

# Stellungnahme zum Regierungsentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)

Prof. Dr. Alexander Schall, M. Jur. (Oxford)  
Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales  
Privat- und Unternehmensrecht sowie Rechtsvergleichung  
Leuphana Universität Lüneburg

## **I. Grundsätzliche Einschätzung**

Die komplette Neufassung des Personengesellschaftsrechts durch das MoPeG wird immense Anpassungslasten für die Rechtspraxis erzeugen. Die §§ 705 ff. BGB sowie das gesamte Recht der OHG werden neu nummeriert. Dazu kommen mannigfaltige, teils tiefgreifende Inhaltsänderungen. In Deutschland existieren über 400.000 umsatzsteuerpflichtige Personengesellschaften, die meisten davon als GbR, gefolgt von der GmbH & Co KG.<sup>1</sup> Alle werden von der Reform betroffen, welche die Spielregeln des Gesellschaftslebens umgestaltet. Die Kostenschätzung des Regierungsentwurfs erscheint angesichts des daraus resultierenden Beratungs- und Schulungsbedarfs optimistisch. Es handelt sich hier nicht um eine Spezialmaterie für einen kleinen Zirkel hochprofessioneller Spezialisten, wie das bei der Neustrukturierung des WpHG der Fall war. Dazu kommt: Das Personengesellschaftsrecht ist Pflichtstoff des Staatsexamens. Das MoPeG erschüttert Basiswissen von über 200.000 deutschen Volljuristen. Der hohe Preis dieser umfassenden Reform will wohl gewogen sein. Ihre Folgeprobleme müssen vollständig überblickt werden. Die Abschaffung der Gesamthand legt die Axt an die verfassungsrechtlichen Grundlagen der dualen Unternehmensbesteuerung (II., eingehend *Schall*, NZG 2021, 494 – liegt bei). Vor legislativer Hast mit Blick auf den September ist eindringlich zu warnen. Ein technisch so ausgefeilter Entwurf braucht die Diskontinuität nicht zu fürchten

---

<sup>1</sup> <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Steuern/Umsatzsteuer/Tabellen/voranmeldungen-rechtsformen.html>. (zum Jahr 2019)

## II. Abschaffung der Gesamthand und duales Steuersystem

Das Gesamthandprinzip ist die Grundlage der steuerlichen Transparenz von Personengesellschaften. Das Bundesverfassungsgericht hat ihm verfassungsrechtliche Bedeutung verliehen, als es auf dieser Basis die duale Unternehmensbesteuerung gegenüber Art. 3 GG rechtfertigte.<sup>2</sup>

BVerfGE 116, 164 = NJW 2006, 2757, 2763, Rn. 118:

„Das Steuerrecht nimmt damit bei der Bestimmung verschiedener Zurechnungssubjekte steuerlicher Leistungsfähigkeit verfassungsrechtlich bedenkenfrei die zivilrechtliche Grundentscheidung auf, nach der bei Personengesellschaften das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern zugerechnet wird (vgl. § 718 BGB i. V. m. § 105 Abs. 3 HGB, § 161 Abs. 2 HGB), während das Vermögen der Kapitalgesellschaften gegenüber dem Vermögen ihrer Gesellschafter grundsätzlich selbstständig ist. ...“

Das MoPeG schafft das Gesamthandprinzip ab und stellt dadurch die Rechtfertigung des dualen Steuersystems in Frage.<sup>3</sup> Das Vermögen wird ausschließlich der Gesellschaft zugerechnet (§ 713 BGB-E). Das macht die rechtsfähige Personengesellschaft zwar nicht notwendig zur Körperschaft. Andere Unterscheidungskriterien wie die Personenabhängigkeit des Verbandes, der Ausschluss des Erwerbs eigener Anteile (§ 711 I 2 BGB-E), die Selbstorganschaft sowie die persönliche Haftung der Gesellschafter (§ 721 BGB-E; § 121 HGB-E) bleiben erhalten. Doch keiner dieser Aspekte kann die alleinige Rechtsträgerschaft der Gesellschaft nach § 713 BGB-E überwinden und eine Zurechnung des Vermögens zu den Gesellschaftern begründen.

Das gilt namentlich für die persönliche Haftung der Gesellschafter.<sup>4</sup> Zwar kann persönliche Haftung zur Mitunternehmerschaft führen. Sie ändert aber nicht die Vermögenszuordnung. Der Komplementär der KGaA ist Mitunternehmer. Er wird dadurch aber nicht zum Träger ihres Unternehmens.

---

<sup>2</sup> BVerfGE 116, 164 = NJW 2006, 2757 (2763), Rn. 116 ff.; bestätigt in BVerfGE 145, 106 = DStR 2017, 1094, 1101, Rn. 113 f.

<sup>3</sup> Schall, NZG 2021, 494 ff; im Grds. übereinstimmend auch Arbeitskreis Bilanzrecht, ZIP 2021, 3, 6 f.

<sup>4</sup> Anders, aber insoweit nicht überzeugend Arbeitskreis Bilanzrecht, ZIP 2021, 3, 6 f.

Das gleiche Bild zeigt sich bei der atypischen Gesellschaft. Der Geschäftsführer einer GmbH kann wohl zum Mitunternehmer werden, wenn er als atypischer Stiller an ihren Verlusten beteiligt ist. Er verdrängt aber nicht die GmbH als Unternehmensträger und Körperschaftssteuersubjekt.

Um die etablierte verfassungsrechtliche Differenzierung nach der Vermögensabschirmung zu bewahren, müsste begründet werden, dass auch in Zukunft nicht die Personengesellschaft, sondern die Gesellschafter Inhaber des Unternehmens sind. Nach Aufgabe des Gesamthandprinzips gibt es dafür aber keine zivilrechtlichen Anhaltspunkte. Die verbleibenden Unterscheide zur Körperschaft haben keine vermögensrechtliche Relevanz.

**Daraus folgt:** Die verfassungsrechtliche Legitimation der dualen Unternehmensbesteuerung wird durch das MoPeG in Frage gestellt. Diese Bedenken sollten ausgeräumt werden, bevor das Vorhaben in der vorliegenden Form weiterverfolgt wird. Zwar ist richtig, dass viele andere Länder Personengesellschaften bzw. Hybridformen wie die LLP als Rechtsträger („body corporate“) auffassen und dennoch transparent besteuern. Allerdings sind deren Steuersysteme nicht in gleicher Dichte verfassungsrechtlich überlagert, so dass das freie Regelungsermessen jener Gesetzgeber weiter reicht.

Ohne valide Absicherung könnte das MoPeG ungewollt die komplette Neuordnung der Unternehmensbesteuerung erzwingen (wobei sicherlich auch die Frage der Gewerbesteuer aufs Tableau käme). Die KG könnte ebenso wie die KGaA als Körperschaft zu behandeln sein. Vollhafter wären Mitunternehmer, während Kommanditisten wie Aktionäre besteuert würden. Das hätte gravierende Auswirkungen auf die Unternehmens- und Projektfinanzierung in Deutschland. Nicht zuletzt würde damit auch die mit dem MoPeG geplante Öffnung der KG für freie Berufe hinfällig.

### III. Weitere Anmerkungen und Kritikpunkte

#### 1. Zur Rechtsnatur der rechtsfähigen Personengesellschaft

Der Regierungsentwurf hat sich dafür entschieden, wesentliche Strukturmerkmale der Personengesellschaft beizubehalten (Personenabhängigkeit; Selbstorganschaft) und sie so von den etablierten juristischen Personen zu unterscheiden.<sup>5</sup> Gleichwohl handelt es sich um einen künstlichen geschaffenen Rechtsträger. Diese künstliche Rechtsperson könnte mit Otto von Gierkes „realer Verbandsperson“ zu identifizieren sein, die eigentlich zur Erklärung der Genossenschaft diente und sich durch ihre Personenabhängigkeit abhebt von der rein „fingierten“ juristischen Person des römischen Rechts nach Friedrich Carl von Savigny.<sup>6</sup> Man hätte es also mit einer „personenabhängigen juristischen Person“ zu tun.

#### 2. Zur Entstehung der rechtsfähigen Personengesellschaft

§ 705 II BGB-E setzt zur Erlangung der Rechtsfähigkeit nur den Willen zur gemeinsamen Teilnahme am Rechtsverkehr voraus. Das ist bereits mehrfach als zu vage kritisiert worden,<sup>7</sup> und zwar zu Recht, wie schon der Blick auf das „unternehmensbezogene Rechtsgeschäft“ („für den es angeht“) zeigt. Rechtssichere Abhilfe böte allein die Verknüpfung der Rechtsfähigkeit mit einer **konstitutiven Eintragung**.<sup>8</sup> Damit würden auch die verbleibenden Transparenzlücken geschlossen (gleich 3.).

---

<sup>5</sup> Kritisch dazu Arbeitskreis Bilanzrecht, ZIP 2021, 3, 8 ff, wo darin ein unnötiges Fortschleppen der abgeschafften Gesamthand gesehen wird.

<sup>6</sup> Ausführlich und mit durchaus weiterführenden Perspektiven auf diesen großen Streit des 19. Jahrhunderts Andreas Dieckmann, Gesamthand und juristische Person, 2019, passim.

<sup>7</sup> Z.B. Arbeitskreis Bilanzrecht, ZIP 2021, 3, 10: „Umso wichtiger ist es daher, dass die Abgrenzung anhand klarer, vom Rechtsverkehr nachvollziehbarer Kriterien vorgenommen werden kann. Denn gerade außenstehende Dritte müssen erkennen können, womit sie es zu tun haben. Dies ist bislang nicht der Fall und wird auch durch den Mauracher Entwurf nicht gewährleistet.“ Vgl. auch Habersack, ZGR 2020, 539, 550 ff.; Schall, ZIP 2020, 1143, 1448 mit einer Aufzählung von Grenzfällen.

<sup>8</sup> Dafür u.a. Arbeitskreis Bilanzrecht, ZIP 2021, 3, 11 ff.

### 3. Die verbleibende Intransparenz

Künstliche Rechtsträger sind im Interesse des Rechtsverkehrs mit Publizität auszustatten.<sup>9</sup> Es fragt sich daher, warum das MoPeG die Transparenzlücke nicht vollständig schließt, welche das Urteil ARGE Weißes Ross gerissen hat, als der BGH den Teufel der „Gesamthand“ mit dem Beelzebub der „Intransparenz“ austrieb. Das vorgesehene Anreizsystem greift zu kurz. Wirtschaftlich relevante Aktivitäten erfordern nicht zwingend den Erwerb registrierter Rechte. Man denke an Bitcoin-Investments.

Nebenbei bemerkt wird so die zur Vordertür hinausgeworfene Terminologie der „Teilrechtsfähigkeit“ durch die Hintertür wieder einführt. Denn die rechtsfähige Personengesellschaft des § 705 II BGB-E ist eben nicht uneingeschränkt rechtsfähig. *Alle* Rechte erwerben kann sie erst nach ihrer Registrierung.

Noch bis 2001 galt in Deutschland: **jeder künstliche Rechtsträger des Zivilrechts ist der Registerpublizität unterworfen**.<sup>10</sup> Die nicht registerfähige GbR konnte auch nicht im eigenen Namen erwerben. Wollten ihre Gesellschafter ein Bankkonto eröffnen, mussten sich alle als gesamthänderisch Berechtigte ausweisen. Dagegen kann die „Lilablaue Libelle GbR“ nach dem MoPeG weiterhin ihr Konto eröffnen, sofern sich ihr geschäftsführender Gesellschafter ausweist. Ihre fehlende Registrierung hindert sie nicht, hilft ihr aber am GWG samt Transparenzregister vorbei.

Nach *Fleischer/Pendl* ist die „**sauberste Lösung**“ der Transparenzproblematik eine **konstitutive Eintragung**, wie sie etwa Frankreich und Österreich vorsehen.<sup>11</sup> Der Arbeitskreis Bilanzrecht hat sich jüngst nachdrücklich dafür ausgesprochen.<sup>12</sup> Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Eine solche Konstitutivlösung muss einhergehen mit der Abschaffung der Gesamthand für die nicht rechtsfähige Gesellschaft

---

<sup>9</sup> Eingehend historisch und rechtsvergleichend Fleischer/Pendl, WM 2019, 2137 ff. und 2185 ff. Siehe auch Habersack, ZGR 2020, 539, 550 ff.

<sup>10</sup> Das galt für juristische Personen ebenso des Zivilrechts ebenso wie Personengesellschaften, die unter § 124 HGB in eigenem Rechte erwerben und Verpflichtungen eingehen können. Bei kannkaufmännischem Betrieb ist die Eintragung ins Handelsregister konstitutiv, bei istkaufmännischem Betrieb immerhin verpflichtend. Das reduzierte den legalen Betrieb nicht-registrierter, rechtsfähiger Personengesellschaften auf die überschaubare Gründungsphase (§ 123 II HGB), in der auch das Kapitalgesellschaftsrecht die Ausnahmeerscheinung der Vorgesellschaft akzeptiert.

<sup>11</sup> Fleischer/Pendl, WM 2019, 2185, 2189.

<sup>12</sup> Arbeitskreis Bilanzrecht, ZIP 2021, 3, 11 ff.; auch Habersack, ZGR 2020, 539, 554 f.

(„Innengesellschaft“), um einen Rückfall in die Zeit vor 2001 zu vermeiden.<sup>13</sup> Auch muss die Gründungsphase stimmig geregelt sein.<sup>14</sup>

Fleischer/Pendl selbst empfehlen zwar die Fakultativlösung.<sup>15</sup> Doch ihre dafür gegebene Begründung, eine Konstitutivlösung bedeute „beträchtliche Mehrarbeit“ für den Gesetzgeber, kann schon in Anbetracht des Gesamtumfangs des MoPeG nicht überzeugen. Dabei wird zunächst der immense **Gewinn an Rechtsicherheit** unterschätzt, der sich einstellt, wenn die Rechtsfähigkeit nicht nur an den „Willen zur gemeinsamen Teilnahme am Rechtsverkehr“ anknüpft (eben 2.). Auch die künftig **zwingenden** Regeln zum Umfang der organschaftlichen **Vertretungsmacht** erfordern Registertransparenz. Möglicherweise wird zudem der Aufwand für die Regulierung der Gründungsphase überschätzt. Die allgemeinen Regeln des BGB (§§ 177 ff BGB, §§ 158 ff BGB, Innengesellschaft) sind flexibel und tragen sehr weit, wenn sie nicht durch ein „Vorbelastungsverbot“ oder funktionale Äquivalente beschränkt werden. Für Letzteres besteht in einem Rechtsträger ohne Haftungsbeschränkung aber keinerlei Anlass. Zuletzt: Wenn die Konstitutivlösung in Österreich und Frankreich reibungslos funktioniert, ist schon das ein gutes Argument, diesen Weg ebenfalls einzuschlagen. Eine eigene „deutsche“ Lösung ist kein Selbstzweck.

#### **4. Zur Abdingbarkeit des Informationsrechts nach § 717 BGB-E**

Das Informationsrecht eines Vollhafter darf nicht hinter § 51a GmbHG zurückbleiben und muss daher zwingend sein.<sup>16</sup> Das ist schon ein Gebot des Art. 3 GG.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Vgl. Fleischer/Pendl, WM 2019, 2185, 2189 ff.; Habersack, ZGR 2020, 539, 554 f.

<sup>14</sup> Fleischer/Pendl, WM 2019, 2185, 2189 ff.; Habersack, ZGR 2020, 539, 554 f.

<sup>15</sup> Fleischer/Pendl, WM 2019, 2185, 2190 f.; a.A. Arbeitskreis Bilanzrecht, ZIP 2021, 3, 11 ff.

<sup>16</sup> Ausführlich und nachdrücklich Fleischer/Heinrich, DB 2020, 827 ff., v.a. 835 („dringend erforderlich“); auch schon Schall, ZIP 2020, 1443, 1450.

<sup>17</sup> Schall, ZIP 2020, 1443, 1450. Zum verfassungsrechtlichen Argument schon BGH NJW 1989, 225, 226; siehe auch Fleischer/Heinrich, DB 2020, 827, 828 f.

## **5. Zur Einschränkung der Kündbarkeit nach § 725 VI BGB-E**

Das unbeschränkbare Kündigungsrecht aus § 723 III BGB ist unmittelbares Gebot der Privatautonomie, weil sich der Gesellschafter für die Zukunft von persönlicher Belastung durch Neuverbindlichkeiten lossagen können muss, wenn er diese nicht mehr tragen möchte. Der ursprüngliche Beitrittsentschluss darf ihn nicht dauerhaft binden, da Gesellschaftsverträge „incomplete contracts“ sind, deren künftige Wirkungen man niemals komplett abschätzen kann. Das gilt erst recht angesichts der unbegrenzten persönlichen Haftung aller BGB-Gesellschafter seit 2001. Nur in haftungsbeschränkten Verbänden liegt es anders. Die Verschärfung durch das MoPeG erscheint vor diesem Hintergrund allenfalls noch für den Handelsverkehr, nicht aber für den allgemeinen Rechtsverkehr vertretbar. Das unterstreicht die Grundsatzkritik an der Einführung eines unternehmerischen Leitbildes in das BGB anstelle der Erweiterung des HGB (gleich 6.).

## **6. Unternehmensrecht im BGB?**

Zu kritisieren ist schließlich die strikte Umsetzung eines unternehmerischen Leitbildes der Personengesellschaft im BGB anstelle einer Erweiterung des HGB auf Unternehmergeellschaften.<sup>18</sup> Die Absicht des Entwurfs, an der bewährten Unterscheidung von gewerblicher und nicht gewerblicher (freiberuflicher) Tätigkeit festzuhalten, wird durch die Öffnung der Handelsgesellschaften für Freiberufler in Frage gestellt.<sup>19</sup> Soweit gegen eine weitergehende Reform vom Handels- zum Unternehmensrecht Zeitgründe geltend gemacht werden, sollte als erste Antwort mehr Zeit gegeben werden. Die vom MoPeG gewählte Vorgehensweise führt zu systematischen Friktionen (vgl. eben schon zu 5.), die noch dadurch vertieft werden, dass das Bürgerliche Recht in immer höheren Maße durch europarechtlich induziertes Verbraucherschutzrecht überwölbt wird. Mit der alternativ vorgeschlagenen HGB-Lösung für freie Berufe ließe sich unter anderem der erhebliche Aufwand eines parallelen Registers samt aller Friktionen um den Statuswechsel ersparen.

---

<sup>18</sup> Vgl. Habersack, ZGR 2020, 539, 556: „...unglückliche(n) Ausrichtung der §§ 705 ff. BGB-E am Leitbild der unternehmenstragenden Außengesellschaft.“

<sup>19</sup> Zu Recht kritisch Habersack, ZGR 2020, 539, 553. Vgl. auch Schall, ZIP 2020, 1443, 1444.

**Erzwingt das MoPeG die rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung?**

Professor Dr. Alexander Schall, M. Jur. (Oxford)\*

Der Regierungsentwurf des MoPeG liegt vor (Schollmeyer, Editorial, NZG 4/2021, 129). Sein Hauptziel ist, die seit ARGE Weißes Ross anerkannte Rechtsfähigkeit der Außen-GbR endlich bruchlos in das Bürgerliche Recht einzufügen. Zu diesem Zweck wird das bisherige Gesamthandprinzip aufgegeben (§ 718 I BGB). Stattdessen wird das Vermögen unmittelbar der Gesellschaft zugeordnet (§ 713 BGB-E). Damit stellt sich aber 15 Jahre nach der Entscheidung des BVerfG vom 21.06.2006 (BVerfGE 116, 164) die alte Streitfrage nach der Verfassungsmäßigkeit der rechtsformabhängigen Unternehmensbesteuerung in neuem Licht.

**I. Die Abschaffung der Gesamthand durch das MoPeG**

Nach § 705 II BGB-E ist die *Außen-GbR* rechtsfähig. Nach § 713 BGB-E ist ihr Gesellschaftsvermögen zugeordnet. Damit ist das Gesamthandprinzip als Vermögensordnung der Personengesellschaften abgeschafft. Das MoPeG will hier

Schall: Erzwingt das MoPeG die rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung? (NZG 2021, 494)

495 ▲ ▼

bewusst mit der Vergangenheit brechen und klare Verhältnisse schaffen.

In ARGE Weißes Ross war zwar die Rechtsfähigkeit der *Außen-GbR* anerkannt worden. Aber der Wortlaut des § 718 BGB ordnete das Vermögen nach wie vor *den Gesellschaftern zur gesamten Hand* zu. Das Gesellschaftsvermögen stand also (noch) den Gesellschaftern zu oder vielmehr (nur oder auch) der BGB-Gesellschaft als Verband. Dieses Spannungsverhältnis war nur durch delicate Dialektik zu deuten. Für *Karsten Schmidt* war die Antwort immer klar, aber ansonsten wurde sich durch diese und ähnliche Folgefragen der neuen Struktur (zB: Musste die Anfechtungsklage immer noch gegen die Gesellschafter oder nur oder auch gegen die Gesellschaft gerichtet werden? Waren die Komplementäre noch Kaufleute?) eher pragmatisch durchgehängt und gerangelt. Jenseits des Grundbuchs war die Frage für die Praxis aufgrund der mangelnden Einzelverfügungsbefugnis der Gesellschafter nicht so wichtig. Theoretisch war die Unzuverlässigkeit des Gesetzeswortlauts indes unbefriedigend, und daher nun der klare Schnitt. Doch so nachvollziehbar das erscheint, könnte die Aufgabe des Gesamthandprinzips mit einer unerwünschten Nebenwirkung einhergehen, weil sie die Rechtfertigung für die rechtsformabhängige Unternehmensbesteuerung beseitigt. Dazu ist als Nächstes der Blick zurück in die Vergangenheit zu richten.

**II. Der alte Verfassungsstreit um die rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung**

Im Jahr 1999 legte der dritte *Senat* des *BFH* im Wege der konkreten Normenkontrolle dem *BVerfG* den damaligen § 32 c EStG aF zur Prüfung am Maßstab des Gleichheitsgebots vor, welches er im Einklang mit der hL verletzt sah.<sup>1</sup> Die meisten Details des Streits um jene längst verblichene Norm, mit der in Zeiten hoher Steuersätze einer Grenzbelastung durch die Gewerbesteuer entgegen gewirkt werden sollte, spielen vorliegend keine Rolle. Wichtig ist nur, dass ein zentraler Punkt auch die Frage der Rechtfertigung der dualen Unternehmensbesteuerung war.<sup>2</sup> Das *BVerfG* verneinte ein Verfassungsgebot rechtsformneutraler Unternehmensbesteuerung.<sup>3</sup> Der *BFH* hatte für ein solches



Gebot das Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit ins Feld geführt.

In der Tat folgt aus Art. 3 GG ein Gebot gleicher Besteuerung nach der finanziellen *Leistungsfähigkeit*, von dem nur aus besonderem Grund abgewichen werden darf.<sup>4</sup> Diesem Argument hielt das *BVerfG* jedoch formaljuristisch das Trennungsprinzip der Kapitalgesellschaften entgegen, das zu einer „Abschirmung der Vermögenssphäre“ von den Anteilseignern führe, weshalb dort auf die Leistungsfähigkeit der Gesellschaft und nicht auf die der Anteilseigner abgestellt werden dürfe (nicht aber müsse!). Es lohnt sich, diese Passagen genau nachzulesen, um ihre mögliche Fernwirkung für das MoPeG abschätzen zu können.

*BVerfGE* 116, 164 = NJW 2006, 2757 Rn. 116: Der X. Senat des *BFH* vertritt in seinem Vorlagebeschluss hierzu die Auffassung, dass es gegen Art. 3 I GG verstoße, wenn durch eine Regelung des Einkommensteuerrechts – wie § 32 c EStG [sc.: aF] – entnommene Gewinne von Personenunternehmen und ausgeschüttete Gewinne von Kapitalgesellschaften steuerlich unterschiedlich belastet würden, weil die unterschiedliche Rechtsform, mit deren Hilfe die Einkünfte erzielt würden, kein hinreichend belastbares Differenzkriterium bilde. Dieser Rechtsauffassung liegt eine materielle (wirtschaftliche) Betrachtung zugrunde, nach der wirtschaftliche *Leistungsfähigkeit* unabhängig von der jeweiligen Rechtsform entsteht, die als Instrument zur Erzielung der Einkünfte eingesetzt wird. Eine andere Bewertung liegt näher, wenn die *rechtliche Trennung zwischen Kapitalgesellschaft und Anteilseigner* ins Blickfeld gerückt wird. Bei einer solchen eher formellen, rechtsformorientierten Sicht tritt eine Kapitalgesellschaft in den Vordergrund, die rechtlich selbstständig ist und als juristische Person losgelöst von den dahinterstehenden Personen arbeitet.

...

Rn. 118: Einen solchen Grund [sc.: zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung liefert die *Abschirmung der Vermögenssphäre* einer Kapitalgesellschaft gegenüber ihren Anteilseignern. Diese Abschirmung bewirkt, dass *in der abgeschirmten Vermögenssphäre eine eigenständige und objektive Leistungsfähigkeit entsteht*, die von der individuellen und subjektiven Leistungsfähigkeit der hinter der Kapitalgesellschaft stehenden Personen getrennt und unabhängig von ihr besteuert werden darf. *Das Steuerrecht nimmt damit bei der Bestimmung verschiedener Zurechnungssubjekte steuerlicher Leistungsfähigkeit verfassungsrechtlich bedenkenfrei die zivilrechtliche Grundentscheidung auf, nach der bei Personengesellschaften das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern zugerechnet wird (vgl. § 718 BGB iVm § 105 III HGB, § 161 II HGB)*, während das Vermögen der Kapitalgesellschaften gegenüber dem Vermögen ihrer Gesellschafter grundsätzlich selbstständig ist. ...

Rn. 120: Die das deutsche Steuerrecht traditionell prägende Annahme, dass in der abgeschirmten Vermögenssphäre einer Kapitalgesellschaft eine eigenständige, objektive Leistungsfähigkeit entsteht, nicht jedoch bei Einzelunternehmen und Personengesellschaften, bildet *ein mögliches Differenzierungskriterium*, das mit dem Belastungsgrund wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit durch Vermehrung des Betriebsvermögens vereinbar ist und das den Gesetzgeber zwar nicht zwingt, bei Ertrags- bzw. Einkommensbesteuerung anhand der Rechtsform zu unterscheiden, es ihm aber auch nicht grundsätzlich verbietet.

### III. Schlussfolgerung für das MoPeG

Das MoPeG entzieht der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des dualen Steuersystems nach *BVerfGE* 116, 164 den Boden. Das einzige vom Gericht herangezogene Differenzierungskriterium war die „Abschirmung der Vermögenssphäre“ der juristischen Person. Und dieses Kriterium entfällt mit dem MoPeG. Durch die unmittelbare Zuordnung des Vermögens zur Personengesellschaft in § 713 BGB-E wird diese zur Unternehmensträgerin. Dadurch entsteht die gleiche „*eigenständige und*

objektive Leistungsfähigkeit“, die von der individuellen und subjektiven Leistungsfähigkeit der hinter der Gesellschaft stehenden Personen getrennt zu betrachten ist. Aufgrund der Streichung des § 718 I BGB gibt es definitiv keine „Zurechnung“ des Gesellschaftsvermögens zu den Gesellschaftern mehr. Leistungsfähig im Sinne des Steuerrechts ist nur noch die Gesellschaft.

Diesem Befund lässt sich nicht entgegnen, dass die Rechtsträgerschaft Personengesellschaft bereits seit dem Urteil des BGH vom 29.1.2001<sup>5</sup> bestand, so dass das BVerfG im Jahr 2006 bereits das neue System abgesegnet hatte.<sup>6</sup> Es mag zwar schon sein, dass die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR logisch nur noch den Schluss auf ihre alleinige Vermögensinhaberschaft zuließ, wie Karsten Schmidt das beständig und mit Nachdruck vertrat.<sup>7</sup> Jedoch hat das BVerfG so nicht argumentiert. Es hat vielmehr auf das gesetzlich verankerte Gesamthandprinzip abgehoben. Und das vollkommen zu Recht. Denn die Rechtspraxis ist auch nach ARGE Weißes Ross nie so weit gegangen, die Geltung des § 718 BGB an-

Schall: Erzwingt das MoPeG die rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung? (NZG 2021, 494)

496 ▲ ▼

zuzweifeln. Der BGH hat seine Rechtsfortbildung im Anschluss an Werner Flume gerade auf das Gesamthandprinzip gestützt<sup>8</sup> – was selbstverständlich ausschließt, dass er § 718 BGB „streichen“ wollte. Dementsprechend setzte er die eigene Rechtsträgerschaft der Außen-GbR (und aller Personengesellschaften) niemals so konsequent durch wie das MoPeG. Er verlangte zB für die Beschlussanfechtung nach wie vor im Grundsatz eine (Feststellungs-)Klage gegen alle Mitgesellschafter, obzwar vorbehaltlich einer abweichenden Regelung im Gesellschaftsvertrag<sup>9</sup> (anders jetzt § 113 II HGB-E: nur Klage gegen die Gesellschaft). In Anbetracht dessen kann man die Zeit zwischen 2001 und 2021 am besten als eine „hybride Rechtslage“ verstehen. Obwohl die Personengesellschaft durch ARGE Weißes Ross zum rechtsfähigen Rechtsträger avanciert war, so bezog sie diese Rechtsfähigkeit nur aus der gesamthänderisch gebundenen Vermögensträgerschaft ihrer Gesellschafter. Damit ist es nach dem MoPeG vorbei.

#### IV. Rettung durch BVerfGE 145, 106

Allerdings hatte sich das BVerfG im Jahr 2017 im Zuge des Verfassungswidrigkeitsurteils über den mittlerweile ersatzlos gestrichenen § 8 c I 1 KStG aF nochmals zur grundsätzlichen Rechtsfertigung des dualen Steuersystems verhalten.<sup>10</sup> Dabei hatte es sein Urteil aus 2006 klar bestätigt, allerdings seine Begründung noch etwas erweitert – was wohl mit Blick auf die Kritik geschah, seinerzeit an der „Teilrechtsfähigkeit“ der Personenaußengesellschaften vorbei argumentiert zu haben.<sup>11</sup>

BVerfGE 145, 106 = NZG 2017, 828 (832) Rn. 113: „Mit dem eigenständigen steuerlichen Zugriff auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Kapitalgesellschaft nimmt das Steuerrecht die zivilrechtliche Grundentscheidung auf, die das Gesellschaftsvermögen einer Kapitalgesellschaft von dem Vermögen ihrer Gesellschafter trennt und zugleich die Haftung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt (§ 1 AktG; § 13 I und II GmbHG). Bei der Personengesellschaft ordnet dagegen das Zivilrecht – ungeachtet der rechtlichen Selbständigkeit der Gesellschaft (§ 124 – das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern *als gemeinschaftliches Vermögen* zu [§ 718 I BGB iVm § 105 III, § 161 II HGB]; die Gesellschafter haften für Verbindlichkeiten der Gesellschaft *grundsätzlich persönlich auch mit ihrem sonstigen Vermögen* [§ 128, § 161 II, § 171 I HGB].

Rn. 114: Die auf diese Weise bewirkte stärkere Abschirmung der Vermögenssphäre einer Kapitalgesellschaft gegenüber ihren Anteilseignern hat zur Folge, dass in der abgeschirmten Vermögenssphäre eine eigenständige Leistungsfähigkeit entsteht, die getrennt von der individuellen

Leistungsfähigkeit der hinter der Kapitalgesellschaft stehenden Personen besteuert werden darf ...<sup>12</sup>

Das Gesamthandprinzip steht nach wie vor im Zentrum der Rechtfertigung durch die „Abschirmung der Vermögenssphäre“. Jedoch nimmt das Gericht jetzt auch Rekurs auf den Grundsatz der persönlichen Gesellschafterhaftung. An der Gesellschafterhaftung rüttelt das MoPeG nicht. Es fragt sich daher, ob der Haftungsaspekt künftig die Rechtfertigung des dualen Systems alleine stemmen kann.<sup>13</sup>

Daran ist zu zweifeln. Trotz des unterschiedlichen Ausgangspunkts<sup>14</sup> haften Kommanditisten nach erbrachter Einlage genauso wenig wie Aktionäre (§ 171 I Hs. 2 HGB). Auch an den Verlusten werden sie nicht beteiligt (§ 167 III HGB). Erhalten sie ihre Einlage zurück, lebt ihre persönliche Haftung zwar theoretisch wieder auf. Diese Haftung wird aber zumeist durch den Insolvenzverwalter durchgesetzt und zur Masse der Gesellschaft eingezogen (§ 171 II HGB), so dass sich der Unterschied zur Rückgewähr verbotener Ausschüttungen nach §§ 57, 62 AktG praktisch darauf reduziert, dass im letzten Fall bereits die Auszahlung verboten ist. Auch zwischen OHG und GmbH schrumpft der Unterschied, wenn man die umfangreiche Mithaftung der Privatgesellschafter durch Bürgschaften und Garantien berücksichtigt.

Damit ist freilich das Argument aus dem Trennungsprinzip noch nicht ausgeräumt. Das *BVerfG* argumentiert zum dualen Steuersystem ja ausdrücklich nicht auf Basis einer wirtschaftlichen Betrachtung, sondern folgt der dogmatischen Differenzierung des Zivilrechts. Doch auch hier bewirkt das MoPeG einen entscheidenden Wandel. Noch bis 1998 mussten in der Firma der OHG zwingend die Namen der persönlich haftenden Gesellschafter genannt werden. Ihre persönliche Haftung nach § 128 HGB rührte schlicht aus der Tatsache, dass sich die Komplementäre wechselseitig in aller Namen verpflichteten – weshalb bisweilen mit starken Gründen die Geltung des § 128 HGB für Deliktsschulden bestritten wurde.<sup>15</sup>

Nach dieser traditionellen Begründung spiegelte die persönliche Gesellschafterhaftung in der OHG (aber nicht in der KG!<sup>16</sup>) in der Tat die enge persönliche Verbindung, ja Identität der Gesellschafter mit ihrem Unternehmen. Die persönliche Haftung war auf der Passivseite das Ebenbild des Gesamthandprinzips auf der Aktivseite. Doch auch das ist jetzt vorbei. Außen-GbR, OHG und KG sind unbeschränkt rechtsfähige Personengesellschaften, deren Vermögen getrennt von dem ihrer Gesellschafter ist. Die Unternehmensschulden werden allein und unmittelbar in ihrem Namen eingegangen. § 713 BGB-E ordnet sie ebenso wie die Vermögenswerte unmittelbar der Gesellschaft zu und trennt sie so von den Gesellschaftern. Die unbeschränkte persönliche Haftung für die Schulden der Gesellschaft besteht in Außen-GbR und OHG zwar fort (§§ 721 ff. BGB-E; §§ 121 ff. HGB-E). Sie ist nun aber nicht mehr selbstverständlicher Grundsatz, sondern zur begründungsbedürftigen Ausnahme mutiert.<sup>17</sup> Nach allgemeinem Zivilrecht haftet jedes Rechtssubjekt *allein* für die in seinem Namen eingegangenen Verbindlichkeiten. Die Gesellschafterhaftung in der künftigen Personengesellschaft beruht nicht mehr auf dem Sich-Verpflichten im gemeinsamen Namen („en nom collectif“) und steht daher nicht mehr für die Identität der Gesellschafter mit ihrem Unternehmen. Vielmehr stellt sie sich als Folge eines (beschränkten oder unbeschränkten) gesetzlichen Schuldbeitritts dar, den das Zivilrecht anordnet, um die Kreditbasis des Unternehmens der Personengesellschaft zu erweitern.<sup>18</sup> Sicherlich kann diese Mithaftung, wie ja schon

eine bloße Verlustbeteiligung, zur steuerlichen Mitunternehmerschaft am Unternehmen eines anderen Rechtsträgers führen. Sie leitet aber dessen Vermögen nicht um. Weder der Komplementär der KGaA noch der atypische Stille verdrängen den Unternehmensträger als Steuersubjekt. Und genau das musste doch zivilrechtlich begründet werden, um die im Steuerrecht dominierende „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ (vgl. § 39 AO) zu überwinden.

## V. Ausblick

Die duale Unternehmensbesteuerung wird künftig einer neuen Rechtfertigung bedürfen. Denn mit der Abschaffung des Gesamthandprinzips durch § 713 BGB-E entfällt die bislang entscheidende Abgrenzung der Personen- zu den Kapitalgesellschaften. Die Folge wäre dann doch noch ein Gebot der rechtsformneutralen Unternehmensbesteuerung.

Dieser Befund unterstreicht die bereits andernorts erhobene Forderung, die dogmatischen Folgen des MoPeG wohl zu wägen.<sup>19</sup> Denn am Ende entscheidet vor Gericht die Dogmatik, nicht die Politik oder die Ökonomie. Und das gilt in dieser Frage wie gesehen gerade auch vor dem Verfassungsgericht. Man sollte dabei nicht auf „Wo kein Kläger, da kein Richter“ vertrauen. Irgendwann wird schon ein Aktionär genauer hinterfragen, warum seine persönliche Steuerlast in Relation zum anteiligen Unternehmensgewinn höher liegen sollte als die eines Kommanditisten.

---

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Privat- und Unternehmensrecht sowie Rechtsvergleichung an der Law School der Leuphana Universität Lüneburg.

<sup>1</sup> BFHE 188, 69 = NJW 1999, 1736 = NZG 1999, 547 Ls.

<sup>2</sup> Zum Streit um dieses Prinzip etwa *Hennrichs* FR 2010, 721; *StuW* 2007, 16; *StuW* 2002, 201; *Hey* BB 2007, 1303; *Wagner* *StuW* 2006, 101; *Siegel* FS *Wagner*, 2004, 193 ff.; zur Rechtfertigung der besonderen Besteuerung von REITS *Spoerr/Hollands/Jacob* DStR 2007, 49. Zum geplanten Modell einer Optionslösung innerhalb des dualen Systems *Stein* BB 2020, 1879.

<sup>3</sup> *BVerfGE* 116, 164 = NJW 2006, 2757 (2763 Rn. 116 ff.); bestätigt in *BVerfGE* 145, 106 = NZG 2017, 828.

<sup>4</sup> Siehe etwa *BVerfGE* 120, 1 = NVwZ 2008, 1102 Rn. 112.

<sup>5</sup> *BGHZ* 146, 341 = NZG 2001, 311.

<sup>6</sup> In dieser Richtung aber *AK Bilanzrecht*, ZIP 2021, 3 (6 f.).

<sup>7</sup> *MüKoHGB/Schmidt*, 4. Aufl. 2016, § 105 Rn. 8.

<sup>8</sup> Siehe nur *Altmeppen* NZG 2020, 822; *Schall* ZIP 2020, 1443 (1445 f.).

<sup>9</sup> *BGH* NZG 2015, 1242; NZG 2013, 57 Rn. 13; NZG 2011, 544; NZG 2009, 707 Rn. 23; aA *K. Schmidt* ZGR 2008, 1: nur (Anfechtungs-)Klage gegen Gesellschaft.

<sup>10</sup> *BVerfGE* 145, 106 = NZG 2017, 828.

<sup>11</sup> Diese Kritik erneuernd *AK Bilanzrecht*, ZIP 2021, 3 (6).

<sup>12</sup> *BVerfGE* 145, 106 = NZG 2017, 828 Rn. 113.

<sup>13</sup> Das für möglich haltend *AK Bilanzrecht*, ZIP 2021, 3 (7). Für Relevanz der unterschiedlichen Haftung schon *Drüen* GmbH 2008, 393 (398); aA *Hennrichs* FR 2010, 721 (727).

<sup>14</sup> Dazu nur *Schall* in *Heidel/Schall*, HGB, 3. Aufl. 2020, § 171 Rn. 17 ff.; für Annäherung der Haftungen *Bartlitz* Die Haftung des Kommanditisten auf Grundlage kapitalgesellschaftsrechtlicher Prinzipien, 2016, 72 ff.

<sup>15</sup> *ZB Schäfer* ZIP 2003, 1225 (1227 ff.).

<sup>16</sup> Die persönliche Haftung des Kommanditisten wird häufig aus dem Grundsatz des § 128 HGB hergeleitet, hat aber in Wahrheit eine ganz eigenständige Grundlage, Natur und Funktion, vgl. dazu *Schall* in *Heidel/Schall* HGB, 3. Aufl. 2020, § 171 Rn. 5 f. u. 21 ff.

<sup>17</sup> Siehe schon *Schall* ZIP 2020, 1443 (1447).

<sup>18</sup> Früher hätte man wohl noch gesagt, mit der persönlichen Haftung würden die Gläubiger von Personengesellschaften für das Fehlen eines besonders aufzubringenden und zu erhaltenden Mindestkapitals kompensiert. Doch das überzeugt seit Einführung der UG (§ 5

<sup>19</sup> a GmbHG) nicht mehr.  
*Schall* ZIP 2020, 1443.

Alexander Schall<sup>\*)</sup>

## Eine dogmatische Kritik am „Mauracher Entwurf“ zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts

*Der „Mauracher Entwurf“ eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) liegt vor. Er wurde in knapp anderthalb Jahren von einer hochrangig besetzten Expertenkommission unter Ägide des Bundesjustizministeriums erarbeitet. Geplant ist ein großer Wurf. Das gesamte Recht der GbR wird neu abgefasst und geordnet, wodurch auch weite Teile des Rechts der OHG ihr Gesicht verändern. Der vorliegende Beitrag akzeptiert die Notwendigkeit einer Reform, hinterfragt aber kritisch deren erheblichen Umfang und dogmatische Absicherung, bevor er anschließend ausgewählte Einzelprobleme in technischer Hinsicht beleuchtet.*

### I. Einleitung: Der „Mauracher Entwurf“ zum MoPeG

Eine Reform des Personengesellschaftsrechts ist überfällig. Die von der Zweiten Kommission nicht zu Ende gedachte Einfügung des Gesamthandprinzips hat fundamentale Korrekturen im Wege der Rechtsfortbildung nötig gemacht, die in der Anerkennung von Teilrechtsfähigkeit und unbeschränkbarer Gesellschafterhaftung bei der Außen-GbR gipfelten. Seit der BGH-Entscheidung ARGE Weißes Ross bilden die §§ 705 ff. BGB das geltende Recht in wesentlichen Teilen unrichtig bzw. unvollständig ab. Das ist nicht lediglich ein Ärgernis für die Rechtslehre, sondern verletzt die Kodifikationsidee und unterminiert das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG). Dem soll nun der wuchtige „Mauracher Entwurf“ abhelfen.<sup>1)</sup> Er rückt die teilrechtsfähige Außen-GbR ins Zentrum und lässt sich auf folgende Leitlinien zusammenfassen:

- Die auf Dauer angelegte, **unternehmerische Außen-GbR** wird zum Leitbild der §§ 705 ff. BGB-E erhoben. Sie entsteht durch die vom gemeinsamen Willen aller Gesellschafter getragene Teilnahme der gegründeten Gesellschaft am Rechtsverkehr (§ 705 Abs. 2 BGB-E). Anstelle des Gesamthandprinzips tritt die eigene Vermögensinhaberschaft der Außen-GbR als teilrechtsfähiger Rechtsträger (§ 713 BGB-E). Die reine Innengesellschaft wird nachlaufend gesondert geregelt (§§ 740 ff. BGB-E).
- Zur rechtssicheren Handhabung der Teilrechtsfähigkeit wird ein Gesellschaftsregister (§§ 707 ff. BGB-E) geschaffen. Die Eintragung dort ist nicht verpflichtend, sondern funktioniert über ein Anreizsystem. Sie soll Voraussetzung für die Teilnahme an Umwandlungsvorgängen, die ihr umfassend ermöglicht wird, sowie für den Erwerb registrierter Rechte sein (Grundbuch).
- Die alternative Regelungstechnik einer „offenen Gesellschaft“ (OG) nach österreichischem Vorbild (§ 105 UGB), mit der wie bei GmbH und AG jeder zulässige Zweck verfolgt werden kann, wurde abgelehnt und die Trennung zwischen kaufmännischen und nicht-kaufmännischen Personengesellschaften beibehalten. Allerdings sollen die Personhandelsgesellschaften für freie Berufe geöffnet werden (§ 107 Abs. 1 Satz 2 HGB-E), namentlich um ihnen die Gestaltung der GmbH & Co KG zu ermöglichen. Die PartG bleibt freilich erhalten.

Zur Umsetzung des Reformvorhabens wird das gesamte Recht der GbR neu abgefasst. Dazu werden:

- in großem Umfang Normen und Normkomplexe des HGB, die bisher allein auf die OHG bezogen waren, in das BGB vorverlegt. Das erfolgt meist in unveränderter Form und betrifft namentlich die zwingenden Regeln zur akzessorischen Gesellschafterhaftung (§§ 721-E, 721a-E, 721b-E; bisher §§ 128 – 130 HGB), aber auch die Ausscheidengründe nach §§ 723-E ff., welche an die Stelle der bisherigen Auslösungsgründe treten, oder die Liquidationsvorschriften.
- auch alle Regelungen, die vom HGB abweichen (z. B. zu Geschäftsführung und Außenvertretung) durchweg modernisiert und umplatziert. Die inhaltlichen Änderungen sind teils tiefgreifend. So wird z. B. die Außenvertretungsmacht unbeschränkbar (§ 720 BGB-E) und das Verbot der Beschränkung der ordentlichen Kündigung fällt dahin (§ 725 Abs. 1 und 5 BGB-E).
- wichtige Institute wie die Anfechtungsklage (§§ 714a ff. BGB-E) oder die actio pro socio (§ 715a BGB-E) erstmals explizit in das Gesetz eingeführt.

In der Folge wird der Entwurf aus Perspektive der Dogmatik kritisch beleuchtet. Das erfolgt in zwei Schritten. Zunächst wird in einer Grundsatzkritik angeregt, die Alternative einer minimalinvasiven Umsetzung unter weitest möglicher Beibehaltung der „Hausnummern“ in Betracht zu ziehen (sub II).<sup>2)</sup> Dabei wird namentlich die Notwendigkeit eines Bruchs mit der Gesamthanddogmatik hinterfragt, welcher der rechtsfähigen Außen-GbR zu viel Raum lässt (III). Anschließend werden ausgewählte Einzelprobleme angesprochen, die bei Durchsicht des Entwurfs ins Auge fallen (sub IV). Dabei liegt der Fokus auf technischen und dogmatischen Überlegungen. Rechtspolitische Einzelentscheidungen der Kommission, zu denen die Entwurfsbegründung eingehend Stellung bezogen hat, werden dagegen an dieser Stelle keiner Reprise unterzogen. Diese Diskussionen werden andernorts geführt werden.

### II. Plädoyer für eine minimalinvasive Reform

#### 1. Grundsätzliche Überlegungen zur Regelungstechnik

Die Reform greift massiv in den klassischen Normbestand von BGB und HGB ein. Auch wenn ihr Anliegen grundsätzlich berechtigt ist: Jeder Zivilrechtler dürfte eingedenk der Schuldrechtsreform 2002 den notwendigen Umfang eines solchen Mammutvorhabens kritisch hinterfragen. Die komplette Neufassung so zentraler Normkomplexe stellt einen tiefen Einschnitt in die gelebte Rechtspraxis dar. Sie beseitigt Wissen,

<sup>\*)</sup> Univ.-Prof., Dr. iur., M. Jur. (Oxford). Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Privat- und Unternehmensrecht sowie Rechtsvergleichung an der Law School der Leuphana Universität Lüneburg.

1) Dazu die Vorstellungen aus Sicht von Beteiligten M. Noack, NZG 2020, 581; Schäfer, ZIP 2020, 1149; grds. positiv zum Entwurf die kritische Analyse von Bachmann, NZG 2020, 612; ablehnend dagegen Altmeyen, NZG 2020, 822.

2) Dafür eindringlich auch Altmeyen, NZG 2020, 822, 823.

das für sämtliche heute aktiven Juristen zum Kernbestand gehört. Zeitlose Werke von „Riesen“ unserer Zunft, auf deren Schultern wir alle stehen, werden künftig kaum noch zugänglich sein. Ein derart intensiver Eingriff muss sehr genau auf seine Verhältnismäßigkeit geprüft werden. Bei der großen Schuldrechtsreform 2002, gegen die seinerzeit massiv opponiert wurde, ließ sich immerhin auf den erheblichen Zugewinn durch ein kohärentes Leistungsstörungenrecht verweisen. Wer sehnt sich schon die Abgrenzung von unmittelbaren zu entfernten Mangelfolgeschäden beim alten § 635 BGB zurück?

Beim MoPeG liegt der Fall keineswegs klar. Einerseits sind die Korrekturen des Gesetzes in zentralen Fragen unumstößlich.<sup>3)</sup> Um das geltende Recht abzubilden, müssen zumindest die Rechtsträgerschaft der Außen-GbR und ihre Voraussetzungen, die dispositive Übertragbarkeit ihrer Anteile und die Außenhaftung ihrer Gesellschafter festgeschrieben sowie Rechtssicherheit bezüglich der Registrierung geschaffen werden. Es entspricht durchaus guter kodifikatorischer Tradition, bei so erheblichem Änderungsbedarf gleich ein fundamentales Revirement des betroffenen Rechtsgebiets in Betracht zu ziehen.

Andererseits könnten die erforderlichen Änderungen auch punktgenger durch chirurgische Eingriffe in den lebenden Organismus vorgenommen werden.<sup>4)</sup> Das wiegt umso mehr, als die meisten Neuregelungen ohnehin dispositiv sind. Der „Mauracher Entwurf“ verschreibt sich betont der Privatautonomie (§ 708 BGB-E). Gerade dann fragt sich aber, warum sämtliche existierenden Regelungen der §§ 705 ff. BGB einem neuen Leitbild zuliebe versetzt und umgestaltet werden sollen. Professionelle unternehmerische Gesellschaften werden doch von der Kautelarjurisprudenz bestens versorgt.<sup>5)</sup> Demgegenüber muss sich das BGB auch um die vielen Klein- und Gelegenheitsgesellschaften kümmern, in denen Ärzte eine Gemeinschaftspraxis betreiben, Studenten eine WG gründen, Paare ihr Grundstück halten, Nachbarn ihr Heizöl gemeinsam bestellen oder Kumpels einen Kasten Bier kaufen und plötzlich ein Auto gewinnen. Solche Konstellationen werden mit einem schärferen Haftungsmaßstab als der „diligentia quam in suis“<sup>6)</sup> oder einer Anfechtungsklage als „default rule“ nicht mehr sachgerecht bedient. Der Entwurf zwingt zu Ausweichlösungen (stillschweigende Abdingung etc.),<sup>7)</sup> die der Überzeugungskraft einer neuen Kodifikation abträglich sind. Sollte man daher nicht besser die unternehmerische Außen-Gesellschaft ins HGB verweisen, wo sie hingehört, anstatt die Gelegenheitsgesellschaft in die hinterste Ecke des BGB zu drängen? Das leitet nahtlos über in den nächsten Punkt.

## 2. Zweifel am Gesellschaftsregister

Die Probleme aus der Anerkennung eines nicht-registrierbaren Rechtsträgers wurden durch § 899a BGB, § 47 Abs. 2 GBO nicht befriedigend gelöst. Abhilfe durch deren Ausdehnung auf das Kausalgeschäft hat der „Mauracher Entwurf“ mit ausführlicher und wohl gewogener Begründung abgelehnt.<sup>8)</sup> Stattdessen wurde die lange geforderte Registrierungsoption für die Außen-GbR eröffnet. Dabei wird die Erlangung der Rechtsfähigkeit aber nicht, wie vielfach gefordert, von der Eintragung abhängig gemacht.<sup>9)</sup> Auch eine Eintragungspflicht ist nicht vorgesehen. Vielmehr lockt der Entwurf mit Anreizen zur

freiwilligen Registrierung: freie Verlegbarkeit des tatsächlichen Sitzes, unbeschränkte Teilnahme an Umwandlungsvorgängen und Möglichkeit zum Erwerb registrierter Rechte, z. B. Grundstücke – was künftig ohne Eintragung nicht mehr möglich sein soll. Durch diese „registerrechtliche Immobilisierung“<sup>10)</sup> wird *en passant* eine neuartige Kategorie der „Teilrechtsfähigkeit“ für die nicht-registrierte Außen-GbR begründet.

Soweit, so gut. Doch warum mit so viel Aufwand ein eigenes Register schaffen?<sup>11)</sup> Viel einfacher scheint doch, der unternehmerischen (oder auch jeder) Außen-GbR den „Opt-in“ zu einer Kann-OHG zu eröffnen, wie es dem Regelungsmodell der Vermögensverwaltungsgesellschaft in § 105 Abs. 2 HGB entspricht. Das hat *Karsten Schmidt* schon 2013 vorgeschlagen.<sup>12)</sup> Österreich ist im Jahre 2007 mit seiner offenen Gesellschaft (oG) ganz ähnlich vorgegangen. Die Logik scheint bestechend. Der Entwurf schreibt für die Außen-GbR nur fest, was für die OHG längst gilt: eigene Rechtsträgerschaft, zwingende Gesellschafterhaftung und unbeschränkbare Vertretungsmacht. Der Informationsgehalt des neuen Registers entspricht insoweit dem des Handelsregisters. Und der Aufwand wäre viel geringer.

Gleichwohl tritt der Mauracher Entwurf einer „HGB-Lösung“ nicht näher. Er will offenbar aus Zeitgründen am tradierten Kaufmannsbegriff festhalten, um eine Totalrevision des Handelsrechts zu vermeiden.<sup>13)</sup> Diesen Ausgangspunkt ihrer Überlegungen hat die Kommission durch ihren Mammutentwurf am Ende jedoch selbst in Frage gestellt. Denn der Kaufmannsbegriff würde durch die Reform eben doch völlig aufgebrochen. Während Personenhandelsgesellschaften für freie Berufe geöffnet würden (§ 107 HGB-E),<sup>14)</sup> wären Komplementäre nach Abschaffung des Gesamthandprinzips keine Kaufleute mehr (näher unter 3.3). Damit müssten die subjektiven Grenzen des Handelsrechts völlig neu vermessen werden.

Dazu kommt: Das Handelsregister beherbergt bereits jetzt eine beachtliche Zahl von Rechtsträgern, die kein Handelsgewerbe betreiben. Kapitalgesellschaften sind Formkaufleute und können jedem zulässigen Zweck dienen. Ebenso könnte jede eingetragene Kann-OHG ungeachtet ihres Gesellschaftszwecks als Formkaufmann ausgewiesen werden – was den Gesetzgeber dann natürlich nicht zwingt, automatisch *alle* Vorschriften des HGB zur Anwendung zu bringen und etwa der eingetragenen Grundstücks-OHG der Eheleute eine Bilanz abzuverlangen.<sup>15)</sup>

Vor diesem Hintergrund sollte die aufwendige Schaffung eines besonderen Gesellschaftsregisters nochmals zugunsten der Al-

3) *Altmeyen*, NZG 2020, 822, 823.

4) *Altmeyen*, NZG 2020, 822, 823.

5) So auch *Bachmann*, NZG 2020, 612, 613, speziell mit Blick auf die Anfechtungsklage.

6) Kritisch *Bachmann*, NZG 2020, 612, 613.

7) *Bachmann*, NZG 2020, 612, 613.

8) Begründung Mauracher Entwurf (in der Folge: Begr.ME), S. 140 ff.

9) Dazu ausf. Begr.ME, S. 72 f.

10) Begr.ME, S. 88.

11) Zweifelnd auch *Altmeyen*, NZG 2020, 822 f.

12) *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2013) 712, 728 f.; für den Weg über das Handelsrecht auch *Altmeyen*, NZG 2020, 822, 823.

13) *Noack*, NZG 2020, 581, sub II. Ohne Gründe dagegen Begr.ME, S. 72 ff. und *Schäfer*, ZIP 2020, 1149, 1151.

14) Was *Schäfer*, ZIP 2020, 1149, 1154 als „minimalinvasiv“ beurteilt.

15) Richtig *Westermann*, NJW 2016, 2625, 2627.

ternative einer generellen Öffnung des Handelsregisters für Außengesellschaften überdacht werden.<sup>16)</sup>

### 3. Abschied von der Gesamthand – konsequente Modernisierung oder riskanter Bruch mit der Dogmengeschichte?

#### 3.1 Die rechtsfähige Außengesellschaft und ihr Vermögen ersetzen die Gesamthand

Das Herzstück der Reform ist die explizite Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR.<sup>17)</sup> Sie wird allein an den Außenauftritt geknüpft (§ 705 Abs. 2 BGB-E)<sup>18)</sup> und führt dazu, dass die Gesellschaft selbst der unmittelbare und alleinige Träger ihres Vermögens ist (§ 713 BGB-E). Das Konzept der Gesamthand wird vom Entwurf ausdrücklich aufgegeben, die §§ 718, 719 BGB werden ersatzlos gestrichen.

§ 705 Abs. 2 BGB-E: „Die Gesellschaft kann Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, wenn sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll (rechtsfähige Personengesellschaft).“

§ 713 BGB-E: „Die Beiträge der Gesellschafter sowie die für die Gesellschaft erworbenen Rechte und die gegen sie begründeten Verbindlichkeiten sind Vermögen der Gesellschaft.“

Damit hat der Entwurf das Leiterteil BGHZ 146, 243 ARGE Weißes Ross „überschießend“ umgesetzt. Der BGH hatte die beschränkte Rechtssubjektivität der GbR in Gefolgschaft von *Otto von Gierke* und *Werner Flume* auf Basis der „Gruppentheorie“ der Gesamthand begründet.<sup>19)</sup> Der Entwurf hat aber nicht die „Teilrechtsfähigkeit“ der Gesamthand nachgezeichnet. Vielmehr hat er die Gesamthand als Prinzip der Vermögenszuordnung in der Personengesellschaft abgeschafft. Eine dingliche Verbindung der Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen besteht nicht mehr. An ihre Stelle ist die „rechtsfähige Personengesellschaft“ (§ 14 Abs. 2 BGB) als Rechtsträger getreten, die unmittelbar und allein das Gesellschaftsvermögen hält.

Das war auf jeden Fall mutig. Noch 2016 mutmaßte *Francis Limbach*: „Es ist denkbar, dass ein Abschied vom Gesamthandprinzip im Recht der Personengesellschaften als abrupter Traditionsbruch verstanden wird und aus diesem Grund einer besonderen Rechtfertigung bedarf.“<sup>20)</sup> Dieser Begründungslast wird der Entwurf allerdings nicht befriedigend gerecht, weil er die geltende Dogmatik ungenau widerspiegelt. So heißt es zu § 713 BGB-E:

Begr.ME, S. 87: „Die Vorschrift ersetzt den geltenden § 718 BGB, der zusammen mit § 719 und § 738 BGB die Grundlage für die **historisch überholte Gesamthandslehre** bildet. Ausgangspunkt der Gesamthandslehre ist die in § 718 BGB ausdrücklich artikulierte Vorstellung, dass das dem gemeinsamen Zweck gewidmete oder bei Zweckerfüllung erworbene Vermögen den Gesellschaftern gemeinsam gehört. Nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft hat sich der dogmatische Ausgangspunkt von § 718 BGB überholt. § 713 BGB-E stellt daher klar, dass das dem gemeinsamen Zweck gewidmete wie auch das daraufhin erworbene Vermögen nicht den Gesellschaftern zur gesamten Hand, sondern der Gesellschaft selbst gehört.“

Entgegen diesen Ausführungen ist aber nicht die Gesamthand an sich überholt, sondern nur ihre individualistische Interpretation. Dagegen wurde *Werner Flumes* Gruppentheorie

der Gesamthand durch BGHZ 146, 341 ARGE Weißes Ross ausdrücklich zur Grundlage des geltenden Rechts erhoben. Daher ist zwar der noch aus individualistischer Sicht verfasste Gesetzestext korrekturbedürftig. Daraus folgt aber keinesfalls, dass gleich die Gesamthand an sich abzuschaffen wäre.<sup>21)</sup> Das schüttet doch das Kind mit dem Bade aus! Anders kann man es eigentlich nur sehen, wenn man in Wirklichkeit die Aufgabe der individualistischen Sichtweise durch die „Gruppentheorie“ für falsch hielt, womit der „Mauracher Entwurf“ eine späte wie subtile Urteilsschelte wäre. Ob er das wirklich ist, stehe dahin. Klar ist aber: Indem die Abschaffung der Gesamthand als logische und alternativlose Konsequenz der Teilrechtsfähigkeit dargestellt wird, verbaut sich der Entwurf selbst eine minimalinvasive Korrektur. Das wiegt umso schwerer, als die Fernwirkungen der geplanten Disruption nicht genügend in Betracht gezogen werden. Bevor darauf einzugehen ist, ist zunächst ein kurzer Rückblick auf die Dogmengeschichte um die Rechtssubjektivität der Personengesellschaft zu werfen.<sup>22)</sup>

#### 3.2 Der historische Weg zur Verköperschaftlichung der GbR

Am Anfang stand die OHG.<sup>23)</sup> Um ihre Rechtssubjektivität herrschte Mitte des neunzehnten Jahrhunderts erbitterter Streit. Damals ging es aber (noch) nicht um die Natur der Gesamthand, sondern um die Frage, ob auch die Personenhandels-gesellschaft als juristische Person anerkannt werden sollte, so wie es für die neuen Aktiengesellschaften galt. Hintergrund war, dass der Handelsverkehr auch in der Personengesellschaft eine verselbstständigte Unternehmung erblickte.<sup>24)</sup> Namentlich in Frankreich, dessen Napoleonisches Recht damals Leitbildfunktion hatte, wurde die eigene Rechtspersönlichkeit anerkannt. Dem hatte sich Preußen angeschlossen. Andere hielten an einer individualistischen Interpretation fest, wonach die Gesellschafter gemeinschaftlich berechtigt und verpflichtet wurden. Im Zuge der Schaffung des ADHGB konnte keine Entscheidung des Streits herbeigeführt werden. Stattdessen hielt eine pragmatische Kompromisslösung Einzug ins Gesetz: Der heutige § 124 HGB (Art. 111 ADHGB). Er klärte den für die Praxis entscheidenden Punkt. Die OHG konnte unter eigenem Namen

16) Zu Für und Wider beider Varianten schon *Westermann*, NJW 2016, 2625, 2627 f.

17) Den Begriff der Teilrechtsfähigkeit meidet der Entwurf. Er ist (noch) verbreitet, aber unklar und umstritten, vgl. *MünchKomm-Karsten Schmidt*, HGB, 4. Aufl., 2016, § 105 Rz. 7; *Ulmer*, ZIP 2001, 588.

18) Dies strikt ablehnend *Altmeppen*, NZG 2020, 822.

19) BGHZ 146, 341 = ZIP 2001, 330 (m. Bespr. *Ulmer*, S. 585) = NJW 2001, 1056, 1057; dazu EWIR 2001, 341 (*Prütting*) im Anschluss an *von Gierke*, Deutsches Privatrecht, Band 1, 1895, S. 663, 682; *Flume*, ZHR 136 (1972), 177 ff.; *Flume*, Allgemeiner Teil des BGB, Erster Teil, Die Personengesellschaft, 1977, S. 1 ff.

20) *Limbach*, Gesamthand und Gesellschaft: Geschichte einer Begegnung, 2016, S. 7.

21) Völlig richtig *Altmeppen*, NZG 2020, 822.

22) Zum folgenden Abschnitt eingehend *Limbach* (Fußn. 20), insbes. S. 130 ff. Speziell zur Rechtsprechung von Bundes- bzw. Reichsoberhandelsgericht und Reichsgericht auch *Wertenbruch*, Haftung von Gesellschaften, 2000, S. 58 ff. und 71 ff. Siehe zum Ganzen auch *Lepsius*, in: Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB, Band III/2 (2013), §§ 705 – 740 Rz. 4 ff., 28 ff.

23) *Limbach* (Fußn. 20), S. 130 ff.; *Lepsius* (Fußn. 22), §§ 705 – 740 Rz. 4 ff.

24) Genau so argumentierte auch die Law Commission in England (vergeblich) dafür, der partnership Rechtssubjektivität zuzuerkennen, The Law Commission: Partnership Law (LC 283), 18. 11. 2003, Rz. 3.15, S. 19: „Many people would be astonished to learn that a firm is automatically dissolved whenever there is a change of partner, or that it cannot own property... In practice, firms habitually operate as if they were legal entities and are regarded as entities by those who deal with them.“



im Verkehr auftreten und berechtigt und verpflichtet werden. Ob und wie weit damit eine eigene Rechtssubjektivität einherging, mutierte zur akademischen Frage.<sup>25)</sup> Die Verfechter der juristischen Person würden sie bejahen, während die Gegner lediglich eine vereinfachende Sammelbezeichnung für die gemeinschaftlich handelnden Gesellschafter erkennen würden. Letzteres entspricht unter der Bezeichnung „aggregate approach“ bis heute der Sicht des englischen Rechts<sup>26)</sup> – wiewohl auch dort Spielraum für die abweichende Interpretation des „entity approach“ bestünde.<sup>27)</sup>

Mit Schaffung des BGB wurden die Parameter dieser offenen Frage neu geordnet. Die zweite Kommission rückte bekanntlich von der bloß schuldrechtlichen *societas* römischer Prägung<sup>28)</sup> ab und führte das Gesamthandprinzip ein,<sup>29)</sup> dachte es aber nicht zu Ende.<sup>30)</sup> Zwar wollte man in bewusster Abgrenzung zum HGB keine Rechtsträgerschaft der GbR festschreiben. Dennoch war nun der Keim für eben diese gelegt. Denn wo ein Gesellschaftsvermögen ist, kann die Gesellschaft nicht fern sein. Die individualistische Sichtweise, auf deren Basis kodifiziert wurde, brachte so viele Unstimmigkeiten und Brüche mit sich, dass der BGH schließlich gar nicht anders konnte, als sich die stimmige Sicht der Gruppentheorie zu eigen zu machen und mit der akzessorischen Außenhaftung der HGB zu verknüpfen.<sup>31)</sup>

Im Ergebnis war damit zugleich der frühere Streit um die Rechtssubjektivität der OHG entschieden, und zwar durch einen deutschen, oder sollte man gar sagen „germanistischen“ Sonderweg.<sup>32)</sup> Keine juristische Person, aber auch keine Vielheit von Individuen, die unter einer Sammelbezeichnung agieren, sondern teilweise Rechtssubjektivität. Die Gesamthand kann zwar als Rechtssubjekt agieren, ist aber von den Gesellschaftern als ihren Trägern nicht vollständig abgelöst.<sup>33)</sup> Es ist ähnlich wie bei der „Gauklerpyramide“.<sup>34)</sup> Die Person an der Spitze muss ständig von allen anderen getragen werden. Sonst kann sie dort nicht stehen. Das ändert sich erst, wenn ihr die Träger ein Podest errichten.

### 3.3 Die Folgen des Bruchs mit der Gesamthanddogmatik

Der „Mauracher Entwurf“ bricht sowohl mit der hart erarbeiteten Begründung der Rechtssubjektivität durch die Gruppentheorie als auch mit der individualistischen Interpretation. Eingedenk der Dogmengeschichte kann das nur heißen: Außen-GbR, OHG und KG sind künftig juristische Personen.<sup>35)</sup> Das unterstreicht auch der europäische Rechtsvergleich.<sup>36)</sup> Entweder legal person, personne morale etc. oder individualistische Sichtweise („aggregate approach“). Nach Abschaffung des deutschen Sonderwegs der Gesamthand hieße es künftig wieder: Tertium non datur. Der Geist des alten Rechts kann im neuen nicht mehr spuken.

Selbstverständlich darf die Bedeutung dogmatischer Kategorienbildung nicht überhöht werden. Maßgeblich ist immer das Gesetz, und der Gesetzgeber hat breites Regelungsmessen. Er kann der Personengesellschaft durchaus Rechtssubjektivität verleihen und sie dennoch nicht als Körperschaft besteuern.<sup>37)</sup> Allerdings ist das Streben der Dogmatik nach systematischer Logik und Kohärenz auch nicht gering zu schätzen, denn es trägt den Geltungsanspruch des Rechts. So kann man ohne Weiteres anordnen: „Hunde und Katzen müssen draußen

bleiben.“ Doch wer stattdessen schreibt „§ 1: Hunde müssen draußen bleiben. § 2: Katzen sind Hunde i. S. d. § 1.“, sagt zwar das Gleiche, aber schlechter. Jenseits dieser grundsätzlichen Erwägungen zeitigt der Bruch mit der bisherigen Dogmatik aber auch konkrete Folgewirkungen, die man mögen kann oder nicht, mit denen es sich aber zu befassen gilt:<sup>38)</sup>

(1) Kaufmann kann nur sein, wer *selbst* ein Handelsgewerbe betreibt. Das tut jedenfalls künftig ausschließlich die Personengesellschaft (OHG/KG), nicht mehr der Komplementär.<sup>39)</sup> Die gegenteilige Aussage aus BGHZ 34, 293<sup>40)</sup> ist endgültig überholt. Damit werden auch die Karten für die Diskussion um die analoge Erstreckung des Handelsrechts auf (Kapital-)Gesellschafter völlig neu gemischt.<sup>41)</sup> Wer künftig noch den Komplementär einbeziehen will, muss klären: Kommt es auf die (mittelbare) Herrschaft über ein Handelsgewerbe oder auf die unbeschränkte persönliche Haftung für die Unternehmensschulden an? Je nachdem kommen zusätzlich entweder GmbH- oder GbR-Gesellschafter in Betracht. Damit steht dann allerdings doch der Kaufmannsbegriff zur Disposition, an dem die Kommission festhalten wollte.

(2) Die transparente Besteuerung von OHG und KG ist derzeit klar gesetzlich geregelt. Doch geänderte Grundlagen stellen immer das Gesetz in Frage: „Cessante razione legis cedit

25) Vgl. *Gareis/Fuchsberger*, ADHGB, 1891, Art. 111 Anm. 98; *Limbach* (Fußn. 20), S. 145 ff. Diese pragmatische Sicht der Dinge spiegelt sich heute bei MünchKomm-Karsten Schmidt (Fußn. 17), § 105 Rz. 7.

26) Sec. 4 Partnership Act 1890: „Persons who have entered into partnership with one another are for the purposes of this Act called collectively a firm...“ In Schottland gelten partnerships dagegen gem. sec. 4(2) Partnership Act 1890 als juristische Personen.

27) Namentlich Sec. 5 Partnership Act 1890: „Every partner is an agent of the firm and his other partners for the purpose of the business of the partnership; and the acts of every partner ... bind the firm and his partners.“ Vgl. *Schall*, in: *Heidel/Schall*, HGB, 3. Aufl., 2019, Anh. Int PersGesR, Rz. 23.

28) Dazu *Lepsius* (Fußn. 22), §§ 705 – 740 Rz. 29 und ausf. Rz. 47 ff.

29) Zur Gesamthand *Flume* (Fußn. 19), S. 1 ff.; *Fleischer*, NZG 2020, 601, 602 f.; *Lepsius* (Fußn. 22), §§ 705 – 740 Rz. 15 ff. sowie 61 ff.

30) Vgl. Prot. II, 429 f. = Mugdan II, 990; zutr. *Altmeyden*, NZG 2020, 822; ausführliche Nachlese bei BGHZ 146, 341 = ZIP 2001, 330 – ARGE Weißes Ross.

31) Siehe *Karsten Schmidt*, NJW 2001, 993; *Ulmer*, ZIP 2001, 585; a. A. allerdings *Beuthien*, NZG 2011, 481, der aber in erster Linie die strikte Übertragung des scharfen Haftungskonzepts der HGB kritisiert.

32) Zu ihrer Genese unter maßgeblichen Einfluss von *Gierkes* ausf. *Lepsius* (Fußn. 22), §§ 705 – 740 Rz. 17 ff. und 61 ff. Auch *Fleischer*, NZG 2020, 601, 602 schildert die Gesamthand eine (von mehreren) Idiosynkrasien des deutschen Personengesellschaftsrechts.

33) *Beuthien*, NZG 2011, 481, 484.

34) Google zeigt sofort, was ein gebürtiger Landshuter bei dem Begriff vor Augen hat.

35) Dafür schon *Raiser*, AcP 194 (1994), 495, 504 ff. Auch *Limbach* (Fußn. 20), S. 7 f. sieht nur diesen Dualismus; a. A. aber *Bachmann*, NZG 2020, 612, 615.

36) Dazu *Wiedemann*, GesR II, 2004, § 1 V, S. 62 ff.; *Fleischer*, NZG 2020, 601, 602 ff.; *Lepsius* (Fußn. 22), §§ 705 – 740 Rz. 39 f.

37) So tendenziell MünchKomm-Karsten Schmidt (Fußn. 17), § 1 Rz. 7.

38) A. A. *Bachmann*, NZG 2020, 612, 615, der keine praktischen Konsequenzen sieht.

39) Für diese Sicht bisher schon MünchKomm-Karsten Schmidt (Fußn. 17), § 1 Rz. 67; *J. Keßler*, in: *Heidel/Schall*, HGB, 3. Aufl., 2019, § 1 Rz. 53 und § 6 Rz. 5. Allerdings konnte man die Gemengelage von Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft und gesetzlich verbürgtem Gesamthandprinzip auch noch im Sinne einer „Mithberechtigung“ der Gesellschafter deuten.

40) BGHZ 34, 293 = NJW 1961, 1022 a. E.: „Die oHGn und die KGn sind trotz ihrer starken Verselbständigung keine juristischen Personen. Nach einheitlicher Auffassung in Schrifttum und Rspr. sind Träger der Rechte und Pflichten die Gesellschafter selbst, allerdings in ihrer Verbundenheit als Gesellschafter. Die Personengesellschaft, ist von der Persönlichkeit der Gesellschafter nicht zu trennen ... Daraus ergeben sich mehrere Folgerungen: Die Gesellschafter einer oHG sind stets Kaufmann, weil sie ein Handelsgewerbe betreiben...“.

41) Unter bisherigem Recht dazu grundlegend etwa *P. Jung*, Der Unternehmergesellschaft als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft, 2002, S. 278 ff.

ipsa lex.“ Für das Steuerrecht ist die richtige Zuordnung von Wirtschaftsgütern elementar. Die Mitunternehmerschaft der Personengesellschafter beruhte seit jeher auf der gemeinsamen Trägerschaft des Unternehmens durch die „Gauklerpyramide“. Mit der Gesamthand entfällt dieses wirkmächtige Bild. Jenseits aller Theorien um Akzessorietät oder Autonomie des Steuerrechts, dürfte das in den immerwährenden steuerrechtspolitischen Debatten kaum unbemerkt bleiben.<sup>42)</sup>

(3) Handelt die Gesellschaft als eigenständiger Rechtsträger, entstehen die Verpflichtungen wie im Kapitalgesellschaftsrecht allein in ihrem Namen.<sup>43)</sup> Da die Gesellschafter das Unternehmen der Gesellschaft nicht mehr mittragen („Gauklerpyramide“), entfällt aber auch die „natürliche“ Rechtfertigung ihrer Mithaftung für die Gesellschaftsschulden. Sie mutiert endgültig von einer selbstverständlichen Haftung für „auch-eigene“ Schulden zur ausnahmsweisen Haftung für fremde Schulden.<sup>44)</sup> Dieser systematische Wechsel des Regel-Ausnahme-Verhältnisses war bereits durch ARGE Weißes Ross angelegt. Genau besehen ordnen §§ 124, 128 HGB ja sogar die tradierte und für uns selbstverständliche Mithaftung in der OHG wie eine besondere Ausnahme an, was daraus folgen dürfte, dass ihre Vorläufer (Art. 111, 112 ADHGB) aus dem Jahr 1861 das damalige preußische Verständnis der OHG als Rechtssubjekt transportierten (eben 2.). Aus dieser Regelungstechnik erklärt sich auch, dass die akzessorische Mithaftung unterschiedslos alle Gesellschaftsschulden erfasst,<sup>45)</sup> während die individualistische Vorstellung einer wechselseitigen Verpflichtung unter gemeinsamen Namen („en nom collectif“) an sich nur für vertragliche Verbindlichkeiten trüge.

Sicher aber ist: Art und Umfang einer Mithaftung für die Schulden einer Außen-GbR folgen keiner zwingenden Logik. Der Gesetzgeber kann sie nach seinem Ermessen anordnen oder nicht.<sup>46)</sup> Er muss ARGE Weißes Ross nicht fortschreiben. Die Expertenkommission hat dieses Ermessen unterschritten. Anders als bei der OHG ist die Mithaftung in der Außen-GbR weder tradiert noch typusprägend. Das strikte Verbot einer „GbR mbH“<sup>47)</sup> war seinerzeit zwar gut begründbar. Seit die UG mit einem Euro Stammkapital existieren darf, ist das nicht mehr so.<sup>48)</sup> Besonders zweifelhaft ist die zwingende Mithaftung neu eintretender Gesellschafter.<sup>49)</sup> Auch eine Kommandit-GbR ist erwägenswert, ebenso eine bloß anteilige Mithaftung.<sup>50)</sup>

(4) Die Außen-GbR kann nach dem „Mauracher Entwurf“ **eigene Anteile** erwerben, da die Anteile der Gesellschafter nach § 711 BGB-E vom Vermögen der Gesellschaft nach § 713 BGB-E abgelöst sind.<sup>51)</sup> Das Anwachsungsprinzip besteht zwar fort. Es bezieht sich aber nur noch auf die Anteile, nicht mehr unmittelbar auf das Vermögen der Gesellschaft (§ 712 Abs. 1 und 2 BGB-E).<sup>52)</sup> Da bei der Abtretung die Anteile fortbestehen und keine Anwachsung nach § 712 BGB-E stattfindet, wird auf diesem Wege auch eine **Einpersonengesellschaft** möglich.<sup>53)</sup> Ein „Wesensargument“ wird dem sicher nicht im Weg stehen. Vielmehr lehrt die Erfahrung aus GmbH & Co KG und Einpersonen-Kapitalgesellschaft: Was nicht ausdrücklich verboten oder denklogisch ausgeschlossen ist, wird im Gesellschaftsrecht flugs gemacht. Eigene Anteile und Einpersonengesellschaften werfen jedoch regelungsbedürftige Fragen auf, die der Entwurf zu beantworten hat.

(5) Zu guter Letzt: Mit der Gesamthand entfällt die bisherige dogmatische Begründung für die (teilweise) Rechtssubjektivität des Verbandes. Die Kommission hat die dadurch gewonnene Freiheit genutzt, um die Rechtsfähigkeit auf die bloße Teilnahme am Rechtsverkehr zu knüpfen.<sup>54)</sup> Das geht zu weit, was zum zentralen Kritikpunkt am Entwurf überleitet.

### III. Die Hauptkritik: Die verfehlte Trennung von Rechtsfähigkeit und Vermögensbindung

Die Bruchteilsgemeinschaft ist „brüchig“ (§§ 747, 749 BGB). Die Gesamthand erlaubt hingegen die Zweckverfolgung mit unteilbarem Gemeinschaftseigentum (§§ 718, 719 BGB). Sie schützt die gemeinsam betriebenen Unternehmen vor dem ungebeten Eindringen Dritter („entity shielding“)<sup>55)</sup>, ebenso aber auch die Grundstücksgesellschaft der Ehegatten und *Altmeyers* Reitgemeinschaft um den Araberhengst „Acatenango“.<sup>56)</sup> Die Unteilbarkeit bietet eine wertvolle Gestaltungsmöglichkeit neben den §§ 741 ff. BGB. Aus ihr folgt wiederum ihre Rechtssubjektivität der Gesamthandsgemeinschaft.

Diese klare Begründung verwischt § 705 Abs. 2 BGB-E des „Mauracher Entwurfs“ durch das Abheben auf die bloße „Teilnahme am Rechtsverkehr“. Damit soll der Streit um die exakten Voraussetzungen der Teilrechtsfähigkeit, der seit ARGE Weißes Ross entbrannt ist, einer einfachen und klaren Lösung zugeführt werden. Doch das kann ohne das Fundament der Gruppentheorie nicht gelingen.<sup>57)</sup> Schon die erste prominente Stellungnahme eines nicht unmittelbar Beteiligten hält weiterhin eine Innengesellschaft mit Gesamthandvermögen für möglich.<sup>58)</sup> Umgekehrt wird die GbR, deren Gesellschafter gemeinschaftliches Eigentum bilden, also die rein schuldrechtliche *societas* des Ersten Entwurfs, in einer wichtigen Kommen-

42) Auch bei der letztlich gescheiterten Reform des Partnership Act 1890 stand immer die Furcht um die Transparenz im Raum, siehe The Law Commission: Partnership Law (LC 283), 18. 11. 2003, Rz. 3.17, S. 19.

43) So grds. zutreffend Lord Neuberger in *VTB Capital Plc v Nutritek International Corp and others* [2013] UKSC 5, Rz. 132, der mit diesem Argument (letztlich vergeblich) jede Möglichkeit einer Durchgriffshaftung bei englischen Kapitalgesellschaften ausschließen wollte.

44) Ebenso *Altmeyers*, NZG 2020, 822.

45) Die Entwurfsbegründung stellt ausdrücklich klar, dass dies auch künftig so sein sollte, Begr. ME, S. 116.

46) Richtig *Bachmann*, NZG 2020, 612, 616 f.; *Beuthien*, NZG 2011, 481, 487.

47) BGHZ 142, 315 = ZIP 1999, 1755 (m. Anm. *Altmeyers*, S. 1758), dazu *EWIR* 1999, 1053 (*Keil*).

48) Übereinstimmend *Bachmann*, NZG 2020, 612, 616 f.; a. A. Begr. ME, S. 115 f.

49) Gegen deren Berechtigung namentlich *Canaris*, ZGR 2004, 78; dem zust. *Bachmann*, NZG 2020, 612, 617. In England gibt bis heute nicht einmal bei der partnership eine dem § 130 HGB entsprechende Regelung, was dort allerdings auch zu großen Problemen führt.

50) Für Teilschuld etwa *Beuthien*, NZG 2011, 481, 488; dagegen Begr. ME, S. 116.

51) Das begründend *Bachmann*, NZG 2020, 612, 615.

52) Ebenso *Bachmann*, NZG 2020, 612, 616.

53) Zurückhaltender *Bachmann*, NZG 2020, 612, 615, demzufolge der Entwurf erst den Weg dafür öffnet, „in Zukunft möglicherweise auch solche Gestaltungen zuzulassen“.

54) Grundlegende Vorarbeit hierzu durch *Grunewald*, in: Festschrift Karsten Schmidt, Band 1, 2019, S. 391 ff.

55) Das übliche Mittel zum „entity shielding“ ist die eigene Rechtspersönlichkeit der Kapitalgesellschaft, vgl. *Hansmann/Kraakman/Squire*, Law and the Rise of the Firm, 2006, verfügbar unter [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/Kraakman\\_et%20al\\_546.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kraakman_et%20al_546.pdf).

Die Gesamthand bietet in dieser Hinsicht ein gutes Funktionsäquivalent, freilich ohne spiegelbildliches „owner shielding“ (= Haftungsbeschränkung).

56) *Altmeyers*, NZG 2020, 822, 823 mit Fußn. 6.

57) Ablehnend auch *Altmeyers*, NZG 2020, 822 f.

58) *Bachmann*, NZG 2020, 612, 616 („mit etwas Fantasie“).

tierung als Außengesellschaft geführt,<sup>59)</sup> was sie künftig in die Rechtsfähigkeit zwänge, obwohl die Gesellschafter keine gesteigerte Vermögensbindung wollen oder brauchen. Hand in Hand mit der zu weit gefassten Außengesellschaft geht also eine zu enge „stille“ Innengesellschaft (§ 740 BGB-E).

Demgegenüber ist eindringlich zu fordern: Nicht schon der Wille zur wie auch immer gearteten „Teilnahme am Rechtsverkehr“, sondern nur der gemeinsame Wille zur Bildung fest gebundenen Gesellschaftsvermögens soll zur Rechtssubjektivität der GbR führen. Danach ist eine nicht-rechtsfähige „Innengesellschaft“ mit Gesamthandvermögen unmöglich. Sie ist auch unnötig, weil es für Gelegenheitsgesellschaften, die keine so strenge Vermögensbindung benötigen, immer noch das *societas*-Modell mit Bruchteilsgemeinschaft als nicht-rechtsfähige Alternative gibt. Folgt man der hiesigen Sicht, ließe sich das Vorliegen von Teilrechtsfähigkeit in den folgenden Beispielen anders als nach § 705 Abs. 2 BGB-E klar und überzeugend verneinen:

- Die gemeinsame Heizölbestellung durch die Nachbarn.<sup>60)</sup>
- Die gemeinsame Kasse der Tippgemeinschaft oder der Kegelbruderschaft.
- Das Darlehens- oder Emissionskonsortium, in welchem der Konsortialführer bevollmächtigt ist, direkte Rechtsgeschäfte zwischen Emittent bzw. Darlehensnehmer und einzelnen Mitgliedern des Konsortiums abzuschließen.
- Das Stimmrechtskonsortium, dessen Binnenorganisation einen Durchsetzungsmechanismus gegen abtrünnige Mitglieder vor staatlichen Gerichten vorsieht.
- Gesellschaften, die auf faktische Außenwirkung durch koordinierte Vornahme von Realakten oder geschäftsähnlichen Handlungen gerichtet sind, wie das praktisch bei jedem Stimmrechtskonsortium<sup>61)</sup> oder auch einer GbR der Fall ist, welche die einheitliche Leitung eines Gleichordnungskonzerns i. S. d. § 18 Abs. 2 AktG bündeln soll.

Hebt man wie hier gefordert auf den Willen zur Bildung von Gesamthandvermögen ab, würde die bisherige Dogmatik bruchlos fortgeschrieben, Raum zur angemessenen Erfassung von Gelegenheitsgesellschaften gewonnen und eine minimalinvasive Umsetzung ermöglicht. Die Registrierungsoption, welche die unternehmerische GbR und die Ehegatten, nicht aber die Reitgemeinschaft benötigen, wäre über das HGB zu eröffnen. Die unmittelbar betroffenen Normen des BGB könnten dabei in etwa wie folgt aussehen (Änderungen fett):

**§ 705 Abs. 2 BGB-E (in modifizierter Form):** „Die Gesellschaft kann Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, wenn sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter **mit eigenem Vermögen** am Rechtsverkehr teilnehmen soll (rechtsfähige Personengesellschaft).“ (Dem könnten sich ggf. Wirkungsregeln nach Art des § 719 BGB-E anschließen.)

**§ 718 Abs. 1 BGB:** „Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen), **über welches ausschließlich die Gesellschaft verfügt.**“

**§ 719 Abs. 1 BGB:** „Ein Gesellschafter kann nicht **über seinen Anteil an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen und, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, auch nicht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen** verfügen; er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen.“

#### IV. Weitere Einzelanmerkungen zu den Regelungen des „Mauracher Entwurfs“

Das Wichtigste vorab: Wenn man den ganz großen Wurf wirklich wagen will, stellt der „Mauracher Entwurf“ zum MoPeG eine gute Diskussionsgrundlage dar. Er ist wohl durchdacht und technisch fein gemacht. Das verdient Lob und Anerkennung.<sup>62)</sup> Die folgenden Anmerkungen wollen das nicht in Frage stellen. Sie betreffen Technikalien, die dem Verfasser unter dem Eindruck langjähriger, nicht immer frustrationsfreier Rechtslehre im Personengesellschaftsrecht ins Auge gefallen sind.

##### 1. § 705 BGB-E – Eingangsnorm

Der gestraffte Text des ersten Absatzes ist geglückt. Nach wie vor wird klar, dass die Förderpflicht keine Zweckerreichungspflicht ist. Andernfalls könnte es die Vorgründungsgesellschaft von BGHZ 91, 324 nicht geben.<sup>63)</sup> Die Entfernung des irreführenden „gegenseitig“ ist zu begrüßen, entzieht aber endgültig jede Analogiegrundlage zur Mangelhaftung bei Fehlern von Sacheinlagen. Deren verschuldensunabhängige Behelfe Nachbesserung, Minderung oder Rücktritt passen ohnehin nicht. Stattdessen sollte eine Differenzhaftung auf den Wert statuiert werden. Fraglich ist schließlich gerade mit Blick auf den neuen § 708 BGB-E, ob und wieweit § 705 BGB zwingend ist. Mit anderen Worten: Kann man in Deutschland einen gemeinsamen Zweck verfolgen, ohne eine GbR zu sein. Das betrifft aber vor allem das IPR, daher dazu gleich unter 2).

##### 2. § 706 BGB-E – Sitz der Gesellschaft

Die Norm legt die Sitztheorie als Grundsatz fest, erlaubt aber der eingetragenen GbR, ihren tatsächlichen Verwaltungssitz abweichend von ihrem inländischen „Satzungssitz“ zu beziehen („Sitzspaltungsfreiheit“)<sup>64)</sup>. Das kann nur für die rechtsfähige Außen-GbR gelten, denn die Innengesellschaft wird nach allgemeiner Meinung nicht über das Personalstatut angeknüpft.<sup>65)</sup> Die abgestufte Sitzspaltungsfreiheit nach § 706 BGB-E ist grundsätzlich mit Europarecht vereinbar.<sup>66)</sup> Der Herkunftsstaat wird

59) MünchKomm-Schäfer, BGB, 7. Aufl., 2017, § 705 Rz. 266.

60) LG Konstanz NJW 1987, 2521; dazu Karsten Schmidt, JuS 1988, 444.

61) Vgl. Schall, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl., 2019, § 15 Rz. 41 = BeckOGK HGR, AktG, 15. 1. 2020, § 15 Rz. 84.

62) So übereinstimmend Bachmann, NZG 2020, 612, 619 und Allmeppen, NZG 2020, 822.

63) Ihr Zweck ist die Errichtung der Kapitalgesellschaft. Wäre seine Erreichung verpflichtend, müssten die Form des § 15 GmbHG gewahrt und die Einlagepflicht bestimmt sein.

64) Zum Begriff Paefgen, WM 2019, 1029, 1030 f.; Paefgen, in: Festschrift E. Vetter, 2019, S. 527 ff., wo er die Sitzspaltungsfreiheit de lege lata für die OHG einfordert; dafür auch Hoffmann, in: NK-BGB, 3. Aufl., 2016, Anh. Art. 12 Rz. 164a.

65) Vgl. Wiedemann (Fußn. 36), § 1 IV 2, S. 51 ff. Die ganz h. M. greift für Innengesellschaften zum Schuldstatut, BGH NJW 2009, 1482, Rz. 10; Paefgen, in: Westermann/Wertenbruch, Handbuch Personengesellschaften, 73. Lfg., Stand: Feb. 2019, § 60 Rz. I-4903; Wulf-Henning Roth, ZGR 2014, 168, kritisch dazu Schall (Fußn. 27), Anh. IntPersGesR, Rz. 30 ff.

66) Weller, IPRax 2009, 202, 207 f.; MünchKomm-Kindler, BGB, 7. Aufl. 2018, IntGesR Rz. 140; Schall (Fußn. 27), Anhang IntPersGesR, Rz. 6, 16 ff.; Hoffmann (Fußn. 64), Anh. Art. 12 Rz. 174; a. A. Wulf-Henning Roth, ZGR 2014, 168, 190 ff.

durch Art 49, 54 AEUV nicht gezwungen, den Wegzug seiner Gesellschaften zuzulassen, sondern entscheidet autonom über die Anknüpfung seines Gesellschaftsrechts.<sup>67)</sup>

Europarechtswidrig wäre es allerdings, der rechtsfähigen GbR keinen grenzüberschreitenden Formwechsel ohne Auflösung und Liquidation in das Recht eines anderen Mitgliedstaates zu erlauben.<sup>68)</sup> Dazu hat sie ein Recht, das unmittelbar aus der Niederlassungsfreiheit folgt, auf die sie sich nach Maßgabe des Art. 54 Abs. 2 AEUV berufen darf. Eine Konkretisierung durch Sekundärrecht (die durch die RL EU/2019/2121 leider nur für Kapitalgesellschaften erfolgte) ist nicht vorausgesetzt.<sup>69)</sup> Zwar steht der europarechtliche Anspruch auf Formwechsel unter dem einschränkenden Vorbehalt, dass das nationale Recht des Zielstaates einen Umwandlungsvorgang unter Beteiligung von Personengesellschaften vorsieht – was seltener als bei Kapitalgesellschaften vorkommen dürfte.<sup>70)</sup> Dennoch ist zu wünschen, dass Deutschland in seinem Regelungsbereich zumindest diese gebotene Option schafft. Folgerichtig wäre, dies nur für die registrierte GbR zu tun. Das wäre zwar formal gesehen ein Eingriff in das europäische Formwechselrecht, das nach Maßgabe des Art. 54 Abs. 2 AEUV auch der nicht-registrierten rechtsfähigen GbR zustehen kann, jedoch sicherlich zu rechtfertigen.

Allerdings darf die Sitztheorie nach h. M. nicht den Zuzug von EU-ausländischen Gesellschaften sperren.<sup>71)</sup> Es gilt daher nicht uneingeschränkt: Wer in Deutschland einen gemeinsamen Zweck verfolgt, ist GbR. Sofern man sich einer EU-ausländischen (nicht notwendig rechtsfähigen) Außen-GbR bedient, deren tatsächlicher Sitz frei verlegbar ist, hat man eben doch Rechtsformwahlfreiheit. Bewegt man sich dagegen im deutschen Recht, wären die §§ 705, 706 BGB-E zwingend. Dadurch drohen Friktionen, wenn die Partner einer (vermeintlich) rein schuldrechtlichen Innengesellschaft von ihrer Rechtswahlfreiheit nach dem Schuldstatut Gebrauch machen, dann aber im Zuge ihrer Zweckverfolgung i. S. d. § 705 Abs. 2 BGB-E doch in irgendeiner Form am Rechtsverkehr teilnehmen. So könnte sich ein Emissions- oder Darlehenskonsortium trotz der üblichen Einwahl in das englische Recht bei gleichzeitiger Abdingung einer *partnership* unversehens als haftende Außen-GbR wiederfinden.

### 3. § 710 BGB-E – Mehrbelastungsverbot

Die Norm gibt die jetzige Rechtslage der zweistufigen Prüfung bei Mehrheitsbeschlüssen, wie sie seit der Aufgabe des alten Bestimmtheitsgrundsatzes gilt,<sup>72)</sup> nur ungenügend wieder, da sie lediglich die individuelle Zustimmungspflicht bei Entziehung relativ geschützter Rechtspositionen wiedergibt. Die bloße Zustimmung ersetzt den mehrschichtigen Schutz gegen die Verwässerungsgefahr jedoch nicht, der nach derzeitigem Recht auf der ersten Prüfungsebene durch die Treuepflicht geleistet werden kann.<sup>73)</sup> Man könnte dem zwar entgegenhalten, dass die Treuepflicht allgemein gilt und nicht speziell kodifiziert werden muss (was sie freilich bei einer derart wuchtigen Reform schon könnte). Das Problem ist aber, dass die vorgeschlagene Neuregelung auch das Argument erlaubt, die Problematik sei abschließend geklärt und die Erhöhung per se durch den Beschluss legitimiert. Für diese Sicht ließe sich sogar die Entwurfsbegrün-

dung anführen, die zum materiellen Schutz gegen Mehrheitsklauseln formuliert: „In der Sache geht es um die Frage, in welchen Kernbereich der Mitgliedschaft nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters eingegriffen werden kann (sog. Kernbereichslehre).“<sup>74)</sup>

### 4. § 711 BGB-E – Anteilsabtretung

Wegen der generellen Dispositivität nach § 708 BGB-E geht aus der Norm nicht hervor, ob die Anteile selbst erst vertraglich geschaffen werden müssen oder ob sie auch ohne Regelung per se bestehen und nur die Übertragung der Disposition unterliegen. Der Anteil als Vermögenswert muss aber in jedem Fall entstehen und pfändbar sein (§ 726 BGB-E).

Ferner: Eine Abtretung nach § 398 BGB ist auch teilweise möglich. Soll das hier auch so sein? Und soll sie auch an die Gesellschaft erfolgen können? Falls nein, geht mit der Abtretung notwendig ein Gesellschafterwechsel einher. Dann wäre zu überlegen, unmittelbar den „Gesellschafterwechsel“ als Vorgang zu kodifizieren (siehe auch die folgende Anm. zu § 712 BGB-E).

### 5. § 712 BGB-E – Ausscheiden eines Gesellschafters; Eintritt eines neuen Gesellschafters

Die Begriffe „Eintritt“ und „Ausscheiden“ erfassen hier nicht mehr die Anteilsübertragung nach § 711 BGB-E. Das ist folgerichtig, aber terminologisch nicht harmonisiert mit § 173 HGB und § 160 HGB (= § 728b BGB-E) und § 173 HGB, wo auch die Anteilsübertragung als „Eintritt“ bzw. „Ausscheiden“ zählt<sup>75)</sup> – was bei § 173 HGB viele Probleme verursacht hat. Eventuell sollten §§ 711, 712 BGB-E zu einer Norm zum Gesellschafterwechsel verschmolzen werden.

### 6. § 713 BGB-E – Gesellschaftsvermögen

Der Text lautet: „Die Beiträge der Gesellschafter sowie die für die Gesellschaft erworbenen Rechte und die gegen sie begründeten Verbindlichkeiten sind Vermögen der Gesellschaft.“ De-

67) So die heutige Interpretation des „Creature of the Law“-Vorbehalts aus EuGH v. 27. 9. 1988 – Rs C-81/87 – Daily Mail durch EuGH v. 16. 12. 2008 – Rs C-210/06, ZIP 2009, 24 (m. Anm. Knof/Mock, S. 30 u. Bespr. Teichmann, S. 393), Rz. 110 – Cartesio, dazu EWIR 2009, 141 (Schulz/Schröder); dem folgend EuGH v. 29. 11. 2011 – Rs C-371/10, ZIP 2012, 169 – National Grid Indus, dazu EWIR 2012, 505 (Schaper), und EuGH v. 25. 10. 2017 – Rs C-106/16, ZIP 2017, 2145 (m. Bespr. Bayer/Schmidt, S. 2225 u. Mörsdorf, S. 2381) – Polbud, dazu EWIR 2018, 7 (de Raet). Dazu Bayer/Schmidt, ZIP 2017, 2225; Teichmann/Knaier, GmbH 2017, 1314; Kindler, NZG 2018, 1; Paefgen, WM 2018, 981 (Teil I) und 1029 (Teil II); kritisch zu den Irrungen und Wirrungen des EuGH Schall, ZIPW 2018, 176, 191 ff.

68) EuGH ZIP 2017, 2145 – Polbud; wie hier z. B. Hoffmann (Fußn. 64), Anh. Art 12 Rz. 174.

69) Nicht überzeugend daher Begr. ME, S. 189 f. (zur Hinausverschmelzung).

70) EuGH ZIP 2009, 24, Rz. 112 – Cartesio; EuGH ZIP 2017, 2145, Rz. 35 – Polbud; Verse, ZEuP 2019, 459, 479 f.; Schall, ZIPW 2018, 176, 187 und 198.

71) Wulf-Henning Roth, ZGR 2014, 168, 190 ff.; Paefgen (Fußn. 65), § 60 Rz. 14886 ff.; MünchKomm-Kindler (Fußn. 66), IntGesR Rz. 283; Hoffmann (Fußn. 64), Anh. Art 12 Rz. 171 f.; a. A. Schall (Fußn. 27), Anh. IntPersGesR Rz. 16 ff.

72) BGHZ 170, 283 = ZIP 2007, 475 (m. Bespr. Wertenbruch, S. 798), Rz. 10 – Otto; BGHZ 179, 13 = ZIP 2009, 216 (m. Bespr. K. Schmidt, S. 737) – Schutzgemeinschaft II, dazu EWIR 2009, 173 (Göz); BGH ZIP 2014, 2231 (m. Bespr. Ulmer, ZIP 2015, 657 u. Schäfer, ZIP 2015, 1313), dazu EWIR 2015, 71 (Priester).

73) BGHZ 179, 13 = ZIP 2009, 216, LS 2 – Schutzgemeinschaft II; BGHZ 203, 77 = ZIP 2014, 2231, Rz. 12.

74) Begr. ME, S. 90.

75) Siehe nur Eberl, in: Heidel/Schall, HGB, 3. Aufl., 2019, § 160 Rz. 4; Schall (Fußn. 27), § 173 Rz. 6 – 7.

likts- oder Bereicherungsansprüche etc. werden aber nicht zweckgerichtet „für“ die Gesellschaft erworben, sondern „durch“ die Gesellschaft. Außerdem weicht die an § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG angelehnte Einbeziehung der Passiva vom sonst üblichen Vermögensbegriff des BGB ab. Sie ist daher bei § 1922 BGB umstritten.<sup>76)</sup> Mit den vorgesehenen Regelungen würde z. B. unklar, ob die Übertragung aller Aktiva durch die GbR dem § 311b Abs. 3 BGB unterfällt, da sie ja nicht das gesamte von § 713 BGB-E definierte Vermögen erfasst.

#### 7. §§ 714 bis 714d BGB-E – Beschlüsse und Anfechtungsklage

Die Normen sind technisch tadellos. Zu § 714 BGB-E könnte man sich höchstens fragen, ob es nach Vorbild des § 50 GmbHG ein ausdrückliches Minderheitenrecht auf Herbeiführung der Beschlussfassung geben sollte („putting items on the agenda“) und welchen Umfang dies im Licht der Geschäftsführungsregeln haben könnte.

Zweifelhaft erscheint aber der Standort der Anfechtungsklage. Wenn man sie überhaupt kodifizieren möchte,<sup>77)</sup> sollte das im HGB erfolgen, da sie für formlos beschließende Gelegenheitsgesellschaften ungeeignet ist. Das BGB müsste stattdessen anordnen, dass auch die Feststellungsklage gegen die Gesellschaft zu richten ist. Denn die Klagemöglichkeit aller gegen alle ist in der rechtsfähigen GbR passé. Alles Übrige könnte i. S. d. § 708 BGB-E der Privatautonomie überlassen bleiben.

#### 8. § 715 BGB-E – Geschäftsführungsbefugnis

Die Norm enthält leichte Unschärfen, die bei einer so zentralen Regelung trotz § 708 BGB-E vermieden werden sollten. Erstens spricht sie die Einzelgeschäftsführungsbefugnis, die nur einem einzigen Gesellschafter zustehen soll, in Absatz 3 nicht an („allen oder mehreren“). Zweitens sollte die Möglichkeit zum Ausschluss der Geschäftsführungsbefugnis auch weiterhin direkt im Text aufscheinen, wie das in § 710 BGB geschieht.<sup>78)</sup> Nicht für den geschulten Juristen, wohl aber für den Laien liegt sonst der Fehlschluss nahe, dass der Ausschluss als „Entziehung“ immer eines wichtigen Grundes bedürfe. Drittens lässt der Entwurf zwar die teilweise Entziehung zu, spricht aber die parallele Möglichkeit, die Befugnis von vornherein beschränkt einzuräumen, in Absatz 4 nicht an. Viertens stellt sich zur Entziehung aus wichtigem Grund auch weiterhin die umstrittene Frage der Abdingbarkeit.<sup>79)</sup> § 708 BGB-E lässt sie zu, aber § 715 Abs. 1 BGB-E weist die Geschäftsführung eben nicht nur als Befugnis, sondern auch als Recht und Pflicht aus, was zu § 314 BGB führen könnte.

#### 9. § 715b BGB-E – Actio pro Socio

Die strittige Dogmatik ist gut aufgelöst und Drittansprüche werden überzeugend unter eingeschränkten Bedingungen mit einbezogen. Fraglich ist aber, ob die Actio pro Socio wirklich uneingeschränkt abdingbar sein soll. Das dürfte unter anderem der Wertung des § 717 Abs. 1 Satz 2 BGB-E zuwiderlaufen.

#### 10. § 716 BGB-E – Aufwendungsersatz

Ersatzfähig sollten nicht nur Aufwendungen „zum Zwecke der Geschäftsführung“ sein, sondern – wie in § 110 HGB –

Aufwendungen „in Gesellschaftsangelegenheiten“. Denn die Norm muss den Rückgriff nach Zahlung auf die akzessorische Gesellschafterhaftung für **jeden** (beschränkt oder unbeschränkt) persönlich haftenden Gesellschafter eröffnen, nicht nur für diejenigen, die zur Geschäftsführung befugt sind.

#### 11. § 717 BGB-E – Auskunftsverlangen

Das Auskunftsverlangen nach Abs. 1 sollte **generell unbeschränkbar** sein. Das ergibt der Erst-recht-Schluss aus § 51a GmbHG, wo der Gesellschafter noch nicht einmal persönlich haftet. Ein Gesellschafter, der sogar persönlich haftet, kann nicht von Geschäftsführung und Informationsanspruch zugleich ausgeschlossen sein.

#### 12. § 726 BGB-E – Kündigung durch Privatgläubiger

Die dem HGB entstammende Sechsmonatsfrist zum Schutz vor Pfändung erscheint in anderen Fällen unangemessen. Der Entwurf erliegt hier dem neuen Leitbild der unternehmerischen OHG und übersieht andere praxisrelevante und gläubigerbelastende Konstellationen (z. B. Ehegattengrundstücksgesellschaft).

#### 13. § 740 BGB – Innengesellschaft

Aus Sicht der Terminologie ist zu empfehlen, die gesetzliche Unterteilung auf den klaren Dualismus „rechtsfähige Personengesellschaft“ – „nicht rechtsfähige Personengesellschaft“ zurückzuführen und den unklaren Begriff der „Innengesellschaft“ zu vermeiden, der eine zu enge und irreführende Fixierung verursachen kann.

Auch die Verweisungstechnik ist störungsanfällig und sollte grundsätzlich überdacht werden.<sup>80)</sup> Das zeigt schon der frühe Streit um die Möglichkeit, unter Geltung des „Mauracher Entwurfs“ immer noch eine Innengesellschaft mit Gesamthandvermögen zu bilden.<sup>81)</sup> Namentlich das Recht der Binnenorganisation sollte daher ausdrücklich und nicht durch einen Generalverweis geregelt werden. Eine mehrgliedrige Innengesellschaft ist nicht bloß ein „Schuldvertrag“, der Rechte und Pflichten begründet, sondern enthält auch Organisationsregelungen, um die internen Geschäfte zu führen, die zur Förderung des gemeinsam verfolgten Zwecks erforderlich sind, z. B. die Vorabstimmungen der Konsorten. Das Vorhandensein einer solchen Organisation mit Geschäftsführungsregeln, Gesellschafterversammlungen, Mehrheitsbeschlüssen, ggf. sogar Beschlussmängelklagen<sup>82)</sup> etc. ist daher zwar typisch für rechtsfähige Personengesellschaften, aber nicht zwingend auf solche beschränkt.<sup>83)</sup>

#### 14. Die Änderungen im Haftungsrecht der KG

In den §§ 171 ff. HGB wird die längst anerkannte Differenzierung zwischen der im Innenverhältnis geschuldeten Ein-

76) Vgl. Müller-Christmann, in: BeckOK BGB, Stand: 1. 5. 2020, § 1922 Rz. 12.

77) Zweifelnd Bachmann, NZG 2020, 612, 613; positiver Altmeyden, NZG 2020, 822, der diese aber lieber rechtsformübergreifend geregelt sehen möchte.

78) Der „Mauracher Entwurf“ hält dies für überflüssig, Begr. ME, S. 101.

79) MünchKomm-Schäfer (Fußn. 59), § 712 Rz. 22.

80) Kritisch auch Bachmann, NZG 2020, 612, 613: „Herausforderung“.

81) Dafür Bachmann, NZG 2020, 612, 616 („mit etwas Fantasie“).

82) Bei der nicht rechtsfähigen Innengesellschaft können diese nur durch den alten Weg von Klagen der Gesellschafter untereinander ausgeführt werden.

83) Anders wohl MünchKomm-Schäfer (Fußn. 59), § 705 Rz. 158 f.

lage und der für das Außenverhältnis maßgeblichen Haftsumme nachvollzogen. Das ist uneingeschränkt zu begrüßen. Es dient der Klarheit und präjudiziert nichts zum Verhältnis, in dem die beiden Haftungen zueinander stehen, namentlich zur Frage, ob sie entgegen der h. M. doch beide auf dem Gesellschaftsvertrag als identischem Schuldgrund beruhen.<sup>84)</sup>

Zu kritisieren ist allerdings die geplante Haftungsverschärfung durch Streichung des § 172 Abs. 5 HGB.<sup>85)</sup> Sie ist unsystematisch, da § 31 Abs. 2 GmbHG und § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG ebenfalls gutgläubige Empfänger vor der Rückforderung überhöhter Ausschüttungen schützen. Dabei ist entgegen der Entwurfsbegründung<sup>86)</sup> auch nicht der in der Insolvenz eingeschränkte Schutz des GmbH-Gesellschafters, sondern der uneingeschränkte Schutz des Aktionärs der richtige Vergleichsmaßstab in Bezug auf Kommanditisten. Auch das weitere Argument, dass zur Herstellung umfassenden Schutzes auch die Haftung im Innenverhältnis beschränkt werden müsste, die der Gläubiger sonst pfänden könnte,<sup>87)</sup> überzeugt nicht, da die Innenhaftung in der Praxis wesentlich schwächer, da verzichtbar, einwendungsanfällig und bereicherungsabhängig ist.

Auch die Verschärfung des § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB durch Streichung des Haftungsausschlusses bei Kenntnis des Gläubigers von der Kommanditistenstellung ist zu kritisieren.<sup>88)</sup> Die beschränkte Kommanditistenhaftung beruht von vornherein auf einer anderen Grundlage als die Komplementärhaftung. Die Haftung „gleich einem persönlichen Gesellschafter“ nach § 176 HGB ist als spezielle Ausprägung des § 15 Abs. 1 und 2 HGB zu begreifen.<sup>89)</sup> Folgt man dieser Sicht, führt die Neuregelung zu Vertrauensschutz ohne Vertrauen.

## V. Ergebnisse

Am Ende des Rundflugs über den „Mauracher Entwurf“ ist zu konstatieren: die Kommission hat unzweifelhaft eine große

Leistung erbracht, der gebührender Respekt zu zollen ist. Dennoch ist die Umsetzung des Mammutvorhabens in der jetzt vorgelegten Form dringend noch einmal kritisch zu überdenken. Denn die Lasten durch die komplette Neuabfassung und Durchnummerierung des Personengesellschaftsrechts scheinen immens, die Folgewirkungen nicht zu Ende gedacht und weniger aufwendige Alternativen noch nicht hinreichend erwogen. Hierzu ist nochmals tief nachzufassen. Die Erfahrungen aus der Entstehungszeit des BGB sollten uns dabei vor Augen sein. Der in vielen Jahren ausführlicher Vorarbeiten mit Teil- und Vorentwürfen ausgereifte Entwurf der Ersten Kommission wurde seinerzeit bekanntlich als zu doktrinär und kompliziert empfunden. Also trat die Zweite Kommission an, um ein einfacheres BGB zu schaffen. Dabei hat sie zweifellos viel Gutes bewirkt. Aber sie hat eben auch: Die vormalig klar strukturierten Einzelansprüche des Bereicherungsrechts zu einer missverständlichen Generalklausel verballhornt, die vormalige Besitzanweisung durch die bloße Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 870 BGB ersetzt und die Gesamthand in die GbR gepflanzt. Keine dieser Maßnahmen war in gleicher Gründlichkeit vorbereitet und durchdacht wie der erste Entwurf. Und jede hat die Rechtswissenschaft und Praxis mit endlosem Streit belastet, von Einheits- und Trennungslehre im Bereicherungsrecht über den Nebenbesitz im Sachenrecht bis zur ARGE Weißes Ross. Es muss unser aller Anliegen sein, dass die Reform des Personengesellschaftsrechts besser gelingt. Auf welchem Weg das zu erreichen ist, mögen die weiteren Diskussionen erhellen.

84) Dazu eingehend Schall (Fußn. 27), § 171 Rz. 5 ff. (gegen die h. M.).

85) A.A. Bachmann, NZG 2020, 612, 618.

86) Begr. ME, S. 185.

87) Begr. ME, S. 185.

88) Kritisch auch Bachmann, NZG 2020, 612, 618.

89) Schall (Fußn. 27), § 176 Rz. 2.

Heinrich Honsell<sup>\*)</sup>/Günter H. Roth<sup>\*\*)</sup>

## Höchstgerichte auf Kollisionskurs – Die Ordnung der Zuständigkeiten zwischen EU und Mitgliedstaaten

Das Urteil des BVerfG v. 5. 5. 2020,<sup>1)</sup> das nicht nur die Anleihenkäufe der Europäischen Zentralbank (EZB) beanstandet, sondern auch das diese schützende Urteil des EuGH,<sup>2)</sup> ist weithin auf Unverständnis gestoßen. Das dürfte zum einen an dem Konfliktpotential liegen, das die zu beurteilende Rechtsfrage birgt, zum anderen aber auch daran, dass das Urteil die letzte Konsequenz vermissen lässt und dadurch im Konflikt der Gerichtsbarkeiten an Überzeugungskraft verliert. Diese Konsequenz hätte darin bestanden, im Verhältnis zum EuGH die Entscheidungskompetenz dezidiert zu beanspruchen und die Ankäufe von Staatsanleihen auf dem Sekundärmarkt durch das PSPP (Public Sector Purchase Programme) klipp und klar als das zu benennen, was sie sind, nämlich verbotene monetäre Staatsfinanzierung und Umgehung des Verbots des Art. 123 Abs. 1 AEUV.

### I. Die Kompetenzüberschreitung der EZB

Art. 123 Abs. 1 AEUV verbietet der EZB und dem ESZB (dem Europäischen System der Zentralbanken) den unmittelbaren Erwerb von Schuldtiteln der Mitgliedstaaten. Es ist auffällig,

\*) Dr. iur., emeritierter Professor an der Universität Zürich, Honorarprofessor an der Universität Salzburg.

\*\*) Dr. iur., emeritierter Professor an der Universität Innsbruck.

1) BVerfG v. 5. 5. 2020 – 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/1, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, ZIP 2020, 966 (LS), dazu EWIR 2020, 289 (Bunte).

2) EuGH v. 11. 12. 2018 – Rs C-493/17 mit der Feststellung, das Programm der EZB zum Ankauf von Staatsanleihen an den Sekundärmärkten gehe nicht über ihr Mandat hinaus und verletze auch nicht das Verbot der monetären Finanzierung. Mit der nur drei Jahre vorher ergangenen Entscheidung Rs C-62/15 setzt sich das Urteil nicht auseinander.