



Wortprotokoll der 144. Sitzung

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Berlin, den 21. April 2021, 09:30 Uhr

Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Vorsitz: Stellvertretender Vorsitzender
Dr. Heribert Hirte, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einziger Tagesordnungspunkt

Seite 7

Gesetzentwurf der Bundesregierung

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des

Mitberatend:

Ausschuss Digitale Agenda

Personengesellschaftsrechts

Gutachtlich:

Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

(Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz

Berichterstatter/in:

- MoPeG)

Abg. Dr. Heribert Hirte [CDU/CSU]

BT-Drucksache 19/27635

Abg. Esther Dilcher [SPD]

hierzu wurde verteilt:

Abg. Jens Maier [AfD]

19(6)230 Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/

Abg. Dr. Marco Buschmann [FDP]

DIE GRÜNEN

Abg. Gökay Akbulut [DIE LINKE.]

Abg. Dr. Manuela Rottmann [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



Teilnehmende Abgeordnete	Seite 3
Sprechregister Abgeordnete	Seite 5
Sprechregister Sachverständige	Seite 6
Anlagen:	
Stellungnahmen der Sachverständigen	Seite 27
Ausschussdrucksache 19(6)230	Seite 128

**Mitglieder des Ausschusses**

	Ordentliche Mitglieder	Unter-schrift	Stellvertretende Mitglieder	Unter-schrift
CDU/CSU	Heil, Mechthild Heveling, Ansgar Hirte, Dr. Heribert Hoffmann, Alexander Jung, Ingmar Lehrieder, Paul Luczak, Dr. Jan-Marcos Müller, Axel Müller (Braunschweig), Carsten Oellers, Wilfried Sensburg, Dr. Patrick Steineke, Sebastian Thies, Hans-Jürgen Ullrich, Dr. Volker Warken, Nina Wellenreuther, Ingo	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Amthor, Philipp Frei, Thorsten Gutting, Olav Hauer, Matthias Launert, Dr. Silke Lindholz, Andrea Maag, Karin Middelberg, Dr. Mathias Nicolaisen, Petra Noll, Michaela Schipanski, Tankred Throm, Alexander Vries, Kees de Weisgerber, Dr. Anja	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
SPD	Brunner, Dr. Karl-Heinz Dilcher, Esther Fechner, Dr. Johannes Groß, Michael Lauterbach, Prof. Dr. Karl Post, Florian Rawert, Mechthild Scheer, Dr. Nina Steffen, Sonja Amalie	<input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Miersch, Dr. Matthias Müller, Bettina Nissen, Ulli Özdemir (Duisburg), Mahmut Rix, Sönke Schieder, Marianne Vogt, Ute Wiese, Dirk Yüksel, Gülistan	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
AfD	Brandner, Stephan Jacobi, Fabian Maier, Jens Maier, Dr. Lothar Peterka, Tobias Matthias Reusch, Roman Johannes	<input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Curio, Dr. Gottfried Hartwig, Dr. Roland Haug, Jochen Seitz, Thomas Storch, Beatrix von Wirth, Dr. Christian	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
FDP	Buschmann, Dr. Marco Helling-Plahr, Katrin Martens, Dr. Jürgen Müller-Böhm, Roman Willkomm, Katharina	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Ihnen, Ulla Schinnenburg, Dr. Wieland Skudelny, Judith Thomae, Stephan	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>



	Ordentliche Mitglieder	Unter-schrift	Stellvertretende Mitglieder	Unter-schrift
DIE LINKE.	Akbulut, Gökay Mohamed Ali, Amira Movassat, Niema Straetmanns, Friedrich	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/>	Jelpke, Ulla Lay, Caren Möhring, Cornelia Renner, Martina	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Bayram, Canan Keul, Katja Rößner, Tabea Rottmann, Dr. Manuela	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/>	Kühn (Tübingen), Christian Künast, Renate Mihalic, Dr. Irene Schauws, Ulle	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>



Sprechregister Abgeordnete

	Seite
Esther Dilcher (SPD)	14, 23
Stellvertretender Vorsitzender Dr. Heribert Hirte (CDU/CSU)	7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26
Fabian Jacobi (AfD)	14
Dr. Jürgen Martens (FDP)	15
Carsten Müller (Braunschweig) (CDU/CSU)	14, 22, 25
Dr. Manuela Rottmann (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	15



Sprechregister Sachverständige

	Seite
Prof. Dr. Gregor Bachmann, LL.M. (Michigan) Humboldt-Universität zu Berlin Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht	7, 19, 23
Annika Böhm Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V., Berlin Leiterin des Referats Gesellschafts- und Bilanzrecht	8, 19, 24, 25
Prof. Dr. Mathias Habersack Ludwig-Maximilians-Universität München Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht	9, 18
Prof. Dr. Heribert Heckschen Notar, Dresden	10, 17
Dr. Daniel Otte, LL.M. (Boston Univ.) Rechtsanwalt, Köln	11, 16
Dr. Gabriele Roßkopf, LL.M. Rechtsanwältin, Stuttgart	12, 13, 24
Prof. Dr. Alexander Schall, M. Jur. (Oxford) Leuphana Universität Lüneburg Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Privat- und Unternehmensrecht	13, 22



Der stellvertretende Vorsitzende **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Liebe Kolleginnen und Kollegen, ich eröffne die 144. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz mit einer öffentlichen Anhörung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts mit der schönen Abkürzung MoPeG. Ich begrüße auch die Kolleginnen und Kollegen, die uns per Webex zugeschaltet sind. Ich begrüße aber vor allen Dingen Sie, die Sachverständigen, von denen Herr Prof. Bachmann, Frau Böhm, Herr Heckschen und Herr Otte hier im Sitzungssaal präsent sind. Die übrigen Sachverständigen sind uns per Webex zugeschaltet. Ich begrüße Herrn Staatssekretär Christian Lange hier im Saal, er kommt gerade rein, und die weiteren Vertreterinnen und Vertreter der Bundesregierung, die per Webex zugeschaltet sind, sowie die Zuhörerinnen und Zuhörer auf der Tribüne. Gegenstand der heutigen Anhörung ist der Gesetzentwurf der Bundesregierung, mit dem das Recht der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts an die praktischen Bedürfnisse des modernen Wirtschaftslebens angepasst werden soll. Leitbild soll die auf Dauer angelegte, am Rechtsverkehr teilnehmende Gesellschaft sein, die durch Eintragung in ein Register mit Subjektpublizität ausgestattet werden kann. Weiter sollen die Rechtsformen der Personengesellschaften auch zur gemeinsamen Ausübung freier Berufe zugänglich gemacht werden. Und es soll ein im Grundsatz dem aktienrechtlichen Anfechtungsmodell folgendes Beschlussmängelrecht eingeführt werden. Zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung liegt auch ein Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vor. Vorweg einige Hinweise zum Ablauf: Sie, die Sachverständigen, erhalten zunächst die Gelegenheit zu einer kurzen Eingangsstellungnahme. Wir beginnen dabei alphabetisch, heute also mit Herrn Bachmann. Dabei die Bitte an die Sachverständigen, nicht länger als vier Minuten zu sprechen. Hier im Saal läuft eine Uhr rückwärts. 30 Sekunden vor Ende der Zeit gibt es ein Signal, nach vier Minuten gibt es ein noch deutlicheres Signal und danach gibt es ein Signal des Vorsitzenden. Die zugeschalteten Sachverständigen sowie alle anderen per Webex zugeschalteten Teilnehmer bitte ich, Ihre Mikrofone auszuschalten, solange Sie nicht

sprechen. An den Vortrag der Stellungnahmen schließen sich die Fragerunden an. Eine oder mehrere – je nachdem, wie viele Fragen gestellt werden. An die Kolleginnen und Kollegen: Sie kennen das bewährte Verfahren. Es gibt zwei Fragen pro Abgeordneten, die Sie entweder an zwei unterschiedliche Sachverständige oder eine Person stellen können. Die Sachverständigen werden dann in der Antwortrunde in umgekehrter alphabetischer Reihenfolge antworten, heute also beginnend mit Herrn Schall. An die Sachverständigen die Bitte: Halten Sie sich dabei kurz. In der zweiten Fragerunde werden wir dann in alphabetischer Reihenfolge die Antworten durchgehen. Noch einige weitere technische Hinweise. Die Anhörung ist öffentlich. Sie wird live im Parlamentsfernsehen auf Kanal 4 gesendet. Nach der Ausstrahlung ist eine Aufzeichnung der Sitzung in der Mediathek abrufbar. Das Sekretariat fertigt auf der Grundlage der Tonaufzeichnung zudem ein Wortprotokoll an. Bild- und Tonaufnahmen von der Tribüne oder per Webex sind nicht gestattet. Ebenfalls nicht gestattet sind Beifalls- oder Missfallensbekundungen von der Tribüne. Rein vorsorglich möchte ich noch darauf hinweisen, dass Störungen in der Sitzung nach dem Ordnungswidrigkeiten- oder Strafrecht geahndet werden können. Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit. Herr Bachmann hat jetzt als Erster das Wort für seine Eingangsstellungnahme. Bitte schön.

SV Prof. Dr. Gregor Bachmann: Ich fasse mich kurz mit fünf knappen Punkten, meine schriftliche Stellungnahme liegt ja vor. Erstens: Der vorliegende Entwurf bringt eine erhebliche Verbesserung für das Recht der Personengesellschaften. Er ist deshalb aus meiner Sicht unbedingt zu unterstützen und sollte auch noch in dieser Legislaturperiode verabschiedet werden. Er wird das Recht insgesamt klarer und verständlicher machen und damit nicht nur für die Rechtspraxis, sondern auch für die Ausbildung einen großen Fortschritt bringen. Es ist ein Entwurf der Bundesregierung, aber das muss man dazu sagen: Er ist nicht im Hinterzimmer geschrieben worden, sondern in jahrelanger Diskussion in Expertenkreisen vorbereitet worden und wird von breitem Konsens getragen. Punkt Zwei: Wesentliche Neuerung ist die Einführung eines Registers für



die BGB-Gesellschaft. Das gibt es bis jetzt nicht, schließt eine wichtige Transparenzluke, erleichtert Transaktionen und kommt dabei letztlich auch der Wirtschaft zugute. Der Entwurf wählt hier einen minimalinvasiven Weg. Es gibt auch Vorschläge, alle BGB-Gesellschaften ins Register zu zwingen. Das macht der Entwurf zu Recht nicht und das ist ein vernünftiger Mittelweg, finde ich. Dritter Punkt: Inkrafttreten. Es sollte so schnell wie möglich in Kraft treten, am besten zum 1. Januar. Vorgesehen ist noch ein weiteres Jahr, der 1. Januar 2023. Mit gewissem Schrecken habe ich gesehen: der Bundesrat möchte noch weitere fünf Jahre. Wenn sich das irgendwie vermeiden lässt, glaube ich, hier im Sinne aller zu sprechen: Je schneller, desto besser. Vierter Punkt: An einigen Stellen kann man den Entwurf noch inhaltlich verbessern. Ich will jetzt nicht mit Details langweilen, dazu habe ich in meiner schriftlichen Stellungnahme etwas gesagt. Ich würde aber darum bitten, dass sich vielleicht in einer künftigen Runde die Berichterstatter/-innen damit nochmal auseinandersetzen. Meine Vorschläge stellen jetzt nicht nochmal alles infrage, sondern es sind kleine Punkte: Hier vielleicht noch ein Halbsatz angefügt, da eine Überschrift korrigiert. Das würde dem Entwurf sehr gut tun. Zwei oder drei inhaltliche Punkte, die mir wichtig sind: Eine Vermutungsregelung für die Rechtsfähigkeit sollte sich nicht nur aus der Bundestagsdrucksache ergeben, sondern ich finde, das sollte im BGB stehen. Die Nachhaftung sollte begrenzt werden. Das sieht auch der Entschließungsantrag der Grünen vor. Das finde ich unterstützungswürdig. Bei der Kommanditistenhaftung sollte man nochmal die Verschärfung überlegen. Dass der Kommanditist der nicht eingetragenen KG (Kommanditgesellschaft) haften soll, obwohl ein Gläubiger weiß, dass er Kommanditist ist, überzeugt nicht nur mich nicht. Kollege Habersack, der sich nachher noch äußern wird, sieht das ähnlich. Das kann man anders, besser und mit einem leichten Federstrich regeln. Letzter Punkt – das ist ein Appell an die Mitglieder des Rechtsausschusses: Mir ist bewusst, dass Sie natürlich andere politische Themen auf der Agenda haben, die viel mehr im Rampenlicht stehen, als dieses vergleichsweise technische Thema. Es geht aber immerhin um Verbesserungen von zwei Kernkodifikationen des

deutschen Rechts, nämlich des HGB (Handelsgesetzbuch) und des Bürgerlichen Gesetzbuchs, des BGB. Das sind nicht irgendwelche Maßnahmengesetze. Deshalb würde ich darum bitten, wenn es irgendwie geht, sich die Zeit zu nehmen und nochmal besonders sorgfältig die einzelnen Verbesserungsvorschläge der Sachverständigen anzuschauen, um aus einem guten Entwurf einen besseren oder perfekten Entwurf zu machen. Es klingt vielleicht etwas pathetisch, aber das ist eine wichtige Reform des BGB, ein historischer Moment, und den sollten Sie nutzen. Ich glaube, dass Sie damit nicht nur der Rechtspraxis, sondern vor allen Dingen auch der Ausbildung und vielen Jurastudierenden einen sehr großen Dienst erweisen würden. Danke schön.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Bachmann. Frau Böhm hat als Nächste das Wort.

SVe Annika Böhm: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich werde mich mit einer etwas anderen Perspektive anschließen. Wir haben verschiedene Personengesellschaftsrechtsformen. Diese ermöglichen eine sehr flexible Gestaltung der unternehmerischen Tätigkeit. Diese Vielfalt des Personengesellschaftsrechts sollten wir aus unserer Sicht erhalten und vor allem die Praktikabilität verbessern. Dabei sollten wir die grundsätzlichen Unterschiede der verschiedenen Rechtsformen bewahren. Denn die jeweiligen Gründer und Gesellschafter können die unterschiedlichen Vor- und Nachteile der Rechtsformen abwägen und dann entsprechend ihre Entscheidung treffen und die Rechtsform wählen, die am besten für sie passt. Das heißt, eine behutsame und auch praxiskonforme Weiterentwicklung des Personengesellschaftsrechts, die die Rechtsunsicherheit beseitigt, wäre aus unserer Sicht der richtige Weg. Aus der Perspektive der Wirtschaft, unter Berücksichtigung der durchaus unterschiedlichen Perspektiven von Gründern, Gesellschaftern, aber auch deren Geschäftspartnern, haben wir uns mit dem MoPeG befasst. Im Folgenden möchte ich mich kurz auf die GbR (Gesellschaft bürgerlichen Rechts) konzentrieren, da wir dort die größten Auswirkungen sehen und grundsätzliche Bedenken haben. Ansonsten darf ich auf meine Stellungnahme verweisen. Die GbR ist bisher die



unkomplizierte Möglichkeit, mit mehreren Personen gemeinsam tätig zu werden: einfache Gründungsvoraussetzungen, niedrige Hürden – wird von vielen Gründern benutzt. Sie senkt die Vorbehalte bei den Gründungen. Es sind einfache Regelungen auch im Hinblick auf die Auflösung und die Gewerbeabmeldung der Gesellschafter vorgesehen. Die GbR sollte aus unserer Sicht weiterhin niedrigschwellig sein und eine möglichst einfach zu gründende und zu führende Gesellschaftsrechtsform bleiben, denn sie erfüllt eine wirklich wichtige Aufgabe in der Wirtschaft. Die Registrierung kann auf den ersten Blick die Transparenz erhöhen, aber sie hat entsprechende Auswirkungen: Der finanzielle und zeitliche Gründungsaufwand erhöht sich, die registrierte GbR wird aus unserer Sicht sehr stark dem Kaufmann, der OHG (Offene Handelsgesellschaft) angenähert. Das Gesellschaftsregister, das vorgesehen ist, ist sehr stark dem Handelsregister angenähert. Das heißt, die Belastungen sind hier vergleichbar. Einige der Regelungen werden sicherlich auch dazu führen, dass die unkomplizierte Abfassung des Gesellschaftsvertrags in Zukunft etwas schwieriger wird und dieser künftig eher schriftlich abgefasst werden sollte. Die registrierte GbR wird auch eintragungspflichtige Gesellschaft nach dem Geldwäschegesetz und ist in einer „Einbahnstraße“, das heißt, sie kann nicht mehr zur nicht-registrierten GbR werden. Aus Sicht vieler IHKs (Industrie- und Handelskammern) kommt hinzu, dass wir mittelbare Auswirkungen befürchten, sprich, dass es aus nachvollziehbarer Sicht Geschäftspartner und Kreditinstitute geben wird, die auch von den eigentlich nicht-eintragungspflichtigen GbRs eine Eintragung fordern werden. Die Vorgabe der Registrierung für einige wenige GbRs hätte Auswirkungen für sehr viele bestehende und auch noch zu gründende GbRs. Die verbindliche Registrierung der GbR würde deswegen aus weit überwiegender Sicht die Anforderungen an die GbR grundsätzlich erhöhen, die Flexibilität reduzieren und aus unserer Sicht der Gesellschaftsrechtsform als Einstiegsrechtsform widersprechen. Die Typenoffenheit des Gesellschaftsrechts wird hierdurch eingeschränkt. Im Hinblick auf diese Überlegungen und Abwägung der verschiedenen Aspekte würden wir den Bedarf für eine Registrierungsmöglichkeit überwiegend eher bezweifeln und ablehnen. Sie

würde letztendlich aus Sicht vieler IHKs zur Registrierungspflicht führen. Das ist nicht kompatibel mit der Einstiegsrechtsform. Alternativ haben wir uns natürlich auch Gedanken gemacht: Man könnte aus Sicht vieler IHKs dem Interesse von Geschäftspartnern, Kreditinstituten nachkommen, indem diese die Informationen direkt von der GbR erhalten oder eine deutliche Differenzierung des Gesellschaftsregisters vom Handelsregister vorsehen. Man sollte deswegen noch mal eine Prüfung vornehmen, damit man im Ergebnis die niedrigen Gründungshürden dieser Einstiegsrechtsform der GbR nicht ad acta legen muss. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Danke, Frau Böhm. Als Nächster hat Herr Habersack das Wort, der uns per Webex zugeschaltet ist.

SV Prof. Dr. Mathias Habersack: Sehr geehrter Herr Hirte, meine Damen und Herren, vielen Dank. Ich starte mit einem Plädoyer, das vollkommen in Einklang steht mit dem Plädoyer meines Kollegen Bachmann. Auch ich begrüße die Reform außerordentlich. Ich denke, dass der Regierungsentwurf eine gute Grundlage eines Reformgesetzes bildet und, würde er Gesetzeskraft erlangen, einen erheblichen Gewinn für das Personengesellschaftsrecht mit sich brächte. Natürlich gibt es an der einen oder anderen Stelle Optimierungsbedarf und Optimierungsraum. Das beginnt zunächst mit der Frage, ob man das OHG- und KG-Recht für die freiberufliche Tätigkeit öffnet. Mir persönlich erschien es unter systematischen Gesichtspunkten, aber auch in der Sache sehr viel überzeugender, das HGB ganz generell zu einem UGB, einem Unternehmergesetzbuch, fortzuentwickeln und damit Freiberuflern ganz allgemein die Möglichkeit zu geben, sich zumindest freiwillig, gegebenenfalls aber auch verpflichtend dem UGB zu unterstellen. Diese Maßnahme hätte auch den Vorteil, dass Friktionen zwischen dem BGB und dem HGB entfielen. Das BGB stellt in sehr zahlreichen Vorschriften mittlerweile auf den Unternehmer-Begriff ab und sieht besondere Vorschriften über Verbraucherverträge vor, an denen ein Unternehmer beteiligt ist. Aus Sicht der Freiberufler ist es nun einmal so, dass sie dann zwar diesen besonderen Vorschriften über Verbraucherverträge unterstehen, aber nicht den besonderen Vorschriften des Handelsrechts. Das



ist aus meiner Sicht nicht rund. Optimierungsfähig scheint mir auch die Frage der Registrierung. Hier habe ich mich schon im Vorfeld der heutigen Sitzung und in meiner Stellungnahme für eine flächendeckende Transparenz aller rechtsfähigen Personen-gesellschaften ausgesprochen. Das ließe sich mit Eröffnung des HGB für jedwede unternehmerische Tätigkeit kombinieren und hätte dann mehrere Vorteile: Wir hätten eine saubere Abgrenzung zwischen der rechtsfähigen Gesellschaft, der Außengesellschaft, und der nicht-rechtsfähigen Gesellschaft, der Innen-gesellschaft. Es würde sich ein eigenständiges GbR-Register erübrigen und es bedürfte keiner Vorschriften zum Statuswechsel. Abgesehen von diesen beiden grundsätzlichen Punkten möchte ich die Zeit nutzen, um noch auf drei oder vier Detailfragen hinzuweisen. Nicht ganz rund scheint mir § 720 Abs. 3 BGB-E, der für die GbR die unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht vorsieht. Hier würde ich doch stark dafür plädieren, zumindest registrierten GbR die Möglichkeit zu verschaffen, Beschränkungen der Vertretungsbefugnis zu verlautbaren – auch mit Wirkung gegenüber Dritten. Was die Haftung anbelangt, so hat Herr Bachmann bereits darauf hingewiesen, dass der § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB-E zu weit geht und zu einem „windfall profit“ zu Gunsten des Gläubigers führt. Hier sollte wieder der Vorbehalt der Kenntnis eingeführt werden. Zu denken wäre aber auch daran, für die GbR die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung vorzusehen, sofern derlei Beschränkungen im Register verlautbart werden. Auf diese Art und Weise ließen sich Gestaltungen realisieren, die an eine Kommanditgesellschaft im Kleide der Gesellschaft bürgerlichen Rechts erinnern. Aus meiner Sicht wäre es nur konsequent, solche Gestaltungen auch außerhalb des HGB zu erlauben. Wegen weiterer Punkte – Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters, Auslandsgesellschaften & Co. – darf ich auf meine schriftliche Stellungnahme verweisen. Herzlichen Dank.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Habersack. Als Nächster hat das Wort mein Namensvetter – so oft gibt es den rheinischen Vornamen ja nicht – Heribert Heckschen hier im Saal.

SV Prof. Dr. Heribert Heckschen: Danke schön. Aus meiner Sicht ist der hier zur Diskussion stehende Entwurf sehr gut gelungen. Er beruht auf einem mehrjährigen und, Herr Bachmann sagte es auch schon, sehr transparenten Gesetzgebungs-verfahren. Er ist handwerklich sauber ausge-arbeitet. In mehreren hundert Fachbeiträgen – ich habe, glaube ich, über drei Ordner – aus Wissenschaft und Praxis und auf zahlreichen Symposien war die Meinung einheitlich: Es handelt sich bis auf Detailfragen um ein gutes Gesetz, das durchdacht ist und unbedingt verabschiedet werden sollte. Das Gesetz schafft Klarheit hinsichtlich der Rechtspersönlichkeit der GbR und gibt die Option zur Registrierung, ohne eine Zwangsregistrierung vorzuschreiben. Das Register beseitigt große Probleme in der Praxis, insbesondere im Umgang mit über 180.000 Immobilien-GbRs – und das ist vorsichtig geschätzt – und solchen, die Gesellschaftsbeteiligungen halten. Damit lassen sich künftig endlich die Existenz der Gesellschaft und die Vertretungsberechtigung der für sie handelnden Personen einfach und verlässlich nachweisen, ganz erhebliche Kosten sparen und Rechtsunsicherheit vermeiden. Die Einrichtung eines derartigen Registers unter Inanspruchnahme von Notaren nimmt das bewährte Vier-Augen-Prinzip und die Filterfunktion des Notars mit auf. Nur so kann die Überlastung der Handelsregister vermieden werden, die ohne jeden Zweifel eintreten würde, wenn die GbRs ihre Anträge – und ich frage, in welcher Form: Wie denn? Elektronisch? – unmittelbar beim Register einreichen und stellen könnten. Im Übrigen beseitigt das Register Schlupflöcher im Kampf gegen die Geldwäsche. Die jetzige Reform des Personengesellschafts-rechts führt nach herrschender Meinung nicht zu einer anderen steuerrechtlichen Behandlung der Personengesellschaften. Dies sieht der Entwurf auf Seite 119 so und das BMF (Bundesministe-rium der Finanzen) sieht es natürlich genauso. Denn welchen Sinn würde das Gesetz machen, das jetzt den Personengesellschaften die Option gibt, zu der Besteuerung der Kapitalgesellschaften zu optieren, wenn das BMF anderer Auffassung wäre? Die GbR wird aufgrund der Reform und ist bereits aufgrund der Rechtsentwicklung seit 2001 von der Gesamthandsgemeinschaft zur Gesamthandsgesellschaft geworden – da bediene



ich mich einer Aussage von Herrn Flume. Es bestehen auch weiterhin hinreichende Unterscheidungsmerkmale, die es verfassungsrechtlich rechtfertigen, die Personengesellschaft anders zu besteuern als die Kapitalgesellschaft. Zumal das Bundesverfassungsgericht zuletzt vor allem die persönliche Haftung als Unterscheidungskriterium herangezogen hat. Einzelne kleine Kritikpunkte: Es sollte die Registrierung von GbRs, die GmbH-Anteile (Gesellschaft mit beschränkter Haftung) erwerben oder halten, verbessert werden. Weiterhin ist es schade und bedauerlich, dass keine Lösung zum Thema Stimmverbote gefunden wurde. Vielleicht ist das der Auftrag für die nächste Periode. Ich hatte schon gehört, bei der Nachhaftung von ausgeschieden Gesellschaftern sind zwei meiner Vorredner gleicher Auffassung wie ich. Da muss man noch mal ran, es besteht Verbesserungsbedarf. Es ist nicht einzusehen, dass ein ausgeschiedener Gesellschafter für etwas haftet, was er gar nicht mehr fabriziert hat. Ich möchte noch ergänzen zur Stellungnahme: Beim Statuswechsel von der GbR muss noch einmal nachgeschärft werden. Aus meiner Sicht ist zu kritisieren, dass der Regierungsentwurf die Abfindungsregelungen weiterhin einer Nichtigkeitskontrolle durch die Rechtsprechung überlässt, die damit die Vertragsautonomie einschränkt. Es sollte eine Ausübungskontrolle stattfinden. Ein Punkt, der noch nirgendwo erwähnt wurde, den ich aber hervorheben würde: Es gibt in Deutschland eine Riesenzahl von Freiberuflern in Einzelkanzleien. Für mich ist es geradezu diskriminierend, dass ein Freiberufler, der in einer Einzelkanzlei tätig ist, nicht umwandeln kann, weil ihm vorgeworfen wird, er sei kein Kaufmann, während nunmehr für alle Personengesellschaften, auch die Rechtsanwälte und Steuerberater, der Zugang zur GmbH & Co. KG (Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft), also zu Personenhandelsgesellschaften, ermöglicht wird. Beteiligungen an Personenhandelsgesellschaften sind schließlich häufig Gegenstand der Schenkung an Minderjährige. Leider gibt es hier keine einheitliche Rechtsprechung des BGH, weil der Weg zum BGH zu schwierig ist. Letztlich: Das Gesetz sollte unbedingt zum ersten 1. Januar spätestens 2023 in Kraft treten. Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Danke. Als Nächster hat Herr Otte hier im Saal das Wort.

SV Dr. Daniel Otte: Danke, Herr Vorsitzender. Mein Name ist Daniel Otte, ich bin Rechtsanwalt in Köln und berate seit mehr als elf Jahren Familienunternehmen in streitigen Auseinandersetzungen, spreche also für die anwaltliche Praxis. Zahlreiche meiner Mandanten sind als Personenhandelsgesellschaften, als GmbH & Co. KG insbesondere, organisiert. Ich möchte mich zunächst meinen Vorrednern anschließen und feststellen, dass der Entwurf, über den Sie hier heute beraten, wirklich sehr gelungen ist. Das ist echt starke Arbeit, das muss man vorab sagen. Wir würden es in der Praxis sehr begrüßen, wenn dieser Entwurf Gesetz wird. Ich will mich in meiner Stellungnahme auf die Reform des Beschlussmängelrechts der Personenhandelsgesellschaft in §§ 110 ff. HGB-E beschränken. Zum einen, weil es mein persönliches Steckenpferd ist, aber zum anderen auch, weil ich da den größten Optimierungsbedarf sehe, um aus einem sehr guten einen noch besseren Gesetzentwurf zu machen. Das Beschlussmängelrecht der Personenhandelsgesellschaften soll zukünftig zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen unterscheiden. Die Grundregel soll sein: Der Beschluss ist, wenn er rechtswidrig ist, nur noch anfechtbar und muss dann innerhalb einer bestimmten Frist gerichtlich angegriffen werden. Das ist auch grundsätzlich zu begrüßen. Was aber optimiert werden könnte, ist die Definition der Nichtigkeit. Das ist in § 110 Absatz 2 Nr. 1 HGB-E jetzt so geregelt, dass ein Beschluss nichtig sein soll, wenn er Rechtsvorschriften verletzt, auf deren Einhaltung die Gesellschaften nicht verzichten können. Ob aber ein Gesellschafter auf die Einhaltung von Rechtsvorschriften verzichten kann, ist in der Rechtsprechung ungeklärt und sollte deswegen im Gesetz eindeutig festgelegt werden, indem man die Nichtigkeitsgründe wie auch im Aktienrecht klar regelt. Das Zweite ist, dass die Anfechtbarkeit eines Beschlusses immer voraussetzt, dass ein Versammlungsleiter den Beschluss mit vorläufiger Verbindlichkeit festgestellt hat. Ob einem Versammlungsleiter die Feststellungskompetenz zukommt, ist aber in der Literatur und Rechtsprechung sehr stark umstritten und ich meine, dass der Gesetzgeber



diese Gelegenheit ergreifen sollte, das ein für alle Mal zu regeln und zwar dahingehend, dass die Beschlussfeststellungskompetenz jedem Versammlungsleiter zukommt. Dritter Punkt: Wenn man einmal keinen gewählten Versammlungsleiter hat, was wir insbesondere in Fifty-Fifty-Konstellationen immer wieder beobachten, und deswegen ein Beschluss nicht festgestellt werden kann, dann gilt nach dem Gesetzentwurf weiterhin, dass der Beschluss nichtig ist und diese Nichtigkeit *ad infinitum* geltend gemacht werden kann. Da meine ich, dass es im Sinne der Rechtssicherheit vorzugs würdig wäre, wenn man festsetzen würde, dass auch hier eine Dreimonatsfrist gilt, und zwar dahingehend, dass die Gesellschafter, die sich auf die Wirksamkeit des Beschlusses berufen, das innerhalb von drei Monaten einklagen müssen. Letzter Punkt: Wir haben in der Praxis sehr häufig die GmbH & Co. KG. – ein Zwitter zwischen Kapital- und Personengesellschaft. Das aktuelle Beschlussmängelrecht nach dem Entwurf würde, weil wir im GmbH-Recht das Aktienrecht analog anwenden, dazu führen, dass wir auf Ebene der KG die neuen §§ 110 ff. HGB-E haben, während wir auf Ebene der GmbH weiter die §§ 241 ff. AktG (Aktiengesetz) analog anwenden würden. Das ist aus meiner Sicht in der Praxis sehr schwierig, weil man gucken muss „Welches Regime gilt jetzt gerade?“, es sei denn, man hat es eindeutig im Gesellschaftsvertrag geregelt, wenn man einen guten Anwalt hatte. In allen anderen Fällen hat man aber zwei unterschiedliche Regimes und deswegen wäre es aus meiner Sicht sehr zu begrüßen, wenn man das Beschlussmängelrecht der Personenhandelsgesellschaft auf die GmbH ausdehnt. Die GmbH hat deutlich mehr Ähnlichkeit mit der Personenhandelsgesellschaft als mit der Aktiengesellschaft und es gibt keinen Grund, das Aktienrecht hier im GmbH-Recht weiter analog anzuwenden, wenn man so schöne Regelungen im HGB hierzu hat. Das war es im Wesentlichen aus meiner Sicht. Ich danke ganz herzlich und stehe für Fragen gern zur Verfügung.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Herzlichen Dank, Herr Otte. Als Nächste hat das Wort Frau Roßkopf, die uns ebenfalls per Webex zugeschaltet ist.

SVe **Dr. Gabriele Roßkopf**: Vielen Dank, Herr Hirte, meine Damen und Herren Abgeordnete.

Auch ich empfehle dringend, das MoPeG in Kraft zu setzen und zwar so schnell wie möglich, spätestens aber zum 1. Januar 2023. Dass das Personengesellschaftsrecht dringend reformiert werden muss, haben Sie jetzt schon mehrfach gehört. Das steht auch außer Zweifel. Beim MoPeG geht es erstens darum, sicherzustellen, dass sich das geltende Recht wieder im Gesetz findet. Im Mittelpunkt steht dabei die Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft, die der BGH, es wurde schon gesagt, vor 20 Jahren anerkannt hatte, die sich aber bis heute nicht in den §§ 705 ff. BGB findet. Das MoPeG regelt jetzt die Außengesellschaft als rechtsfähige Gesellschaft und bietet ein geschlossenes Regelungskonzept. Darauf kann dann zurückgegriffen werden, wenn bei der Gesellschaftsgründung nur lückenhafte Absprachen getroffen wurden. GbRs werden oft von geschäftlich Unerfahrenen gegründet und gerade die brauchen eine verständliche, rechtssichere und stabile gesetzliche Basis. Das MoPeG trifft diese Regelungen im BGB und nicht im HGB. Es lässt den Kaufmannsbegriff und die grundsätzliche Unterscheidung zwischen GbR und Personenhandelsgesellschaften unangetastet. Theoretisch wären natürlich auch Modelle denkbar, die stattdessen ein allgemeines Unternehmensrecht schaffen. Diese Modelle würden aber tiefgreifend in bestehende Strukturen eingreifen. Der Gesetzentwurf wählt demgegenüber einen schonenderen, einen pragmatischeren, Herr Bachmann hat gesagt, einen minimalinvasiven Ansatz und erreicht das Ziel damit auch. Bei der Personengesellschaftsrechtsreform geht es zweitens um die Einführung eines GbR-Registers, um endlich mehr Publizität und Transparenz bei der GbR zu schaffen. Das MoPeG führt ein solches Register in Anlehnung an das Handelsregister ein. Existenz, Identität, Mitgliederbestand und Vertretungsverhältnisse von GbRs können damit einfach und zuverlässig festgestellt und nachgewiesen werden. Diese Vorteile des Registers, gerade für die Wirtschaft und den Rechtsverkehr, wiegen die verhältnismäßig geringen Kosten deshalb auf. Eine Pflicht zur Eintragung besteht nach dem Gesetzentwurf nur, wenn eine GbR über bestimmte registrierte Rechte verfügen möchte oder wenn sie umgewandelt werden soll. Das wird reine Gelegenheitsgesellschaften nicht treffen, sondern Gesellschaften, die auf Dauer angelegt sind und



ein Ziel von gewissem wirtschaftlichen Gewicht verfolgen. Die Eintragung ist nach dem Gesetzentwurf auch nicht Voraussetzung für die Rechtsfähigkeit. Das halte ich auch für richtig, weil es sonst wieder nicht-registrierte, nicht-rechtsfähige Außengesellschaften gibt, die der BGH vor 20 Jahren aus gutem Grund abgeschafft hat. Die GbR bleibt auch mit Register eine flexible Gesellschaftsform, die schnell und unbürokratisch gegründet werden kann. Neben diesen beiden Punkten – Übereinstimmung von Gesetz und geltendem Recht und Einführung eines Registers – treten die weiteren Inhalte des MoPeG zurück, auch wenn die wichtig sind. Sie sind auch stimmig. Zu einzelnen Regelungen und daran auch heute teils wieder geäußerter Kritik nur Folgendes: Dass sich der Gesetzentwurf vom Gesamthandsprinzip abwendet, führt nicht zum Ende der transparenten Besteuerung von Personengesellschaften.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Jetzt ist Frau Roßkopf aus der Übertragung herausgeflogen. Ich weiß nicht, ob Sie sich noch schnell eingeschaltet bekommen. Sie hatte noch 30 Sekunden für ihre Eingangsstellungnahme. Da wir das wahrscheinlich aber so schnell nicht geklärt bekommen, würde ich als Nächsten – ist Sie wieder dabei?

SVe Dr. Gabriele Roßkopf: *Es gibt zahlreiche weitere Differenzierungskriterien zur Körperschaft. Es bedarf keiner Vermutungsregelungen für die Feststellung des Willens aller Gesellschafter zur gemeinsamen Teilnahme am Rechtsverkehr. Die Gesetzesbegründung bietet ausreichend Orientierung. Es ist richtig und konsequent, dass die Innengesellschaft kein Vermögen bilden kann, denn sie ist nicht rechtsfähig. Die GbR braucht keine Möglichkeit einer Beschränkung der Gesellschafterhaftung. Wer eine Haftungsbeschränkung möchte, dem stehen anderen Gesellschaftsformen, wie zum Beispiel die UG (Unternehmergegesellschaft), zur Verfügung. Die neuen Regelungen zum Beschlussverfahren und zu Beschlussmängeln bei Personenhandelsgesellschaften sind schließlich meines Erachtens zu begrüßen. Sie sind auch für Personenhandelsgesellschaften passend und*

* Der kursiv gedruckte Textteil war in der Sitzung aufgrund eines Problems bei der Tonübertragung nicht verständlich. Die Sachverständige Dr. Roßkopf hat diesen Abschnitt ihrer

stimmig. Minimale Anregungen für Verbeserungen enthält meine schriftliche Stellungnahme. Da finden sich auch einzelne Punkte wieder, die heute angesprochen wurden, darauf möchte ich verweisen. Das Wichtige aber ist, das Gesetz in Kraft zu setzen und zwar schnell. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Roßkopf. Sie haben wahrscheinlich nicht mitbekommen, dass Sie circa 15 Sekunden aus der Übertragung raus waren und sollten das zu einem späteren Zeitpunkt ansehen, damit Sie wissen, was eventuell verloren gegangen ist. Aber ich glaube, dass der Kern Ihrer Aussage rübergekommen ist, zumal Sie auf der schriftlichen Stellungnahme aufgebaut haben. Als Nächster hat das Wort Herr Schall.

SV Prof. Dr. Alexander Schall: Ich danke vielmals, meine Stellungnahme liegt ja vor. Ich möchte einen etwas bremsenderen Ton anschlagen und daher zweistufig raten. Auf der ersten Stufe rate ich dringend dagegen, das Gesetz so jetzt zu verabschieden, ohne nähere Prüfung der verfassungsrechtlichen Konsequenzen. Nach meiner Ansicht ist es ziemlich deutlich so, dass die einzige Rechtfertigung, die wir im Jahr 2006 verfassungsrechtlich nach Artikel 3 GG für die transparente Besteuerung gefunden haben, nämlich das Gesamthandsprinzip, entfällt, wenn wir das Vermögen nur der Personengesellschaft zuweisen. Dieses Argument ist nicht leichterhand vom Tisch zu wischen. Das hat auch der Arbeitskreis Bilanzrecht so gesehen, und wir wissen alle seit dem PSPP- und dem EZB-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, dass dort ein ganz eigener Kopf herrscht. Ich würde mich ganz unwohl fühlen, wenn sich nicht zumindest einmal ein ausgewiesener Steuerverfassungsrechtler diese Sache angeguckt hat. Der Grund ist der: Wir wissen doch schon seit dem 19. Jahrhundert, dass eigentlich die OHG das Unternehmen trägt. Das hat mit ARGE Weißes Ross gar nichts zu tun. Das Argument lautet ja, eben weil die OHG das Unternehmen trägt, gebietet der Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit in Verbindung mit Artikel 3 GG, dass auch sie als Rechtsträger versteuert. Das einzige

mündlichen Eingangsstellungnahme dem Sekretariat des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz nachträglich übermittelt.



Argument, das man dagegen vorbringen konnte, war, dass im Gesetz steht, dass das Vermögen den Gesellschaftern zugerechnet wird. Wenn das jetzt fällt, hat man nichts mehr, mit was man das Vermögen umrechnen kann. Man kann dann anführen „Selbstorganschaft“ und „Personen-abhängigkeit“, aber das führt nicht zu einer anderen Vermögenszuordnung. Man kann natürlich sagen „Grundsatz der persönlichen Haftung“, aber das gilt nicht für Kommanditisten. Außerdem führt auch das nur zur Mitunternehmerschaft, aber nicht zur Vermögensumrechnung. Also: Ein atypischer, stiller Gesellschafter, beispielsweise der Geschäftsführer einer GmbH, kann Mitunternehmer der GmbH sein und als solcher versteuern. Aber er wird niemals Rechtsträger des Unternehmens. Das bleibt immer die GmbH. Aus diesen Gründen bin ich sehr dagegen, hier vorschnell und mit einer gewissen gesellschaftsrechtlichen „Overconfidence“ über dieses Argument hinwegzugehen. Es droht Ihnen sonst ungewollt die Verpflichtung zu einer großen Unternehmenssteuerreform mit dem Ziel der einheitlichen rechtsformunabhängigen Besteuerung. Wenn man sich über diesen Punkt hinweggesetzt hat, das ausführlich geprüft hat und denkt, man kann es dennoch machen, dann ist der Entwurf natürlich eine ideale Grundlage. Dann gibt es aber trotzdem einige Dinge, die ich noch dazu anmerken möchte. Die volle Transparenz durch konstitutive Eintragungen wäre mir das Wichtigste. Ich glaube nicht, dass es irgendwo künstliche Rechtsträger ohne Transparenz geben kann. Natürlich schafft man das Gesamthandseigentum ab. Intransparent können dann nur noch Innengesellschaften gegebenenfalls mit Miteigentum sein, da die Funktion der Gesamthand bei der Reitgemeinschaft sowieso überschätzt wird. Das Informationsrecht eines vollhaftenden Gesellschafters muss zwingend ausgestaltet sein, ich verweise auf *Fleischer/Heinrich*. Das habe ich auch selbst schon gesagt, das ist ein Gebot der Systematik und des Artikel 3 GG. Die ordentliche Kündigung sollte wegen der persönlichen Haftung unbeschränkbar sein. Ansonsten schließe mich Herrn Habersack an, bezüglich Dividende auch Herrn Bachmann. Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Schall. Damit sind wir am Ende der Runde

der Einführungsstellungenahmen und mir liegen die ersten Fragen vor. Ich gehe erst mal in der Reihenfolge vor, wie sie mir reingereicht wird. Als Erste hat sich Frau Dilcher zu Wort gemeldet.

Abg. **Esther Dilcher** (SPD): Zunächst einmal vielen Dank für die Stellungnahmen. Ich hätte eine Frage an Herrn Prof. Dr. Bachmann: Wenn Sie Wünsche äußern dürften, was noch nachgeschärft werden müsste, was stände an oberster Stelle? An Herrn Professor Heckschen nochmal die Bitte nach einer Stellungnahme im Hinblick auf das Steuerrecht, das hatten Sie nur sehr kurz gemacht. Denn nach den Ausführungen, die Herr Prof. Dr. Schall eben gemacht hat, steht aus diesen steuerrechtlichen Gründen wegen der Transparenz eine Verfassungswidrigkeit im Raum. Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Dilcher. Als Nächster Carsten Müller.

Abg. **Carsten Müller** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Sachverständige. Liebe Kollegin Esther Dilcher, eine Frage haben Sie mir gerade erspart, nämlich die an Herrn Prof. Dr. Heckschen. Deswegen möchte ich gerne Herrn Dr. Otte und Herrn Professor Bachmann darum bitten – das war infolge der Ausführungsreihenfolge schwer möglich – zu den vom Sachverständigen Schall angesprochenen Bedenken in materieller und in zeitlicher Hinsicht kurz Stellung zu nehmen. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Müller. Herr Jacobi.

Abg. **Fabian Jacobi** (AfD): Vielen Dank. Ich habe eine Frage, die ich gerne an zwei Sachverständige richten würde. Das sind Herr Prof. Bachmann und Herr Dr. Otte. Es liegt uns eine Stellungnahme vom Verband der Insolvenzverwalter (VID) vor, spezifisch zu den insolvenzrechtlichen Folgen dieses Reformprojekts, und zwar im Hinblick auf die in § 723 und in § 740a BGB-E geregelten Rechtsfolgen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters. In dem einen Fall, § 723 BGB-E, wird das wahrscheinlich – daher die Frage an Herrn Dr. Otte – für die GmbH & Co. KG relevant sein. Der VID weist dabei darauf hin, dass damit zwingend gesagt ist, dass im Falle der Insolvenzeröffnung über das Vermögen der



Komplementär-GmbH diese dann ausscheidet und die KG unter Rechtsnachfolge der Kommanditisten liquidationslos beendet ist, was vom VID als Sanierungshindernis bewertet wird. Im Falle des § 740a BGB-E wird das Beispiel einer Innen-GbR angebracht, beispielsweise zwischen freiberuflich tätigen Ärzten. Wenn da ein beteiligter Arzt oder eine beteiligte Ärztin in die Insolvenz gerät und der Insolvenzverwalter gerne diese Praxisgemeinschaft fortsetzen würde, weil sie ertragsgeeignet ist, das Gesetz aber vorsieht, dass diese Innen-GbR mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über einen der Beteiligten automatisch beendet ist, wird das vom VID unter insolvenzrechtlicher Perspektive als nicht zielführend bewertet. Ich kann diese Kritik aus insolvenzrechtlicher Sicht gut nachvollziehen. Die Frage ist jetzt an die Sachverständigen, wie Sie das bewerten: Ob diese Rechtsfolgen, die in §§ 723, 740a BGB-E vorgesehen sind, sinnvoll sind; ob Sie die Kritik für begründet halten und was gegebenenfalls Verbesserungsmöglichkeiten sein könnten. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Jacobi. Herr Martens.

Abg. **Dr. Jürgen Martens** (FDP): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Meine Damen und Herren Sachverständigen, auch von der FDP vielen Dank, dass Sie sich die Zeit genommen haben, hier zur Verfügung zu stehen. Ich habe zwei ganz praktische Fragen an Herrn Habersack und Herrn Heckschen. Wir haben jetzt in dem Entwurf die Trennung, dass für Freiberufler die Personengeschäftsgesellschaften freigegeben werden. Bei gewerblich Tätigem ist es nach wie vor nur die Handelsgesellschaft nach dem HGB. Jetzt ist die Frage, ob die Trennung eines GbR-Registers und des HGB sinnvoll ist. Wir haben zum Beispiel, Sie haben es auch erwähnt, in Österreich das Einheitsmodell. In Österreich, das habe ich als Anwalt auch schon gemacht, können Sie ein Firmenbuchregister der Republik Österreich elektronisch abrufen und erhalten dort umfassend Auskunft. Wäre es auch im Hinblick auf die Handhabbarkeit im europäischen Rechtsraum nicht deutlich sinnvoller und angebracht, schlicht und ergreifend ein Unternehmensregister aufzulegen, in dem man das alles mit erledigen kann – ohne Überleitungs-, Umleitungs-,

Zwischen- und Kollisionsvorschriften, die man ansonsten bräuchte, wenn man das Ganze wieder neu aufstellt? Kann man die Architektur nicht gleich wesentlich einfacher, effizienter und europafreundlicher gestalten?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Martens. Frau Rottmann.

Abg. **Dr. Manuela Rottmann** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank für Ihre Stellungnahmen. Ich erlaube mir den kurzen Kommentar, dass wir tatsächlich andere Themen haben, aber selten die Chance, einen guten Gesetzentwurf nahezu perfekt zu machen. Das ist nicht so oft vorgekommen in dieser Wahlperiode. Deswegen sind wir dafür dankbar. Ich habe zwei Fragen an Herrn Professor Heckschen. Das eine ist noch mal die Frage nach der Ungleichbehandlung oder Diskriminierung von Einzelfreiberuflern im Verhältnis zu Gesellschaften. Warum halten Sie etwa bei der Einzelkanzlei diesen Weg aus der unbeschränkten persönlichen Haftung für notwendig? Die zweite Frage an Herrn Professor Heckschen ist die Frage nach der zeitlichen Begrenzung der Nachhaftung. Sie ist nur zeitlich begrenzt bisher. Bei Ihnen in der Stellungnahme habe ich gesehen, dass Sie auf Zurechenbarkeit abstellen würden, „Kenntnis“ habe ich hier von einem anderen Sachverständigen gehört. Da würde mich noch mal interessieren: Welche Fallkonstellationen in der Praxis liegen Ihrer Ermahnung, da noch nachzuschärfen, zugrunde? Wie, glauben Sie, wird sich das in der Praxis auswirken, wenn man es dabei lässt, wie es jetzt der Gesetzentwurf tut?

Der **stellvertretende Vorsitzende/Abg. Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Vielen Dank, Frau Rottmann. Ich habe mich selbst auf die Frageliste gesetzt und hätte eine Frage zunächst an Frau Böhm. Wir haben schon viel davon gehört, dass die Eintragung in ein neu einzurichtendes Register eines der Kernelemente des Entwurfes ist. Es wurde schon erwähnt, dass sich der Bundesrat in seiner Stellungnahme zu genau diesem Punkt kritisch geäußert hat, weil er dies in der vorgesehenen Zeit nicht hinbekommen würde. Bei aller Wünschbarkeit, die wir als Bundestag haben, wissen wir, dass wir auf die Zustimmung des Bundesrates am Ende angewiesen sind, weil die Gelder, die für die Errichtung des Registers aufzubringen sind, bei



den Ländern sind. Wir riskieren dann letztlich, ich sage das Mal ganz deutlich, die Ablehnung. Die Frage, die sich mir und uns deshalb stellt, ist: Kann man sich vorstellen, das Gesetz so zu modifizieren, dass man auf das Eintragungserfordernis erstmal komplett verzichtet und es dann vielleicht weiter nach hinten zieht, weil die Bundesländer ein komplett neues Registerverfahren aufbauen, was, ich glaube, Januar 2026 in Kraft treten soll. Dann müsste sozusagen ein Zwischenverfahren eingeführt werden, was mit Kostenaufwand verbunden ist und nur relativ wenig Nutzen gibt. Kann man alternativ vielleicht die Eintragungsfähigkeit und/oder indirekte Eintragungsanreize reduzieren, damit die Masse an Verfahren, die sonst auf die registerführenden Stellen zukommt, etwas reduziert wird, um den administrativen Aufwand bei den Bundesländern und letztlich bei den Registern zu reduzieren? Die zweite Frage richtet sich an Herrn Otte und hängt auch mit den Registern zusammen: Man kann sich eintragen lassen, aber man kommt nicht mehr raus. Das ist ein Widerspruch zum HGB. Sehen Sie das auch so? Gibt es da vielleicht Alternativansätze? Wie würden Sie das lösen? Damit sind wir am Ende der ersten Fragerunde. Wenn ich das richtig sehe, sind in der rückwärtigen alphabetischen Reihenfolge zunächst einmal Fragen gestellt worden an Herrn Otte – durch Herrn Müller, Herrn Jacobi und mich –, sodass Herr Otte als Erster mit der Beantwortung dieser drei Fragen dran wäre.

SV Dr. Daniel Otte: Vielen Dank, Herr Vorsitzender, ich werde in der Reihenfolge der Fragenden darauf zurückkommen. Zunächst Herr Müller, der darum gebeten hat, dass ich mich zu den von dem Sachverständigen Schall geäußerten Bedenken äußere. Er äußert, wenn ich das richtig verstanden habe, vor allen Dingen Bedenken in steuerlicher Hinsicht. Er sagt, wenn wir endgültig Abstand nehmen vom Gesamthandprinzip in der GbR, was eigentlich schon seit 2001 durch die Rechtsprechung des BGH der Fall ist, dann würde man auch die Transparenz in der Besteuerung der Personenhandelsgesellschaft aufgeben müssen. Da wüsste ich nicht, warum das so sein soll. Ich bin kein Steuerrechtler von Hause aus, aber nach meinem Verständnis knüpft das Steuerrecht daran an und sagt: Wir haben eine Gesellschaft, die erwirtschaftet einen bestimmten Gewinn. Den

rechnen wir den Gesellschaftern zu und besteuern ihn dann dort. Ob man das jetzt steuerpolitisch gutheißen oder nicht, ist eine ganz andere Frage. Da könnte man sicherlich darüber diskutieren, dass man das anders machen möchte. Aber ich wüsste nicht, warum die Änderungen, wie jetzt hier vorgeschlagen, diese Transparenz der Besteuerung der Personenhandelsgesellschaft oder der Personengesellschaft infrage stellen sollte. Die Bedenken kann ich nicht teilen. Das Zweite ist zum § 723 BGB-E – zu Ihrer Frage, Herr Jacobi. Es ist bisher schon so, dass der insolvente Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet. Das ist aus meiner Sicht auch alternativlos. Denn man schließt sich in einer Gesellschaft mit bestimmten Menschen zusammen. Das ist ein Zusammenschluss zur Verfolgung eines gemeinsamen Unternehmens. Wen ich nicht in diese Gesellschaft aufgenommen habe, ist der mir noch gar nicht bekannte Insolvenzverwalter. Dass ich diesen Insolvenzverwalter nicht dauerhaft als Gesellschafter haben möchte, ist ein schützenswertes Interesse der übrigen Gesellschafter. Deswegen muss der insolvente Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden. Das ist ein Problem bei den GmbH & Co. KGs, insbesondere wenn der Sündenfall der Stern-GmbH & Co. KG begangen wird. Das heißt, wir haben eine Komplementär-GmbH, die die Komplementärstellung in mehreren Kommanditgesellschaften erfüllt. Das ist eine Konstruktion, die Steuerberater sich gelegentlich mal ausdenken. Ich als Rechtsanwalt rate davon immer ab. Wenn man das mal hat und die Komplementär-GmbH fällt in Insolvenz, weil eine der Kommanditgesellschaften in der Regel insolvent wird, dann muss sie bei den anderen Kommanditgesellschaften ausscheiden. Zu dieser Problematik habe ich schon in der NZG 2012 (Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht) einen Aufsatz geschrieben. Es bleibt dann nichts anderes übrig, als möglichst schnell einen neuen Komplementär aufzunehmen. Das ist aber ein praktisches Problem, das der Gesetzgeber aus meiner Sicht nicht sinnvoll lösen kann. Es kann keinen Zwang zur Aufgabe einer neuen Komplementär-GmbH geben. Die Kommanditisten können auch überlegen, das Unternehmen als OHG fortzuführen, das ist ihnen überlassen. Aber ich wüsste nicht, wie der Gesetzgeber dieses Thema regeln soll. Es muss in der Praxis gelöst werden. Letzte Frage von Ihnen,



Herr Hirte: Ja, es gibt keinen Weg aus dem Gesellschaftsregister. Ich wusste auch bisher gar nicht, dass es einen aus dem Handelsregister heraus gibt. Es sei denn, man wird als OHG wieder GbR. Das ist der Fall, den Sie meinen. Man rutscht zurück ins Kleingewerbe. Ich sehe das als unproblematisch an. Wenn man sich einmal dafür entschieden hat, dass man die Publizität möchte – und wir haben durchaus auch ein gewisses rechtspolitisches Interesse daran, dass wir die Transparenz wollen –, dann sehe ich keinen Grund, warum eine Gesellschaft eines Tages wieder die Möglichkeit haben soll, zurück zu optieren. Es bliebe noch die Möglichkeit, die Gesellschaft aufzulösen und das Vermögen in eine neue Gesellschaft zu überführen, die dann nicht registriert ist. Das wäre die Lösung, die man in solchen Fällen vielleicht vorschlagen könnte. Aber dass eine Gesellschaft, die einmal eingetragen ist, unter Fortbestand ihres Rechtskleides dann wieder ausgetragen werden muss – da wüsste ich gerade nicht, warum es ein Bedürfnis geben sollte.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: O.k., ich nehme das zur Kenntnis. Herr Heckschen hat zu antworten auf die Fragen von Frau Dilcher, Herrn Martens und Frau Rottmann.

SV Prof. Dr. Heribert Heckschen: Ich fange mit Frau Dilcher an. Es geht um die Thematik: Gibt es noch eine Rechtfertigung für intransparente/ transparente Besteuerung? Insbesondere hatten Sie das Verfassungsrecht angesprochen. Zunächst einmal möchte ich vorausschicken, dass es keineswegs so ist, dass diese Frage heute, gestern oder vor einer Woche neu auf den Tisch gekommen ist. Die Frage wird seit Jahren diskutiert. Schon als der Juristentag das Problem angepackt hatte, gab es Aufsätze dazu.

Witzigerweise hat sogar ein Notarkollege aus Köln als Erster geschrieben: "Hallo, da müsst ihr vielleicht aufpassen." Die ganz herrschende Meinung sieht es anders als der Sachverständige Schall. Ich möchte nur der guten Ordnung halber darauf hinweisen, dass auch der Arbeitskreis Bilanzrecht es anders sieht. Er diskutiert das und sagt, „Natürlich kann man verfassungsrechtlich gegen die unterschiedliche Besteuerung Bedenken erheben“, aber nicht deswegen, weil wir das Gesetz jetzt ändern. Das sieht das BMF genauso. Ich hatte vorhin schon gesagt, warum es

das so sieht und es hat das sicherlich geprüft. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz sieht es genauso. Ich glaube, man muss sich ein wenig davon trennen, was Gesellschaftsrechtler immer so denken. Sie denken nämlich: „Wir sind der Nabel der Welt.“ Aber das Steuerrecht denkt das Gleiche. Sie sagen nämlich: „Wir knüpfen autonom an. Wir scheren uns ein wenig um das, was ihr sagt, aber nicht so ganz entscheidend.“ Wenn wir z. B. den Bewertungswert aus § 97 Absatz 1a BewG nehmen, dann wird es ganz klar deutlich. Sie sagen: „Wen bezeichnen wir als denjenigen, der Gesamthandsvermögen hat? Die Personengesellschaft.“ Da gucken die nicht auf die Gesamthand. Schon immer hat man bei der KG oder bei der OHG eine eigene Rechtspersönlichkeit gehabt. Das Argument halte ich für sehr schwach. Jetzt müssen wir uns fragen: Was macht das Bundesverfassungsgericht? Ich werde mir das nicht anmaßen, aber ich möchte noch eines sagen: Worum geht es im Kern? Es geht darum, Gleiches nicht ungleich oder Ungleiches nicht gleich zu behandeln. Natürlich ist die Personenhandels- und die Personengesellschaft ganz anders strukturiert. Da könnte ich Ihnen jetzt über die zwei Minuten hinaus viel dazu sagen. Aber nehmen wir doch mal das entscheidende Kriterium der Entscheidung aus 2017. Da ging es darum, dass man die ungleiche Besteuerung deswegen für gerechtfertigt hält, weil es eine persönliche Haftung der Gesellschafter gibt. Herr Schall hat das ja auch miterwähnt. Es gibt die An- und Abwachzung. Das ist etwas ganz typisch der Gesamthandsgesellschaft Zuzurechnendes, was es bei der Kapitalgesellschaft nicht gibt. Wir haben Selbstorganschaft, keine Einpersonengesellschaft, grundsätzlich keine Anteilsübertragung, Einstimmigkeit und Sondererbfolge. Wenn das nicht reicht, um eine unterschiedliche Besteuerung zu rechtfertigen, dann weiß ich auch nicht. Insofern meine ich ganz klar: Ja, man kann für eine einheitliche Besteuerung der Unternehmen eintreten, aber nicht deswegen, weil das Gesetz jetzt geändert wird. Zweiter Punkt von Herrn Martens: Ja, Herr Habersack hat schon etwas dazu gesagt. Ein einheitliches Unternehmensregister – ich glaube, die Praxis würde das, und ich mache jetzt einen Strich darunter, letztendlich begrüßen. Ich finde das, was der Gesetzgeber jetzt gemacht hat, war, einen



Riesenbergs zur Seite zu schieben. Einen Berg an Unsicherheit, einen Berg an Unklarheit. Wir konnten ins BGB gucken und wussten nichts, die Studenten wussten nichts. Man guckt rein und ist genauso blöd wie vorher. Jetzt ist es aber so, dass wir ein großes Problem beseitigt haben. Das nächste Problem anzugehen, nämlich ein Unternehmensregister zu schaffen, fände ich sehr sinnvoll. Aber bitte, ich glaube, das schaffen wir jetzt nicht mehr. Dann die Fragen von Frau Rottmann: Warum habe ich mich so ein bisschen engagiert für den Einzelanwalt? Erstens finde ich, der Einzelanwalt, der Einzelsteuerberater, überhaupt der Freiberufler in Einzelkanzleien, der wird bei allen Überlegungen immer übergangen. Das wird hier richtig signifikant. Ich sage der Zweimannsozietät: "Du kannst dich in jeder Form und zwar unter Inanspruchnahme von Gesamtrechtsnachfolge umwandeln." Das können der Einzelanwalt und der Steuerberater nicht. Jetzt kommen im Jahr 40, 50 Mal Steuerberater und Rechtsanwälte zu mir, haben eine Einzelkanzlei und sagen: "Ich würde gerne mit einem Kollegen eine GmbH & Co. KG, eine OHG oder eine Partnerschaftsgesellschaft gründen. Ich möchte natürlich meine ganzen Mandate und meine Mietverträge mitnehmen." Da geht es nicht nur darum, aus der unbeschränkten Haftung in die beschränkte zu kommen, sondern ich will Gesamtrechtsnachfolge haben. Und jetzt kommt das Registergericht und der Gesetzgeber und sagen: "Im § 152 UmwG steht drin: Diesen Weg darf nur einer einschlagen, der sich vorher als Einzelkaufmann eintragen lässt." Nachdem wir jetzt den Sozietäten den Weg in die Personenhandelsgesellschaft gegeben haben, sage ich dem Einzelanwalt oder Einzelsteuerberater: „Du kannst dich nicht als Einzelkaufmann eintragen lassen, deswegen darfst du dich nicht umwandeln“. Das finde ich eklatant diskriminierend. Das kann eigentlich nicht sein. Zum Thema Nachhaftung als zweite Frage: Das ist bisher kein Gesetz, es ist eine Auffassung der überwiegenden Meinung. Man kann nachverfolgen, es war Karsten Schmidt, glaube ich, der das seinerzeit mit angestoßen hat und sicherlich eine Koryphäe ist. Er hat gesagt, die Nachhaftung muss anknüpfen an den Moment, an dem das Mandat begonnen wurde. Ich finde, das ist falsch. Wenn ein Anwalt oder ein Steuerberater aus seiner Sozietät ausscheidet, er alles richtig gemacht hat,

und jetzt macht der Kollege vier Jahre später etwas verkehrt und begründet einen Haftungsfall, dann gehe ich jetzt zu dem Anwalt bzw. Steuerberater hin und sage: "Obwohl du nichts verkehrt gemacht hast, ist der Anknüpfungspunkt das Mandat, das damals begründet wurde." Das halte ich nicht für richtig und das muss endlich beendet werden. Ich finde, die Nachhaftung ist etwas, wo man wirklich nochmal nachschärfen und draufgucken sollte. Ich habe vorhin das Beispiel genannt: Ich gehe aus der GbR raus in die Partnerschaftsgesellschaft. Bisher sieht das Gesetz, glaube ich, nicht vor, dass es da einen Anknüpfungspunkt und eine Begrenzung der Nachhaftung gibt. Das ist nicht richtig, das sollte geändert werden.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Heckschen. Als Nächster hat das Wort Herr Habersack mit der Antwort auf die Frage von Herrn Martens.

SV Prof. Dr. Mathias Habersack: Vielen Dank für die Frage. In der Tat denke ich, dass der Übergang von einem Handelsregister zu einem Unternehmensregister eine Vielzahl von Problemen lösen würde. Erstens: Unter systematischen Gesichtspunkten ist es in meinen Augen vollkommen missglückt, Personengesellschaften, die freiberuflich tätig sind – Sozietäten also –, den Zugang zum HBG zu eröffnen, dem Einzelfreiberufler dieses Recht aber vorzuenthalten. Herr Heckschen hat auf Artikel 3 GG hingewiesen. Selbst wenn man die verfassungsrechtliche Frage mal beiseitelässt, ist es jedenfalls aus Gründen der Geschlossenheit des Handels- und des allgemeinen Zivilrechts eine ungute Lösung. Vor allem würde ein solcher Übergang, also eine Fortentwicklung des Registers zu einem Unternehmerregister, eine Reihe praktischer Probleme lösen: Wir bräuchten kein separates Register für die GbR, wir könnten vielmehr an die etablierten Strukturen anknüpfen. Es bedürfte keiner sehr komplexen Vorschriften über den Statuswechsel und wir hätte eine Harmonisierung mit dem BGB – mit dem Recht der Verbraucherverträge, die an die Unternehmerstellung anknüpfen. Letzteres beantwortet, glaube ich, auch Ihre Frage, Herr Martens, ob das Ganze im Kontext des Rechtsvergleichs akzeptabel wäre. Ich meine sogar, es wäre nicht nur akzeptabel, sondern bei rechtsvergleichender Beurteilung



sogar geboten. Es gibt eine Reihe von Mitgliedstaaten – bekanntestes Beispiel ist Österreich –, die längst die Anknüpfung an den Kaufmann verlassen haben. Der ganz große Vorteil in dem Kontext, der uns hier beschäftigt, ist natürlich ein Transparenzgewinn. Die GbR ist ein Gebilde, dem wir vor 20 Jahren die Rechtsfähigkeit attestiert haben, ohne dass sich zunächst jemand Gedanken darüber gemacht hat, welche Zumutungen sich mit einem solchen Gebilde für den Rechtsverkehr verbinden. Es besteht eine vollkommene Intransparenz der Vertretungsverhältnisse. Es gibt keine ladungsfähigen Anschriften im Register und dergleichen. Ein Übergang entweder zu einer obligatorischen Eintragung unter gleichzeitiger Öffnung des HGB hin zu einem Unternehmensrecht oder gar eine konstitutiv wirkende Eintragung würden einen ganz erheblichen Transparenzgewinn bedeuten. Dies auch vor dem Hintergrund, dass das Geldwäschegesetz die GbR erstaunlicherweise ausnimmt. Noch einmal: Ich bin durchaus dafür, den Entwurf zu verabschieden, aber ich würde ihn gerne optimieren und eine Chance ergreifen. Denn alle Anreize in Richtung Transparenz, die hier durch den Entwurf gesetzt werden und die ich sehr begrüße, bis hin zu einer freiwilligen Registrierung, prallen ab bei den notorischen Transparenzverweigerern. Daran wird das schönste anreizbasierte Modell nichts ändern. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Habersack. Als Nächste Frau Böhm mit der Antwort auf meine Frage.

SV **Annika Böhm**: Vielen Dank, Herr Hirte. Ich habe kein Mandat, für den Bundesrat zu sprechen, und auch nicht für die Länder. Sie hatten insofern die Richtung angesprochen, wie könnte man möglicherweise die Eintragungswelle reduzieren? Davon abgesehen, dass wir, wie ich vorhin schon sagte, die Registrierung insgesamt sehr kritisch sehen, könnte man sich natürlich überlegen, dass man eine andere Form des Registers vorsieht. Denn das Gesellschaftsregister, so wie es im Gesetzentwurf geplant ist, ist sehr stark an das Handelsregister angenähert. Das hängt mit der Frage zusammen: „Wie kann ich überhaupt Änderungen vornehmen?“ – durch Beglaubigungen des Notars. Ich muss auch jede Änderung eintragen lassen. Die Kosten sind vergleichbar z. B. mit der OHG, so ist das

zumindest bisher vorgesehen. Man könnte sich überlegen, inwieweit man davon Abstand nimmt, bei der Registrierung im Endeffekt Nicht-Kaufleute wie Kaufleute zu behandeln, also durch eine andere Form des Registers. Vielleicht wie die Gewerbeanzeige, sodass die Unternehmen ihre Eintragungen und Eintragungsänderungen selber vornehmen könnten. Die deutliche Differenzierung zwischen Gesellschaftsregister und Handelsregister hätte insofern den Vorteil, dass der Gründungsaufwand niedriger wäre. Im Moment ist es perspektivisch so, dass die Gründung einer eingetragenen GbR von den reinen Gründungskosten ähnlich wie bei einer OHG aussehen wird. Man könnte sogar sagen, vielleicht ähnlich wie bei der UG (haftungsbeschränkt), nur dass die den Vorteil der Haftungsbeschränkung noch hätte. So ein niedrigschwelligeres Register würde dann, zumindest wenn ich es nicht als Register nach dem Geldwäschegesetz klassifizierte, auch dazu führen, dass die GbR nicht nach dem Geldwäschegesetz eintragungspflichtig und meldepflichtig wäre. Denn das ist eine ziemliche Problematik. Es ist so, dass wir von vielen Unternehmen, die durchaus eintragungswillig bezüglich eines Transparenzregisters sind, immer wieder Probleme vorgetragen bekommen; etwa im Hinblick auf die Auslegung des Gesetzes und die Frage, wann sie was eintragen müssen. Außerdem sind die Geldbußen recht hoch. Vielleicht könnte man überlegen, ob man das Regime wie das Ordnungsgeldverfahren bei der Offenlegung von Jahresabschlüssen mit seinem Androhungsv erfahren gestaltet. Das wäre sicherlich eine weitere Entlastung. Eine andere Form von Register mit niedrigeren Eintragungshürden wäre im Hinblick auf eine geringere Markteintrittsbarriere positiv zu bewerten, denn die sehen wir bei der jetzigen Form der registrierten GbR als gegeben. Wir hätten mit einer anderen Form des Registers auch durchaus eine höhere Transparenz als bisher. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Böhm. Als Letzter Herr Bachmann mit den Antworten auf die Fragen von Frau Dilcher, Herrn Müller und Herrn Jacobi.

SV **Prof. Dr. Gregor Bachmann**: Vielen Dank. Ich beginne mit der Frage von Frau Dilcher: Wenn man noch etwas ändern sollte oder könnte, was



wären die wichtigsten Punkte? Vielleicht als Allererstes: Auch wenn man nichts mehr ändert (außer ein paar redaktionellen Schnitzern, die das Justizministerium schon auf dem Radarschirm hat), ist das allemal viel besser als das, was wir jetzt im Gesetz haben. Das merken Sie als Dozent im Hörsaal, wenn Sie versuchen, die BGB-Gesellschaft zu erklären. Das ist keine Kritik am Gesetzgeber von 1900, aber das Recht hat sich fortentwickelt, und da würden wir wirklich etwas leisten. Wenn Sie noch die Zeit fänden – und das würde ich natürlich sehr begrüßen – sich vielleicht ein oder zwei Stunden mit dem BMJV zusammenzusetzen, wäre mein erster Punkt die Begrenzung der Nachhaftung: Herr Heckschen und Herr Habersack, also insgesamt immerhin drei Sachverständige, sprechen sich dafür aus. Da gibt es auch den Entschließungsantrag der Grünen, der in dem Punkt sinnvoll ist. Es steht ja schon im Gesetz und wird auch schon so gemacht, dass die Nachhaftung begrenzt ist. „Scheidet ein Gesellschafter aus“, steht hier, „haftet er für die bis dahin begründeten Verbindlichkeiten, wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren fällig werden“. Das klingt so: „Ich scheide aus, und nach fünf Jahren ist es vorbei.“ Aber es gibt Fälle, in denen es eben nicht so ist. Da haben wir zwei Sachen, die man regeln könnte. Punkt eins, Herr Heckschen hat es angesprochen, ist: „Ich bin draußen und jetzt begeht in den fünf Jahren jemand anderes eine Pflichtverletzung.“ Da sagt man jetzt: „Ja, aber das ist vorher begründet worden, denn der Vertrag ist ja vorher abgeschlossen worden.“ Das überzeugt mich genauso wenig wie Herrn Heckschen. Das könnte man ändern und das wäre auch leicht zu machen. Das Zurechenbarkeitskriterium, das Herr Heckschen vorschlägt, würde ich anders formulieren, weil die Gerichte ansonsten diskutieren „Was heißt ‚zurechenbar‘? Ist ihm das doch zurechenbar, weil er damals ja noch Gesellschafter war?“, aber da findet sich sicher ein Formulierungsvorschlag vom Bundesjustizministerium. Einen solche liefere ich auch gerne noch zu, wenn das gefragt ist. Das ist also der eine Punkt: Keine Nachhaftung mehr für Pflichtverletzungen nach dem Ausscheiden. Der zweite Punkt, der im Entschließungsantrag der Grünen auch angesprochen wurde, ist: Was ist, wenn die GbR nicht registriert ist? Wenn sie registriert ist, kann man das relativ einfach machen. Dann

meldet man beim Register an: „Ich bin ausgeschieden“ (das ist übrigens auch ein Vorteil der Registrierung, den wir jetzt nicht haben). Das macht es besser für die BGB-Gesellschafter: Ich bin eingetragen und dann trage ich einfach ein: „Ich bin ausgeschieden“. Dann weiß jeder Gläubiger Bescheid. Hintergrund des Problems, das die Grünen ansprechen, ist ein BGH-Urteil, wonach 15 Jahre nach dem Ausscheiden noch jemand haftet. Da gibt es auch eine Möglichkeit, das zu regeln: Der Vorschlag des Deutschen Anwaltvereins dazu steht in meiner Stellungnahme und den kann man relativ einfach implementieren. Zweiter Punkt: Eine Vermutungsregelung für die Rechtsfähigkeit fände ich ganz sinnvoll. Die Kommanditistenhaftung wäre der dritte Punkt, an dem man nochmal anknüpfen sollte. Gut finde ich auch noch den Punkt von Herrn Heckschen mit dem Einzelanwalt und der Umwandlung. Aber da das Umwandlungsrecht sowieso nochmal reformiert wird, muss man das vielleicht nicht jetzt machen. Zur Frage von Herrn Müller bzgl. der Bedenken von Herrn Schall in materieller und zeitlicher Hinsicht: Materiell – ich trete Herrn Kollegen Schall jetzt sicher nicht zu nah, aber man muss schon deutlich sagen: Das ist eine singuläre Außenseitermeinung, die hier vertreten wird. Ich kenne niemanden, der der Meinung ist, dass das irgendwelche verfassungsrechtlichen Bedenken hervorruft. Das Bundesfinanzministerium hat auf den Entwurf geschaut, auch die verfassungsrechtliche Abteilung des BMJV. Das Max-Planck-Institut für Steuerrecht sieht hier auch keine Bedenken. Der Arbeitskreis namhafter Bilanz- und Steuerrechtler hat ausführlich begründet, warum das verfassungsrechtlich problemlos ist. Ich habe noch einmal kommuniziert mit dem Präsidenten des Finanzgerichts Berlin-Brandenburg. Der hat gesagt: „Überhaupt kein Problem, kein Thema.“ Deshalb, glaube ich, sollten Sie sich nicht einschüchtern lassen. In zeitlicher Hinsicht: Soll man das jetzt der Diskontinuität anheimgeben? Dazu kann ich als Sachverständiger wenig sagen, das müssen Sie politisch entscheiden. Ich würde aber sagen, der Entwurf ist ausgereift, wenn man ihn jetzt verabschiedet. Wir sind praktisch alle dafür, zu sagen: „Jetzt einen Haken dahinter machen“. Das steht ja auch im Koalitionsvertrag – Auftrag erfüllt. Vielleicht kann man dem Bundesrat



nachgeben. Der Bundesrat hat ein, zwei Punkte, wo man sagen kann, „O.k., das passt, das nehmen wir noch mit auf.“ Ansonsten würde ich, Herr Hirte hat es angesprochen, das Gesetz idealerweise zum Januar 2023 in Kraft setzen. Wenn das nicht geht, vielleicht zum 1. Januar 2024. Oder ich würde auch sagen: Vielleicht jetzt die Regelungen ohne das Register in Kraft setzen. Das wird nochmal Arbeit machen, da muss man gucken: Geht das? Suboptimal für mich, aber ich fände es besser, als zu sagen: das ganze Paket nochmal in die nächste Legislaturperiode. Aber das können Sie besser beurteilen. Ich weiß, es gibt viele Gesetze, Hinweisgeberschutz, Unternehmensstrafbarkeit, die kommen in der nächsten Legislaturperiode alle wieder hoch. Wenn Sie dann das Paket auch noch auf dem Tisch haben ... – aber, wie gesagt, das ist eine politische Entscheidung, keine fachliche. Dann zum Punkt von Herrn Jacobi – Insolvenzrecht: Das ist ein wichtiger Punkt. Das würde ich bei Frau Dilcher vielleicht auch noch mit auf die Liste nehmen. Ich habe mir die Bedenken des VID angeguckt. Das sind ja keine Bedenken gegen den Entwurf. Die sagen nicht, der Entwurf taugt nicht, sondern die fragen nur: Passt das insolvenzrechtlich? Das muss man sich auch angucken. Zwei Punkte, die der VID anspricht, halte ich für nicht richtig überlegt, die sind kein Problem. Die zwei Punkte, die Sie ansprechen, könnten dagegen ein Problem sein: Bei der GmbH & Co. KG, wenn die insolvent geht, scheidet die GmbH aus. Herr Otte sagt, das macht Sinn, weil man den Insolvenzverwalter nicht drin haben soll. Der VID hat aber einen anderen Fall vor Augen, nämlich Eigenverwaltung. Eigenverwaltung würde heißen, der Geschäftsführer der GmbH ersetzt den Insolvenzverwalter. Das geht nach dem Insolvenzrecht, und das würde wohl nicht mehr funktionieren, wenn die GmbH hier nicht mehr drin ist. Das ist ein Punkt. Und auch der zweite Punkt, der Zahnarztfall, den der VID präsentiert – Innen-GbR, Zahnärztin wird insolvent, Insolvenzverwalter gestattet ihr aber weiterzumachen mit ihrem Zahnnarztstuhl nach § 35 InsO, jetzt ist die GbR beendet und sie fliegt aus der Praxisgemeinschaft raus – ja, das sollte auch vermieden werden. Ich glaube aber, daran muss der Entwurf nicht scheitern. Bis jetzt steht im Gesetz: Der Gesellschafter scheidet „mangels abweichender vertraglicher Bestimmung“ aus, wenn er insolvent

wird. Der Entwurf will das ändern, der Zusatz „mangels abweichender vertraglicher Bestimmung“ steht nicht mehr drin, sondern der fliegt raus. Ich glaube, darüber könnte man – Sie haben ja insolvenzrechtlichen Sachverstand im Ausschuss – nochmal nachdenken. Vielleicht reicht es, diesen Halbsatz einzuschreiben, der bisher schon drinsteht. Dann könnte eine GmbH & Co. KG für den Fall, dass sie insolvent geht, dass Eigenverwaltung angeordnet wird und der Geschäftsführer deshalb drin bleiben soll, das so in den Vertrag schreiben. Ich glaube, das ließe sich lösen. Danke schön.

Der stellvertretende Vorsitzende/Abg. Dr.

Heribert Hirte (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Bachmann. Damit sind wir am Ende der ersten Beantwortungsrunde. Ich selbst habe gleich schon eine Nachfrage für die zweite Runde. Sie können sicher sein, dass wir ein Gesetz, das für gut befunden wird, nicht der Diskontinuität anheimfallen lassen. Wir sind gerade in der Rechtspolitik gewohnt, dass am Ende der Legislaturperiode alles auf einmal kommt. Dann wären 100 Seiten an einem Tag sozusagen binnen weniger Stunden zu lesen. Wir haben das am Montag gerade geübt und werden das gleich im Plenum auch umsetzen, insofern kennen wir das. Ich habe mich selbst auf die Frageliste für die zweite Fragerunde gesetzt und würde mich gerne, weil das ja auch eine gewisse Diskussion ausgelöst hat, an Herrn Schall wenden und einmal die steuerrechtliche Diskussion aufgreifen. Ich habe ihn so verstanden, dass er nicht gesagt hat, dass das potentielle verfassungsrechtliche Widersprüche auslöst, sondern dass wir diese Fragen ausschließen sollten. Denn wenn wir sie nicht ausschließen, dann bestehen Risiken. So habe ich ihn verstanden. Die Frage ist, ob man irgendetwas machen könnte im Gesetz, um diese Risiken zu reduzieren? Das ist meine erste Frage an ihn. Und die zweite Frage ist ein Punkt, den Herr Habersack am Rande angesprochen hatte: Wie ist es denn eigentlich mit Personengesellschaften ausländischen Rechts? Müssen die im deutschen Recht anerkannt werden, obwohl sie möglicherweise auch nicht registriert sind. Müssen, sollen oder könnten wir in dem Gesetz darauf reagieren? Das wären meine Fragen. Weitere Fragen sehe ich hier im Raum im Augenblick noch nicht. Dann könnte ich gleich Herrn Schall dran nehmen, bitte schön.



SV Prof. Dr. Alexander Schall: Herzlichen Dank, Herr Hirte. Das gibt mir die Gelegenheit, nachdem in ein paar Beiträgen verhandelt wurde, darauf zu reagieren. Sie haben das richtig dargestellt. Ich selbst muss mich bekennen: Ich bin ein Gesamthandsagnostiker, ich will hier nur ein Risiko aufzeigen. Was mir an dem ganzen Entwurf persönlich nicht so gefällt ist, dass alles umnummeriert wird und dass es eigentlich viel zu groß ist, um vielleicht die Dinge zu schaffen, die wir wirklich hätten schaffen sollen. Denn das meiste betrifft dispositives Recht. Das ist etwas, wo ich persönlich eine Aversion habe. Aber die Gesamthand, da bin ich agnostisch. Ich will nur sagen, Einzelmeinung oder nicht: Ich habe einfach die beiden Urteile gelesen und ich kann doch auch tragende Gründe erkennen. In dem ersten Urteil ist der einzige tragende Grund gegen das Argument, die OHG sei eigentlich Rechtsträger und müsste besteuert werden, dass die Vermögensabschirmung der juristischen Personen bei Personengesellschaften nicht bestehe. Dafür wird dann die Gesamthand zitiert. Im zweiten Urteil aus 2017 ist das immer noch der tragende Grund und daneben wird auf die Haftungsbeschränkung hingewiesen. Ich habe gesagt, warum die Haftungsbeschränkung nicht so weit reicht. Ich lasse mich gerne auch auf Mindermeinungen festlegen. Vielleicht, Herr Bachmann, sind Sie der Erste und Einzige, der mir sagen kann, wie Sie ohne Zurechnung des Vermögens zu den Gesellschaftern die Vermögensabschirmung als Differenzierungskriterium, beziehungsweise die fehlende, begründen wollen. Mit dem Anwachungsprinzip von Anteilen, die das Vermögen gar nicht mehr betreffen nach dem MoPeG, hat das nichts zu tun. Mit der Selbstorganschaft hat das nichts zu tun. Mit der Personenabhängigkeit hat das nichts zu tun. Insofern bin ich vielleicht allein, aber ich warte trotzdem noch auf denjenigen, der mir das sagt. Wenn man das kann, dann ist die Gefahr vom Tisch. Wenn nicht, sollte man nochmal nachdenken. Natürlich kann das Steuerrecht im Übrigen autonom sein. Das ist übrigens genau der Grund, warum ich Herrn Habersack gerne unterstützen möchte. Ich habe das Gefühl, dass der Entwurf sich davor fürchtet, ein Unternehmensgesetzbuch zu schaffen, weil er um die Gewerbesteuerfrage und um die Diskussion fürchtet. Ich habe seit 25 Jahren die Gewerbe-

steuerfreiheit gegenüber meinem Schwager, der Software entwickelt, verteidigt. Ich würde sie auch selbstbewusst autonom-steuerrechtlich verteidigen. Das ist kein Grund, eine sinnvolle und einfache Registrierungslösung über ein Unternehmensgesetzbuch zu verhindern. Da bin ich absolut bei Herrn Habersack und ich bin auch wirklich adamant dahinter, dass wir volle Transparenz schaffen. Auch *Fleischer/Pendel* haben gesagt, das sei die sauberste Lösung. Das ist absolut richtig. Dann aber zu sagen, „das hat mehr Regulierungsaufwand“, erscheint mir angesichts des Umfangs des MoPeG so, als wenn man nach 99 Kilometern sagt, „den 100. Kilometer, den laufe ich aber nicht mehr“. Außerdem sollte man die Gründungsphasenregulierung auch nicht überschätzen. Wenn man keine Kapitalgesellschaft hat, wo man Stichtagsprinzip und Kapitalaufbringungsge- und Vorbelastungsverbote hat, dann ist das nicht so schwer wie dort. Ich will dann noch zu den Gesellschaften ausländischen Rechts sagen: Das IPR (Internationales Privatrecht) – da habe ich 2020 schon darüber nachgedacht – ist so eine Sache. Nicht registrierte Gesellschaften – Weller hat gesagt, wer in Deutschland einen gemeinsamen Zweck verfolgt, ist Gesellschaft und dann eben Gesellschaft Deutschen Rechts. Wenn man darüber nachdenkt, dass das eigentlich nur für Außengesellschaften gelten kann, weil man das bei Innengesellschaften vertraglich ansieht und wir da freie Rechtswahl haben, kann ich dem Kollegen Weller im IPR da eigentlich nichts hinzufügen.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank. Dann hat sich Herr Müller gemeldet.

Abg. Carsten Müller (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich will mir mal, damit wir die Möglichkeit haben, eine Antwort zu bekommen, rein formal die vom Sachverständigen Schall an Herrn Sachverständigen Professor Bachmann gestellte Frage zu eigen machen und eine weitere Frage an die Sachverständige Böhm richten. Sie hatten ja, ich glaube, ich habe das halbwegs richtig erkannt, auf die bisherige Unkompliziertheit der Gründungsmöglichkeiten von GbRs hingewiesen und Sie befürchten eine gewisse abschreckende Wirkung durch Verkomplizierung. Wie hoch schätzen Sie denn den Gründungsaufwand infolge dieser gesetzlichen Änderung? Hat es in Folge des von Ihnen eingeschätzten



Gründungsaufwands denn tatsächlich eine verkomplizierende und dadurch abschreckende Wirkung? Ist meine Vorstellung vollkommen fehlgehend, dass, wenn jemand in der Gründungsphase sowas schon nicht hebeln kann, ein geschäftlicher Erfolg – wenn der nicht eintritt, gucken andere in die Röhre – nicht ohne Weiteres zu vermuten ist?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Müller. Jetzt noch die Frage von Frau Dilcher.

Abg. **Esther Dilcher** (SPD): Meine Frage richtet sich an Frau Dr. Roßkopf. Wir hatten eben in den Stellungnahmen gehört, dass uns möglicherweise der Bundesrat diese Registrierungspflicht nochmal zerschießt, weil die Länder das nicht rechtzeitig eingerichtet bekommen. Da ist gesagt worden: Dann lieber erstmal ohne Registrierungspflicht auf den Weg bringen und noch einmal nachschärfen. Wenn das so kommen sollte, dass wir die Registrierungspflicht noch nicht bekommen, sehen Sie dann noch Reformbedarf, dass man an der Registrierungspflicht vielleicht nochmal etwas ändert? Dass man das anders ausgestaltet?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Danke. Die Frage habe ich mir auch gestellt. Jetzt gehen wir wieder in alphabetischer Reihenfolge vor. Ich hätte zunächst Herrn Bachmann mit der Antwort auf die sozusagen weitergegebene Frage von Herrn Müller.

SV Prof. Dr. Gregor Bachmann: Vielen Dank. Wenn ich gesagt habe, dass das eine singuläre Meinung ist: Natürlich kann auch die singuläre Meinung richtig sein. Wenn 20 es so seien und einer anders, liegen vielleicht 20 falsch. Das ist kein wissenschaftliches Argument. Aber es geht hier um eine Risikoeinschätzung: Wie hoch ist das Risiko, dass das Gesetz, wenn es so verabschiedet wird, für verfassungswidrig erklärt wird, weil zwei Paragrafen des BGB zum Vermögen geändert werden?

Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Nicht das Gesetz, sondern die steuerrechtlichen Regelungen, die Anwendbarkeit auf das Gesetz. Darum geht es ja am Ende.

SV Prof. Dr. Gregor Bachmann: Ja, das Steuerrecht bleibt erst mal so, wie es ist. Im

Bundesfinanzministerium hat man das auf der Agenda und wird sagen: „Macht das Gesetz so, und dann setzen wir uns nächstes Jahr ran und gucken, dass wir das Steuerrecht entsprechend anpassen“. Das ist auch völlig in Ordnung. Es gibt auch Steuerrechtler, die sagen, es könne jetzt ein Missverständnis entstehen, dass man sagt: „Oh, wir streichen ‚Gesamthand‘, im Steuerrecht steht aber noch ‚Gesamthand‘.“ Deshalb wird empfohlen, dass die Begründung klarstellt, dass sich steuerrechtlich nichts ändern soll. Das steht ja auch drin, das Missverständnis ist ausgeräumt. Also, Risikoeinschätzung: Ich würde sagen, das Risiko ist sehr gering, dass das für verfassungswidrig erklärt wird. Irgendein Risiko der Verfassungswidrigkeit hat man bei jedem Gesetz. Aber deshalb das Paket scheitern zu lassen, hielte ich für fatal. Zum Inhalt: Das Bundesverfassungsgericht, wenn man sich diese Urteile anschaut, wollte offensichtlich natürlich nicht die seit 100 Jahren etablierte und universale Trennung zwischen transparenter Besteuerung von Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften am Grundgesetz scheitern lassen. Also hat man nach einem Grund, nach einem Argument gesucht, wie wir das begründen können, was eigentlich offensichtlich ist, und dann hat man da rein geschrieben: Das eine ist eine Gesamthand, das andere nicht. Ich glaube nicht, dass wenn man die Gesamthand jetzt ändert, das ganze Urteil zusammenbricht und dann alles verfassungswidrig wird – das ist eine sehr formale Argumentation. Sondern das Bundesverfassungsgericht wird an dieser seit 100 Jahren etablierten Unterscheidung natürlich nichts ändern wollen, da bin ich mir sehr sicher, und andere Begründungen dafür finden. Herr Heckschen hat ja eine ganze Liste genannt, wie man das begründen kann. Das Steuerrecht ist im Übrigen selbst schon nicht konsistent. Die Personengesellschaften unterliegen der Gewerbesteuer. Wenn man das Gesamthandprinzip ganz ernst nähme, könnte das eigentlich gar nicht sein, weil sie dann gar nicht rechtsfähig wären. Das Steuerrecht macht es also einmal so, einmal so, und es ist auch frei, das so zu tun. Wäre die Argumentation von Herrn Schall zwingend, dann dürfte die Personengesellschaft nicht gewerbesteuerpflchtig sein, sie ist es aber. Was mir der Präsident des Finanzgerichts noch zugerufen hat: Es gab in den 30er Jahren wohl schon mal ein Urteil des Reichsgerichts. Da



wurde plädiert, die KG sei doch nach dem Handelsgesetzbuch rechtsfähig, dann müsse sie doch der Körperschaftssteuer unterliegen. Das Reichsgericht hat gesagt: Nein, das ist eine Personengesellschaft. Es hat es nicht mit der Gesamthand begründet, sondern gesagt: Es steht nicht im Körperschaftssteuergesetz, und das ist in Ordnung. Ich glaube, es gibt eine ganze Latte von Gründen, weshalb man sagen kann, dass man relativ sicher ist und das verfassungsrechtlich Bestand haben wird. Dass dann steuerrechtliche Folgeänderungen folgen müssen, ist o.k. Aber das hat das BMF auf dem Schirm. Deshalb würde ich Ihnen da aus meiner Sicht keine Bedenken anraten.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank für die Beruhigung. Frau Böhm hat als Nächste das Wort.

SVe **Annika Böhm**: Vielen Dank. Ja, Herr Müller, der Gründungsaufwand wird sicherlich höher sein als bisher. Die Industrie- und Handelskammern, die in der Gründungsberatung sehr aktiv sind, haben das sehr deutlich signalisiert und er hat natürlich Folgen. Ich muss dann jegliche Änderungen durch vorherige Beglaubigungen des Notars im Gesellschaftsregister eintragen lassen. Einige Regelungen aus dem Entwurf für das neue BGB gehen auch in die Richtung, dass man sich in Zukunft doch eher mit einer schriftlichen Abfassung der Gesellschaftsverträge beschäftigen muss. Wenn es zum Beispiel darum geht, einzuschätzen oder festzulegen, wie die verschiedenen Beiträge der Gesellschafter, die sehr häufig auch in Form von Dienstleistungen oder Sachwerten erfolgen, dann zueinander stehen sollen, welchen Wert sie haben und wie das Beteiligungsverhältnis dann insofern ist. Der Punkt ist, dass den Gründern heute schon eine sehr breite Möglichkeit an verschiedenen Personengesellschaftsformen, aber auch Kapitalgesellschaftsformen zur Verfügung steht. Wenn die Gründer der Meinung sind, dass sie in ein Register eingetragen werden wollen, dass sie diese Publizität haben wollen, auch die positiven Elemente des Registers, dann können sie heute schon die Möglichkeit der OHG-Gründung wählen. Der Punkt, den ich gerne noch mal aufrufen würde, auch wenn ich ihn vorher schon erwähnt habe, ist, dass es eine Vermischung zwischen Kaufmann und Nicht-Kaufmann gibt.

Die registrierte GbR wird in einigen Dingen wie ein Kaufmann behandelt. Regelungen zur Firmierung oder für die Zweigniederlassung sollen zum Beispiel auf die registrierte GbR angewendet werden, obwohl sie kein Kaufmann ist. Auch bei der Art des Registers ist die Qualität im Endeffekt wie das Handelsregister, obwohl sie kein Kaufmann ist. Im Ergebnis wird das sicherlich so sein, dass die Attraktivität der GbR wegen dieser höheren Gründungshürden abnimmt. Dann bestehen noch die anderen Rechtsformen. Das heißt es könnte gut sein, dass man in Zukunft der Meinung ist, bevor ich in Richtung GbR gehe, wähle ich gleich eine der anderen Rechtsformen, weil der Unterschied zwischen dem Gründungsaufwand nicht mehr so hoch ist.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Böhm. Und als Letzte hat das Wort Frau Roßkopf mit der Antwort auf die Frage von Frau Dilcher.

SVe **Dr. Gabriele Roßkopf**: Vielen Dank, Herr Hirte. Frau Dilcher, Sie fragen, ob es Änderungsaufwand mit sich brächte, wenn man das Register hinausschiebt, so verstehe ich Sie. Ja, das ist der Fall. Es ist zum einen so, dass das MoPeG Regelungen dazu enthält, dass man auf bestimmte Regelungen verzichten kann, die bis jetzt erforderlich waren, gerade weil die GbR nicht im Register eingetragen werden konnte. Das sind die Bestimmungen zur Objektpublizität, insbesondere im Grundstücksverkehrsrecht. Da würden wir vorschlagen, bestimmte Bestimmungen zu streichen und das ginge so lange nicht, als die GbR nicht im Register eingetragen ist. Außerdem gibt es die ganzen technischen Vorschriften zum Statuswechsel usw. Die würden dann auch nicht mehr passen. Also, ja: Der Gesetzentwurf müsste meines Erachtens nochmal gründlich umgearbeitet werden, wenn man vorerst auf ein Register verzichten würde. Ich hielte es für falsch, weil das Register wirklich einer der großen Vorteile wäre. Ich habe ja gesagt, es gibt zwei Themen in der Reform und das ist eins dieser beiden großen Themen der Reform – die Publizität durch das Register zu ermöglichen. Deswegen möchte ich ganz stark davon abraten. Vielleicht noch am Rande bemerkt zu Ihren Kommentaren, Frau Böhm: Ja, eine Registrierung wird Kosten bringen. Aber es ist so, dass



Gelegenheitsgesellschaften, Gesellschaften, die sich nicht umfangreich geschäftlich betätigen, keinen Zwang haben werden, sich ins Register eintragen zu lassen. Sondern das sind Gesellschaften, die tatsächlich geschäftlich tätig sind. Für die halte ich dann diesen Aufwand für begründet. Ich halte es auch für wichtig, dass die Prüfung vorher durch Notare stattfindet und keine niedrigschwelligen Register, wie Sie es mal genannt haben, geschaffen werden, sondern dass man im Prinzip bei diesem handelsregisterähnlichen Register bleibt. Das macht eine GbR aber nicht zum Kaufmann. Wir wenden die Regelungen aus dem HGB, also das Handelsrecht, gerade nicht auf die GbR an, sondern nur bestimmte Dinge, die sich bewährt haben und formaler Natur sind. So etwa die Einzelheiten des Registers oder der Name der GbR. Da muss man natürlich gucken, dass es keine Verwechslungsgefahr gibt usw. Da gilt dann Ähnliches wie im Firmenrecht der HGB. Abschließend noch: Ich meine, es kommt nicht darauf an, ob eine Gesellschaft eingetragen werden will oder nicht. Die völlige Freistellung einer Registrierung würde die Zwecke nicht erfüllen können, die wir gerade erreichen wollen. Wir haben eine rechtsfähige Gesellschaft, die keine Publizität hat. Wenn dieser bestimmte geschäftliche Betätigungs bereich einer GbR eröffnet ist, dann muss sie halt auch ins Register. Das wollen wir ja. Dann gibt es die Transparenz, was, das wurde auch schon erwähnt, unter Geldwäsche gesichtspunkten richtig ist. Man würde sonst Missbrauchs potenzial eröffnen. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Roßkopf. Jetzt hat sich Herr Müller noch mit einer Frage gemeldet. Das wird dann die letzte sein mit Blick auf die Uhr. Herr Müller.

Abg. **Carsten Müller** (CDU/CSU): Vielen Dank. Frau Böhm, nochmal eine Nachfrage. Ich hatte in der vorhergehenden Frage nach einer Einschätzung gefragt. Vielleicht können sie es tatsächlich quantifizieren: Wie viel aufwändiger wird es denn unter finanziellen Gesichtspunkten nach Ihrer Einschätzung? Sie hatten vom Gesichtspunkt der Attraktivität gesprochen. Ich will nicht monologisieren, aber die Frage „Was ist attraktiv?“ richtet sich sehr nach dem Zeitpunkt der Betrachtung. Ich habe in meiner sehr überschaubaren Praxis Fälle erlebt, in denen eine

größere Transparenz – und die erzielen wir nicht nur durch die angedachten Regelungen im Außenverhältnis, sondern auch im Gesellschaftsinnenverhältnis – und die Frage "Was war attraktiv?" oder "Was ist attraktiv?" sich sehr nach dem Zeitpunkt der Betrachtung richtet. In einer vollkommen verkorksten, zerstrittenen GbR, die sehr freihändig und mit geringem Aufwand gegründet worden ist, wird im Nachgang die Frage „War das alles attraktiv, was wir gemacht haben?“ oftmals ganz anders bewertet. Deswegen meine Frage an Sie: Ist es nicht vielleicht auch gerade im Interesse derjenigen, die mit einer gewissen Verfestigung, mit einer gewissen Ernsthaftigkeit in das geschäftliche Leben eintreten und sich mit weiteren Gesellschaftern verbinden wollen, sinnvoll, nicht nur nach außen, sondern auch nach innen Transparenz über die geschäftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse zu schaffen? Würden Sie dieses Mehr an Transparenz geringer gewichten, als den womöglich geringen Gründungsaufwand? Danke schön.

SVe **Annika Böhm**: Vielen Dank noch mal für die Nachfrage. Das tut mir leid, wenn ich aus Ihrer Sicht zu stark auf die Attraktivität und weniger auf die Gründungskosten eingegangen bin. Die Gründungskosten ergeben sich dadurch, dass ich mich nicht mit meinen Gesellschaftern an einen Tisch setzen und vereinbaren kann, wie wir vorhaben, die Gesellschaft zu gestalten, sondern, dass ich unter anderem gewisse Formalien einzuhalten habe und eine Beglaubigung des Notars einholen und die Eintragung vornehmen muss. Ich möchte mich nicht so verstanden wissen, dass ich es für nicht notwendig erachte, dass man sich Gedanken macht, wenn man eine geschäftliche Tätigkeit aufnimmt und dies auch mit anderen Gesellschaftern zusammen. Insofern ist es von großem Vorteil, wenn man sich bei der Gründung nicht nur Gedanken über den Unternehmenszweck macht, sondern auch: Was passiert eigentlich, wenn wir uns einmal uneinig sind, wenn wir unterschiedliche Meinungen haben? Wie wollen wir dann vorgehen? Insofern soll der Widerspruch oder die Ablehnung einer verpflichtenden Registrierung nicht bedeuten, dass sich die Gründer nicht sehr wohl Gedanken dazu zu machen haben und das auch möglichst ausführlich tun sollten. So zumindest würden wir sie immer beraten und Vorsorge treffen für Fälle,



in denen es keine Einstimmigkeit gibt oder Uneinigkeit bei den Gesellschaftern besteht. Das heißt aber nicht unbedingt, dass ich eine formale Registrierung dafür benötige. Ich hoffe, ich habe die Frage beantwortet.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Danke, Frau Böhm, das haben Sie. Mit einem Blick auf die Uhr muss ich, fast bedauerlicherweise, feststellen, dass wir am Ende der Anhörung angekommen sind. Nochmal zur Erklärung: Wir mussten die Anhörung vorziehen, weil wir jetzt ab 11 Uhr im Plenum das Bevölkerungsschutzgesetz und den

Infektionsschutz bearbeiten werden. Parallel dazu dürfen wir keine Anhörungen durchführen, deshalb die Vorziehung. Ihnen, den Sachverständigen, herzlichen Dank für den Input – für die schriftlichen Stellungnahmen und dafür, dass Sie hier Rede und Antwort gestanden haben. Wir werden das alles wägen und wichtigen und am Ende werden Sie sehen, da bin ich sicher, dass das auch noch in dieser Legislaturperiode rauskommt. Was rauskommt, das kann ich alleine nicht sagen, das wird Gegenstand von Gesprächen sein. Nochmals herzlichen Dank, ich schließe die Sitzung.

Schluss der Sitzung: 10:57 Uhr

Dr. Heribert Hirte, MdB
Stellvertretender Vorsitzender



Anlagen:

Stellungnahmen der Sachverständigen

Prof. Dr. Gregor Bachmann	Seite 28
Annika Böhm	Seite 45
Prof. Dr. Mathias Habersack	Seite 64
Prof. Dr. Heribert Heckschen	Seite 71
Dr. Daniel Otte	Seite 88
Dr. Gabriele Roßkopf	Seite 95
Prof. Dr. Alexander Schall	Seite 106



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

Stellungnahme

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

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

Zusammenfassung:

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

Im Einzelnen:

A. Grundsätzliche Einschätzung des Gesetzentwurfs

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

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

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

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

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

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

B. Zum Entwurf im Detail

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³ Ausschussdrucksache 19(6)230.

⁴ Ebenda.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵ BT-Drucks. 19/27635, S. 308.

⁶ BT-Drucks. 19/27635, S. 317.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰ Vgl. BGHZ 21, 319 - Hamburger Parkplatzfall.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷ Dafür Bundessteuerberaterkammer, Stellungnahme S. 4.

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

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

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

4. Mehrbelastungsverbot (§ 710 BGB-E)

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

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

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

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

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

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

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

²⁰ Habersack, ZGR 2020, 539, 559.

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

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

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

7. Beschlussfassung (§ 714 BGB-E)

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

8. Geschäftsführungsbefugnis (§ 715 BGB-E)

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

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

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

²² Vgl. Ausschussdrucksache 19(6)230.

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

9. Gesellschafterklage (§ 715b BGB)

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

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

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

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

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

²⁴ BT-Drucks. 19/27635, S. 307.

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

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

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

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

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

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

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

²⁵ Ausschussdrucksache 19(6)230.

²⁶ Ebenso Heckschen, GWR 2021, 1, 4.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Änderungen im Insolvenzrecht (Art. 35)

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

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

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

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

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

IV. Änderungen im Handelsgesetzbuch (Art. 49)

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

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

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

2. Eintragung der OHG (§ 106 HGB-E)

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

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

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

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

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

4. Beschlussmängel (§ 110 HGB-E)

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

5. Anfechtungsklage (§ 113 HGB-E)

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

³³ Skeptisch auch BRAK-Stellungnahme, S. 11.

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

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

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

³⁷ BT-Drucks. 19/27635, S. 307 f.

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

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

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

7. Auflösung der Gesellschaft

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. Änderungen des Kapitalanlagegesetzbuchs (Art. 88)

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

VII. Einführung zusätzlicher Rechts- und Beteiligungsformen?

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

Prof. Dr. Gregor Bachmann

Berlin, 18. April 2021



Deutscher Industrie- und Handelskammertag

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

A. Anmerkungen zum Gesetzentwurf

1. Allgemeine Anmerkungen zu Personengesellschaften in Deutschland

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

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

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

2. Zu dem Regierungsentwurf

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

3. Zu Artikel 1: Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

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

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

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

Zu § 705 BGB-E Begriff und Rechtsnatur der Gesellschaft

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

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

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

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

Zu § 706 BGB-E Sitz der Gesellschaft

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

Zu § 707ff. BGB-E Gesellschaftsregister

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Alternativen für eine praxiskonforme, transparentere GbR

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

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

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

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

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

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

Zu § 707 Anmeldung zum Gesellschaftsregister

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

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

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

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

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

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

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

Zu § 707b BGB-E Anwendbare Vorschriften des Handelsgesetzbuchs

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

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

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

Zu § 707c BGB-E Statuswechsel

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

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

Zur Aufhebung von § 708 BGB

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Zu § 729 BGB-E Auflösungsgründe

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

4. Zu Artikel 31 Änderung der Bundesnotarordnung

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

5. Zu Artikel 45 Änderung des Gerichts- und Notarkostengesetzes

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

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

6. Zu Artikel 49 Änderungen des Handelsgesetzbuchs

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

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

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

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

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

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

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

Vereinzelt wird die Öffnung für freiberufliche Tätigkeiten positiv gewertet.

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

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

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

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

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

Zu § 109 HGB-E Beschlussfassung

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

Zu § 116 HGB-E Geschäftsführungsbefugnis

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

Zu § 122 HGB-E Gewinnauszahlung

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

Zu § 166 HGB-E Informationsrecht des Kommanditisten

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

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

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

7. Zu Artikel 50 Änderung des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch

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

8. Zu Artikel 58 Änderung des Umwandlungsgesetzes

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

9. Zu Artikel 63 Änderung am Einführungsgesetz des GmbHG

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

10. Zu Artikel 135 Inkrafttreten

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

B. Über den Gesetzentwurf hinausgehende Änderungen für Personengesellschaften

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

1. Anerkennung von Personengesellschaften im Gewerberecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵ BGBI. I S. 1254

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

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

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

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

2. Ungeklärte steuerliche Folgewirkungen

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

Wegfall des Gesamthandsvermögens

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

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

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

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

Qualifikation als Sonderbetriebsvermögen

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

Typenvergleich im internationalen Steuerrecht

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

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

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

Erfahrungen aus dem MoMiG

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

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

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

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

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

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

C. Ansprechpartner mit Kontaktdaten

Annelise Badinand, badinand.annelise@dihk.de

Annika Böhm, boehm.annika@dihk.de

Jens Gewinnus, gewinnus.jens@dihk.de

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

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

D. Beschreibung DIHK

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

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

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

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



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

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

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

München, 19. April 2021

11011 Berlin

Nur per e-mail: Rechtsausschuss@bundestag.de

Geschäftszeichen: PA 6 – 5410-2.2

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

Sehr geehrter Herr Hirte,

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

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

Auch überzeugt es, dass der Entwurf

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

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

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

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

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

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

³ S. dazu aber noch unter 2.

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

2. Transparenz der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Vertretung der rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts

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

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

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

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

¹² So Mauracher Entwurf, S. 73.

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

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

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

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

5. Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters

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

¹⁵ BGHZ 150, 1; BGH NZG 2006, 939.

¹⁶ Wicke, MittBayNot 2021, 103, 106 f.

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

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

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

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

6. Auslandsgesellschaft & Co.

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

Professor Dr. Mathias Habersack

¹⁹ Näher Teichmann, ZGR 2014, 220 ff.

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

²¹ Habersack, ZGR 2020, 539, 565.



Öffentliche Anhörung des Ausschusses
für Recht und Verbraucherschutz

Thema: Modernisierung des Personengesellschaftsrechts

21. April 2021

Gutachterliche Stellungnahme
von Prof. Dr. Heribert Heckschen

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



Teil 1 Thesen / Zusammenfassung der Stellungnahme

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



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



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



Teil 2 Ausführliche Stellungnahme

I.

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

II.

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



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

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

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



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

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

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

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



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

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

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



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

III.

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

IV.

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

V.

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



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

2. GbRs, die Anteile an einer GmbH halten:

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



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

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

3. Veräußerung von GbR-Anteilen an Personenhandelsgesellschaften

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



VI.

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

VII.

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

VIII.

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



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

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

§ 728b BGB-E bzw. § 137 HGB-E:

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

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

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

IX.

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



X.

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

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

Formulierungsvorschlag zu § 152 UmwG-E:

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



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

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

XI.

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

XII.

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



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

Formulierungsvorschlag für § 70 Abs. 3 FamFG:

„§ 70 Abs. 3 FamFG:

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

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

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

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

XIII.

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



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

Dresden, 16. April 2021

Prof. Dr. Heribert Heckschen
Notar

Aktennotiz

An: Deutscher Bundestag – Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Von: Dr. Daniel Otte, LL.M (Boston Univ.)
Sache: Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts
Betreff: Öffentliche Anhörung am Mittwoch, 21. April 2021, 9.30 Uhr
Datum: 18. April 2021

A. Zur Person

Der Verfasser berät seit mehr als 10 Jahren Unternehmerpersönlichkeiten und Familienunternehmen in streitigen gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzungen. Bei den Mandanten des Verfassers handelt es sich in der Regel um Personenhandelsgesellschaften, zumeist um Unternehmen in der Rechtsform der GmbH & Co. KG. Der Verfasser wurde 2014 zum Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht ernannt.

B. Zur Sache

Die nachfolgende Stellungnahme konzentriert sich auf die beabsichtigte Reform des Beschlussmängelrechts in Personenhandelsgesellschaften durch die §§ 110 ff. HGB-E.

I. Allgemeine Bewertung

Die Neuregelung ist zu begrüßen, weil sie zur Rechtssicherheit und Praktikabilität der Willensbildung in Personenhandelsgesellschaften beiträgt. Aus Sicht des Praktikers ergibt sich jedoch an einigen Stellen noch Optimierungsbedarf, der im Gesetzgebungsverfahren berücksichtigt werden sollte.

II. Im Einzelnen

1. Abgrenzung nichtiger von bloß anfechtbaren Gesellschafterbeschlüssen

§ 110 HBG-E unterscheidet künftig zwischen anfechtbaren und nichtigen Gesellschafterbeschlüssen. Demnach stellt die Anfechtbarkeit den Regelfall dar, § 110 Abs. 1 HGB-E. Ein Gesellschafterbeschluss ist trotz eines etwaigen Verstoßes gegen gesetzliche oder gesellschaftsvertragliche Vorgaben wirksam, soweit er nicht mit einer Anfechtungsklage erfolgreich gerichtlich angegriffen wird.

Nach § 110 Abs. 2 Ziffer 1 HGB-E soll ein Gesellschafterbeschluss jedoch von Anfang an nichtig sein, wenn er „*durch seinen Inhalt Rechtsvorschriften verletzt, auf deren Einhaltung die Gesellschafter nicht verzichten können*“.¹ Diese Regelung birgt ein nicht unerhebliches Risiko künftiger Rechtsunsicherheiten. Die Frage, ob und inwieweit Gesellschafter auf die Einhaltung ihrer Rechte verzichten können, ist in Rechtsprechung und Literatur weitestgehend ungeklärt. Der II. Zivilsenat des BGH hat in einer Grundsatzentscheidung vom 21. Oktober 2014 sogar die Frage aufgeworfen, „*ob und in welchem Umfang man solche [unentziehbare] Rechte überhaupt anerkennen will*“.¹ Die rechtswissenschaftliche Literatur nimmt dagegen – zutreffend – an, dass es weiterhin einen Kreis absolut unentziehbarer Rechte geben müsse, auf die der Gesellschafter nicht verzichten kann.² Hierzu zählen:

- das Informationsrecht nach §§ 717 BGB-E, 166 HGB-E,
- das Verbot der Nachschusspflicht, § 710 BGB-E,
- das Teilnahme- und Rederecht in Gesellschafterversammlungen,
- das Recht zur Erhebung von Klagen gegen Gesellschafterbeschlüsse,
- das Recht zur außerordentlichen Kündigung der Gesellschaft, § 725 Abs. 2-4 BGB-E, § 132 Abs. 2-4 HGB-E, sowie zur Erhebung der Auflösungsklage, § 139 HGB-E.

Da auf diese Rechte nicht verzichtet werden kann, müssen Beschlüsse, die gegen die vorstehenden Rechte verstößen, automatisch nichtig sein, ohne dass es einer gerichtlichen Geltendmachung bedarf. Ferner müssen solche Gesellschafterbeschlüsse nichtig sein, durch die unmittelbaren Rechte Dritter eingegriffen werden soll. Verstöße gegen die sogenannten relativ unentziehbaren Rechte, die nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters und aus wichtigem Grund entzogen werden können, wie etwa das Stimmrecht, das Gewinnbezugsrecht, das Recht auf Zahlung eines Abfindungsguthabens sowie auf Beteiligungs- und Liquidationserlös, sollten dagegen nur zur Anfechtbarkeit des jeweiligen Beschlusses führen. Gleiches gilt für Verstöße gegen die gesellschaftliche Treuepflicht und den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz.

Zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten empfiehlt es sich, die Nichtigkeitsgründe im Gesetz explizit zu benennen.

¹ BGH II ZR 84/13 = BGHZ 203, 77 (Rn. 19).

² C. Schäfer, ZIP 2015, 1313 (1315); Priester, NZG 2015, 529 (530); Wertenbruch, DB 2014, 2875 (2879 f.); Herchen VGR 2016, 83 (97).

Vorschlag zur Änderung des Entwurfs:

§ 110 Abs. 2 HGB-E wird wie folgt gefasst:

„Ein Gesellschafterbeschluss ist von Anfang an nichtig, wenn er

- 1. unter Verstoß gegen das Teilnahme- und Rederecht eines Gesellschafters in Gesellschafterversammlungen zustande gekommen ist,*
- 2. seinem Inhalt nach gegen das Informationsrecht des Gesellschafters (§ 105 Abs. 2. i.V.m. § 717 BGB, § 166), sein Teilnahme- und Rederecht in Gesellschafterversammlungen, sein Recht zur Erhebung von Klagen gegen Gesellschafterbeschlüsse (§§ 111 ff.), oder sein Recht zur außerordentlichen Kündigung der Gesellschaft (§ 132 Abs. 2-4) sowie zur Erhebung der Auflösungsklage (§ 139) verstößt,*
- 3. seinem Inhalt nach unmittelbar in Rechte Dritter eingreifen soll, oder*
- 4. nach einer Anfechtungsklage durch Urteil rechtskräftig für nichtig erklärt worden ist.“*

2. Beschlussfeststellung als Voraussetzung der Anfechtbarkeit

Ungeschriebene Voraussetzung für die bloße Anfechtbarkeit eines rechtswidrigen Beschlusses ist, dass er von einem Versammlungsleiter mit vorläufig verbindlicher Wirkung festgestellt wurde. Die Feststellung ist zwar – anders als im Aktienrecht – nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Gesellschafterbeschlusses. Nur durch die Feststellung wird das Beschlussergebnis jedoch unter den Gesellschaftern vorläufig verbindlich.³ Die Anfechtungsklage zielt sodann darauf ab, das mit vorläufiger Verbindlichkeit festgestellte Beschlussergebnis wieder zu beseitigen („Kassationswirkung“). Fehlt es dagegen an einer Beschlussfeststellung, hängt die Wirksamkeit des Beschlussergebnisses von der Rechtmäßigkeit der Beschlussfassung ab. Zur Feststellung der Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit kommt nur die Erhebung einer einfachen Feststellungsklage nach § 256 ZPO in Betracht.

In der GmbH-rechtlichen Literatur ist indes sehr stark umstritten, unter welchen Voraussetzungen einem Versammlungsleiter die Kompetenz zur Beschlussfeststellung zu kommt oder nicht. Nach einer Auffassung, der sich auch das Kammergericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 2016 angeschlossen hat, besteht die Beschlussfeststellungs-kompetenz nur, wenn die Satzung dies explizit regelt oder die Gesellschafter sie dem

³ Vgl. zum GmbH-Recht BGH II ZR 187/06 = NZG 2008, 317 (Rn. 22) Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, 22. Aufl. 2019, Anh. § 47 Rn. 118 ff.

Versammlungsleiter ausdrücklich übertragen.⁴ Nach der überwiegenden Auffassung kommt einem gewählten Versammlungsleiter dagegen von Amts wegen stets die Beschlussfeststellungskompetenz zu.⁵ Dieser Streit ist keineswegs rein akademisch und wird auch in der Praxis regelmäßig zwischen Mehrheits- und Minderheitsgesellschaften ausgetragen.

Der Gesetzgeber sollte die Gelegenheit ergreifen, diese Problematik durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung im Sinne der herrschenden Meinung dahingehend zu lösen, dass einem mit Mehrheit gewählten Versammlungsleiter stets die Kompetenz zu kommt, Beschlussergebnisse mit vorläufiger Verbindlichkeit festzustellen.

Vorschlag zur Neuregelung:

§ 109 HGB-E wird um folgenden Absatz 5 ergänzt:

„Hat nach dem Gesellschaftsvertrag die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden und wurde nach dem Gesellschaftsvertrag oder durch Mehrheitsbeschluss ein Versammlungsleiter bestimmt, so ist das von diesem festgestellte Ergebnis einer Beschlussfassung für alle Gesellschafter verbindlich, soweit nicht ein Nichtigkeitsgrund nach § 110 Abs. 2 vorliegt“

§ 110 Abs. 1 HGB-E wird wie folgt gefasst:

„Ein von einem Versammlungsleiter nach § 109 Abs. 5 festgestellter Beschluss der Gesellschafter kann wegen Verletzung von Rechtsvorschriften durch Klage auf Nichtigerklärung angefochten werden (Anfechtungsklage).“

3. Zur Anfechtungsfrist

Nach § 112 Abs. 1 HBG-E soll die Anfechtungsklage innerhalb von drei Monaten erhoben werden. Diese Regelung ist uneingeschränkt zu begrüßen: Eine Frist von drei Monaten ist in jeder Hinsicht ausreichend, aber auch notwendig, um es den Gesellschaftern zu ermöglichen, sich zunächst außergerichtlich über eine Lösung zu verständigen. Vorschnelle Klagen – wie sie heute im GmbH-Recht an der Tagesordnung sind – können so vermieden werden. Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit kann hinter diesen Aspekten

⁴ KG 22 W 74/15 = NZG 2016, 384 (Rn. 9); Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 48 Rz. 17; Römermann, in: Michalski u. a., GmbHG, 3. Aufl., 2018, § 47 Rz. 589; Trölitzsch, VGR 2017, 117, 160 f.

⁵ Wolff, in: MHdB GesR III, 5. Aufl., 2019, § 39 Rz. 82; Drescher, in: MünchKomm-GmbHG, 3. Aufl., 2019, § 47 Rz. 55; Seibt, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl., 2020, § 48 Rz. 53; Bochmann, GmbHR 2017, 558, 566; Schindler, in: BeckOK GmbHG, 43. Ed. 2020, § 48 Rz. 44; Bunz, NZG 2017, 1366, 1369; wohl auch BGH II ZR 187/06 = NZG 2008, 317 (Rn. 22).

zurücktreten: Es ist der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern zuzumuten, wenn der Beschluss erst nach drei Monaten gerichtlich angegriffen wird. Insbesondere Publikumspersonengesellschaften dürften von der Möglichkeit der Fristverkürzung nach § 112 Abs. 1 Satz 2 HGB-E Gebrauch machen.

a) Übertragung auf einfache Feststellungsklagen

Die Drei-Monats-Frist sollte auch auf solche Fälle übertragen werden, in denen das Beschlussergebnis *nicht* von einem Versammlungsleiter mit vorläufiger Verbindlichkeit festgestellt wurde – was regelmäßig in 50/50-Konstellation (Patt zwischen zwei miteinander verfeindeten Gesellschafterstämmen) der Fall sein wird. Der Gesetzgeber sollte hierzu regeln, dass in diesen Fällen der Gesellschafter, der sich auf die Wirksamkeit einer streitigen Beschlussfassung beruft, innerhalb der Drei-Monats-Frist eine einfache Feststellungsklage nach § 256 ZPO erheben muss. Wird die Klage nicht fristgerecht erhoben, so gilt der Beschlussantrag als endgültig abgelehnt. Auf diese Weise würde auch in diesen Fällen Rechtssicherheit über das Beschlussergebnis gewährleistet. Zudem würde die Kuriosität des geltenden Beschlussmängelrechts der Kapitalgesellschaften, dass die Existenz eines Versammlungsleiters über den Lauf von Fristen zur Klageerhebung entscheidet, im Personengesellschaftsrecht vermieden.

Vorschlag zur Neuregelung:

Der Gesetzesentwurf wird um folgenden § 115a HGB ergänzt:

„Soweit das Ergebnis einer Beschlussfassung unter den Gesellschaftern streitig und nicht durch einen Versammlungsleiter nach § 109 Absatz 5 festgestellt worden ist, hat jeder Gesellschafter, der sich auf die Wirksamkeit der Beschlussfassung beruft, innerhalb der Frist des § 112 Absatz 1 Klage auf Feststellung der Beschlussfassung nach § 256 der Zivilprozeßordnung zu erheben. Wird die Klage nicht fristgerecht erhoben, so gilt der Beschlussantrag als endgültig abgelehnt.“

b) Keine Hemmung der Verjährung nach §§ 203, 209 BGB

Nach § 112 Abs. 3 HGB-E soll die Klagefrist für die Dauer von Vergleichsverhandlungen über den Gegenstand des Beschlusses oder die zugrundeliegenden Umstände zwischen dem anfechtungsbefugten Gesellschafter und der Gesellschaft unter Anwendung von §§ 203, 209 BGB gehemmt sein.

Diese Regelung schafft mehr Probleme als sie löst. Zum einen werden Verhandlungen in der Regel nicht zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft, sondern im Gesellschafterkreis geführt. Zum anderen beziehen sich die Vergleichsverhandlungen in

der Regel nicht auf den Beschlussgegenstand selbst oder die zugrundeliegenden Umstände, sondern auf eine allgemeine Lösung der Gesamtauseinandersetzung. Schließlich schafft die Anwendung der §§ 203, 209 BGB in der Praxis nicht unerhebliche Schwierigkeiten bei der Bestimmung der jeweils relevanten Zeitpunkte.

Vorzugswürdig erscheint daher, den Parteien einer Beschlussmängelstreitigkeit die Möglichkeit einzuräumen, die Anfechtungsfrist bilateral zu verlängern.

Vorschlag zur Neuregelung:

§ 112 Abs. 3 HGB-E wird wie folgt neugefasst:

„Der anfechtungsbefugte Gesellschafter und die Gesellschaft können sich einvernehmlich über eine Verlängerung der Klagefrist verstündigen.“

4. Zur Kostenverteilung

Nach der Konzeption des Gesetzesentwurf sollen Beschlussmängelstreit künftig gegen die Gesellschaft geführt werden. Dies ist im Grundsatz zu begrüßen, weil eine umständliche Klage gegen alle Gesellschafter (ggf. an verschiedenen Gerichtsständen) vermieden wird.

Allerdings führt die Neuregelung dazu, dass die Gesellschaft bei einem Erfolg der Klage auch die Verfahrenskosten zu tragen hat. Damit wird aber bei wirtschaftlicher Betrachtung der klagende Gesellschafter selbst in Höhe seiner Beteiligung an den Verfahrenskosten beteiligt. Dies ist weder sachgerecht noch billig. Umgekehrt spricht nichts, insbesondere nicht der Grundsatz der rechtlichen Gehörs, dagegen, die Kosten den übrigen Gesellschaftern aufzuerlegen, denn diese sind nach § 113 Abs. 3 HGB-E ohnehin über das Verfahren in Kenntnis zu setzen und haben so die Möglichkeit, dem Rechtstreit auf Seiten der Gesellschaft beizutreten. Könnten ihnen künftig die Verfahrenskosten direkt auferlegt werden, so bliebe allen Beteiligten ein weiterer Rechtsstreit über die Geltendmachung materiell-rechtlicher Kostenerstattungsansprüche erspart.

Zu begrüßen wäre daher eine Regelung, die es dem Gericht gestattet, im Fall der Klagestattgabe die Kosten des Verfahrens in Abweichung von § 91 ZPO den übrigen Gesellschaftern aufzuerlegen.

Vorschlag zur Neuregelung:

§ 113 Abs. 5 HGB-E wird um folgenden Satz 2 ergänzt:

„Soweit es der Klage stattgibt, bestimmt das Gericht ferner unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, inwieweit die Kosten

des Gerichtsverfahrens den übrigen Gesellschaftern auferlegt werden können.“

III. Abschließende Empfehlung zum GmbH-Recht

Nach ständiger Rechtsprechung werden die Regelungen der §§ 241 ff. AktG für die Austragung von Beschlussmängelstreitigkeiten in einer GmbH analog angewandt⁶.

Die regelmäßig personalistisch strukturierte GmbH weist aber in Fragen der inneren Organisation deutlich mehr Gemeinsamkeiten mit einer Personenhandelsgesellschaft auf als mit einer Aktiengesellschaft. Es empfiehlt es sich daher, die Regelungen der §§ 110 ff. HGB-E für das Beschlussmängelrecht der Personenhandelsgesellschaften auch auf die GmbH zu übertragen. Dies würde insbesondere die Handhabung von Rechtsstreitigkeiten in der bei Familienunternehmen sehr häufigen Rechtsform der GmbH & Co. KG erheblich vereinfachen.

Vorschlag zur Neuregelung:

§ 47 GmbHG wird um folgenden Absatz 5 ergänzt:

„Für die Geltendmachung von Beschlussmängeln gelten die §§ 110 bis 115 des Handelsgesetzbuches entsprechend.“

⁶ Vgl. z. B. BGH II ZR 187/06 = ZIP 2008, 757 (Rn. 22); BGH II ZR 69/01 = NZG 2003, 127 (128); BGH II ZR 41/96 = NJW 1997, 1510 (1511); *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., 2016, Anh. § 47 Rz. 3; *Drescher*, in: Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., 2019, § 241 AktG Rz. 3; *Liebscher*, in Reichert, GmbH & Co. KG, 7. Aufl., 2015, § 18 Rz. 7.

Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts

(Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG)

Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
des Deutschen Bundestags am 21. April 2021

Rechtsanwältin Dr. Gabriele Roßkopf, LL.M.

19. April 2021

A. ZUSAMMENFASSUNG

Die Reform des Personengesellschaftsrechts ist dringend erforderlich. Insbesondere im Hinblick auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) klaffen der Gesetzeswortlaut und die Rechtswirklichkeit seit Jahren auseinander und sind in Einklang zu bringen.

Aus Sicht der Praxis ist zu fordern, dass das Gesetz ein Minimum an Regelungen zur Verfügung stellt, die Personengesellschaften einen rechtssicheren und stabil funktionierenden Rahmen geben, bei gleichzeitiger Bewahrung größtmöglicher Gestaltungsfreiheit.

Außerdem ist es ein dringendes Anliegen, zur Schaffung von Publizität und Transparenz auch für GbR ein Register ähnlich dem Handelsregister einzuführen.

Diese Erfordernisse erfüllt der Regierungsentwurf des MoPeG (RegE MoPeG) vollständig. Er ist rundum geeignet, das Personengesellschaftsrecht an die „*Anforderungen eines modernen, vielfältigen Wirtschaftslebens*“ (Koalitionsvertrag 19. Legislaturperiode, S. 131) anzupassen. Es werden lediglich geringfügige Ergänzungen angeregt.

Die Umsetzung und zeitnahe Inkraftsetzung des MoPeG wird dringend empfohlen.

B. STELLUNGNAHME

I. Kein Systemwechsel, aber umfassende Modernisierung

1. Der RegE MoPeG zielt nicht auf eine Totalrevision, sondern auf eine Modernisierung insbesondere des Rechts der GbR **innerhalb des bestehenden Systems**. Es bleibt grundsätzlich bei der Unterscheidung in (nicht gewerbliche) Personengesellschaften einerseits und Personenhandelsgesellschaften andererseits, der Kaufmannsbegriff wird nicht angetastet.
2. Der immer wieder erhobenen Forderung einer kompletten Neugestaltung des Personengesellschaftsrechts unter Aufgabe des Kaufmannsbegriffs und Schaffung eines „Unternehmensgesetzbuchs“ (österreichisches Modell) folgt der RegE MoPeG bewusst nicht. Das entspricht auch der Empfehlung der vom BMJV zuvor eingesetzten Expertenkommission im sog. Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Mauracher Entwurf). Die Kommission hatte diesen Ansatz nach eingehender Diskussion gewählt, um das Reformprojekt noch **überschaubar und machbar** zu halten. Einen (noch) zurückhaltenderen Ansatz zu wählen, könnte wiederum das erstrebte Ziel nicht erfüllen, insbesondere der GbR eine gute gesetzliche Basis zu geben.
3. Die vom RegE MoPeG vorgesehene Öffnung der Personenhandelsgesellschaften und insbesondere der GmbH & Co. KG für alle **freien Berufe** entspricht der Empfehlung des Deutschen Juristentags 2016 und ist zu begrüßen. Die Öffnung steht unter dem Vorbehalt, dass das jeweilige Berufsrecht die Wahl einer solchen Rechtsform zulässt (§ 107 Abs. 1 S. 2 HGB-E), so dass jede

Berufsgruppe passende Schutzvorkehrungen treffen kann. Das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz bestehen zu lassen, ist richtig, denn es wurde in der Praxis gut angenommen und bietet auch Vorteile (z.B. bzgl. Gewerbesteuerpflicht).

II. In sich geschlossenes Regelungskonzept bei Erhalt der Gestaltungsfreiheit

1. Der RegE MoPeG hat zum Ziel, Gesellschaften ein klares und in sich geschlossenes, verständliches Regelungskonzept zu bieten. Gesellschaften sollen auch dann einen **rechtssicheren und stabil funktionierenden Rahmen** haben, wenn bei der Gründung nur lückenhafte Absprachen getroffen wurden. Wie der Gesetzesentwurf ausdrücklich klarstellt (§ 708 BGB-E), bleiben die **Gestaltungsfreiheit** der Gesellschafter und damit die Flexibilität der GbR als Grund- und Auffangrechtsform aber gleichzeitig erhalten.
2. Auch wenn der RegE MoPeG einen erheblichen Umfang hat, wird die Rechtslage dadurch **nicht komplexer**, sondern deutlich klarer und einfacher verständlich, was gerade für GbR, die nicht nur im professionellen Umfeld genutzt und formlos gegründet werden können, wichtig ist.

Teilweise wurden Vorschriften vom HGB ins BGB verschoben, um die (rechtsfähige) GbR als Grundrechtsform auszustalten (z.B. Entstehung der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten, § 719 BGB-E), teils wurden in Praxis und Rechtsprechung anerkannte Regelungen erstmals ins Gesetz geschrieben (Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen, § 711 BGB-E, Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters, § 712a BGB-E, Haftung der Gesellschafter, §§ 721 ff. BGB-E) und als überholt geltende und in der Praxis regelmäßig abbedogene Regelungen durch solche ersetzt, die typischerweise zwischen Gesellschaftern vereinbart werden (jährlicher Rechnungsabschluss und Gewinnverteilung, § 718 BGB-E, Ausscheiden statt Auflösung, vgl. Gründe für das Ausscheiden eines Gesellschafters, § 723 BGB-E, Kündigung der Mitgliedschaft, § 725 BGB-E).

All das macht das Gesetz klarer verständlich und führt nicht zu einer Erhöhung, sondern einer **Verringerung** des Beratungsbedarfs und der damit verbundenen **Kosten**. Der Übersichtlichkeit dienen auch die klare Gliederung der Vorschriften in acht Untertitel mit Zwischenüberschriften.

III. Außengesellschaft

3. Richtig ist die Grundsatzentscheidung des RegE MoPeG, die rechtsfähige, auf Dauer angelegte **Außengesellschaft als Grundform** für alle rechtsfähigen Personengesellschaften auszustalten, weil das bisherige gesetzliche Leitbild der nicht rechtsfähigen, gesamthaiderischen Gelegenheitsgesellschaft längst nicht mehr zutrifft.

Im Entwurf sind sieben der acht Untertitel der ausdrücklich als „rechtsfähige Personengesellschaft“ bezeichneten (§ 705 Abs. 2 BGB-E) Außengesellschaft gewidmet, nur der letzte Untertitel der nicht rechtsfähigen Innengesellschaft. Das geänderte Leitbild schlägt sich konsequent an zahl-

reichen Stellen des Entwurfs nieder, etwa der Angleichung der Ausscheidens- und Auflösungsgründe an diejenigen der oHG (vgl. § 723 BGB-E zu § 131 Abs. 3 HGB, § 724 BGB-E zu § 139 HGB, § 729 BGB-E zu § 131 Abs. 2 HGB), dem geänderten Haftungsmaßstab im Innenverhältnis (statt eigenübliche künftig verkehrsübliche Sorgfalt, bislang § 708 BGB, künftig § 276 BGB, vgl. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 139), der größeren Bedeutung des vereinbarten Beteiligungsverhältnisses für Stimmkraft, Gewinn- und Verlustanteile (§ 709 Abs. 3 BGB-E) usw.

Bei all dem bleibt zu beachten, dass die Gestaltungsfreiheit es den Gesellschaftern erlaubt, andere Vereinbarungen zu treffen, was auch konkudent geschehen kann. Auch **Gelegenheitsgesellschaften** finden in den neuen Regelungen daher einen angemessenen Rahmen.

4. Dass die rechtsfähige Außengesellschaft selbst Trägerin des Gesellschaftsvermögens ist (§ 713 BGB-E) und sich der Gesetzentwurf vom Gesamthandsprinzip abwendet (Begr RegE MoPeG, S. 147), macht die GbR nicht zur juristischen Person und führt insbesondere nicht dazu, dass Personengesellschaften künftig nicht mehr **transparent besteuert** werden könnten.

Das Gesamthandsprinzip ist ein Differenzierungskriterium bei der Frage, ob ein Unternehmen für die Zwecke des Steuerrechts als Körperschaft oder als Personengesellschaft einzuordnen ist, aber nicht das einzige. Auch für die Außengesellschaft bleibt es nach dem RegE MoPeG bei der formlosen Errichtung (§ 705 Abs. 1 BGB-E), der Vinkulierung der Gesellschaftsanteile (§ 711 Abs. 1 S. 1 BGB-E) sowie dem Ausschluss des Erwerbs eigener Anteile (§ 711 Abs. 1 Satz 2 BGB-E), dem Prinzip der Selbstorganschaft (§ 720 BGB-E) und der persönlichen Haftung (§ 721 BGB-E). All dies (und weitere) sind vom BMF in anderem Zusammenhang für relevant gehaltene Differenzierungskriterien (BMF 2004-03-19 IV B 4-S 1301 USA-22/04). Die vorgebrachten Bedenken sind unbegründet. Das bestätigt u.a. auch der Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft (Beilage ZIP 2/2021, S. 3, 7).

Die angeregte Erweiterung des **Hinweises in der Gesetzesbegründung**, wonach sich an der ertragssteuerlichen Behandlung von GbR nichts ändern soll (Begr RegE MoPeG, S. 106), auf weitere Steuerarten erscheint sinnvoll.

5. Für die **Entstehung** einer Außengesellschaft stellt der RegE MoPeG darauf ab, ob die Gesellschaft nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll, § 705 Abs. 2, 1. HS BGB-E. U.a. vom Bundesrat wird angeregt, das durch entsprechende Vermutungsregeln zu ergänzen, wenn Gegenstand der Gesellschaft der Betrieb eines Unternehmens ist oder/und die Gesellschafter einen gemeinsamen Namen führen.

Vermutungsregeln für die Feststellung des Willens aller Gesellschafter zur gemeinsamen Teilnahme am Rechtsverkehr sind auch in der Expertenkommission diskutiert worden. Letztlich hat sich die Kommission dafür entschieden, **keine Vermutungsregeln** in den Gesetzesentwurf aufzunehmen, sondern entsprechende Indizien in der Gesetzesbegründung zu verankern, vgl. Begr. RegE MoPeG, S. 124 f., die den Gerichten zur Orientierung dienen können. Nachteile gegenüber gesetzlichen Vermutungsregeln, die ohnehin nicht alle Zweifelsfälle erfassen könnten, sind nicht zu befürchten. Der Schutz Dritter ist, soweit erforderlich, durch die Handelndenhaftung sowie nach

allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen gegeben. Die im RegE MoPeG vorgeschlagene Regelung erscheint deshalb ausreichend.

IV. Innengesellschaft

Die allein auf das Innenverhältnis beschränkte Innengesellschaft bleibt nach dem RegE MoPeG reines Schuldverhältnis und kann insbesondere **kein eigenes Vermögen** bilden, § 740 Abs. 1 BGB-E. Das ist entgegen anders lautender Stellungnahmen richtig und konsequent, weil die Innengesellschaft nicht rechtsfähig ist. Es besteht auch kein Bedarf dafür, weil andere Lösungen (Bruchteilsgemeinschaft, Treuhand) möglich bleiben und die Vermögensfähigkeit der nicht-rechtsfähigen Innengesellschaft außerdem zu Problemen im Rechtsverkehr führen könnte.

V. Einführung eines GbR-Registers

1. Die im RegE MoPeG vorgesehene Einführung eines Registers für rechtsfähige GbR ist **dringend erforderlich**. Sie entspricht einer lange und vielfach geäußerten Forderung der Praxis nach mehr Publizität und Transparenz bei der GbR und auch einem mit großer Mehrheit gefassten Beschluss des Deutschen Juristentags 2016. Durch Eintrag im Register können Existenz, Identität, Mitgliederbestand und Vertretungsverhältnisse von GbR einfach und verlässlich festgestellt und nachgewiesen werden, was eine immense **Erleichterung für den Rechtsverkehr** bedeutet.

Angaben etwa auf Homepage oder Geschäftspapier, auch wenn solche verpflichtend wären, können ein Register naturgemäß nicht ersetzen.

2. Zu Recht wählt der RegE MoPeG den Ansatz einer **grundätzlich freiwilligen Registrierung**, die nicht Voraussetzung für die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft ist.

Eine **konstitutive** Wirkung der Eintragung hätte den entscheidenden Nachteil, dass nicht eingetragene Außengesellschaften dann nicht rechtsfähig wären, mit all den Nachteilen für den Rechtsverkehr, die die Rechtsprechung des BGH über die Jahre versucht hat auszuräumen. Es entstünde neuer Regelungsbedarf für die dann dritte Variante der GbR in Form der nicht rechtsfähigen Außengesellschaft.

Eine generelle **Pflicht** zur Eintragung wiederum wäre für Gelegenheitsgesellschaften und sonstige kleine GbR unangebracht. Ein gewisser faktischer Registrierungzwang wird für GbR voraussichtlich zwar dadurch entstehen, dass potenzielle Vertragspartner wie Banken oder Vermietter Vertragsschlüsse mit nicht registrierten GbR ablehnen könnten. Dieser faktische Druck ist auch durchaus zu begrüßen, weil er die Ziele des Gesetzentwurfs unterstützt. Er wird aber keine Gelegenheitsgesellschaften nicht treffen, sondern nur unternehmerische Gesellschaften, die ein auf Dauer angelegtes Ziel von gewissem wirtschaftlichen Gewicht verfolgen.

3. Eine Pflicht zur Voreintragung der GbR besteht nach dem RegE MoPeG für den Erwerb von und die Verfügung über bestimmte **registrierte Rechte** sowie für die **Umwandlungsfähigkeit** der

Gesellschaft. Das dient den Interessen des Rechtsverkehrs an Transparenz und Rechtssicherheit im Umgang mit GbR und macht den gutgläubigen Erwerb eingetragener Rechte von GbR nach allgemeinen Grundsätzen möglich. Die bislang für Objektregister wie zB das Grundbuch erforderlichen Sonderregeln für GbR sind nicht mehr erforderlich. Insbesondere wird das viel kritisierte Regelungsmodell der § 899a BGB und § 47 Abs. 2 GBO überflüssig.

4. Die verpflichtende Registrierung von GbR für den Erwerb eingetragener Rechte ist auch vor dem Hintergrund der Bekämpfung von **Geldwäsche** sinnvoll. Gesteigerte Pflichten für die Gesellschaften ergeben sich daraus über die ohnehin erforderlichen Meldungen an das Gesellschaftsregister hinaus nach der geplanten Regelung in § 20 Abs. 2 Nr. 6 GwG-E nicht. Auf der anderen Seite wird es dadurch aber etwa erschwert, Geld über intransparente Treuhandkonstruktionen in Grundstücken zu „verstecken“.
5. Die Expertenkommission hatte den **Kreis der registrierten Rechte**, die eine Pflicht zur Voreintragung der GbR begründen, noch weiter gezogen (z.B. Marken, Designs usw.). Es ist bedauerlich, dass der Gesetzentwurf dem nicht gefolgt ist. Eine entsprechende Erweiterung wäre wünschenswert, könnte aber auch zu einem späteren Zeitpunkt noch umgesetzt werden.
6. Als ergänzungsbedürftig kritisiert wurde u.a. vom Bundesrat die Regelung in § 40 Abs. 1 GmbHG-E, wonach nur die Eintragung einer **GbR als GmbH-Gesellschafterin** in der Gesellschafterliste und Veränderungen an ihrer Eintragung der Voreintragung der GbR im Gesellschaftsregister bedürfen. Gefordert wird, dass auch **Änderungen im Gesellschafterbestand** der GbR zu einer Voreintragungspflicht der GbR führen sollen.

Diese Forderung ist **berechtigt**, sie sollte umgesetzt werden. Auch bei Grundstücken führt schon der Gesellschafterwechsel faktisch zu einer Eintragungspflicht der GbR, denn der Gesellschafterwechsel macht eine Grundbuchberichtigung erforderlich, die wiederum eine Voreintragung der GbR verlangt (vgl. Artt. 229 § 21 Abs. 1, 220 § 21 Abs. 2 S. 2 EBGBG-E, § 82 GBO-E und Begr RegE MoPeG, 217).

Noch weitergehend wurde angeregt, nicht erst die Eintragung der GbR in der Gesellschafterliste, sondern bereits den dinglichen Erwerb der Geschäftsanteile von der Voreintragung der GbR abhängig zu machen. Das ist abzulehnen, weil eine GbR Geschäftsanteile auch zB durch Erbschaft erwerben kann und – wie im Grundstücksrecht, vgl. § 47 Abs. 2 GBO-E und Begr RegE MoPeG, S. 206 f. – der materielle Erwerb an einer (noch) fehlenden Eintragung der GbR nicht scheitern darf.

7. Der RegE MoPeG erlaubt einer GbR, wenn sie einmal im Register eingetragen ist, keinen schlichten **Antrag auf Löschung**. Die Löschung ist vielmehr nur noch nach allgemeinen Vorschriften (Liquidation, Umwandlung) möglich. Daran sollte trotz daran geäußerter Kritik festgehalten werden.

Ziel der Regelung ist die Stärkung der Transparenz und Publizität der GbR. Erlaubte man einer einmal eingetragenen GbR die freie Löschung aus dem Register, so müsste dafür zunächst sichergestellt werden können, dass die GbR nicht als Inhaberin registrierter Rechte in anderen Registern

eingetragen ist, was praktisch schwierig wäre. Außerdem könnten Vertragspartner darauf vertraut haben, mit einer eingetragenen GbR zu kontrahieren und so jederzeit deren Existenz usw. durch Einblick ins Register prüfen zu können. Schließlich könnte die Möglichkeit der Löschung eingetragener GbR auf Antrag sog. „Firmenbestattungen“ (etwa durch Umwandlung einer GmbH in eine GbR und deren anschließende Löschung aus dem Register, ohne sie zu liquidieren) erleichtern.

Die bislang mögliche Löschung kleingewerblicher Gesellschaften aus dem Handelsregister auf Antrag nach § 2 S. 3 HGB hat den Hintergrund, dass solche Gesellschaften sich dadurch der kaufmännischen Pflichten wieder entledigen können, die an der Eintragung hängen. Solche Pflichten gibt es für die eingetragene GbR aber nicht. Künftig können sich nach dem Konzept des MoPeG kleingewerbliche Gesellschaften aus dem Handelsregister im Übrigen nur noch im Wege des Statuswechsels, d.h. per Umtragung ins GbR-Register, löschen lassen.

8. Durch die Registrierung entstehen bei den Gesellschaften **Kosten**, sowohl für die erstmalige Eintragung als auch für die kontinuierliche Erfüllung der Informationspflichten. Diese Kosten sind, wie in der Gesetzesbegründung (Begr RegE MoPeG, S.113 ff.) näher ausgeführt, überschaubar und sparen dauerhaft erheblich höhere Transaktions- und Beratungskosten ein. Für die Umsetzung in der Praxis ist es auch richtig und wichtig, wie beim Handelsregister Notare einzubinden. Die Vorprüfung durch Notare entlastet die Eingangsprüfung beim Register und erhöht die Verlässlichkeit der Registereintragungen.

VI. Einführung eines Beschlussmängelrechts für Personenhandelsgesellschaften

1. Fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse in Personengesellschaften sind nach geltendem Recht unabhängig von der Schwere des Mangels grundsätzlich **nichtig**. Gleichzeitig ist die Nichtigkeit durch (grds. unbefristete) allgemeine Feststellungsklage gegen evtl. widersprechende Mitgesellschafter geltend zu machen.

Es ist deshalb zu begrüßen, dass der RegE MoPeG wenigstens für Personenhandelsgesellschaften das Beschlussmängelrecht erstmals kodifizieren und wie das Aktienrecht **zwischen anfechtbaren und nichtigen Gesellschafterbeschlüssen unterscheiden** will. Nur Verstöße gegen unverzichtbare Rechtsvorschriften sollen noch zur Nichtigkeit führen (§ 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB-E). Damit sind neben § 138 BGB absolut unentziehbare Rechte, nicht aber nur relativ unentziehbare Rechte gemeint, wie die Regierungsbegründung unmissverständlich klarstellt (Begr RegE MoPeG, S. 229). Wie die Begründung zutreffend ausführt, passt die vom aktienrechtlichen Modell abweichende Anknüpfung der Nichtigkeit an unverzichtbare Rechtsvorschriften dazu, dass im Personengesellschaftsrecht grundsätzlich Gestaltungsfreiheit herrscht, die aktienrechtlichen Nichtigkeitsgründe (die im Übrigen auch erhebliche Auslegungsspielräume lassen, vgl. nur § 241 Nr. 3 AktG) hingegen auf die dort geltende Satzungsstrenge aufbauen.

Richtig ist aber, dass bei **Fehlern im Jahresabschluss § 256 AktG analog** angewendet werden sollte, weil diese sonst regelmäßig zur Nichtigkeit des Feststellungsbeschlusses führen würden.

Andere Verletzungen des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrags führen demgegenüber nur noch zur Anfechtbarkeit und können mit der jetzt gegen die Gesellschaft zu richtenden, fristgebundenen Anfechtungsklage geltend gemacht werden (§§ 112, 113 HGB-E). Die Unterscheidung von anfechtbaren und nichtigen Gesellschafterbeschlüssen schafft die Möglichkeit zu differenzierter Behandlung von fehlerhaften Gesellschafterbeschlüssen, aber auch Bestandskraft und damit Rechtssicherheit für nur anfechtbare Beschlüsse, sobald die Anfechtungsfrist abgelaufen ist.

2. Der Mauracher Entwurf hatte vorgeschlagen, das Beschlussmängelrecht generell für **alle Personengesellschaften** zu kodifizieren. Die Verlagerung durch den RegE MoPeG in das Recht der Personenhandelsgesellschaften folgte auf Kritik, wonach das Modell für GbR nicht passe. In der Tat lässt sich begründen, dass das Modell Gelegenheitsgesellschaften überfordert. Allerdings ließe die Gestaltungsfreiheit auch (konkludent mögliche) abweichende Vereinbarungen für Gelegenheitsgesellschaften und damit angemessene Lösungen zu.

Für professionalisierte GbR erscheint das jetzt nur für Personenhandelsgesellschaften vorgesehene Modell nach wie vor passender. Allerdings haben solche GbR in gleicher Weise die Möglichkeit, sich für das neue Modell zu entscheiden und entsprechende Regelungen im Gesellschaftsvertrag zu vereinbaren. Auch das sollte in der Praxis zu guten Lösungen führen, sodass auch dem Vorschlag des RegE MoPeG gefolgt werden kann.

VII. Beschlussfassungen

1. Zum Beschlussverfahren enthält § 109 HGB-E jetzt erstmals **rudimentäre Regelungen**. Auch das ist sehr zu begrüßen, nicht zuletzt, weil es als Basis für Vorschriften zur Angreifbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen zunächst Regelungen zu deren Zustandekommen bedarf. Die Regelungen lassen ausreichend Spielraum, insbesondere kann eine Gesellschafterversammlung auch virtuell stattfinden, wie die Gesetzesbegründung klarstellt.
2. Zur **Beschlussfeststellung** trifft der RegE MoPeG wegen der Vielfalt der erfassten Gesellschaften keine Regelung, was vor dem Hintergrund hinnehmbar ist, dass die Klagefrist gem. § 112 Abs. 2 HGB-E an die **Bekanntgabe** des Beschlusses an den anfechtungsbefugten Gesellschafter anknüpft. Die Bekanntgabe setzt, wie die Gesetzesbegründung ausdrücklich festhält, „*eine förmliche Feststellung des Beschlusses implizit voraus...*“, Begr RegE MoPeG, S. 231. Im Gesellschaftsvertrag können (und sollten) dann weitergehende Regelungen getroffen werden, da ansonsten im Streitfall zunächst im Wege der allgemeinen Feststellungsklage zu klären ist, ob überhaupt ein Beschluss gefasst wurde und welchen Inhalts.
3. Was Beschlussmehrheiten angeht, so regelt § 714 BGB-E nur noch, dass Gesellschafterbeschlüsse der Zustimmung aller stimmberechtigten Gesellschafter bedürfen. Dass **Mehrheitsklauseln** im Gesellschaftsvertrag selbstverständlich nach wie vor zulässig sind, folgt unmittelbar aus dem Grundsatz der Gestaltungsfreiheit.

Die im Mauracher Entwurf vorgesehene Regelung, wonach Mehrheitsklauseln im Gesellschaftsvertrag im Zweifel auch für Beschlüsse zur **Änderung des Gesellschaftsvertrags** gelten, wurde

nicht in den Entwurf des MoPeG übernommen. Dieser auch in der Expertenkommission umstrittene Vorschlag hatte teilweise Kritik erfahren, u.a. weil dann Gesellschaftsvertragsänderungen im Personengesellschaftsrecht (bei fehlender anderweitiger Regelung) einer geringeren Mehrheit bedurft hätten als etwa im GmbH-Recht. Auch diese Position lässt sich vertreten.

Nach dem RegE MoPeG bleibt es dabei, dass nach allgemeinen Grundsätzen durch **Auslegung** zu ermitteln ist, ob eine in einem Gesellschaftsvertrag getroffene Mehrheitsregelung einen konkreten Beschlussgegenstand erfasst oder nicht. Das gilt für Gesellschaftsvertragsänderungen ebenso wie für jeden anderen Beschlussgegenstand und ist auch nicht an einem „Bestimmtheitsgrundsatz“ zu messen. Grenzen für die Wirksamkeit von (auch einstimmig gefassten) Gesellschafterbeschlüssen ergeben sich nur aus §§ 134, 138 BGB sowie der Gleichbehandlungs- und Treuepflicht, außerdem aus dem engen Kreis von absolut unentziehbaren Rechten.

Es wird angeregt, das in der Gesetzesbegründung deutlicher zum Ausdruck zu bringen.

4. Das MoPeG verhält sich nicht zu **Stimmverboten**, was auf Kritik gestoßen ist. Eine gesetzliche Vorschrift wäre vorteilhaft, wenn sie Rechtssicherheit brächte. Allerdings könnten Stimmverbote wegen der Vielgestaltigkeit der Personengesellschaften wiederum nur eher allgemein geregelt werden und eine zu weite Regelung auch Gefahren birgt. Außerdem entspricht es dem Regelungskonzept des MoPeG, allgemeine Grundsätze (Treuepflicht, Gleichbehandlung usw.) nicht zu regeln. Eine ausdrückliche Regelung von Stimmverboten erscheint vor diesem Hintergrund nicht erforderlich.

VIII. Gesellschafterhaftung

1. Der RegE MoPeG übernimmt das **Haftungsregime der oHG** (bislang §§ 128 ff. HGB) ohne Einschränkung ins BGB. Das wird teilweise als generelle Haftungsverschärfung kritisiert.

Allerdings entspricht die gesetzliche Regelung der aktuellen Rechtsprechung zur Haftung von Gesellschaftern rechtsfähiger GbR für den Regelfall. Die Gesetzesbegründung stellt dabei ausdrücklich klar, dass andere Haftungsmodelle nicht ausgeschlossen sind und durch konkludente Absprachen, Auslegung oder Analogien zur Anwendung gelangen können. Angesprochen werden dabei insbesondere Bauherriegemeinschaften, geschlossene Immobilienfonds, Gelegenheits- und gemeinnützige Gesellschaften (Begr RegE MoPeG, S. 164).

Die vom RegE MoPeG gewählte Lösung, den Regelfall im Gesetz zu verankern, ohne Ausnahmen auszuschließen, erscheint richtig und praktikabel.

2. Auf Kritik gestoßen ist auch, dass der RegE MoPeG **keine Haftungsbeschränkungen** in der GbR zulässt, weder summenmäßig noch quotal. Das lässt sich aus der fehlenden Kapitalsicherung bei der GbR und der Tatsache rechtfertigen, dass mit der UG eine kostengünstige Gesellschaftsform mit beschränkter Haftung zur Verfügung steht.

3. Teilweise wird kritisiert, dass ein ausgeschiedener Gesellschafter nach § 728b BGB-E für bis zu seinem Ausscheiden begründete und innerhalb von fünf Jahren nach seinem Ausscheiden fällig werdende Verbindlichkeiten noch haftet, wenn diese in der beschriebenen Weise geltend gemacht werden. Die Kritik stößt sich vor allem daran, dass Schadenersatzansprüche wegen Pflichtverletzung von Dauerschuldverhältnissen auch dann als bis zum Ausscheiden begründet gelten, wenn das Vertragsverhältnis vor dem Ausscheiden geschlossen, der haftungsbegründende Tatbestand aber erst danach verwirklicht wurde.

Die **Nachhaftung des ausgeschiedenen GbR-Gesellschafters** wird durch den RegE MoPeG im Vergleich zur bisherigen Rechtslage (§§ 736 Abs. 2 BGB, 160 HGB) allerdings nicht verschärft, sondern entspricht dieser weitgehend. Für eingetragene GbR kommt als Anknüpfungspunkt für den Fristbeginn – zusätzlich zum Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger Kenntnis vom Ausscheiden erlangt hat – lediglich die Eintragung des Ausscheidens im Gesellschaftsregister hinzu. Das erleichtert den Nachweis des Fristbeginns für eingetragene GbR und ist insoweit günstiger als die bisherige Rechtslage.

Die Nachhaftung dient generell dem Ausgleich zwischen den Interessen des austretenden Gesellschafters und den Interessen der Gläubiger der Gesellschaft. Dabei ist die Nachhaftung bei Dauerschuldverhältnissen, die vor dem Austritt des Gesellschafters begründet wurden (und an denen dieser deshalb in gewisser Weise Anteil hatte), auch für die GbR grds. anerkannt. Sie erscheint auch nicht prinzipiell unangemessen, weil die Interessen des ausgeschiedenen Gesellschafters dadurch geschützt sind, dass er im Innenverhältnis einen Freistellungsanspruch gegen die Gesellschaft hat, vgl. § 728 Abs. 1 BGB-E.

Eine Einschränkung der Nachhaftung erscheint vor diesem Hintergrund nicht zwingend.

4. In Bezug auf die **Kommanditistenhaftung** wird die Neufassung des § 176 Abs. 1 HGB-E kritisiert. Diese sieht vor, die unbeschränkte Haftung des Kommanditisten bei Geschäftsbeginn der KG vor Eintragung im Handelsregister auch dann gelten zu lassen, wenn dem Gläubiger die Kommanditistenstellung bekannt war. Gleichzeitig soll die unbeschränkte Haftung auch für die „Kann-KG“ gelten, was bislang nicht der Fall war.

Richtig ist, dass der Gläubiger einer KG durch die Neuregelung scheinbar ohne Anlass begünstigt wird. Angestrebt wird dadurch aber, einen Anreiz für die Eintragung der Kommanditistenstellung in das Handelsregister zu setzen. Außerdem benachteiligt die aktuelle Vorschrift den Kommanditisten einer nicht eingetragenen KG gegenüber den Gesellschaftern einer GbR-Gesellschaft, die ihre Haftung gegenüber Gläubigern nur durch Einzelvertrag beschränken können. Dem nicht eingetragenen Kommanditisten genügt bislang nach § 176 Abs. 1 S. 1 HGB das Inkennnissetzen des Gläubigers. Diese Privilegierung soll mit der Neuregelung aufgehoben werden.

Die Neuregelung erscheint in sich stimmig, zumal der Kommanditist auch nicht schutzwürdig ist, weil er einem Geschäftsbeginn vor Eintragung seiner Kommanditistenstellung nicht zustimmen muss (vgl. Begr. RegE MoPeG, S. 258 f.). Andere Lösungen sind aber nicht ausgeschlossen.

IX. Inkrafttreten

Es ist unbedingt auf ein zeitnahe Inkrafttreten hinzuwirken. Aus Sicht der Praxis liegt selbst das im RegE MoPeG vorgesehene Datum 1. Januar 2023 spät. Eine weitere Verschiebung wäre nicht akzeptabel und auch nicht nachvollziehbar, zumal das Gesellschaftsregister sich an das Handelsregister anlehnt und der Einrichtungsaufwand überschaubar sein sollte.

Stuttgart, 19. April 2021

Dr. Gabriele Roßkopf

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 neunummeriert. 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.¹ 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 ausgereifter Entwurf braucht die Diskontinuität nicht zu fürchten

¹ <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.²

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.³ 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.⁴ 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.

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

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

⁴ 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.⁵ 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.⁶ 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,⁷ 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**.⁸ Damit würden auch die verbleibenden Transparenzlücken geschlossen (gleich 3.).

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

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

⁷ 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.

⁸ Dafür u.a. Arbeitskreis Bilanzrecht, ZIP 2021, 3, 11 ff.

3. Die verbleibende Intransparenz

Künstliche Rechtsträger sind im Interesse des Rechtsverkehrs mit Publizität auszustatten.⁹ 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.**¹⁰ 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.¹¹ Der Arbeitskreis Bilanzrecht hat sich jüngst nachdrücklich dafür ausgesprochen.¹² Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Eine solche Konstitutivlösung muss einhergehen mit der Abschaffung der Gesamthand für die nicht rechtsfähige Gesellschaft

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

¹⁰ 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 Ausnahmerscheinung der Vorgesellschaft akzeptiert.

¹¹ Fleischer/Pendl, WM 2019, 2185, 2189.

¹² 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.¹³ Auch muss die Gründungsphase stimmig geregelt sein.¹⁴

Fleischer/Pendl selbst empfehlen zwar die Fakultativlösung.¹⁵ 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 Vollhafters darf nicht hinter § 51a GmbHG zurückbleiben und muss daher zwingend sein.¹⁶ Das ist schon ein Gebot des Art. 3 GG.¹⁷

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

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

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

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

¹⁷ 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 Einschränkbarkeit 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 Unternehmergegesellschaften.¹⁸ 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.¹⁹ 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.

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

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

Schall: Erzwingt das MoPeG die
rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung?

NZG 2021, 494

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

495

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

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 delikate 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 durchgehängelt 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 Verfassungstreit um die rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung

Im Jahr 1999 legte der dritte *Senat* des *BFH* im Wege der konkreten Normenkontrolle dem *BVerfG* den damaligen § 32c EStG aF zur Prüfung am Maßstab des Gleichheitsgebots vor, welches er im Einklang mit der hL verletzt sah.¹ 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.² Das *BVerfG* verneinte ein Verfassungsgebot rechtsformneutraler Unternehmensbesteuerung.³ 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.⁴ Diesem Argument hielt das *BVerfG* jedoch formaljuristisch das Trennungsprinzip der Kapitalgesellschaften entgegen, das zu einer „Abschirmung der Vermögensphäre“ 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 verstöße, wenn durch eine Regelung des Einkommensteuerrechts – wie § 32c 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 Vermögensphäre* einer Kapitalgesellschaft gegenüber ihren Anteilseignern. Diese Abschirmung bewirkt, dass *in der abgeschirmten Vermögensphäre 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 Vermögensphäre 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 Vermögensphäre“ 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 29.1.2001⁵ bestand, so dass das BVerfG im Jahr 2006 bereits das neue System abgesegnet hatte.⁶ 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.⁷ 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-

496

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

zuzweifeln. Der BGH hat seine Rechtsfortbildung im Anschluss an Werner Flume gerade auf das Gesamthandprinzip gestützt⁸ – was selbstverständlich ausschließt, dass er § 718 BGB „streichend“ 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 Gesellschaftsvertrag⁹ (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 Verfassungswidrigkeitsverdicts über den mittlerweile ersatzlos gestrichenen § 8c I 1 KStG aF nochmals zur grundsätzlichen Rechtsfertigung des dualen Steuersystems verhalten.¹⁰ 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.¹¹

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 Vermögensphäre einer Kapitalgesellschaft gegenüber ihren Anteilseignern hat zur Folge, dass in der abgeschirmten Vermögensphäre eine eigenständige Leistungsfähigkeit entsteht, die getrennt von der individuellen

Leistungsfähigkeit der hinter der Kapitalgesellschaft stehenden Personen besteuert werden darf
...¹²

Das Gesamthandprinzip steht nach wie vor im Zentrum der Rechtfertigung durch die „Abschirmung der Vermögensphäre“. 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.¹³

Daran ist zu zweifeln. Trotz des unterschiedlichen Ausgangspunkts¹⁴ 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.¹⁵

Nach dieser traditionellen Begründung spiegelte die persönliche Gesellschafterhaftung in der OHG (aber nicht in der KG!¹⁶) 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.¹⁷ Nach allgemeinem Zivilrecht haftet jedes Rechtsubjekt *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.¹⁸ 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.¹⁹ 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.

1 BFHE 188, 69 = NJW 1999, 1736 = NZG 1999, 547 Ls.

2 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.

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

4 Siehe etwa BVerfGE 120, 1 = NVwZ 2008, 1102 Rn. 112.

5 BGHZ 146, 341 = NZG 2001, 311.

6 In dieser Richtung aber AK Bilanzrecht, ZIP 2021, 3 (6 f.).

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

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

9 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.

10 BVerfGE 145, 106 = NZG 2017, 828.

11 Diese Kritik erneuernd AK Bilanzrecht, ZIP 2021, 3 (6).

12 BVerfGE 145, 106 = NZG 2017, 828 Rn. 113.

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

14 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.

15 ZB *Schäfer* ZIP 2003, 1225 (1227 ff.).

16 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.

17 Siehe schon *Schall* ZIP 2020, 1443 (1447).

18 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

19 a GmbHG) nicht mehr.
Schall ZIP 2020, 1443.

Alexander Schall^{*)}

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 Einführung 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.¹⁾ 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 Personenhandelsgesellschaften 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 Ausscheidegründe 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 umplaziert. 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).²⁾ 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,

^{*)} 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 Altmeppen, NZG 2020, 822.

2) Dafür eindringlich auch Altmeppen, 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 Leistungsstörungsrecht verweisen. Wer sehnt sich schon die Abgrenzung von unmittelbaren zu entfernten Mängelfolgeschäden beim alten § 635 BGB zurück?

Beim MoPeG liegt der Fall keineswegs klar. Einerseits sind die Korrekturen des Gesetzes in zentralen Fragen unumstößlich.³⁾ 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 punktgenauer durch chirurgische Eingriffe in den lebenden Organismus vorgenommen werden.⁴⁾ 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.⁵⁾ 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“⁶⁾ oder einer Anfechtungsklage als „default rule“ nicht mehr sachgerecht bedient. Der Entwurf zwingt zu Ausweichlösungen (stillschweigende Abdingung etc.),⁷⁾ 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.⁸⁾ 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.⁹⁾ 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“¹⁰⁾ 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?¹¹⁾ 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.¹²⁾ 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.¹³⁾ 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),¹⁴⁾ 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.¹⁵⁾

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

3) Altmeppen, NZG 2020, 822, 823.

4) Altmeppen, 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 auf: Begr.ME, S. 72 f.

10) Begr.ME, S. 88.

11) Zweifelnd auch Altmeppen, NZG 2020, 822 f.

12) Karsten Schmidt, ZHR 177 (2013) 712, 728 f.; für den Weg über das Handelsrecht auch Altmeppen, 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.¹⁶⁾

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.¹⁷⁾ Sie wird allein an den Außenauftritt geknüpft (§ 705 Abs. 2 BGB-E)¹⁸⁾ 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 Leiturteil BGHZ 146, 243 ARGE Weißes Ross „überschließend“ 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.¹⁹⁾ 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 Traditionsbuch verstanden wird und aus diesem Grund einer besonderen Rechtfertigung bedarf.“²⁰⁾ 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.²¹⁾ 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.²²⁾

3.2 Der historische Weg zur Verköperschaftlichung der GbR

Am Anfang stand die OHG.²³⁾ 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 Personenhandelsgesellschaft 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.²⁴⁾ 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 (Prüting) 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 (vergleichbar) 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 wieweit damit eine eigene Rechtssubjektivität einher ging, mutierte zur akademischen Frage.²⁵⁾ Die Verfechter der juristischen Person würden sie bejahren, 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 Rechts²⁶⁾ – wiewohl auch dort Spielraum für die abweichende Interpretation des „entity approach“ bestünde.²⁷⁾

Mit Schaffung des BGB wurden die Parameter dieser offenen Frage neu geordnet. Die zweite Kommission rückte bekanntlich von der bloß schuldrechtlichen *societas* römischer Prägung²⁸⁾ ab und führte das Gesamthandprinzip ein,²⁹⁾ dachte es aber nicht zu Ende.³⁰⁾ Zwar wollte man in bewusster Abgrenzung zum HGB keine Rechtsträgerschaft der GbR feststellen. 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.³¹⁾

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.³²⁾ 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.³³⁾ Es ist ähnlich wie bei der „Gauklerpyramide“.³⁴⁾ 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.³⁵⁾ Das unterstreicht auch der europäische Rechtsvergleich.³⁶⁾ 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 Regelungsermessens. Er kann der Personengesellschaft durchaus Rechtssubjektivität verleihen und sie dennoch nicht als Körperschaft besteuern.³⁷⁾ 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:³⁸⁾

(1) Kaufmann kann nur sein, wer *selbst* ein Handelsgewerbe betreibt. Das tut jedenfalls künftig ausschließlich die Personengesellschaft (OHG/KG), nicht mehr der Komplementär.³⁹⁾ Die gegenteilige Aussage aus BGHZ 34, 293⁴⁰⁾ ist endgültig überholt. Damit werden auch die Karten für die Diskussion um die analoge Erstreckung des Handelsrechts auf (Kapital) Gesellschafter völlig neu gemischt.⁴¹⁾ 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 ratione 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. *Altmeppen*, 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. *Kefeler*, in: Heidel/Schall, HGB, 3. Aufl., 2019, § 1 Rz. 53 und § 6 Rz. 5. Allerdings konnte man die Gemeinschaft von Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft und gesetzlich verbürgtem Gesamthandsprinzip auch noch im Sinne einer „Mitsberechtigung“ der Gesellschafter deuten.

40) BGHZ 34, 293 = NJW 1961, 1022 a. F.: „Die oHGn und die KGn sind trotz ihrer starken Verselbständigung keine juristischen Personen. Nach einhelliger Auffassung in Schriftum und Rspr. sind Träger der Rechte und Pflichten die Gesellschafter selbst, allerdings in ihrer Verbundenheit als Gesellschafter. Die Personalgesellschaft, 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 Unternehmergesellschafter 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.⁴²⁾

(3) Handelt die Gesellschaft als eigenständiger Rechtsträger, entstehen die Verpflichtungen wie im Kapitalgesellschaftsrecht allein in ihrem Namen.⁴³⁾ 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.⁴⁴⁾ 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,⁴⁵⁾ 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.⁴⁶⁾ Er muss ARGE Weißes Ross nicht forschreiben. 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“⁴⁷⁾ war seinerzeit zwar gut begründbar. Seit die UG mit einem Euro Stammkapital existieren darf, ist das nicht mehr so.⁴⁸⁾ Besonders zweifelhaft ist die zwingende Mithaftung neu eintretender Gesellschafter.⁴⁹⁾ Auch eine Kommandit-GbR ist erwägenswert, ebenso eine bloß anteilige Mithaftung.⁵⁰⁾

(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.⁵¹⁾ Das Anwachungsprinzip 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).⁵²⁾ Da bei der Abtretung die Anteile fortbestehen und keine Anwachsung nach § 712 BGB-E stattfindet, wird auf diesem Wege auch eine **Einpersonengesellschaft** möglich.⁵³⁾ 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 gewonnte Freiheit genutzt, um die Rechtsfähigkeit auf die bloße Teilnahme am Rechtsverkehr zu knüpfen.⁵⁴⁾ 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 ungebetenen Eindringen Dritter („entity shielding“)⁵⁵⁾, ebenso aber auch die Grundstücksgesellschaft der Ehegatten und *Altmeppen* Reitgemeinschaft um den Araberhengst „Acatenango“.⁵⁶⁾ Die Unteilbarkeit bietet eine wertvolle Gestaltungsmöglichkeit neben den §§ 741 ff. BGB. Aus ihr folgt wiederum ihre Rechtssubjektivität der Gesamthandgemeinschaft.

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.⁵⁷⁾ Schon die erste prominente Stellungnahme eines nicht unmittelbar Beteiligten hält weiterhin eine Innengesellschaft mit Gesamthandvermögen für möglich.⁵⁸⁾ 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 *Altmeppen*, 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. *Altmeppen*, 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 begrüßend *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 Vorbereitung 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.

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

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

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

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

tierung als Außengesellschaft geführt,⁵⁹⁾ 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.⁶⁰⁾
- Die gemeinsame Kasse der Tippgemeinschaft oder der Kehlbruderschaft.
- 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 Stimmrechtskonsortium⁶¹⁾ 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 minimal invasive 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. Wirksamkeitsregeln 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.⁶²⁾ Die folgenden Anmerkungen wollen das nicht in Frage stellen. Sie betreffen Techniken, 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 gegückt. Nach wie vor wird klar, dass die Förderpflicht keine Zweckerreichungspflicht ist. Andernfalls könnte es die Vorgründungsgesellschaft von BGHZ 91, 324 nicht geben.⁶³⁾ Die Entfernung des irreführenden „gegenseitig“ ist zu begrüßen, entzieht aber endgültig jede Analogiegrundlage zur Mängelhaftung 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“⁶⁴⁾). Das kann nur für die rechtsfähige Außen-GbR gelten, denn die Innengesellschaft wird nach allgemeiner Meinung nicht über das Personalstatut angeknüpft.⁶⁵⁾ Die abgestufte Sitzspaltungsfreiheit nach § 706 BGB-E ist grundsätzlich mit Europarecht vereinbar.⁶⁶⁾ 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 Altmeppen, NZG 2020, 822.

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

64) Zum Begriff Paeffgen, WM 2019, 1029, 1030 f.; Paeffgen, 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; Paeffgen, 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.⁶⁷⁾

Europarechtswidrig wäre es allerdings, der rechtsfähigen GbR keinen grenzüberschreitenden Formwechsel ohne Auflösung und Liquidation in das Recht eines anderen Mitgliedstaates zu erlauben.⁶⁸⁾ 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.⁶⁹⁾ 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.⁷⁰⁾ 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.⁷¹⁾ 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 Abdwingung 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,⁷²⁾ 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.⁷³⁾ Man könnte dem zwar entgegnen, 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).“⁷⁴⁾

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“ zählt⁷⁵⁾ – 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/Schmid, S. 2225 u. Mörsdorf, S. 2381) – Polbud, dazu EWiR 2018, 7 (de Raet); dazu Bayer/Schmidt, ZIP 2017, 2225; Teichmann/Knaier, GmbHR 2017, 1314; Kindler, NZG 2018, 1; Paeffgen, 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, ZEP 2019, 459, 479 f.; Schall, ZIPW 2018, 176, 187 und 198.

71) Wulf-Henning Roß, ZGR 2014, 168, 190 ff.; Paeffgen (Fußn. 65), § 60 Rz. I-4886 ff.; MünchKomm-Kinder (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 (Götz); 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.⁷⁶⁾ 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,⁷⁷⁾ 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 auftauchen, wie das in § 710 BGB geschieht.⁷⁸⁾ 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.⁷⁹⁾ § 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.⁸⁰⁾ Das zeigt schon der frühe Streit um die Möglichkeit, unter Geltung des „Mauracher Entwurfs“ immer noch eine Innengesellschaft mit Gesamthandvermögen zu bilden.⁸¹⁾ 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 Beschlussmängelklagen⁸²⁾ etc. ist daher zwar typisch für rechtsfähige Personengesellschaften, aber nicht zwingend auf solche beschränkt.⁸³⁾

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 Altmeppen, 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.⁸⁴⁾

Zu kritisieren ist allerdings die geplante Haftungsverschärfung durch Streichung des § 172 Abs. 5 HGB.⁸⁵⁾ 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 Entwurfsbegründung⁸⁶⁾ 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,⁸⁷⁾ 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.⁸⁸⁾ 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.⁸⁹⁾ 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 vormals 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^{*)}/Günter H. Roth^{**)†}

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

Das Urteil des BVerfG v. 5. 5. 2020,¹⁾ das nicht nur die Anleihekäufe der Europäischen Zentralbank (EZB) beanstandet, sondern auch das diese schützende Urteil des EuGH,²⁾ 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 Umgebung 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 Sekundärmarkten 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.

12. April 2021

**Deutscher Bundestag
 19. Wahlperiode**

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

12.04.2021

**Entschließungsantrag
 der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im 6. Ausschuss**

zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung

- Drucksache 19/27635 -

**Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des
 Personengesellschaftsrechts
 (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz - MoPeG)**

Vorbemerkung

Das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BbR) muss den Interessen des Rechtsverkehrs und nicht zuletzt den berechtigten Interessen der Gläubiger*innen Rechnung tragen. Dabei darf der nötige Schutz der einzelnen Gesellschafter*innen aber auch punktuell nicht zu kurz kommen, zumal die volle unbeschränkte persönliche Haftung infolge der Gesellschafterstellung in der Regel umfassend und nicht zuletzt eine Haftung für fremdes Verhalten (im Hinblick auf die Mitgesellschafter*innen) ist.

Darüber hinaus dient die GbR in vielen Rechtsbereichen als Referenzpunkt und erfüllt für den Rechtsverkehr unterschiedliche Zwecke. Es ist daher wichtig, dass eine Modernisierung des Rechts der GbR die große Bedeutung dieser Rechtsform in den verschiedenen Lebensbereichen vollumfänglich im Blick hat.

Hinzukommt, dass der demografische Wandel nicht nur im Betreuungsrecht für zusätzliche Relevanz sorgen wird. Auch im Gesellschaftsrecht ist vermehrt mit Fällen sehr alter (aber infolge eines vorgezogenen Generationswechsels auch sehr junger) Gesellschafter*innen zu rechnen, weshalb es sinnvoll erscheint, die damit verbundenen Fragestellungen im Rahmen der vorliegenden Reform mit zu behandeln.

Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz möge beschließen:

Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz fordert die Bundesregierung auf, ihren Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz - MoPeG) unter besonderer Berücksichtigung der folgenden Punkte erneut zu überarbeiten, und den Fraktionen noch im laufenden Gesetzgebungsverfahren eine entsprechende Formulierungshilfe vorzulegen, die insbesondere

1. regelungstechnisch deutlicher zwischen Gründungs-GbRs und Ad-hoc-Gesellschaften unterscheidet, damit die Zuordnung bestimmter Regelungen zu diesen beiden Anwendungsbereichen für die Rechtsanwender*innen leichter erkennbar wird;
2. die unbeschränkte persönliche Nachhaftung der Gesellschafter*innen im Schadensrecht grundsätzlich ausschließt oder beschränkt, sofern das schadenstiftende Ereignis erst nach Ausscheiden aus der Gesellschaft eingetreten ist, und der Verschuldensvorwurf im Verhalten der ausgeschiedenen Gesellschafter*in keinen eigenen Anknüpfungspunkt hat;
3. die realen Möglichkeiten einer Gesellschafterin einer nicht eingetragenen GbR verbessert, die Frist für die Nachhaftung tatsächlich in Gang zu setzen, nachdem sie bereits aus der Gesellschaft ausgeschieden ist;
4. eine explizite Regelung zu Stimmverboten (mit objektivem und subjektivem Anwendungsbereich) enthält und im Ergebnis grundsätzlich bei jeder Art von Interessenkollision ein Stimmverbot vorsieht, sofern die widerstreitenden Interessen nicht in anderer Weise aufgelöst werden;
5. und auf eine einheitliche Rechtsprechung insbesondere im Hinblick auf das familiengerichtliche Genehmigungserfordernis (§ 1852 BGB n. F., beispielsweise im Fall eines rechtsgeschäftlichen Erwerbs von Gesellschaftsanteilen durch Minderjährige) hinwirkt, indem die Erhebung der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision auch in Familiensachen generell ermöglicht wird.

Begründung

Zu Nummer 1

Zwischen einer Gesellschaft, die planvoll und insbesondere mit einem umfassenden Gesellschaftsvertrag, der natürlich schriftlich niedergelegt und zuvor in der Regel über einen längeren Zeitraum im Kreis der zukünftigen Gesellschafterinnen und Gesellschafter diskutiert wurde, und einer sogenannten Ad-hoc- oder Gelegenheitsgesellschaft, die spontan aus der Situation heraus durch einen nur mündlich geschlossenen (oder bestenfalls teilweise schriftlich festgehaltenen) Gesellschaftsvertrag gebildet wird, bestehen so große Unterschiede, dass zumindest im Hinblick auf die gesetzlichen Regelungen über die Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht sowie die Kündigung der Gesellschaft oder der Mitgliedschaft einige Differenzierungen geboten erscheinen. Dies gilt umso mehr, wenn das Leitbild der GbR zukünftig die zu diesem Zweck errichtete Gesellschaft als Trägerin eines Unternehmens sein soll, da dieses (das zeigt nicht zuletzt die lange Kündigungsfrist des § 725 Abs. 1 n. F.) sich in wesentlichen Punkten von Gesellschaften unterscheidet, die aus anderen Gründen ins Leben gerufen werden.

Zu Nummer 2

Eine Nachhaftung, die auch dann greift, wenn das schadenstiftende Ereignis erst nach dem Ausscheiden der Gesellschafter*in stattgefunden hat, bedeutet ein übermäßiges Einstehen müssen für das Verschulden anderer, auf das die ausgeschiedene Gesellschafter*in darüber hinaus keinerlei Einfluss mehr hat. Dabei ist

es den Gläubiger*innen auch durchaus zuzumuten, sich allein an die Gesellschaft respektive die verbliebenen Gesellschafter*innen zu halten, mit denen sie beispielsweise das bereits zuvor begründete Mandatsverhältnis in Kenntnis des Ausgeschieden Seins einer früheren Gesellschafter*in fortgesetzt haben. Hier wäre (sofern nicht aus anderem Recht bereits gegeben) allenfalls über ein Sonderkündigungsrecht der Vertragspartner*innen der GbR nachzudenken. Andernfalls erscheint die GbR nicht zuletzt als Trägerin einer anwaltlichen Sozietät oder eines Architekturbüros wenig interessengerecht ausgestaltbar.

Zu Nummer 3

Die Nachhaftung belastet die Gesellschafter*innen erheblich und ist diesen in der Regel auch bekannt. Das Risiko einer zeitlich nicht beschränkten Nachhaftung, bei der die Frist aufgrund tatsächlicher Schwierigkeiten nie zu laufen beginnt, wird Gesellschafter*innen hingegen typischerweise erst nach ihrem Ausscheiden aus der Gesellschaft voll bewusst. In diesem Zeitpunkt haben die betroffenen Gesellschafter*innen keine Möglichkeit mehr auf eine Eintragung der Gesellschaft hinzuwirken. Daher brauchen Gesellschafter*innen in dieser Situation eine zusätzliche Möglichkeit für den Fall, dass sie die ihnen obliegende Publizität trotz aller Bemühungen nicht umfassend herstellen können. (Zum weiteren Hintergrund vgl. BGH, Urteil vom 03.07.2020, Az.: V ZR 250/19).

Zu Nummer 4

Die Frage der Stimmverbote stellt sich in der GbR teilweise anders als in den Gesellschaften anderer Rechtsformen. Es erscheint daher angezeigt eine eigene Regelung im Recht der GbR vorzusehen, zumal die umfassende persönliche Haftung aller Gesellschafterinnen geeignet ist, die Relevanz der Frage erheblich zu steigern.

Zu Nummer 5

Infolge des Fehlens der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in Familiensachen besteht in diesen Fällen keine einheitliche Rechtsprechung (so auch Stiftung Familienunternehmen (Hrsg.): Minderjährigkeit und Betreuung bei Familiengesellschaften – Rechtsprobleme und Lösungsvorschläge für Praxis und Gesetzgeber, erstellt von Prof. Dr. Marco Staake, München 2020, www.familienunternehmen.de, Seite 82). Es ist daher dringend angezeigt, dass der Bundesgerichtshof auch in diesem Bereich in größerem Maße dazu beitragen kann, für die Einheitlichkeit und Fortentwicklung des Rechts Sorge zu tragen. Zur weiteren Begründung wird auf die Begründung auf Bundestagsdrucksache 19/20540 Seite 8 verwiesen (siehe ergänzend auch das Wortprotokoll der 10. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 14. Mai 2018, Protokoll-Nr. 19/10, und dort insbesondere die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins ab Seite 120).