



HECKSCHEN & VAN DE LOO

Notare

Öffentliche Anhörung des Ausschusses
für Recht und Verbraucherschutz

Thema: Modernisierung des Personengesellschaftsrechts

21. April 2021

Gutachterliche Stellungnahme
von Prof. Dr. Heribert Heckschen

- Teil 1 Thesen / Zusammenfassung der Stellungnahme
- Teil 2 Ausführliche Stellungnahme



Teil 1 Thesen / Zusammenfassung der Stellungnahme

1. Die Reform des Personengesellschaftsrechts durch den Regierungsentwurf ist insgesamt sehr gut gelungen und sollte vom Bundestag verabschiedet werden. Änderungsbedarf gibt es nur in Detailfragen.
2. Die Einführung eines Gesellschaftsregisters ohne Registrierungszwang für alle GbRs ist unter Abwägung der Vor- und Nachteile ein gelungener Kompromiss zwischen Rechtssicherheit und den Bedürfnissen der Praxis.
3. Die gewerbliche Wirtschaft wird durch die Einführung eines Gesellschaftsregisters nicht belastet, sondern entlastet. Vollgewerbetreibende müssen sich schon bisher als OHG oder KG registrieren lassen. Kleingewerbetreibende werden durch die Reform nicht zur Registrierung gezwungen. Für rein vermögens-/immobilienverwaltende Gesellschaften gibt es die Option zwischen GbR und OHG/KG. Dies eröffnet Flexibilität und ggf. auch Kostenersparnisse.
4. Das Gesellschaftsregister schafft Rechtssicherheit im Bereich des Immobilienverkehrs und der Gesellschaften, die Gesellschaftsbeteiligungen verwalten. Es ist zwingend erforderlich, um eine enorme Unsicherheit und einen hohe Kosten verursachenden Zustand zu beenden.
5. Die Einführung des Gesellschaftsregisters steht in einem ausgesprochen guten Kosten-Nutzen-Zusammenhang sowohl für die öffentliche Hand als vor allem auch für die Privatwirtschaft: Die Errichtungskosten für das Gesellschaftsregister werden teilweise kompensiert durch die Gebühreneinnahmen, aber vor allem auch durch das Entfallen von Doppleintragungen. Die Privatwirtschaft erhält ein rechtssicheres Register, aus dem die Existenz- und Vertretungsberechtigung eindeutig hervorgeht. Dies spart Beratungs- und Recherchekosten wie aber auch bisher insbesondere bei Immobilien-GbRs anfallende hohe Kosten durch die Einrichtung von Notaranderkonten, von sog. notariellen Gründungsvollmachten und die Beurkundung und Aktualisierung von Gesellschaftsverträgen.
6. Die Einrichtung des Gesellschaftsregisters beseitigt ein großes Defizit im Bereich des Kampfes gegen Geldwäsche und Intransparenz.



7. Die Regelungen zum sog. Statuswechsel zwischen Rechtsformen von Personenhandelsgesellschaften sind ausdrücklich zu begrüßen und beseitigen eine seit Jahren bestehende Rechtsunsicherheit.
8. Im Bereich der Registrierung von GbRs, die GmbH-Geschäftsanteile halten, sollte vorgesehen werden, dass vor einem dinglichen Anteilserwerb die GbR ihrerseits im Gesellschaftsregister eingetragen sein muss. Hält eine GbR bereits Geschäftsanteile, so sollte der Zwang zur Registrierung immer schon dann bestehen, wenn sich bei der GbR Veränderungen im Gesellschafterbestand ergeben. Dieser Voreintragungsgrundsatz sollte auch dann gelten, wenn die GbR Anteile an Personenhandelsgesellschaften hält. Insoweit ist das Gesetz nachzubessern.
9. Die Regelungen der §§ 705 ff. BGB-E sind insgesamt gut gelungen. Sie gewähren größtmögliche Flexibilität bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages. Defizite bestehen im Bereich der Stimmverbote. Ein weiteres Defizit besteht darin, dass die Regelungen zur Nachhaftung der Gesellschafter für Handlungen, die ihnen nicht zuzurechnen sind, nicht überzeugen. Hier wird eine Änderung in § 728 BGB-E und § 137 HGB-E vorgeschlagen. Auch bei der Haftung der Eintretenden in eine Partnerschaftsgesellschaft mbB sollte nachgebessert werden.
10. Der Regierungsentwurf nimmt den Vorschlag des 71. Deutschen Juristentages in Essen zur Begrenzung der Kontrolle von Abfindungsklauseln auf eine Ausübungskontrolle und eine Abwendung von der Nichtigkeitskontrolle nicht auf. Dies sollte nachgebessert werden.
11. Die durch den Zugang von Freiberuflern in die Personenhandelsgesellschaft geschaffene neue Option diskriminiert Freiberufler in der Einzelpraxis. Ihnen wird durch die Formulierung des § 152 UmwG eine Umwandlung unter Gesamtrechtsnachfolge in eine andere Rechtsform verwehrt. Dies ist zu ändern und kann durch eine geringfügige Anpassung des § 152 UmwG unproblematisch geschehen.
12. Der Entwurf selber hat keine unmittelbaren Auswirkungen auf die ertrags- und verkehrssteuerrechtliche Behandlung von Personenhandelsgesellschaften.



13. Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen an Minderjährige spielt in der Praxis eine außerordentlich bedeutsame Rolle. Bisher herrscht enorme Rechtsunklarheit, wann eine Genehmigung erforderlich ist und unter welchen Umständen sie zu erteilen ist. Eine Klärung könnte nur durch den Bundesgerichtshof erfolgen. Die Oberlandesgerichte lassen allerdings praktisch nie die Beschwerde zum BGH zu. Dies sollte geändert werden, entweder dadurch, dass man eine Nichtzulassungsbeschwerde einführt oder die Öffnung der Rechtsbeschwerde durch die Beteiligten.
14. Das insgesamt gelungene Gesetzeswerk sollte noch in dieser Legislaturperiode verabschiedet werden und unbedingt zum 01.01.2023 in Kraft treten. Einer Verschiebung auf den 01.01.2026 ist entschieden entgegenzutreten.



Teil 2 Ausführliche Stellungnahme

I.

Die Reform des Personengesellschaftsrechts ist seit langem überfällig. Dies hat der 71. Deutsche Juristentag in Essen mit großer Mehrheit festgestellt. Das derzeit geschriebene Recht der §§ 705 ff. BGB gibt auf die entgegen der Erwartung des seinerzeitigen Gesetzgebers in der Rechtswirklichkeit wichtige Rechtsform der GbR wenige zutreffende Antworten. Das von der Rechtsprechung entwickelte Recht ist nicht immer kohärent. Die ganz überwiegende Zahl aller Stellungnahmen zum Mauracher Entwurf, zum Referentenentwurf sowie zum jetzigen Regierungsentwurf begrüßt daher ebenso wie der Unterzeichner das Gesetzgebungsverfahren in seinen Grundstrukturen und sieht nur in Detailfragen Korrekturbedarf. Es handelt sich um ein auf breiter juristischer Basis und Diskussion basierendes Gesetzgebungsverfahren, das mit dem Regierungsentwurf einen Stand erreicht hat, der fast in allen Bereichen deutlich bessere Lösungen, vor allem rechtssicherere Lösungen bringt als das derzeitige Recht. Der Regierungsentwurf schafft Rechtsklarheit, macht insbesondere die Rechtsform der GbR für Unternehmen und Bürger handhabbar, spart der Wirtschaft erhebliche Kosten und verbessert die Rechtslage und das Umfeld, in der Unternehmen tätig werden, signifikant.

II.

Eine Rechtsordnung zeichnet sich vor allem dann aus, wenn sie der Wirtschaft und allen Beteiligten eine sichere Grundlage für ihr Agieren gibt. Die Qualität einer Rechtsordnung und ihre Verlässlichkeit ist ein ganz wichtiger Standortfaktor. Das deutsche Gesellschaftsrecht ist in vielen Bereichen, insbesondere wegen seines über mehr als ein Jahrhundert gewachsenen Handelsregisterwesens, das auf dem Vier-Augen-Prinzip zwischen Notar und Handelsregister beruht, vorbildlich. Der Rechtsverkehr kann darauf vertrauen, dass er bei Rechtsgeschäften mit registrierten Gesellschaften die Sicherheit hat, dass der Geschäftspartner existiert und auch Klarheit darüber herrscht, wer die Gesellschaft vertreten darf. Im Gegensatz zum angloamerikanischen Recht werden dadurch in Deutschland keine enormen Kosten für sog. *legal opinions* erforderlich, die in Teilbereichen nichts anderes leisten als festzustellen, dass eine bestimmte Gesellschaft existiert und wer sie vertreten kann. Das deutsche Recht leidet jedoch darunter, dass in einem Teilbereich eine solche Verlässlichkeit nicht gegeben ist. Dies ist das Recht der GbR und betrifft auch den Bereich der Stiftungen, der nun auch reformiert werden soll.



Wer mit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Rechtsgeschäft abschließt, kann, da es keine Registrierung gibt, nur hoffen, dass der Vertragspartner existiert. Er kann in keiner Weise nachprüfen, ob diejenigen, die das Geschäft für die GbR abschließen, auch berechtigt sind, die GbR zu vertreten. Angesichts des Umstandes, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts grundsätzlich durch alle Gesellschafter vertreten wird, liegt schon dann keine wirksame Vertretung vor, wenn nur einer der GbR-Gesellschafter nicht mit handelt. Vor diesem Hintergrund ist häufig auch Unternehmern nicht bewusst, dass sie äußerst risikoträchtige Geschäfte tätigen, wenn sie mit Gesellschaften bürgerlichen Rechts Verträge schließen. Diejenigen, die das Risiko kennen, wenden Zeit und Geld auf, um festzustellen, ob es diese GbR überhaupt gibt und diejenigen, die für sie kontrahieren, auch vertretungsberechtigt sind.

In der Praxis der Notare führt dies dazu, dass man bspw. bei einem Grundstückskaufvertrag die Beteiligten darauf hinweisen muss, dass der Notar nicht überprüfen kann, ob der Verkäufer ordnungsgemäß repräsentiert wird und es daher unsicher ist, ob der Kaufvertrag überhaupt Bestand hat und wirksam abgeschlossen wurde. Es werden in der Praxis nicht selten kostenaufwendige Modelle über Notaranderkonten gewählt, um die Risiken zu minimieren (vgl. Würzburger Notarhandbuch/Hertel, Teil 2, Kap. 2, Rn. 642). Teilweise werden sog. notarielle „Gründungsvollmachten“ zeitgleich mit der Gründung der GbR errichtet, um im Rechtsverkehr einen Nachweis über die Vertretungsberechtigung zu führen. Gesellschaftsverträge werden auch dort notariell beurkundet, wo dies grundsätzlich nicht erforderlich ist, weil man Existenz- und Vertretungsberechtigung, vor allem gegenüber Grundbuchamt und Handelsregister, nachweisen möchte. Dies löst einen nicht geringen Zeit- und Kostenaufwand aus und führt angesichts einer unklaren Rechtsprechung nicht zu sicheren Lösungen. Diese Rechtsunsicherheit ist für ein Land, das gerade grundsätzlich damit wirbt, einen besonders gut entwickelten Rechtsstaat vorweisen zu können, nicht hinnehmbar. Der Unterzeichner bedauert, dass der Regierungsentwurf sich davon verabschiedet, dass alle diejenigen, die registrierungsfähige Rechte haben oder erwerben wollen, sich vorab registrieren lassen müssen (dies forderte auch der Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft in ZIP 2021, S3 (Heft 02)) und hier nur ein Teil der registrierungsfähigen Rechte erfasst wird. Der Rechtssicherheit dient dies nicht.

In jedem Fall ist hervorzuheben, dass für einen großen Teilbereich, nämlich den Immobilienverkehr und das Handeln von Personenhandelsgesellschaften, soweit es Auswirkungen auf das Handelsregister hat, durch den Regierungsentwurf eine



deutliche Verbesserung herbeigeführt wird. Der Regierungsentwurf gibt den am Rechtsverkehr Beteiligten große Freiheit und Flexibilität. Er baut die Option ein, die Rechtsform der GbR zu wählen, diese ist rechtsfähig, auch wenn sie sich nicht registrieren lässt. Einen Registrierungzwang legt der Entwurf entgegen einer vielfach erhobenen und gut begründeten Forderung *nicht* fest. Diejenigen, die ein vollgewerbliches Handelsgeschäft betreiben, müssen sich im Übrigen schon jetzt als OHG oder als KG registrieren lassen. Kleingewerbetreibende werden auch in Zukunft nicht zur Registrierung gezwungen. Für Gewerbetreibende ändert sich also insoweit nichts.

Nur dort, wo die GbR registrierungsfähige Rechte hält oder erwerben möchte und überdies das Register als Rechtsscheinträger fungiert, wird ein mittelbarer und nach Auffassung des Unterzeichners (zu) sanfter Druck ausgeübt.

Im Ergebnis hat damit der Gesetzgeber einen Kompromiss geschaffen. Für die zahlreichen, in der Wirtschaft gebräuchlichen Modelle einer ARGE bspw. stellt er klar, dass diese rechtsfähig ist, sie wird sich aber häufig nicht registrieren lassen, jedenfalls besteht keine Registrierungspflicht und auch kein Registrierungsdruck, solange die ARGE keine Immobilienrechte erwirbt oder sich – was äußerst selten der Fall sein dürfte - an GmbHs oder Personenhandelsgesellschaften beteiligt. Umgekehrt wird in den in der Praxis sehr häufigen Fällen der Immobilien-GbRs sowie der GbRs, die Gesellschaftsbeteiligungen halten, ein mittelbarer Druck zur Registrierung ausgeübt. Dies ist auch dringend notwendig, damit ein verlässlicher Immobilienverkehr/Rechtsverkehr sichergestellt wird. Im Ergebnis schafft der Regierungsentwurf für die nach seriöser, vorsichtiger Schätzung ca. 180.000 Immobilien-GbRs und für die in der Praxis zahlreichen Beteiligungsverwaltenden GbRs durch das Gesellschaftsregister ein Rechtsumfeld, das rechtssicher ist, erhebliche Kosten spart und so unbürokratisch wie möglich ist. Letztlich wird natürlich nicht gewerblich tätigen Gesellschaften in der Rechtsform der OHG/KG der Weg in die GbR eröffnet. Dies erhöht jedenfalls den bürokratischen Aufwand nicht und kann allenfalls zur Kostensenkung (IHK) beitragen.

Der Regierungsentwurf überzeugt mit seinen Neuregelungen zu §§ 705 ff. BGB vor allem deshalb, weil hier nun auch für den nicht intensiv beratenen Unternehmer oder auch Verbraucher ein in sich schlüssiges und gesetzlich fixiertes Regelungskonzept geboten wird, das die Beratungsaufwendungen gegenüber dem bisherigen Rechtszustand deutlich vermindert.



Die Kosten, die für die öffentliche Hand entstehen, werden in sich schlüssig aufgelistet. Hier wurde auf bewährte Kostenkalkulationsmodelle zurückgegriffen. Hinzu kommt, dass bei Halten mehrerer Immobilien oder Gesellschaftsbeteiligungen durch eine GbR eine Entlastung dadurch erfolgt, dass Veränderungen im Gesellschafterbestand der GbR nur noch im Gesellschaftsregister nachzuziehen sind und nicht in jedem Grundbuch- bzw. Handelsregisterblatt. Dieser Aspekt wurde bei der Erfüllungsaufwandsschätzung des Regierungsentwurfs nicht berücksichtigt. Die Anmerkungen des Bundesrats insoweit überzeugen nicht.

Die Bundesregierung schätzt die Kosten, die der Wirtschaft derzeit durch die fehlende Möglichkeit zur Registrierung entstehen, sehr vorsichtig ein. So berücksichtigt der Regierungsentwurf nicht, dass im Immobilienverkehr häufig eben die vorgenannten Anderkonten eingerichtet und andere Aufwendungen bei Notar und Beratern getätigter werden, um die Rechtssicherheit für die Beteiligten zu erhöhen. Die Recherchekosten etc. werden nach Auffassung des Unterzeichners zu tief angesetzt.

Die Kosten, die für die Beteiligten jetzt beim Register und bei Notaren entstehen, sind in der Regel mit etwa 100 € bzw. mit etwa 150 € so gering, dass die Rechtssicherheit für alle Beteiligten und die zusätzliche Beratung, die sie dazu noch obendrein erhalten, in einem ausgesprochen günstigen Verhältnis zueinander stehen. Zu den Einwendungen gegen zu hohe Kosten durch die Registrierung ist im Übrigen folgendes zu sagen: Der Regierungsentwurf entscheidet sich für das Konzept der freiwilligen Eintragung. Durch die grundsätzliche Wahlfreiheit ist bereits für einen Großteil der GbRs eine Eintragung in das Gesellschaftsregister freiwillig. Sollte es den Beteiligten wirklich darum gehen, die – geringen – Kosten der Eintragung zu sparen, können sie sich in der Mehrzahl der Fälle weiterhin gegen eine Eintragung entscheiden, gleichwohl um den Preis der oben geschilderten Nachteile. Lediglich im Bereich registrierter Rechte, insbesondere im Immobilien- und Gesellschaftsrecht, entscheidet sich der Entwurf dafür, eine Eintragung im Gesellschaftsregister mittelbar verpflichtend vorzusehen. Rechtsgeschäfte in diesem Bereich sind in der Regel von besonders großer wirtschaftlicher Bedeutung. Die geringen Zusatzkosten, die durch eine verpflichtende Eintragung ausgelöst werden, fallen insoweit nicht weiter ins Gewicht. Dies gilt umso mehr, als der Nutzen einer derartigen Eintragung kaum überschätzt werden kann: Durch die Eintragung im Gesellschaftsregister können Existenz und Vertretungsberechtigung der GbR verlässlich nachgewiesen werden, und Rechtsgeschäfte unter Beteiligung einer GbR sind endlich rechtssi-



cher möglich. Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass der – auch monetäre – Nutzen infolge des Gesellschaftsregisters für die Wirtschaft die zusätzlich entstehenden Kosten signifikant übersteigt.

III.

Der Regierungsentwurf ist auch deshalb zu begrüßen, weil ein nach ganz h.M. großes Defizit im Bereich des Kampfes gegen Geldwäsche und Intransparenz beseitigt wird. Es ist davon auszugehen, dass die GbR bisher – insbesondere im Immobilienbereich – als „Schlupfloch“ genutzt wird, um Transparenz und die Eintragung in das Transparenzregister zu vermeiden. So besteht bisher bei der GbR keine Pflicht, den wirtschaftlich Berechtigten an das Transparenzregister zu melden. Die GbR ist somit bisher undurchsichtig organisierbar und kann als Vehikel dienen, um sowohl die Mittelherkunft als auch die in Wahrheit hinter der GbR stehenden Personen zu verschleiern. Der berechtigte Kampf gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung wird durch die Einführung des Gesellschaftsregisters und die daran anknüpfende Mitteilungspflicht an das Transparenzregister gestärkt. Verschleierung durch die Wahl der GbR wird erschwert.

IV.

Die vom Gesetzgeber vorgesehenen Regelungen zum Statuswechsel sind nachdrücklich zu begrüßen und lösen Probleme, die leider in der Wissenschaft wenig erörtert wurden. Wechselt bspw. eine grundstückshaltende GbR in eine GmbH & Co. KG, so ist es derzeit nicht möglich, dem Grundbuchamt nachzuweisen, dass diese neue GmbH & Co. KG mit der vorherigen GbR identisch ist. Hätte die GbR z.B. eine Sicherungshypothek im Grundbuch eintragen lassen und wechselt sie dann in die Partnerschaftsgesellschaft, so war nicht nachweisbar, dass die entstehende Partnerschaftsgesellschaft mit der GbR identisch ist. Das Vorgehen aus einem eingetragenen Recht ist bei der jetzigen Rechtslage schwierig und kostenaufwendig. Nur die jetzt gefundene Lösung zum Statuswechsel ist sachgerecht. Im Übrigen ist der Aufwand für die Beteiligten äußerst gering. Sie melden mit einer einzigen Registeranmeldung beim Notar den Statuswechsel an und sodann wird z.B. die Eintragung der GbR gelöscht und die neue GmbH & Co. KG eingetragen. Es fallen also z.B. nicht zwei Gebühren bei einem Notar an.

V.

Im Bereich der Registrierung ergeben sich insbesondere bei der Eintragungspflicht für Bestandsgesellschaften in der Rechtsform der GbR im Bereich der GmbH folgende Verbesserungspotentiale.



1. Eine gewisse Schwäche des Entwurfs besteht für GbRs, die GmbH-Geschäftsanteile erwerben wollen, darin, dass sie sich erst registrieren lassen müssen, wenn eine Eintragung in die Gesellschafterliste erfolgen soll und nicht schon bevor sie das dingliche Recht, also den Geschäftsanteil, erwerben. Dies kann dazu führen, dass nach der notariellen Beurkundung der Anteilsübertragung ganz bewusst die Registrierung verzögert wird, um die negativen Folgen der Eintragung in der Gesellschafterliste nach §§ 16 Abs. 1, 2 GmbHG, nämlich die Haftung für die offenen Einlageverpflichtungen/Ansprüche aus § 30 GmbHG, zu vermeiden. Eine nicht registrierte GbR ist nicht eintragungsfähig nach § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E. Es würde ein Rechtszustand herrschen, wie er vor Verabschiedung des MoMiG bestand, wo häufig ganz bewusst die Anzeige der neuen Gesellschafter bei der GmbH verzögert wurde. Die Lösung der Problematik lässt sich einfach dadurch herbeiführen, dass der Gesetzgeber die (dingliche) Anteilsübertragung von der vorherigen Registrierung abhängig macht.

2. GbRs, die Anteile an einer GmbH halten:

Eine Veränderung im Gesellschafterbestand einer GbR, die GmbH-Anteile hält, sollte eine Voreintragungsobliegenheit bei der GbR auslösen. Dies bedeutet, dass sich die GbR in das Gesellschaftsregister einzutragen hat, wenn eine Veränderung im Kreise ihrer Gesellschafter stattgefunden hat. Erst dann kann eine entsprechend abgeänderte Gesellschafterliste im Handelsregister aufgenommen werden. Diese nimmt sodann auf die im Gesellschaftsregister eingetragene GbR (GbR) Bezug. Diese Forderung wurde bereits vom Bundesrat erhoben; ihr ist in Ergebnis und Begründung voll und ganz zuzustimmen. Die Begründung des Regierungsentwurfs trägt vor, bei einer Veränderung im Gesellschafterbestand einer bereits in der Gesellschafterliste unter Angabe ihrer Gesellschafter eingetragenen GbR sei eine Voreintragungsobliegenheit nicht zweckmäßig, weil Bezugspunkt des Gutglaubensschutzes nach § 16 Abs. 3 GmbHG der Inhaber des Geschäftsanteils sei (S. 272). Dies ist zwar richtig, übersieht allerdings, dass im Falle einer Voreintragung im Gesellschaftsregister der Anknüpfungspunkt für einen gutgläubigen Erwerb hier auch die im Subjektregister – Gesellschaftsregister – eingetragene und Gutglaubenschutz genießende Vertretungsbefugnis der GbR-Gesellschafter sein kann und nicht die im Objektregister – Gesellschafterliste – eingetragene personelle Zusammensetzung der anteilsinnehabenden GbR. Daher ist es sehr ratsam, auch insoweit eine Voreintragungsobliegenheit zu begründen. Dies wäre der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs zuträglich, da nach einer derartigen Eintragung in das Gesellschaftsregister der gut-



gläubige Erwerb eines GmbH-Anteils von nicht zur Vertretung der anteilsinnehabenden GbR befugten Gesellschaftern möglich wird, weil das künftige Gesellschaftsregister gem. § 707a Abs. 3 BGB-E i.V.m. § 15 Abs. 1 bzw. Abs. 3 HGB die entsprechende Publizität vermittelt.

Insbesondere kann die Bezugnahme der Begründung auf geldwäscherechtliche Aspekte (S. 272) nicht überzeugen. Richtigerweise spricht die Begründung selbst davon, dass die Schutzlücke in der Ermittlung der mittelbar wirtschaftlich Berechtigten zukünftig durch das Gesellschaftsregister geschlossen wird. Insoweit erschließt sich nicht, weshalb diese geldwäscherechtliche Schutzlücke nicht bereits im Fall der Veränderung des Gesellschafterbestands geschlossen werden sollte.

3. Veräußerung von GbR-Anteilen an Personenhandelsgesellschaften

Die konsequente Umsetzung des Voreintragungsgrundsatzes sollte allerdings nicht bei GbR, die Anteile an GmbH halten, stehenbleiben. Vielmehr besteht auch im Fall von GbR, die Anteile an Personenhandelsgesellschaften halten, Verbesserungsbedarf hinsichtlich der Voreintragungsobliegenheit. Diese ist im Regierungsentwurf zwar weitgehend konsequent umgesetzt. Bei der Veräußerung von Anteilen einer GbR an Personenhandelsgesellschaften jedoch soll nach dem Regierungsentwurf – anders als bei Anteilen an GmbH und AG – keine Voreintragung der GbR erforderlich sein. Dies wird mit dem hier fehlenden Gutgläubenschutz begründet (S. 261). Bereits aus Gründen der Kohärenz sollte jedoch auch hier der Voreintragungsgrundsatz gelten. Auch die Entwurfsbegründung gesteht insoweit zu, dass dies der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs diene (S. 261). Hinzu kommt, dass zwar in der Tat Personenhandelsgesellschaftsanteile nicht gutgläubig erworben werden können. Die Vertretungsbefugnis von GbR-Gesellschaftern, die im künftigen Gesellschaftsregister eingetragen sind, nimmt jedoch an der Publizität des Gesellschaftsregisters teil. Daher besteht auch für den Veräußerungsfall ein deutlicher Mehrwert, der auch für Übergangsfälle fruchtbar gemacht werden sollte. Schließlich sieht der Entwurf auch im Rahmen von Anteilen an einer AktG eine Voreintragungsobliegenheit bei Veräußerung vor, obwohl das Aktienregister im Gegensatz zur Gesellschafterliste ebenfalls keine Publizität begründet. Richtigerweise begründet der Entwurf diese Regelung mit dem Zweck des Aktienregisters, Rechtsklarheit über die Person des Aktionärs zu verschaffen und die Verwaltungseffizienz der Aktiengesellschaft zu steigern (S. 269). Nichts anderes gilt aber auch für Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft.



VI.

Das in den §§ 705 ff. BGB nun kodifizierte Recht gibt der GbR und damit allen Unternehmen und auch Verbrauchern, die diese Rechtsform z.B. für den Immobilienerwerb nutzen, einen äußerst flexiblen Rahmen. Einschränkungen der Vertragsfreiheit existieren nur ganz ausnahmsweise, andererseits ist die jetzt geplante Kodifizierung für diejenigen, die bewusst oder unbewusst keine Regelung treffen, als „Auffangnetz“ deutlich besser und übersichtlicher als das bisherige Recht. Das spart Beratungskosten und vermeidet Streit.

VII.

Leider ist es dem Regierungsentwurf nicht gelungen, die wichtige und heftig umstrittene Frage, wann Gesellschafter von einer Stimmabgabe in Interessenkollisionsfällen ausgeschlossen sind, zu lösen. Das gesamte Recht des Stimmrechtsausschlusses ist für die verschiedenen Gesellschaftsformen unterschiedlich geregelt, was nur schwer nachvollziehbar ist. Die Personen- und Personenhandelsgesellschaften fehlt es gänzlich an einer Regelung. Allerdings handelt es sich hier um eine durch die Wissenschaft noch zu wenig aufbereitete Materie, die in einem nächsten Schritt rechtsformübergreifend gelöst werden sollte.

VIII.

Die derzeitige Rechtslage zur Haftung von ausscheidenden Gesellschaftern, bspw. einer Rechtsanwalts-GbR, ist unbefriedigend und nicht gerechtfertigt (Heckschen, AnwBl 2018, online 2018, 116, 122). Scheidet bspw. der Partner einer Rechtsanwalts- oder Steuerberater-GbR aus der Gesellschaft aus und verursacht danach ein anderer Gesellschafter dieser Gesellschaft einen Haftpflichtschaden, so haftet der Ausgeschiedene noch immer mit. Denn nach § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB (ggf. i.V.m. § 736 Abs. 2 BGB) haftet ein ausscheidender Gesellschafter fünf Jahre lang für die vor seinem Austritt begründeten Verbindlichkeiten. Eine Verbindlichkeit ist bereits dann begründet, wenn der Rechtsgrund für sie gelegt ist (Klimke, in: BeckOK HGB, 31. Ed., § 128 HGB, Rn. 12 m.w.N.). Dies bedeutet im Falle von vertraglichen Pflichtverletzungen durch (ehemalige) Mitgesellschafter, dass es ausreicht, wenn das zugrundeliegende Vertragsverhältnis vor Austritt des betreffenden Gesellschafters begründet wurde (vgl. etwa K. Schmidt, in: MüKo HGB, 16. Aufl. 2016, § 128, Rn. 51). Dies ist nicht sachgerecht. Denn die nach § 128 HGB vorgesehene akzessorische Haftung, die in der Nachhaftung des § 160 HGB ihren weiteren Ausdruck findet, dürfte insbesondere darin begründet sein, dass ein persönlich haftender Gesellschafter der Personengesellschaft laufend Einfluss auf die Mitgesellschafter nehmen kann und ggf. gegen bei diesen vorliegende Sorgfaltsdefizite vorgehen



kann. Dies ist nach einem Ausscheiden nicht mehr möglich (im Ergebnis ebenso LG Bonn, BeckRS 2010, 16151 für die Nachhaftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters einer Rechtsanwaltssozietät). Eine Nachhaftung für vertragliche Pflichtverletzungen, die nach Ausscheiden begangen wurden, sollte also kodifikatorisch entsprechend ausgeschlossen werden. Der Regierungsentwurf tut dies nicht, sondern übernimmt in §§ 728b BGB-E, 137 HGB-E die bisherigen Regelungen weitgehend wortlautidentisch. Eine Änderung des § 728 BGB-E, § 137 HGB-E könnte wie folgt lauten:

Formulierungsvorschlag für § 728b BGB-E, § 137 HGB-E (Nachhaftung des Ausscheidenden):

§ 728b BGB-E bzw. § 137 HGB-E:

„(1) Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so haftet er für deren bis dahin begründete, ihm zurechenbare Verbindlichkeiten, wenn (...)“

Ein weiterer Vorteil des Gesellschaftsregisters, das jetzt eingeführt werden soll, besteht auch darin, dass das Ausscheiden eines Gesellschafters registriert wird und damit eine klare Grundlage für den Beginn der fünfjährigen sog. Nachhaftung gelegt ist (§ 728b BGB-E).

Ebenso wenig ist es einzusehen, aus welchen Gründen derjenige, der in eine Partnerschaftsgesellschaft mbB eintritt, entsprechend § 130 HGB für Verbindlichkeiten vor seinem Eintritt haftet. Ein irgendwie gerechtfertigtes Vertrauen des Gläubigers auf eine solche Haftung ist nicht begründbar.

IX.

In der Regierungsbegründung (BT-Drucks. 19/27635, S. 175) legt die Bundesregierung dar, dass es bei der derzeitigen Rechtsprechung verbleiben soll, die zwischen von Anfang an unwirksamen und erst im Nachhinein unwirksam gewordenen Abfindungsregelungen unterscheidet. Insoweit folgt schon der Mauracher Entwurf und der Referentenentwurf den Vorschlägen und dem Votum des 71. Deutschen Juristentages zu Unrecht nicht. Die Rechtslage ist durch diese Rechtsprechung unberechenbar und für den Rechtsverkehr nur schwer hinnehmbar. Es sollte daher ein Vorrang der Ausübungs- vor der Wirksamkeitskontrolle eingeführt werden.



X.

Dem Mauracher Entwurf folgend eröffnet der Regierungsentwurf die Option – unter Vorbehalt des jeweiligen Berufsrechts – für Freiberufler in die Rechtsform der Personenhandelsgesellschaft zu wechseln. Auch wenn diese Gesellschaftsform untypisch und rechtssystematisch eher unpassend für Freiberufler ist, mag man das Interesse der Vertreter der Freiberufler an der Eröffnung dieser Option anerkennen. Unverständlich ist allerdings, warum der Freiberufler, der in einer Einzelkanzlei tätig ist, nunmehr massiv diskriminiert wird:

Während eine Sozietät aus zwei Freiberuflern den Weg in die Personenhandelsgesellschaft ebenso erhält wie alle Optionen zur Umwandlung, bspw. in eine GmbH oder Aktiengesellschaft, verbleibt dem in Einzelkanzlei organisierten Freiberufler nur die Option, eine neue Gesellschaft zu gründen und in diese – unter Zustimmung aller seiner Klienten und Gläubiger – sein Einzelunternehmen einzubringen. Der Weg einer Umwandlung nach § 152 UmwG hingegen ist verschlossen. Das formale Argument lautet, dass sich bspw. der Einzelanwalt nicht als Einzelhandelsunternehmen eintragen lassen kann und somit § 152 UmwG nicht eröffnet ist. Wenn man aber der Sozietät diesen Weg in die Personenhandelsgesellschaft eröffnet, obwohl sie eben Freiberufler ist, so müsste erst recht der Einzelanwalt/-steuerberater etc. eine Option für diesen Weg erhalten. Dies ist vor dem Hintergrund des anstehenden Generationenwechsels von großer Bedeutung. Der Interessent für die Kanzlei des einzelnen Freiberufers wird in aller Regel eine haftungsbeschränkte Rechtsform präferieren, der Weg in diese ist aber über das Umwandlungsgesetz verschlossen. Die Lösung dieses Problems liegt in einer Änderung des § 152 UmwG und wäre in sich schlüssig, da man andererseits über § 120 – 122 UmwG auch dem Alleingesellschafter/Freiberufler, der z.B. eine GmbH als Rechtsform ausgewählt hat, den Weg aus dieser GmbH in die Einzelkanzlei im Rahmen des Handelsregisterreformgesetzes 1998 (HRefG v. 22.06.1998, BGBl. I 1998, 474). Eine Änderung dieser sehr unbefriedigenden Rechtslage ist sehr einfach in der Weise möglich, dass dieser wie folgt umformuliert wird:

Formulierungsvorschlag zu § 152 UmwG-E:

„Die Ausgliederung des von einer natürlichen Person, deren Eintragung in das Handelsregister nicht in Betracht kommt, oder von einem Einzelkaufmann, dessen Firma im Handelsregister eingetragen ist oder von Teilen aus deren Vermögen kann nur zur Aufnahme dieses Unternehmens oder von Teilen dieses Unternehmens durch Personenhandelsgesellschaften, Kapitalgesellschaften, oder eingetragenen Genossenschaften oder



zur Neugründung von Kapitalgesellschaften erfolgen. Sie kann nicht erfolgen, wenn die Verbindlichkeiten des Ausgangsrechtsträgers sind Vermögen übersteigen.“

Redaktionelle Folgeänderungen ergeben sich dann in §§ 153, 154, 155 sowie in § 124 UmwG.

XI.

Was Einwendungen dahingehend betrifft, dass die im Entwurf enthaltene Abwendung von der Gesamthand Auswirkungen im Steuerrecht, insbesondere in der Transparenzbesteuerung nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, zeitige, ist dem entschieden entgegenzutreten. Die Transparenzbesteuerung knüpft bereits nicht an die Gesamthand an, sondern nennt OHG und KG sowie „andere Gesellschaften“; die GbR als rechtsfähige Personengesellschaft ist der OHG bzw. KG als Personengesellschaft wesensmäßig so verwandt, dass sie weiterhin zwingend als „andere Gesellschaft“ anzusehen sein wird. Aber auch mit Blick auf steuerrechtliche Vorschriften, die an die Gesamthand anknüpfen (wie etwa §§ 5, 6 GrEStG, § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO), ergibt sich insoweit im Ergebnis keine Änderung. Denn bei steuerrechtsautonomer Auslegung des Begriffs der Gesamthand fällt auch die im Entwurf vorgesehene GbR unter diese Vorschriften, zumindest aber ist eine analoge Anwendung angebracht (siehe zu alldem den ausführlichen Aufsatz des Arbeitskreises Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft in ZIP 2021, Beilage zu Heft 2, S. 1, S. 2 f.). Zwar wäre eine entsprechende Klärstellung im Steuerrecht durchaus wünschenswert; notwendig ist sie jedoch nicht.

XII.

Die Übertragung von Anteilen, insbesondere von Kommanditgesellschaften, an Minderjährige spielt in der Praxis eine große Rolle und beschäftigt praktisch permanent die Gerichte (vgl. bspw. OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.05.2008 – 20 W 123/08, ZEV 2008, 607; OLG Bremen, Beschl. v. 16.06.2008 – 2 W 38/08, ZEV 2008, 608; OLG Köln, Beschl. v. 26.03.2018 – 4 Wx 2/18, ZEV 2018, 667; OLG Dresden, Beschl. v. 25.04.2018 – 17 W 160/18, ZEV 2018, 617; OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.07.2019 – 7 W 53/17, NZG 2020, 597; OLG Oldenburg, Beschl. v. 17.07.2019 – 12 W 53/19, NZG 2019, 1059; OLG Schleswig, Beschl. v. 27.01.2020 – 15 WF 70/19, ZEV 2020, 775). Die Rechtsprechung zur Frage, wann eine derartige Übertragung, insbesondere eines KG-Anteils, der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf und wann diese zu erteilen ist, ist zwischen den Oberlandesgerichten strittig. Eine Klärung konnte durch den BGH bisher nicht erfolgen, da die Rechtsbeschwerde zum BGH nur bei Zulassung durch das OLG eröffnet ist, § 70 FamFG. Die Nicht-



zulassung, die praktisch ausnahmslos erfolgt, ist seit 2009 nicht mehr mit der Nichtzulassungsbeschwerde angreifbar. Die Rechtsentwicklung zeigt, dass hier das nachvollziehbare Interesse zur Reduzierung der Verfahren vor dem BGH und zu seiner Entlastung ein unbefriedigendes Ergebnis hervorgerufen hat. Eine sehr zurückhaltende Änderung und Verbesserung der derzeitigen Rechtslage würde durch die Eröffnung der Nichtzulassungsbeschwerde herbeigeführt. Weitaus besser wäre es, wenn man die Rechtsbeschwerde ohne Zulassung ermöglicht und bei dieser Gelegenheit einen Mangel der derzeitigen Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts behebt. Die Formulierung könnte lauten:

Formulierungsvorschlag für § 70 Abs. 3 FamFG:

„§ 70 Abs. 3 FamFG:

Die Rechtsbeschwerde gegen einen Beschluss des Beschwerdegerichts ist ohne Zulassung statthaft in

1. *Betreuungssachen zur Bestellung eines Betreuers, zur Aufhebung einer Betreuung, zur Anordnung oder Aufhebung eines Einwilligungsvorbehalts,*
2. *Unterbringungssachen und Verfahren nach § 151 Nr. 6 und 7,*
3. *Freiheitsentziehungsachen sowie*
- 4. Entscheidungen über Anträge auf Genehmigung nach §§ 1643, 1799, 1850 bis 1854 des Bürgerlichen Gesetzbuches.“*

(Zusatzhinweis: Die Zitierungen entsprechen bereits den Bestimmungen nach dem Regierungsentwurf zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts. Der BGH ist alleinige Rechtsbeschwerdeinstanz, vgl. § 133 GVG. Eine Übertragung an das BayObLG ist nach § 8 Abs. 2 EGGVG nicht möglich.)

Es ist dringend anzuraten, hier den Rechtszug zum BGH zu eröffnen.

XIII.

Abschließend plädiert der Unterzeichner dafür, dieses überaus wichtige und sehr gelungene Gesetzesvorhaben, das unter Einbeziehung und großem Aufwand von Wissenschaft, Praxis und Verbänden langjährige Missstände beenden wird, zum Abschluss zu bringen und nicht später als zum 01.01.2023 in Kraft zu setzen. Dem Ansinnen des Bundesrates, die Wirksamkeit der Neuregelung auf den 01.01.2026 zu verschieben, sollte keinesfalls gefolgt werden. Mehr als 18 Monate



von der Verabschiedung eines Gesetzes bis zu dessen Inkrafttreten müssen ausreichend sein, um die entsprechenden Umsetzungsschritte, insbesondere zum Gesellschaftsregister, zu bewältigen. Man bewegt sich hier auf bekanntem Terrain. 2026 mag man das Gesetz ggf. evaluieren.

Dresden, 16. April 2021

Prof. Dr. Heribert Heckschen
Notar