.

Auch überzeugt es, dass der Entwurf

- (i) klar zwischen der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts („rechtsfähige Gesellschaft“) und der Innengesellschaft bürgerlichen Rechts („nicht rechtsfähige Gesellschaft“) unterscheidet,¹
- (ii) am Grundsatz der Selbstorganschaft und am Verbot des Erwerbs eigener Anteile festhält und die rechtsfähige Personengesellschaft nicht auf eine Stufe mit der Körperschaft stellt,²
- (iii) für die rechtsfähige Gesellschaft zumindest ein Mindestmaß an Transparenz schafft³ und
- (iv) für OHG und KG die Rechtsfolgen fehlerhafter Gesellschafterbeschlüsse regelt und hierbei zwischen nur anfechtbaren und per se nichtigen Beschlüssen unterscheidet.

Überprüfungsbedürftig sind aus Sicht des Unterzeichners allerdings sowohl einige konzeptionelle Weichenstellungen als auch Detailfragen:

1. Öffnung (nur) des OHG- und KG-Rechts für freiberufliche Tätigkeit

§ 107 Abs. 1 S. 2 HGB-E will die bislang in §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB vorgesehene fakultative (und konstitutiv wirkende, weil die Umwandlung in eine OHG oder KG herbeiführende) Eintragung einer kleingewerblichen oder vermögensverwaltenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts in das Handelsregister künftig auf Gesellschaften erstrecken, „deren Zweck die gemeinsame Ausübung Freier Berufe durch ihre Gesellschafter ist, soweit das anwendbare Berufsrecht die Eintragung zulässt.“ Den Angehörigen Freier Berufe wird damit insbesondere die Gründung einer Kapitalgesellschaft & Co. KG und damit einer Rechtsform ermöglicht, bei der die Haftung der Mitglieder in noch weitergehendem Maße als bei einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung nach dem (unverändert fortbestehenden) PartGG beschränkt werden kann.

¹ Näher *K. Schmidt*, ZHR 181 (2021), 16, 20 ff.; *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft*, ZIP 2021, Beilage Heft 2, S. 10.

² S. bereits *Habersack*, ZGR 2020, 539, 547 ff., dort auch zur Frage der Fortgeltung des Gesamthandsprinzips; ferner *K. Schmidt*, ZHR 181 (2021), 16, 27 ff., aber auch *Bachmann*, NZG 2020, 612, 615; nicht überzeugend *Schall*, NZG 2021, 494 ff., der aus der (vermeintlichen, s. die vorstehenden Nachw.) „Abschaffung“ des Gesamthandsprinzips eine Gefahr für den Dualismus der Unternehmensbesteuerung (speziell der Mitunternehmerschaft) erblickt; dagegen zu Recht *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft*, ZIP 2021, Beilage Heft 2, S. 5 f.

³ S. dazu aber noch unter 2.

In konzeptioneller Hinsicht vermag es allerdings nicht zu überzeugen, das Recht der Personengesellschaften für die freiberufliche Tätigkeit zu öffnen, während für die natürliche Person am engen Kaufmannsbegriff und damit am Erfordernis gewerblicher Betätigung festgehalten wird. Als vorzugswürdig erscheint es vielmehr, dem Beispiel Österreichs zu folgen und das HGB zu einem Unternehmergestzbuch fortzuentwickeln und auf diese Weise die freiberufliche Tätigkeit ganz allgemein (und unter Fortgeltung des Wahlrechts des § 2 HGB sowie gegebenenfalls flankiert durch gewisse Erleichterungen bei der Rechnungslegung und im Gewerbesteuerrecht⁴) einem Sonderprivatrecht für die selbstständige unternehmerische Betätigung zu unterstellen.⁵ Hierdurch ließe sich nicht nur der aus Gründen der Gesetzesystematik gebotene Gleichlauf zwischen Einzelunternehmer und Gesellschaft wahren. Es könnte vielmehr auch ein konzeptioneller Gleichklang mit dem BGB hergestellt werden, das bekanntlich zahlreiche Vorschriften kennt, die sich an Unternehmer im Sinne des § 14 BGB (zu denen insbesondere auch Freiberufler gehören) richten. Diese Vorschriften des BGB begründen eine Regelungsschicht, die sich zwischen das allgemeine Bürgerliche Recht und das hergebrachte Handelsrecht schiebt und zu einer unangemessenen Überdifferenzierung führt (man denke an das Kaufrecht, das mit seinen allgemeinen Vorschriften, den Sondervorschriften über den Verbrauchsgüterkauf und den Sondervorschriften über den Handelskauf drei Regelungsschichten kennt, von denen sich die beiden letzten weitgehend⁶ dadurch vereinen ließen, dass das Handelsrecht zu einem Unternehmensrecht fortentwickelt wird).

2. Transparenz der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts

Das Modell einer nur fakultativen, durch Anreizelemente geförderten Eintragung der rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts weist einen gangbaren und wohlabgewogenen Weg, bleibt allerdings auf halbem Wege stehen:⁷ Ungeachtet gewisser Anreize, die der Entwurf für eine Eintragung setzt, und den im Hinblick auf insbesondere in das Grundbuch eingetragene Rechte bestehenden indirekten Eintragungzwang ist davon auszugehen, dass eine flächendeckende Registrierung der rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht erfolgt, vielmehr auch künftig zahlreiche Gesellschafter die Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gerade aufgrund

⁴ Dafür auch *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft*, ZIP 2021, Beilage Heft 2, S. 23 ff.

⁵ S. bereits K. Schmidt, ZHR 177 (2013), 712, 730 ff.; ders., ZHR 145 (1981), 2 ff.; im Zusammenhang mit dem MoPeG Habersack, ZGR 2020, 539, 553; *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft*, ZIP 2021, Beilage Heft 2, S. 23 ff.

⁶ Ein Vorbehalt ist in Bezug auf kleinunternehmerisch tätige natürliche Personen und Gesellschaften anzumelden, die von dem Eintragungswahlrecht keinen Gebrauch machen und deshalb nicht unter das UGB fielen; s. dazu noch unter 2.

der ihr eigenen Intransparenz wählen. Für den Rechtsverkehr bleibt dies – zumal vor dem Hintergrund, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht von dem Transparenzregister der §§ 18 ff. GwG erfasst wird, und ungeachtet der in § 720 Abs. 3 BGB-E vorgesehenen Neuregelung zur Reichweite der Vertretungsbefugnis⁸ – ein misslicher Zustand.

Hingegen ließe sich eine obligatorische Eintragung der rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts unschwer dadurch herbeiführen, dass, wie unter 1. vorgeschlagen, das HGB zu einem Unternehmergeesetzbuch fortentwickelt und die in § 29 HGB vorgesehene Eintragungspflicht auf Unternehmer erstreckt wird. Für die kleinunternehmerischen Gesellschaften bliebe es dann zwar bei dem Wahlrecht, wie es derzeit für Kannkaufleute in §§ 2, 105 Abs. 2 HGB vorgesehen ist, so dass eine flächendeckende Transparenz nach wie vor nicht gewährleistet wäre; gemessen am Modell des MoPeG wäre mit der Eintragungspflicht aller nicht kleinunternehmerischen Gesellschaften aber doch ein deutlich gesteigertes Maß an Transparenz verbunden. Überdies würde eine solche Regelung ein eigenständiges GbR-Register und damit zugleich Regelungen zum „Statuswechsel“ erübrigen und, wie schon unter 1. dargelegt, die Unterscheidung zwischen unternehmerischem (§ 14 BGB) und kaufmännischem Geschäftsverkehr stark relativieren.

Eine flächendeckende Transparenz aller rechtsfähigen Personengesellschaften ließe sich schließlich dadurch sicherstellen, dass die Erlangung der Rechtsfähigkeit von der Eintragung der Gesellschaft abhängig gemacht wird.⁹ Diese Lösung ließe sich mit der unter 1. vorgeschlagenen Öffnung des HGB für jedwede unternehmerische Tätigkeit kombinieren, was wiederum die Entbehrlichkeit eines eigenen GbR-Registers zur Folge hätte; auch wäre eine saubere Abgrenzung zwischen rechtsfähiger Gesellschaft (Außengesellschaft) und nicht rechtsfähiger Gesellschaft (Innengesellschaft) gewährleistet.¹⁰ Konsequenterweise wäre die konstitutiv wirkende Eintragung auch für OHG und KG vorzusehen. Der Vorwurf, damit würde die Außengesellschaft bürgerlichen Rechts in die Zeit vor BGHZ 146, 341 „zurückgeworfen“,¹¹ erscheint nicht überzeugend, geht es doch angesichts der massiven Betroffenheit von Drittinteressen und des allgemeinen In-

⁷ Näher zum Folgenden bereits *Habersack*, ZGR 2020, 539, 550 ff.; ferner *Fleischer/Pendl*, WM 2019, 2137, 2141 ff. und WM 2019, 2185 ff.; *Röder*, AcP 215 (2015), 450, 472 ff.

⁸ Dazu noch unter 3. – Auch § 720 Abs. 3 BGB-E kann (ohne Eintragung) nicht die Unsicherheit beseitigen, die sich aus der in § 720 Abs. 1 BGB-E vorgesehenen Gesamtvertretungsbefugnis und der damit einhergehenden Notwendigkeit der Mitwirkung aller Gesellschafter ergibt.

⁹ *Röder*, AcP 215 (2015), 450 ff.; *Wicke*, Referat zum 71. DJT, in: Verhandlungen des 71. DJT Essen 2016, Band II/1, 2017, S. O 33; *Habersack*, ZGR 2020, 539, 545 ff.; *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft*, ZIP 2021, Beilage Heft 2, S. 11 ff.; tendenziell auch *Geibel*, ZRP 2020, 137, 140; im Sinne eines Fernziels auch *Fleischer/Pendl*, WM 2019, 2185, 2189 f.; sympathisierend *Bachmann*, in: Verhandlungen des 71. DJT Essen 2016, Band II/2, 2017, S. O 164 f.

¹⁰ *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft*, ZIP 2021, Beilage Heft 2, S. 11.

¹¹ *Bergmann*, DB 2020, 994, 995; *Schäfer*, in: Verhandlungen des 71. DJT Essen 2016, Band II/2, 2017, S. O 215.

teresses an Transparenz um die Frage, ob die Gesellschafter wirklich „selbst entscheiden können, ob sie die Gesellschaft ... eintragen lassen wollen“¹², oder ob nicht die Rechtsordnung die bislang mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit einhergehende Transparenzlücke schließen sollte. Folgte man der hier befürworteten Lösung, wäre die Gesellschaft vor Eintragung nicht rechtsfähig; im Gesetz ließe sich entsprechend § 123 Abs. 2 S. 3 öUGB klarstellen, dass die Gesellschaft mit Eintragung in die im Stadium vor Eintragung begründeten Rechtsverhältnisse eintritt.

3. Vertretung der rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Überprüfungsbedürftig ist § 720 Abs. 3 BGB-E, der für die rechtsfähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts den Grundsatz der unbeschränkten und unbeschränkbaren Vertretungsbefugnis der – im Zweifel gesamtvertretungsbefugten (§ 720 Abs. 1 BGB-E) – Gesellschafter vorsieht. Soweit die Begründung von einem „allgemeinen Prinzip des Gesellschaftsrechts“ spricht (Begr. RegE, S. 162), bleibt unberücksichtigt, dass die Rechtslage beim eingetragenen Verein eine andere ist (nach § 26 Abs. 1 S. 3 BGB kann die Vertretungsmacht des Vorstands durch die Satzung auch mit Wirkung gegenüber Dritten beschränkt werden) und deshalb besser von einem allgemeinen Prinzip des Handelsrechts gesprochen werden sollte.¹³

Einzuräumen ist, dass die derzeitige Rechtslage zu erheblicher Unsicherheit für den Rechtsverkehr sorgt und es ermöglicht, Haftungsrisiken der Gesellschafter durch allerlei Konstruktionen zu begrenzen (Begr. RegE, S. 162 f.). Den Interessen sowohl des Rechtsverkehrs als auch der Gesellschafter ließe sich allerdings durch eine dem § 26 Abs. 1 S. 3 BGB vergleichbaren Regelung Rechnung tragen, die zwar die eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts dem Grundsatz der unbeschränkten und unbeschränkbaren Vertretungsbefugnis unterstellt, den Gesellschaftern es indes ermöglicht, Beschränkungen der Vertretungsbefugnis im Register eintragen zu lassen.¹⁴

4. Haftung der Gesellschafter der rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der Kommanditisten

a) Soweit § 721 BGB-E die persönliche Haftung der Gesellschafter der rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts vorsieht, befindet sich dies grundsätzlich im Einklang mit dem gelgenden Recht. Allerdings hat die höchstrichterliche Rechtsprechung für bestimmte Erscheinungs-

¹² So Mauracher Entwurf, S. 73.

¹³ Bei Fortentwicklung des HGB zu einem UGB (s. unter 1.) würde sich die Frage erübrigen; die unbeschränkte Vertretungsbefugnis auch der GbR-Gesellschafter wäre dann nur konsequent.

¹⁴ So bereits Beschluss Nr. 13 der Wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 71. DJT, in: Verhandlungen des 71. DJT Essen 2016, Band II/1, 2017, S. O 103; ferner *Habersack*, ZGR 2020, 539, 562.

formen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts Ausnahmen von der strikten Haftung anerkannt.¹⁵ Die Entwurfsbegründung sieht für derlei Ausnahmen auch künftig Raum und erblickt in § 721 BGB-E eine „nicht abschließende Regelung“ (Begr. RegE, S. 164). Vor diesem Hintergrund erscheint es allerdings fraglich, ob mit einer von vornherein unvollkommenen, weil überschießenden Regelung der Haftung der Gesellschafter etwas gewonnen wird oder ob es nicht besser wäre, weiterhin auf die Rechtsprechung zu setzen. Wollte man an einer ausdrücklichen Regelung der Haftung der Gesellschafter festhalten, würde es sich anbieten, eine im Register zu verlautbarende Haftungsbeschränkung zu ermöglichen; auf diese Weise ließen sich im Rahmen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts insbesondere der Kommanditgesellschaft vergleichbare Strukturen herbeiführen.¹⁶

b) Nicht zu folgen ist dem Entwurf, soweit er dem Kommanditisten den bislang in § 176 Abs. 1 S. 1 a.E. HGB eröffneten Einwand, dem Gläubiger sei die Kommanditistenstellung bekannt, versagen und ihn deshalb bei vorzeitiger Geschäftsaufnahme ausnahmslos unbeschränkt haften lassen will.¹⁷ Zwar trifft es zu, dass der Einwand der Kenntnis des Gläubigers den Kommanditisten gegenüber dem seit BGHZ 146, 341 grundsätzlich unbeschränkt haftenden Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Recht privilegieren und dies insbesondere mit Blick auf § 176 Abs. 1 S. 2 HGB wertungswidersprüchlich sein könnte (vgl. Begr. RegE, S. 258 f.). Die Gleichbehandlung mit dem nicht eingetragenen Kommanditisten einer „Kann-KG“ ließe sich freilich auch unschwer dadurch herstellen, dass § 176 Abs. 1 S. 2 HGB um einen (spätestens) ab Antrag auf Eintragung der KG eingreifenden Einwand der Kenntnis ergänzt wird.¹⁸

5. Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters

§ 712a Abs. 1 BGB-E regelt die Rechtsfolgen des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters, und zwar im Sinne eines liquidationslosen Erlöschens der Gesellschaft (Satz 1) und der Gesamtrechtsnachfolge durch den verbleibenden Gesellschafter, der sich gegenüber dem vorletzten Gesellschafter zur Übernahme bereit erklärt hat (Satz 2). Nicht klar ist die Rechtslage, wenn es an einer irgendwie gearteten Übernahmeerklärung des verbleibenden Gesellschafters fehlt, etwa weil der Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass der Tod eines Gesellschafters zur Auflösung der Gesellschaft führen soll, indes keine Regelung des Übernahmerechts vorgesehen ist. Auch in diesem

¹⁵ BGHZ 150, 1; BGH NZG 2006, 939.

¹⁶ Wicke, MittBayNot 2021, 103, 106 f.

¹⁷ Dagegen bereits Bachmann, NZG 2020, 612, 618; Habersack, ZGR 2020, 539, 564.

¹⁸ S. bereits Habersack, ZGR 2020, 539, 564; zur entsprechenden Diskussion *de lege lata* s. (jew. mit weit. Nachw.) Dauner-Lieb, Festschrift Lutter, 2000, S. 835, 839 ff.; K. Schmidt, GmbHR 2002, 341, 346 f.; Thiessen, in: Staub, HGB, 5. Aufl. 2015, § 176 Rn. 36 ff.; Roth, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021, § 176 Rn. 6.

Fall scheint § 712a Abs. 1 S. 1 BGB-E das liquidationslose Erlöschen der Gesellschaft anzuordnen, ohne die in § 712a Abs. 1 S. 2 BGB-E (nur) für die Gesamtrechtsnachfolge vorgesehene Übernahmeerklärung zu verlangen. Dies ergibt keinen Sinn: Für das liquidationslose Erlöschen ist nur Raum, wenn zugleich die Gesamtrechtsnachfolge in das Gesellschaftsvermögen durch den verbleibenden Gesellschafter gewährleistet ist.

Vor diesem Hintergrund bestehe eine Möglichkeit darin, die Übernahmeerklärung als Voraussetzung auch für das liquidationslose Erlöschen auszugestalten. Fehlt es daran, hätte es bei der Auflösung und damit der Notwendigkeit einer Liquidation der Gesellschaft zu bleiben, was bei Tod des Gesellschafters auf die Fortsetzung der Liquidationsgesellschaft mit der Erbengemeinschaft hinausliefe (was wiederum angesichts des Abwicklungswecks der Gesellschaft akzeptiert werden könnte). Eine andere Möglichkeit bestünde darin, auf eine Übernahmeerklärung gänzlich zu verzichten. Der verbleibende Gesellschafter schuldete dann zwar in jedem Fall die Abfindung des vorletzten Gesellschafters (bzw. der Erben), wodurch er aber verglichen mit seiner Rechtsstellung bei Auseinandersetzung der Gesellschaft keineswegs benachteiligt würde.

6. Auslandsgesellschaft & Co.

Nicht aufgegriffen hat der Entwurf die spezielle Problematik der Auslandsgesellschaft & Co.¹⁹ Demgegenüber hatte sich die wirtschaftsrechtliche Abteilung des 71. DJT vor dem Hintergrund, dass die bei der Inlandsgesellschaft & Co. praktizierte Anknüpfung an die für den als Kapitalgesellschaft verfassten Gesellschafter geltenden Gläubigerschutzmechanismen im Falle einer Auslandsgesellschaft zumindest erschwert, wenn nicht gar vereitelt wird, mit großer Mehrheit für eine eigenständige Regelung ausgesprochen.²⁰ Tatsächlich ist zu empfehlen, einer KG ohne natürliche Person als Komplementär allgemein (d.h. auch dann, wenn sich unter den Komplementären auch Inlandsgesellschaften finden) einen am Stammkapital der GmbH angelehnten Betrag der aggregierten Haftsummen und einer Kapitalgesellschaft & Co. OHG ein der GmbH entsprechendes Mindestkapital vorzuschreiben.²¹

Professor Dr. Mathias Habersack

¹⁹ Näher Teichmann, ZGR 2014, 220 ff.

²⁰ Beschluss Nr. 28 der Wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 71. DJT, in: Verhandlungen des 71. DJT Essen 2016, Band II/1, 2017, S. O 105; zuvor Wicke, Referat zum 71. DJT, in: Verhandlungen des 71. DJT Essen 2016, Band II/1, 2017, S. O 46 ff.

²¹ Habersack, ZGR 2020, 539, 565.