

Reformüberlegungen zum Recht der GbR

von Dr. Erik Röder, München

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	451
II. Ausdifferenzierung der GbR in zwei Gesellschaftstypen	454
1. Strukturelle Überforderung des Einheitsmodells	455
a) Die GbR des E I: Flexibilität und Publizität	457
b) Die GbR des E II: Flexibilität, eingeschränkte Publizität und Vermögensbindung	458
c) Die GbR nach ARGE Weißes Ross: Flexibilität, Vermögensbindung und Rechtsfähigkeit	460
2. Überwindung des Einheitsmodells <i>de lege ferenda</i>	464
III. Publizität	466
1. Zwingender Nexus von Rechtsfähigkeit und Registerpublizität	466
a) Eintragungswahlrecht nicht ausreichend	466
b) Eintragungspflicht scheitert an Abgrenzungsproblematik	468
c) Konstitutives Eintragungserfordernis als Lösung	471
2. Eintragung der GbR statt (weiterer) Öffnung der Personen- handelsgesellschaften	476
3. Umsetzung der Forderung nach Registerpublizität	481
IV. Vermögensordnung	486
1. Verselbständigung der eingetragenen GbR als Rechts- und Vermögensträgerin	486
a) Konsequente rechtliche Verselbständigung der eingetragenen GbR „nach außen“	487
b) Ausmaß der rechtlichen Verselbständigung der eingetragenen GbR gegenüber ihren Gesellschaftern?	489
c) Veränderungen im Gesellschafterbestand	492
2. Ausgestaltung der nicht rechtsfähigen GbR als reines Schuldverhältnis ..	494
a) Keine Wiederbelebung der gesamthänderischen Vermögensbindung	494
b) Fehlendes Regelungsbedürfnis für wichtige Erscheinungsformen ...	498
c) Angemessene Vermögensordnung durch Regelungsverzicht im Übrigen	500
d) Veränderungen im Gesellschafterbestand und Umwandlung	505
V. Haftung	507
1. Elemente eines eigenständigen Haftungsregimes der eingetragenen GbR	507
a) Begründung von Gesellschaftsverbindlichkeiten	508
b) Akzessorische Haftung der Gesellschafter	511
c) Akzessorische Haftung auch für deliktische Verbindlichkeiten	513
d) Akzessorische Haftung solidarisch oder <i>pro rata</i> ?	516
e) Ausgestaltung der <i>pro-rata</i> -Haftung und Gläubigerschutz	521

f) Haftung nach Veränderungen im Gesellschafterbestand	524
2. Haftung der Gesellschafter einer rein schuldrechtlichen GbR	527
VI. Fazit	531

I. Einleitung

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist ein Rechtsinstitut mit großem konzeptionellen Konfliktpotential. Es war nicht zuletzt die Ausgestaltung der GbR als reines Schuldverhältnis,¹ die zum Verriss des ersten Entwurfs des BGB (E I) durch *von Gierke* geführt hat.² Das daraufhin im zweiten Entwurf (E II) verankerte Gesamthandsprinzip erwies sich als so ambivalent, dass Wissenschaft und Praxis – anders als von den Befürwortern erhofft³ – große Schwierigkeiten hatten, ein tragfähiges dogmatisches Fundament für die GbR zu entwickeln.⁴ Im letzten Drittel des vergangenen Jahrhunderts gipfelte die Diskussion in einer wissenschaftlichen Kontroverse, die ob ihrer Dauer und Intensität von *Karsten Schmidt* als „Dreißigjähriger Krieg“ bezeichnet wurde.⁵ Kristallisationspunkt dieser Debatte war die Rechtsfähigkeit der GbR. Nach der traditionellen Lehre war die GbR nicht rechtsfähig. Besonders nachdrücklich und nachhaltig hat sich *Flume* dieser Auffassung widersetzt und vertreten, dass den Gesellschaftern der GbR als Gruppe Rechtsfähigkeit zukomme.⁶

Bei Unterschieden im Detail fand die Idee, dass die GbR unter bestimmten Voraussetzungen als Rechtsträger zu qualifizieren sei, in den folgenden Jahrzehnten immer mehr Anhänger. Da der Gesetzgeber nicht eingriff, blieb es der Rechtsprechung überlassen, die Konsequenzen aus der wissenschaft-

¹ Mugdan (Hg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 1899, 330 (Motive): „Der Vertrag bezweckt und erzeugt nur ein obligatorisches Rechtsverhältnis unter den Kontrahenten.“

² *Von Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, 1889, 252 ff.; *Wächter*, Die Aufnahme der Gesamthandsgemeinschaften in das Bürgerliche Gesetzbuch, 2002, 100 ff.

³ Für das Gesamthandsprinzip wurde unter anderem mit dem Argument geworben, „man gewinne damit ein klares, auch dem Nichtjuristen verständliches und den deutschen Anschauungen entsprechendes Prinzip“, Mugdan (Hg.) (Fn. 1), II. Band, 991 (Protokolle).

⁴ Zur Gesetzgebungsgeschichte und zur weiteren Rechtsentwicklung siehe HKK/*Lepsius*, §§ 705–740, Rn. 1 ff.

⁵ Vgl. *Karsten Schmidt* NJW 2001, 993, 994 ff.

⁶ *Flume* ZHR 136 (1972), 177 ff.; *ders.*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Erster Teil: Die Personengesellschaft, 1977, *passim*.

Delivered by Ingenta
147.142.164.239 Tue, 19 Aug 2015 06:45:26
Your IP address

lichen Kontroverse zu ziehen. 2001 hat der BGH in der Grundsatzentscheidung *ARGE Weißes Ross*⁷ der (Außen-)GbR „beschränkte“ Rechtssubjektivität zugebilligt und das Recht der GbR damit auf eine neue dogmatische Grundlage gestellt. In den folgenden Jahren waren Wissenschaft und Praxis damit beschäftigt, die sich aus dieser Umwälzung ergebenden Konsequenzen zu bewältigen. Insofern ist bemerkenswert, dass die Rechtsprechung den einmal vollzogenen Paradigmenwechsel *grosso modo* radikaler durchdeklinierte, als dies selbst von zahlreichen Apologeten der Rechtsfähigkeit der GbR gefordert worden war.⁸ So übertrug der BGH das Haftungsregime der OHG ohne jede Einschränkung auf die rechtsfähige GbR und wollte ihre Eintragung ins Grundbuch „als solche“, also lediglich unter ihrem Namen und ohne Erwähnung der Gesellschafter, zulassen.⁹ Letzteres veranlasste den Gesetzgeber zu seinem bislang einzigen korrigierenden Eingriff. Aufgrund der fehlenden Registerpublizität der GbR wurde die Eintragung der Gesellschafter ins Grundbuch gesetzlich vorgeschrieben.¹⁰

Mittlerweile hat sich der Pulverdampf der den „Dreißigjährigen Krieg“ beendenden dogmatischen Revolution verzogen und gibt den Blick frei auf den sich konsolidierenden neuen Rechtsstand. Die Anerkennung der Außen-GbR als Rechtsträger durch den BGH wird nur noch vereinzelt grundsätzlich in Frage gestellt.¹¹ Die Revolution war also erfolgreich. Aber die durch gesetzliche Konstruktionsfehler, „Dreißigjährigen Krieg“ und stürmische Rechtsfortbildung im Recht der GbR verursachten Verwüstungen sind keineswegs beseitigt. Der sich auf der Grundlage der Rechtsprechung herauskristallisierende neue *status quo* ist unbefriedigend. Das weit über den Gesetzeswortlaut hinaus fortgebildete Recht der GbR erfüllt nun zwar das Bedürfnis des

⁷ BGHZ 146, 341.

⁸ Bspw. hatten sich sowohl *Flume* als auch *Ulmer* gegen die Parteifähigkeit der GbR ausgesprochen, vgl. *Flume* (Fn. 6), 70, 336 und *MünchKommBGB/Ulmer*, 3. Aufl. 1997, § 718 Rn. 42 f. sowie – bereits einen Richtungswechsel andeutend – *ders.* AcP 198 (1998), 113, 142 f.

⁹ BGHZ 179, 102.

¹⁰ § 47 Abs. 2 GBO n.F., eingeführt durch das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG) v. 11.9.2009, BGBl. 2009 I, 2713.

¹¹ Bspw. durch *Beuthien* NZG 2011, 481 ff. Nach wie vor sehr kritisch zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR durch den BGH äußern sich zudem *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl. 2011, Rn. 195a und *Jauernig/Stürner*, BGB, 15. Aufl. 2014, § 705 Rn. 1. Vgl. auch *Stein/Jonas/Bork*, ZPO, 22. Aufl. 2004, § 50 Rn. 23 (Weiterhin Ablehnung der Parteifähigkeit der GbR entgegen BGHZ 146, 341 – anders jetzt aber *Stein/Jonas/Jacoby*, ZPO, 23. Aufl. 2014, § 50 Rn. 17). Zurückhaltend äußert sich *H. P. Westermann* WM 2013, 441 ff.

Rechtsverkehrs nach einer rechtlichen Verselbständigung bestimmter Erscheinungsformen der GbR. Dieser Fortschritt wurde jedoch mit der Erschaffung eines publizitätslosen Rechtssubjekts erkauft. Die fehlende Registerpublizität der zum Rechtsträger erstarkten GbR ist ein generelles Problem, das nicht durch die punktuelle Eintragung der Gesellschafter in öffentliche Register gelöst werden kann. Die Abgrenzung von rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Gesellschaften bürgerlichen Rechts bereitet nach wie vor Schwierigkeiten. Dass der BGH die rechtsfähige GbR zur „OHG 2. Klasse“¹² bzw. „beinahe-OHG“¹³ mutieren lässt, ist nicht überzeugend. Die Rechtsprechung kann diese Probleme nicht selbst beheben, ohne die Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung zu überschreiten. Der BGH kann kein passendes Außenrecht für die rechtsfähige GbR *ex nihilo* kreieren oder die Schaffung eines GbR-Registers anordnen. Insbesondere kann der BGH nicht die Ruinenlandschaft des geschriebenen Rechts der GbR – im Hinblick auf Vermögensordnung und Haftung sollte man besser von *überschriebenem* Recht sprechen – enttrümmern. Der Wiederaufbau kann nur *de lege ferenda* gelingen.

In der Literatur wurde ein Tätigwerden des Gesetzgebers bereits wiederholt angemahnt. *Karsten Schmidt* hatte bereits 1983 einen umfassenden Vorschlag zur Reform der GbR unterbreitet.¹⁴ In den seither vergangenen drei Jahrzehnten haben sich die Ausgangsbedingungen für eine Reform der §§ 705 ff. BGB jedoch grundlegend verändert. *Karsten Schmidt* selbst bezeichnet sein 1983 vorgestelltes Regelungskonzept als mittlerweile „teilweise überholt“¹⁵ und hat 2013 Reformüberlegungen angestellt, die „in erster Linie – wenngleich nicht ausschließlich“ auf die „Versöhnung des geschriebenen mit dem geltenden Recht“ abzielen.¹⁶ Auch wenn dies gegenüber dem *status quo* sicherlich ein bedeutsamer Fortschritt wäre, ließen sich – wie nachfolgend noch näher zu erörtern sein wird – durch die Kodifizierung des erreichten Standes der Rechtsfortbildung nicht alle bestehenden Probleme lösen. Hierfür ist eine grundlegende Neuordnung des Rechts der GbR erforderlich. Da ernsthafte Bemühungen für eine europäische Harmonisierung des Personengesellschaftsrechts auf mittlere Sicht nicht zu erwarten sind,¹⁷ ist die Neuordnung zunächst im nationalen Recht anzustreben.

¹² *Wagner ZZP* 117 (2004), 305, 322.

¹³ *Windbichler ZGR* 43 (2014), 110, 137.

¹⁴ *Karsten Schmidt*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III, 1983, 413 ff.

¹⁵ *Karsten Schmidt ZHR* 177 (2013), 712, 716 f.

¹⁶ *Karsten Schmidt ZHR* 177 (2013), 712, 713.

¹⁷ In diesem Sinne auch *Karsten Schmidt ZHR* 177 (2013), 712, 719.

Im vorliegenden Beitrag soll gezeigt werden, dass die bestehenden strukturellen Probleme am besten durch eine Ausdifferenzierung der GbR in eine rechtsfähige und eine nicht rechtsfähige Variante behoben werden können (II.). Für die rechtsfähige GbR sollte Subjektpublizität mittels einer Eintragung in ein öffentliches Register hergestellt werden (III.). In der Frage der Vermögensordnung kann für die eingetragene GbR an etablierte Grundsätze angeknüpft werden. Demgegenüber muss die Vermögensordnung der nicht rechtsfähigen GbR neu konzipiert werden, da sich ein Festhalten am Gesamthandsprinzip vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsentwicklung verbietet (IV.). In der Frage der Haftungsverfassung müssen für die eingetragene GbR gegenüber der OHG eigenständige, der Rechtsform angemessene Regelungen für Vertretung und Haftung entwickelt werden (V.). Dass eine umfassende Reform des Rechts der GbR keine Utopie bleiben muss, zeigt das Beispiel Österreichs, wo der nach dem Inkrafttreten des ABGB im Jahr 1812 für mehr als zwei Jahrhunderte nahezu unberührt gebliebene Normenbestand der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR) im Jahr 2014 tiefgreifend umgestaltet worden ist.¹⁸

II. Ausdifferenzierung der GbR in zwei Gesellschaftstypen

Betrachtet man kritisch die Genese der §§ 705 ff. BGB über E I und E II bis hin zum BGB sowie die anschließende, über hundertjährige Rechtsentwicklung, so wird eines deutlich: Das Scheitern des Gesellschaftsrechts des BGB in seiner ursprünglichen Konzeption war vorprogrammiert. Das Einheitsmodell der GbR ist strukturell überfordert (1.). Das Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach einem flexiblen gesellschaftsrechtlichen Auffangtatbestand einerseits und einer für die Teilnahme am Rechtsverkehr tauglichen Rechtsform andererseits lässt sich nicht innerhalb eines einheitlichen rechtlichen Rahmens befriedigen. *De lege ferenda* ist daher eine Ausdifferenzierung der GbR in zwei Gesellschaftstypen erforderlich (2.).

¹⁸ Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Unternehmensgesetzbuch zur Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts geändert werden (GesbR-Reformgesetz – GesbR-RG), 270 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXV. GP., 81/BNR. Zur Reformdiskussion im Vorfeld siehe *Told*, Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Ein Beitrag zur Reformdiskussion, 2011; *Schauer* ZGR 43 (2014), 143 ff.

1. Strukturelle Überforderung des Einheitsmodells

Die §§ 705 ff. BGB litten seit Inkrafttreten des BGB an einer strukturellen Überforderung. Die vom Tatbestand der GbR erfassten Gestaltungen sind so vielfältig, dass ihnen ein einheitliches Regelungsregime nicht gerecht werden kann.¹⁹

Die große Vielfalt der in den Anwendungsbereich der §§ 705 ff. BGB fallenden Gestaltungen ist auf das Zusammenspiel zweier Faktoren zurückzuführen. Zum einen fungiert die GbR als gesellschaftsrechtlicher Auffangtatbestand:²⁰ Jede Gesellschaft, die nicht die Voraussetzungen einer spezielleren Gesellschaftsform erfüllt, ist GbR. Abgesehen von der OHG muss jeder andere Gesellschaftstyp von den Gesellschaftern bewusst gewählt werden. Zum anderen ist der Tatbestand der GbR sehr weit gefasst. Die GbR kann gemäß § 705 BGB zu jedem beliebigen (legalen) Zweck errichtet werden. Der Gesellschaftszweck muss weder wirtschaftlicher Natur noch auf die Erzielung eines Gewinns gerichtet sein.²¹ Die Offenheit für ideelle Gesellschaftszwecke ist international keineswegs Standard.²² So ist eine englische *general partnership* dadurch charakterisiert, dass mehrere Personen gemeinsam ein Unternehmen bzw. eine Unternehmung betreiben, um einen Gewinn zu erzielen.²³ Gleiches gilt für ihre Pendants in den Bundesstaaten der USA.²⁴ Dementsprechend muss die *general partnership* in England und den USA auch nur als Auffangtatbestand für un-

¹⁹ Kritisch zum Einheitsmodell der Gesamthands-BGB-Gesellschaft äußert sich bspw. auch *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, 1716 (§ 58 IV 3). Vgl. auch *Morawietz*, Die rechts- und parteifähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Zivilprozess, 2011, 26 f., der die Vielgestaltigkeit der GbR als eine ihrer drei „Achillesfernen“ identifiziert.

²⁰ Vgl. dazu *Schücking*, in: Gummert/Weipert (Hg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, 4. Aufl. 2014, § 1 Rn. 13 ff.; *Windbichler ZGR* 43 (2014), 110, 116.

²¹ Dies ermöglichte es der Rechtsprechung bspw., mittels des Rechts der GbR angemessene Ergebnisse für die Abwicklung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften zu finden. Für derartige Konstellationen, in denen die Rechtsprechung *ex post* eine GbR konstruiert, um Schwächen anderer Rechtsgebiete – hier des Familienrechts – zu kompensieren, spricht *Windbichler ZGR* 43 (2014), 110, 113 f. prägnant von „übergestülpten Gesellschaften“.

²² Vgl. *Karsten Schmidt* (Fn. 14), 438 ff.; *Windbichler ZGR* 43 (2014), 110, 116 ff.

²³ Partnership Act 1890, s.1(1): „Partnership is the relation which subsists between persons carrying on a business in common with a view of profit.“ Vgl. auch *The Law Commission/The Scottish Law Commission*, Partnership Law, Law Com. No. 283/Scott. Law Com. No. 192 (2003), Rn. 4.5 ff.

²⁴ In den USA fällt das Gesellschaftsrecht in die Kompetenz der Bundesstaaten. Allerdings existieren für zahlreiche Regelungsbereiche Modellgesetze, an denen sich die Bundesstaaten orientieren können. Der ursprünglich nahezu flächendeckend umgesetzte Uniform Partnership Act 1914 enthält in sec. 6(1) folgende Definition: „A partnership is an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for

ternehmenstragende bzw. zumindest eine wirtschaftliche Tätigkeit entfaltende Gesellschaften dienen.²⁵ In Frankreich ist die Absicht, Gewinn zu erzielen oder Einsparungen zu realisieren, ein konstitutives Merkmal jeglicher Gesellschaftsform.²⁶ In Österreich wurde erst im Rahmen der Reform der GesbR 2014 ausdrücklich auf eine erwerbswirtschaftliche Zwecksetzung verzichtet.²⁷

In Deutschland entschieden sich die Verfasser des BGB jedoch ganz bewusst gegen eine Einschränkung des Gesellschaftszwecks.²⁸ Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Anwendungsbereich der §§ 705 ff. BGB von der spontanen, rein schuldrechtlichen, nach außen unsichtbaren Gelegenheitsgesellschaft – wie dem Teilen der Kosten für ein Gruppenticket durch mehrere Bahnreisende – bis zur im Rechtsverkehr hervortretenden Dauergesellschaft mit vergemeinschaftetem Gesellschaftsvermögen reicht – etwa einer mittelständischen Anwaltskanzlei mit Standorten in ganz Deutschland und dutzenden Berufsträgern. Es liegt auf der Hand, dass angesichts eines derart weiten Anwendungsbereichs ein einheitliches Regelungsmodell kaum allen Bedürfnissen gerecht werden kann. Die §§ 705 ff. BGB haben sich vor allem für im Rechtsverkehr hervortretende Gesellschaften als unbefriedigend erwiesen. Würde man innerhalb des Einheitsmodells versuchen, für diese Gesellschaften angemessenere Regelungen zu treffen, ginge dies zu Lasten anderer Gesellschaftstypen. Das Problem ist struktureller Natur.

Der Versuch, einen einheitlichen Rechtsrahmen zu schaffen, der dem weiten Anwendungsbereich der GbR gerecht wird, war und ist zum Scheitern verurteilt. Denn die zu beachtenden Anforderungen bilden eine Art „magisches Viereck“.²⁹ Damit die GbR als Rechtsform für spontane Gelegenheits-

profit“. Der Uniform Partnership Act 1997 hält an dieser Definition in sec. 101(6) mit nur redaktionellen Änderungen fest.

²⁵ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL), Uniform Partnership Act (1997), 23 f. (Bezeichnung der *general partnership* als „default form of business organization“).

²⁶ Art. 1832 al. 1 Code civil: „La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.“

²⁷ § 1175 ABGB a.F. hatte folgenden Inhalt: „Durch einen Vertrag, vermöge dessen zwei oder mehrere Personen einwilligen, ihre Mühe allein, oder auch ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinigen, wird eine Gesellschaft zu einem gemeinschaftlichen Erwerbe errichtet.“ Zur über den Wortlaut hinausgehenden tatsächlichen Verwendung der GesbR siehe *Told* (Fn. 18), 12 ff. Nunmehr bestimmt § 1175 Abs. 3 ABGB, dass die GesbR „jeden erlaubten Zweck verfolgen und jede erlaubte Tätigkeit zum Gegenstand haben [kann].“

²⁸ Mugdan (Hg.) (Fn. 1), II. Band, 332 f. (Motive).

²⁹ Vgl. für eine Analyse der Problematik auch *Richter*, Die BGB-Gesellschaft im Vergleich zu den französischen Zivilgesellschaften, 2009, 283.

Delivered by Ingenta
147.142.164.239 Thu, 19 Apr 2018 06:45:26
Copyright Mohr Siebeck

gesellschaften dienen kann, muss der rechtliche Rahmen erstens flexibel sein. Der Vertragsschluss darf keinen Formerfordernissen unterliegen und erst recht darf solchen Gesellschaften kein Registrierungszwang auferlegt werden. Um als Dauergesellschaft am Rechtsverkehr teilnehmen und etwa als Unternehmensträger fungieren zu können, bedarf die GbR zweitens einer gewissen Vermögensbindung nach innen und außen. Das zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks vergemeinschaftete Vermögen muss sowohl vor willkürlichen Verfügungen durch einzelne Gesellschafter als auch vor schrankenlosem Zugriff durch Privatgläubiger³⁰ der Gesellschafter geschützt sein. Außerdem sollte eine Veränderung im Gesellschafterbestand vertragliche Beziehungen zu Außenstehenden – insbesondere Darlehens- und Mietverträge – nicht berühren. Um ein solches Maß an Stabilität herzustellen, muss die am Rechtsverkehr teilnehmende GbR drittens als Rechtsträger verselbständigt werden.³¹ Bereits dies lässt sich schwerlich mit einem einheitlichen Regelungsmodell in Einklang bringen.³² Da es die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs erfordern, dass Rechtsträger über ein Minimum an Publizität verfügen, müssten als Rechtsträger anerkannte GbRs – da sie über keine natürliche Publizität verfügen – viertens in ein öffentliches Register eingetragen werden. Eine Eintragung von allen Gesellschaften zu fordern, stünde nicht im Einklang mit dem Flexibilitätserfordernis. Würden hingegen nur bestimmte Ausprägungen der GbR der Registerpublizität unterliegen, wäre der Boden eines einheitlichen Regelungsmodells endgültig verlassen. Da nicht alle Anforderungen gleichzeitig erfüllt sein können, ist im Rahmen des Einheitsmodells nur eine *second best*-Lösung möglich. Dies verdeutlichen Gesetzgebungsgeschichte und Rechtsentwicklung in Deutschland.

a) Die GbR des E I: Flexibilität und Publizität

Die Gesellschaft des E I sollte nur zwei Zielen des magischen Vierecks gerecht werden: Flexibilität und Publizität. Die Gesellschaft war nach dem Vorbild der gemeinrechtlichen *societas* als reines Schuldverhältnis konzipiert. Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags unterlag keinerlei Formerfordernissen. Eine Registrierung war nicht vorgesehen. Publizität wäre über die Gesellschafter hergestellt worden, die allein als Rechtsträger fungieren sollten. Die Motive brachten dies klar zum Ausdruck: „Im Verkehre mit Dritten kommt

³⁰ Zur Bedeutung des *entity shielding* vgl. *Hansmann/Kraakman/Squire* 119 Harvard Law Review (2006), 1335 ff.

³¹ In diesem Sinne *Canaris* ZGR 2004, 69, 80.

³² In diesem Sinne bereits *Bälz*, in: FS für Wolfgang Zöllner, 1998, Band I, 35, 39.

dem Gesellschaftsverhältnisse an sich keine Bedeutung zu.“³³ Dieses Konzept ließ sich nur unter weitgehender Preisgabe des Stabilitätsbedürfnisses von im Rechtsverkehr hervortretenden Gesellschaften umsetzen. Eine effektive Bindung des dem Gesellschaftszweck gewidmeten Vermögens war nicht vorgesehen. Sollte nach dem Gesellschaftsvertrag ein beizutragender Gegenstand „dem Rechte nach“ gemeinschaftlich werden, so hätte der insofern beitragspflichtige Gesellschafter den übrigen Gesellschaftern jeweils einen Bruchteil nach allgemeinen Grundsätzen übertragen müssen (§ 631 Abs. 3 E I). Privatgläubiger hätten ungehindert auf die Anteile der Gesellschafter an einzelnen Gegenständen zugreifen können. Nach innen sollte der Zusammenhalt der vergemeinschafteten Gegenstände lediglich durch ein schuldrechtliches Verfügungsverbot hinsichtlich des Anteils und durch den Ausschluss des Teilungsanspruchs stabilisiert werden (§ 645 E I). Die Motive bilanzierten zutreffend: „Es besteht kein geschlossenes Gesellschaftsvermögen“.³⁴

Die erste Kommission war sich bewusst, dass die Ausgestaltung der Gesellschaft als reines Schuldverhältnis nicht für alle in den weiten Anwendungsbereich fallenden Gesellschaftstypen angemessen war. Sie räumte nur deshalb guten Gewissens der Flexibilität Vorrang ein, weil sie glaubte, das Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach Stabilität anderweitig befriedigt zu haben. Nach § 659 E I hätten die Gesellschafter für Gesellschaften, die auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichtet waren, freiwillig die Anwendbarkeit der für die OHG geltenden Vorschriften – inklusive der Verpflichtung zur Eintragung in das Handelsregister – vereinbaren können. Die Motive weisen ausdrücklich darauf hin, dass ohne die Eröffnung der Option zum Regelungsregime der OHG „die Vorschriften über die Gesellschaft an einer empfindlichen Unvollständigkeit leiden und, namentlich wegen der Bestimmungen über das Gesellschaftsvermögen, zur Befriedigung des Bedürfnisses nicht ausreichen [würden]“³⁵.

b) Die GbR des E II: Flexibilität, eingeschränkte Publizität und Vermögensbindung

Gegen das gesellschaftsrechtliche Konzept des E I lief bekanntlich vor allem von Gierke Sturm,³⁶ dessen Gegenargumente insbesondere auf die fehlende Vermögensbindung im Außen- und Innenverhältnis abzielten.³⁷ Unter

³³ Mugdan (Hg.) (Fn. 1), II. Band, 330 (Motive).

³⁴ Ebenda.

³⁵ Mugdan (Hg.) (Fn. 1), II. Band, 353 (Motive).

³⁶ Demgegenüber fiel die Kritik im Übrigen moderat aus, vgl. Wächter (Fn. 2), 220 ff.

³⁷ Von Gierke, Personengemeinschaften und Vermögensbegriffe in dem Ent-

dem Eindruck dieser Kritik³⁸ rang sich die zweite Kommission – nach kontroverser Diskussion und mit einer relativ knappen Mehrheit von 12 zu 8 Stimmen³⁹ – dazu durch, das Gesellschaftsvermögen der GbR einer gesamthänderischen Bindung zu unterwerfen. Der zentrale Zweck des Gesamthandsprinzips besteht darin, eine Vermögensmasse zu stabilisieren,⁴⁰ indem sowohl den Gesamthändern selbst⁴¹ als auch ihren Privatgläubigern⁴² der direkte Zugriff auf gesamthänderisch gebundene Gegenstände verwehrt wird.

Allerdings nahm man diesen Paradigmenwechsel nicht zum Anlass, das Gesellschaftsrecht des E I grundlegend zu überarbeiten. Vielmehr begnügte man sich mit punktuellen Modifikationen der ursprünglich auf ein rein schuldrechtliches Verständnis der Gesellschaft zugeschnittenen Vorschriften.⁴³ Hierzu mag beigetragen haben, dass sich die Kommissionsmitglieder untereinander uneins waren, „wie die Rechtsgemeinschaft der gesamten Hand theoretisch zu konstruieren sei, und was man als das charakteristische Merkmal derselben anzusehen habe.“⁴⁴ Durch diese Vorgehensweise blieb die Flexibilität des rechtlichen Rahmens der Gesellschaft erhalten. Nach der Vorstellung der Gesetzesverfasser war die Gesellschaft zudem weiterhin nicht rechtlich verselbständigt. Träger des Gesellschaftsvermögens sollten die Gesellschafter bleiben, wenn auch nunmehr in gesamthänderischer Verbundenheit. Im Rechtsverkehr traten nach diesem Konzept nur die Gesellschafter in

wurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1889, 96. *Von Gierke* bediente sich teilweise einer heute befremdlich anmutenden Theatralik, vgl. etwa *ders.*, ebenda, 103: „Alle noch lebendigen Reste des deutschen Gesellschaftsrechtes sind zum Tode verurtheilt, und den neuen Sprößlingen, die es etwa hervortreiben könnte, ist Luft und Licht verwehrt.“

³⁸ Vgl. HKK/*Lepsius*, §§ 705–740, Rn. 17, die die Umstellung auf das Gesamthandsprinzip im Wesentlichen dem Einfluss *von Gierkes* zuschreibt.

³⁹ Mugdan (Hg.) (Fn. 1), II. Band, 989 ff. (Protokolle).

⁴⁰ Dieser Zweck geht deutlich aus den Protokollen hervor, vgl. Mugdan (Hg.) (Fn. 1), II. Band, 990 f. (Protokolle). Siehe auch *Weber-Grellet* AcP 182 (1982), 316, 324 ff.; *Wiedemann* WM 1994, Sonderbeilage Nr. 4 zu Nr. 51/52, 4 sowie *ders.*, Gesellschaftsrecht, Band II, 2004, 598.

⁴¹ §§ 719 Abs. 1; 1419 Abs. 1; 2033 Abs. 2 BGB. Vgl. auch *Mugdan* (Fn. 1), II. Band, 990 (Protokolle): „Die Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Gesellschafters wurde auch von mehreren anderen Seiten als das charakteristische Merkmal der gesamten Hand hervorgehoben.“

⁴² §§ 719 Abs. 2; 725; 1419 Abs. 2, 2040 Abs. 2 BGB; §§ 736; 740 ff.; 747 ZPO. Siehe zu § 736 ZPO auch *Wertenbruch*, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, 2000, 122 ff.

⁴³ *Flume* ZHR 136 (1972), 177, 178 f., spricht davon, dass das Konzept des Gesellschaftsvermögens als Gesamthandsvermögen „nur darüber gestülpt, nicht aber wirklich dem Rechtsverhältnis der Gesellschaft eingefügt worden“ sei.

⁴⁴ *Mugdan* (Hg.) (Fn. 1), II. Band, 990 (Protokolle).

Erscheinung. Auch die reine Vermögensbindung stellte allerdings bereits insofern ein Publizitätsproblem dar, als ein Zugriff auf die als Gesellschaftsvermögen gebundene Vermögensmasse gemäß § 736 ZPO einen Titel gegen alle Gesellschafter erforderte, die Zugehörigkeit eines bestimmten Gegenstandes zu einem Gesamthandsvermögen für Außenstehende jedoch nicht unbedingt erkennbar ist.⁴⁵ Auf das sich aus der gesamthänderischen Vermögensbindung ergebende Publizitätsdefizit hatten bereits kritische Stimmen in der zweiten Kommission hingewiesen. Die Einwände werden in den Protokollen wie folgt wiedergegeben:

„Die gesammte Hand erfordere eigentlich eine Ergänzung durch eine öffentliche Organisation der Gemeinschaft oder durch Eintragung in ein öff. Register. Die Römer hätten mit gutem Grunde die — als normaler Fall anzusehende — gleiche ideelle Theilung der Vermögensstücke unter die einzelnen Gesellschafter als gesetzliche Regel aufgestellt: Die letztere ersetze das Register, da Jedermann wissen, wie es mit den Rechtsverhältnissen der Gesellschafter bestellt sei.“⁴⁶

Ein weiterer Mangel des Gesellschaftsrechts des E II bestand darin, dass es bei der Stabilisierung der GbR auf halbem Wege stehen blieb. Das Prinzip der gesamthänderischen Vermögensbindung allein ist nicht ausreichend. Um die GbR auch für den Fall einer Veränderung im Gesellschafterbestand zu stabilisieren, muss sie rechtlich gegenüber ihren Gesellschaftern verselbständigt werden.⁴⁷ Diese Konsequenz hat der BGH über ein Jahrhundert nach dem Inkrafttreten des BGB in der Entscheidung *ARGE Weißes Ross* gezogen.

c) Die GbR nach *ARGE Weißes Ross*: Flexibilität, Vermögensbindung und Rechtsfähigkeit

Durch die Anerkennung der GbR als potentieller Rechtsträger haben sich einerseits bestimmte mit dem Regelungsmodell des BGB verbundene Probleme erledigt.⁴⁸ Andererseits ist dadurch ein Rechtsträger entstanden, der keinerlei gesetzlichen Publizitätsanforderungen unterliegt. Mangels eines mit öffentlichem Glauben versehenen GbR-Registers kann sich der Rechtsverkehr

⁴⁵ Siehe *Karsten Schmidt* (Fn. 19), 1693 (§ 58 I 3 a).

⁴⁶ *Mugdan* (Hg.) (Fn. 1), II. Band, 992 (Protokolle).

⁴⁷ BGHZ 146, 341, 344 f. In diesem Sinne auch *Huber*, in: FS für Marcus Lutter, 2000, 107, 124 f.

⁴⁸ Siehe dazu die Auflistung in BGHZ 146, 341, 344 f. Die Kritiker der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR machen geltend, dass auch auf der Grundlage der traditionellen Auffassung befriedigende Lösungen möglich waren bzw. gewesen wären, vgl. *Zöllner*, in: FS für Alfons Kraft, 1998, 701, 710 ff.; *Stein/Jonas/Bork*, ZPO, 22. Aufl. 2004, § 50 Rn. 23; *Bork* (Fn. 11), Rn. 195a; *Jauernig/Stürner*, BGB, 15. Aufl. 2014, § 705 Rn. 1.

nicht verlässlich über die Existenz einer rechtsfähigen GbR, über die Identität ihrer Gesellschafter und über ihre Vertretungsverhältnisse informieren. Auch eine Verwechslung namensgleicher Gesellschaften kann nicht ausgeschlossen werden.⁴⁹ Es besteht allgemein Einigkeit darüber, dass die fehlende Subjektpublizität der rechtsfähigen GbR problematisch ist.⁵⁰ Die herrschende Meinung geht allerdings davon aus, dass die mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit verbundenen Vorteile die sich aus der fehlenden Publizität ergebenden Nachteile überwiegen.⁵¹

Dessen ungeachtet ist es offensichtlich, dass das Publizitätsdefizit die mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR verbundenen Vorteile schmälert. Beispielsweise erschwert das Fehlen eines GbR-Registers Gläubigern die Beurteilung, ob eine Gesellschaft existiert, ob sie rechts- und parteifähig ist und ob eine bestimmte Schuld im Namen der Gesellschaft oder im Namen der Gesellschafter begründet wurde.⁵² Dass dies kein rein theoretisches Problem ist, verdeutlicht ein vom OLG Celle im Jahr 2009 entschiedener Fall:⁵³ Der Kläger hatte geglaubt, eine GbR mit Statikerleistungen beauftragt zu haben, und nahm diese dementsprechend auch auf Schadensersatz in Anspruch, nachdem sich die Berechnungen als fehlerhaft erwiesen hatten. Erst im Berufungsverfahren stellte sich heraus, dass die beklagte GbR niemals existiert hatte. Wegen dieser Gefahr rät der BGH Gläubigern einer GbR, neben der Gesellschaft stets auch die Gesellschafter zu verklagen, da dann im Zweifel „nur“ die Klage gegen die Gesellschaft abgewiesen werde.⁵⁴ Als Alternative wird in der Literatur erwogen, in Zweifelsfällen von vornherein nur die Gesellschafter zu verklagen, da ein entsprechender Titel – wie der BGH in *ARGE Weißes Ross* ausdrücklich klargestellt hat⁵⁵ – gemäß § 736 ZPO nach wie vor auch den

⁴⁹ Siehe dazu *Hertreiter*, Grundbuchfähigkeit einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, 2004, 42 ff.

⁵⁰ Auch die Befürworter der Rechtsfähigkeit der GbR räumen dies – soweit ersichtlich – einhellig ein, vgl. bspw. *Karsten Schmidt* NJW 2001, 993, 1002; *ders.* (Fn. 19), 1693 (§ 58 I 3 a); *Ulmer* ZIP 2001, 585, 594; *Wertenbruch* DB 2003, 1099; *Schäfer* NJW 2006, 2160. Kritisch im Hinblick auf die fehlende Registerpublizität der rechtsfähigen Außen-GbR äußern sich bspw. auch *Prütting*, in: FS für Herbert Wiedemann, 2002, 1177, 1184 f.; *Wagner* ZFP 117 (2004), 305, 322 ff.; *ders.* ZIP 2005, 637, 642; *Morawietz* (Fn. 19), 30 ff.; *Jauernig/Stürner*, BGB, 15. Aufl. 2014, § 705 Rn. 1.

⁵¹ Insofern weiterhin skeptisch bspw. *Jauernig/Stürner*, BGB, 15. Aufl. 2014, § 705 Rn. 1.

⁵² *Wagner* ZFP 117 (2004), 305, 342.

⁵³ NJW-RR 2010, 238 ff. Im konkreten Fall half das OLG dem Kläger durch eine Rubrumsberichtigung.

⁵⁴ BGHZ 146, 341, 357. Kritisch hierzu *Prütting*, in: FS für Herbert Wiedemann, 2002, 1177, 1186.

⁵⁵ BGHZ 146, 341, 357.

Zugriff auf ein gegebenenfalls vorhandenes Gesellschaftsvermögen eröffnet.⁵⁶ Dann müssen aber – wie vor der Anerkennung der Parteifähigkeit der GbR – tatsächlich *sämtliche* Gesellschafter verklagt werden. Keine Abhilfe verspricht diese Strategie zudem dann, wenn sich die Frage der Existenz einer rechtsfähigen GbR auf die Begründetheit der Klage gegenüber den Gesellschaftern auswirkt, etwa wenn eine Schadensersatzklage auf die Zurechnung von Organverschulden analog § 31 BGB gestützt wird oder die Klage auf die Abgabe einer Willenserklärung⁵⁷ gerichtet ist.

Besonders problematisch ist die fehlende Publizität einer GbR als Rechtssubjekt dann, wenn zum Gesellschaftsvermögen Gegenstände gehören, die ihrerseits Publizitätsanforderungen unterliegen.⁵⁸ Akut wurde diese Frage zuerst im Hinblick auf die Eintragung einer GbR als Kommanditistin in das Handelsregister. Um die in den §§ 106 Abs. 2, 162 Abs. 1, 3 HGB vorgesehene Publizität der Identität der Kommanditisten zu wahren, hat der 2. Zivilsenat des BGH 2001 angeordnet, dass neben der GbR „als solcher“ zusätzlich auch ihre Gesellschafter in das Handelsregister einzutragen seien.⁵⁹ Diese Lösung hat der Gesetzgeber kurz darauf in Gestalt von § 162 Abs. 1 S. 2 HGB sanktioniert.⁶⁰ Dagegen hat der 5. Zivilsenat 2008 entschieden, dass eine GbR unter der Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen werden kann, die ihre Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag für sie vorgesehen haben. Die Namen der Gesellschafter sollten nur dann Erwähnung finden, wenn der Gesellschaftsvertrag keine Bezeichnung der GbR vorsah.⁶¹ Dadurch drohte die rechtsfähige GbR „eine Art schwarzes Loch des Grundbuchverkehrs“⁶² zu werden. Der Gesetzgeber hat diese Entscheidung bekanntlich nicht hingenommen, sondern die Eintragung der Gesellschafter *neben* der Gesellschaft angeordnet.⁶³ *Karsten Schmidt* fordert, diesen Ansatz zu generalisieren und auf vergleichbare Konstellationen auszudehnen.⁶⁴ Damit wäre zwar sicherlich ein Gewinn

⁵⁶ *Karsten Schmidt* NJW 2001, 993, 1000; Saenger/Bendtsen, ZPO, 6. Aufl. 2015, § 50 Rn. 24.

⁵⁷ Die Gesellschafter einer GbR können nicht zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt werden, die die Gesellschaft schuldet, vgl. BGH NJW 2008, 1378 ff.

⁵⁸ Vgl. *Karsten Schmidt* ZIP 1998, 2, 7 („Jede Registerpublizität des Objekts setzt eine Publizität des Subjekts voraus.“); *ders.* NJW 2001, 993, 1002. Zur besonders heftig umstrittenen Frage der „Grundbuchfähigkeit“ der GbR siehe *Ulmer/Steffek* NJW 2002, 330 ff.; *Wagner* ZIP 2005, 637 ff.; *Hertreiter* (Fn. 49).

⁵⁹ BGHZ 148, 291, 295.

⁶⁰ Eingeführt durch das Gesetz über elektronische Register und Justizkosten für Telekommunikation (ERJuKoG) v. 10.12.2001, BGBl. 2001 I, 3422, Art. I Nr. 10.

⁶¹ BGHZ 179, 102, 112 f.

⁶² So *Lehmann* AcP 207 (2007), 225, 248.

⁶³ Mittels der Neufassung des § 47 Abs. 2 GBO durch das ERVGBG (Fn. 10).

⁶⁴ *Karsten Schmidt* ZHR 177 (2013), 712, 734.

? 147 142 164 239 TAU 19A 2018 06 45 26
 Delivered by Ingenta
 ? 147 142 164 239 TAU 19A 2018 06 45 26

an Rechtssicherheit verbunden. Allerdings ist punktuelle Objektpublizität kein gleichwertiger Ersatz für generelle Subjektpublizität.⁶⁵ Dies illustrieren die Probleme, welche die rechtsfähige GbR nach wie vor im Grundstücksverkehr verursacht. Obwohl die Eintragung der Gesellschafter in das Grundbuch in § 899a BGB sogar zum Rechtsscheinträger hinsichtlich der Gesellschafterstellung erhoben worden ist, wird das Grundbuch dadurch nicht zu einem allgemeinen Gesellschaftsregister⁶⁶ – und sollte es auch in Zukunft nicht werden. Selbst für eine im Grundbuch eingetragene GbR besteht daher nach wie vor keine allgemeine Publizität hinsichtlich Existenz,⁶⁷ Identität und Vertretungsverhältnissen.

Auch eine rechtsvergleichende Umschau untermauert die Bedenken gegen die fehlende Subjektpublizität der rechtsfähigen GbR. International ist Rechtsfähigkeit ohne Subjektpublizität unüblich.⁶⁸ Instruktiv ist insbesondere die Rechtsentwicklung in Frankreich. Dort hatte die Rechtsprechung die *société civile* schon 1891 als *personne morale* qualifiziert⁶⁹ und damit einen Rechtsträger ohne Publizität geschaffen. Die daraus resultierende *clandestinité* der *société civile* wurde allgemein beklagt.⁷⁰ 1978 hat der französische Gesetzgeber daher angeordnet, dass die *société civile* in das *registre des sociétés* einzutragen ist.⁷¹

Vor diesem Hintergrund ist es nicht überraschend, dass sich seit der Anerkennung der GbR als Rechtsträger durch den BGH die Stimmen mehren, die sich für die Herstellung von Registerpublizität für die rechtsfähige GbR aussprechen oder dies zumindest in Erwägung ziehen.⁷² An dieser Stelle schließt

⁶⁵ In diesem Sinne auch Wagner ZfP 117 (2004), 305, 348 ff.; ders. ZIP 2005, 637, 642; Morawietz (Fn. 19), 33.

⁶⁶ Vgl. BT-Drs. 16/13437, 26.

⁶⁷ Ob § 899a zumindest in seinem Anwendungsbereich Gutgläubensschutz bezüglich der Existenz einer GbR vermittelt, ist umstritten. Vgl. MünchKommBGB/Kohler, 6. Aufl. 2013, § 899a Rn. 20; Bayer/Lieder, in: Bauer/von Oefele (Hg.), GBO, Kommentar, 3. Aufl. 2013, AT, Kapitel IX, Rn. 61 ff.

⁶⁸ Siehe unter III. 1. c).

⁶⁹ Cour de cassation, Chambre des requêtes, 23 Février 1891, DP 91. 1. 337 (*Banque générale des Alpes-Maritimes c/ Rigal*).

⁷⁰ Vgl. *Delaiss* Gazette du Palais 1968/1, 6 ff.; *Bezard*, *Société civiles*, 1979, 232: „L'absence de publicité des sociétés civiles dotées de la personnalité morale faisait l'objet des critiques quasi-unanimes de la doctrine et de la pratique [...]“

⁷¹ Durch das Loi 78–9 modifiant le titre IX du Livre III du Code civil, Journal officiel (J. O.) v. 5.1.1978, 179–184. Seither bestimmt Art. 1842 al. 1 Code civil: „Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation.“

⁷² Vgl. Karsten Schmidt NJW 2001, 993, 1002; Wertenbruch NJW 2002, 324, 329; Wagner ZIP 2005, 637, 645; Hertreiter (Fn. 49), 130; Krüger NZG 2010, 801, 804; Ulmer ZIP 2011, 1689, 1691; H. P. Westermann, in: FS für Jürgen Säcker, 2011, 543; Ulmer/Schäfer, in: Ulmer/Schäfer (Hg.), Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschafts-

sich das geschilderte magische Viereck: Würde die Gesellschaft bürgerlichen Rechts generell einem Registrierungszwang unterworfen, verlöre die Rechtsform die nötige Flexibilität, um als weit gefasster gesellschaftsrechtlicher Aufvatbestand fungieren zu können. Das ist auch das zentrale Argument jener, die die Herstellung von Registerpublizität für die rechtsfähige GbR ablehnen.⁷³ Allerdings trägt dieser Einwand nur, solange man sich gedanklich auf dem Boden des Einheitsmodells bewegt.

2. Überwindung des Einheitsmodells *de lege ferenda*

Um allen Gestaltungen gerecht zu werden, die gegenwärtig in den Anwendungsbereich der §§ 705 ff. BGB fallen, müsste das Einheitsmodell der GbR gleichzeitig äußerst flexibel sein und für im Rechtsverkehr hervortretende Gesellschaften Stabilität in Gestalt von Vermögensbindung und Rechtsfähigkeit sowie Publizität gewährleisten. Diese Anforderungen lassen sich nicht gleichzeitig vollumfänglich verwirklichen. Die Annäherung an eine Zielvorgabe muss stets mit Abstrichen an anderer Stelle erkauft werden. Die Beschränkungen des magischen Vierecks können nur bei einer Aufgabe des Einheitsmodells verlassen werden. *Karsten Schmidt* hat dies schon 1983 gefordert.⁷⁴ Er attestierte den §§ 705 ff. BGB damals, für bestimmte Gesellschaften eine unzureichende, für andere hingegen eine hypertrophe Verselbständigung zu bewirken. Unzureichend sei die Verselbständigung für unternehmenstragende Mitunternehmer-BGB-Gesellschaften, hypertroph hingegen für vermögensverwaltende „Eigenheim-Gesellschaften“.⁷⁵ Da der Gesetzgeber vor dem Reformvorhaben zurückschreckte, blieb es dem BGH überlassen, die Überwindung des Einheitsmodells einzuleiten. Faktisch stellt die rechtsfähige GbR, welche die Rechtsprechung seit der Grundsatzentscheidung *ARGE Weißes Ross* immer weiter ausgeformt und der OHG angenähert hat, einen neuen, gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Personengesellschaftstyp dar. Die §§ 705 ff. BGB spiegeln die aktuelle Rechtslage jedenfalls nicht mehr wider.⁷⁶

gesellschaft, Systematischer Kommentar, 6. Aufl. 2013, Vor § 705 Rn. 26; *Wiedemann* (Fn. 40), 602. In diesem Sinne auch *HKK/Lepsius*, §§ 705–740, Rn. 40. Bereits vorher haben sich für die Registrierung zumindest bestimmter GbRs bspw. ausgesprochen *Karsten Schmidt* (Fn. 14), 495 ff.; *Alberts*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Umbruch, 1994, 165 ff.

⁷³ In diesem Sinne etwa *Schöpflin* NZG 2003, 606, 607 f.; *Lehmann* AcP 207 (2007), 226, 249; *Richter* (Fn. 29), 282 ff.

⁷⁴ *Karsten Schmidt* (Fn. 14), 428, 491.

⁷⁵ *Karsten Schmidt* (Fn. 14), 428, 484 ff.

⁷⁶ In diesem Sinne auch *Karsten Schmidt* ZHR 177 (2013), 712, 713, der konstatiert, dass sich das Personengesellschaftsrecht „in jahrzehntelanger Rechtsfortbildung zunehmend vom positiven Recht emanzipiert hat.“

Delivered by Ingenta
142.164.239.194 at 2018-06-25 14:47:30 UTC
See also: http://www.ingenta.com

Wer würde bei unbefangener Lektüre des BGB auf die Idee kommen, dass eine GbR ein Rechtssubjekt sein kann und dass die Gesellschafter einer rechtsfähigen GbR nach den §§ 128 ff. HGB analog haften? Tatsächlich besteht das Regelungsregime der rechtsfähigen GbR aus mühsam miteinander verbundenen Versatzstücken der §§ 705 ff. BGB und §§ 105 ff. HGB.

Nachdem das Potential der Rechtsfortbildung zur Ausdifferenzierung des Einheitsmodells mittlerweile weitgehend ausgereizt ist, gilt es nun, den vom BGH eingeschlagenen Weg *de lege ferenda* konsequent zu Ende zu gehen.⁷⁷ Für die als Rechtsträger anzuerkennenden Ausprägungen der GbR muss Subjektpublizität hergestellt werden. Dieser Gesellschaftstyp würde dann Vermögensbindung, Rechtsfähigkeit und Publizität kombinieren. Daneben muss dem Rechtsverkehr weiterhin ein Gesellschaftstyp zur Verfügung gestellt werden, der flexibel genug ist, um als gesellschaftsrechtlicher Auffangtatbestand für das breite Spektrum an Innen- und/oder Gelegenheitsgesellschaften zu dienen, die gegenwärtig in den Anwendungsbereich der §§ 705 ff. BGB fallen. Ein Anschauungsbeispiel liefert erneut die Rechtsentwicklung in Frankreich. Als dort die *société civile* 1978 der Registerpublizität unterworfen wurde und daher nicht mehr als Rechtsform für Innen- und/oder Gelegenheitsgesellschaften in Frage kam, wurde diese Funktion der gleichzeitig reformierten *société en participation* zugewiesen.⁷⁸ In Österreich wurde die Anerkennung der GesBR als Rechtsträger und die Herstellung von Registerpublizität unter anderem mit dem Argument abgelehnt, dass dann für gesellschaftsrechtliche Zusammenschlüsse keine registerfreie Rechtsform mehr zur Verfügung gestanden hätte.⁷⁹ Die als gesellschaftsrechtlicher Auffangtatbestand fungierende, nicht rechtsfähige Variante der GbR bedarf keiner rechtlichen Selbstständigkeit und sollte zur Vermeidung von Publizitätsproblemen als reines Schuldverhältnis zwischen den Gesellschaftern ausgestaltet werden. Als Rechtsträger würden allein die Gesellschafter fungieren. Bei einem solchen Systemwechsel müsste darauf geachtet werden, dass es nicht zu Verwerfungen für bestehende Gesellschaften kommt. Ein geeignetes Mittel hierzu wäre eine lange Übergangsfrist, während derer bereits existierende und nach geltender Rechtslage rechtsfähige Gesellschaften Bestandsschutz genießen.⁸⁰

⁷⁷ Für eine stärkere Differenzierung nach den verschiedenen Erscheinungsformen der GbR *de lege ferenda* sprechen sich auch aus Ulmer/Schäfer, in: Ulmer/Schäfer (Hg.) (Fn. 72), Vor § 705 Rn. 26.

⁷⁸ Müller-Gugenberger ZHR 142 (1978), 589, 609 ff. Bspw. begründet der gemeinsame Kauf eines Lotterieloses eine *société en participation*, vgl. Cour de cassation, Chambre civile 1, 14 Janvier 2003, JCP E 2003, 763.

⁷⁹ Schauer ZGR 43 (2014), 143, 156.

⁸⁰ Der nichtrechtsfähige Verein wird nicht in die nachfolgend angestellten Reformüberlegungen einbezogen. Ungeachtet zahlreicher Streitfragen – bspw. der nach

III. Publizität

Da eine rechtsfähige GbR über keine natürliche Publizität verfügt,⁸¹ kann Subjektpublizität sinnvollerweise⁸² nur mittels eines öffentlichen Registers hergestellt werden. Um einen Gleichlauf von Rechtsfähigkeit und Subjektpublizität sicherzustellen, sollte die Erlangung der Rechtsfähigkeit von einer Eintragung in einem öffentlichen Register abhängig gemacht werden (1.). Dabei erscheint es vorzugswürdig, der GbR als solcher eine Registereintragung zu ermöglichen, anstatt lediglich den Zugang zu den Personenhandelsgesellschaften freizugeben (2.), da dies differenzierte und auf den Bedarf der GbR abgestimmte Lösungen erlaubt. So könnte das Registerverfahren für die GbR deutlich niedrigschwelliger gestaltet werden als gegenwärtig für OHG und KG (3.).

1. Zwingender Nexus von Rechtsfähigkeit und Registerpublizität

Zur Herstellung von Registerpublizität für die rechtsfähige GbR kommen drei Regelungstechniken in Betracht: ein Eintragungswahlrecht, eine Eintragungspflicht für nach festzulegenden Kriterien als rechtsfähig qualifizierte Gesellschaften und schließlich die zwingende Verknüpfung von Rechtsfähigkeit und Registerpublizität durch ein konstitutives Eintragungserfordernis.

a) Eintragungswahlrecht nicht ausreichend

Für ein Eintragungswahlrecht scheint zunächst zu sprechen, dass es sich relativ unkompliziert umsetzen ließe. Beispielsweise könnte man – wie von *Karsten Schmidt* gefordert⁸³ und in Österreich seit 2005 praktiziert⁸⁴ – die Personenhandelsgesellschaften für alle Gesellschaftszwecke öffnen. Der offensichtliche Nachteil dieser Lösung ist jedoch, dass sie keinen Gleichlauf von

der Rechtsfähigkeit *nicht*rechtsfähiger Vereine (dafür bspw. *Karsten Schmidt* [Fn. 19], 736 ff. [§ 25 II 1a]; a.A. *Bork* [Fn. 11], Rn. 221) – besteht weitgehende Einigkeit, dass zumindest für den Idealverein die für den rechtsfähigen Verein geltenden Bestimmungen analog heranzuziehen sind, vgl. MünchKommBGB/*Reuter*, 6. Aufl. 2012, § 54 Rn. 3 ff.; *Jauernig/Mansel*, BGB, 15. Aufl. 2014, § 54 Rn. 5 ff.; *Bork* (Fn. 11), Rn. 221. Insofern läuft die Verweisung in § 54 S. 1 BGB ohnehin weitgehend leer.

⁸¹ *Reuter* AcP 207 (2007), 673, 709.

⁸² Ein Verleihungsmodell wäre allein wegen der zu bewältigenden Fallzahlen unpraktisch.

⁸³ *Karsten Schmidt* ZHR 177 (2013), 712, 728 f.

⁸⁴ § 105 UGB S. 3: „[Die offene Gesellschaft] kann jeden erlaubten Zweck einschließlich freiberuflicher und land- und forstwirtschaftlicher Tätigkeit haben.“ Zu den Hintergründen der Reform *Krejci* ZHR 170 (2006), 113 ff.

Rechtsträgerschaft und Subjektpublizität herstellen würde. Für Gesellschaften, die von der Registrierungsmöglichkeit keinen Gebrauch machen, bliebe alles beim Alten. Dies wäre hinnehmbar, wenn die Registrierung allein oder zumindest überwiegend im Interesse der Gesellschaft bzw. ihrer Gesellschafter läge. Dies trifft jedoch nicht zu. *Ceteris paribus* liegt die Herstellung von Subjektpublizität primär im Interesse des Rechtsverkehrs bzw. außenstehender Dritter, insbesondere potentieller Vertragspartner. Die Gesellschaft selbst profitiert hiervon reflexhaft, etwa in Gestalt einer höheren Kreditwürdigkeit. Ob dieser Effekt ausreicht, um bei im Übrigen unveränderter Rechtslage zur Eintragung einer nennenswerten Zahl an nach derzeitiger Rechtslage rechtsfähigen Gesellschaften zu führen, erscheint zweifelhaft.⁸⁵ Seit der Einführung der Partnerschaftsgesellschaft (PartG) für Freiberufler sowie der Öffnung von OHG und KG für kleingewerbliche, land- und forstwirtschaftliche und vermögensverwaltende Gesellschaftszwecke steht der Masse der rechtsfähigen GbRs, für die eine Registrierung relevant ist, bereits *de lege lata* der Weg in die Registerpublizität offen.⁸⁶ Dennoch wandeln sich rechtsfähige Außen-GbRs nicht flächendeckend in OHGs, KGs oder PartGs um.

Auch der Reformvorschlag *Karsten Schmidts* aus dem Jahr 2013⁸⁷ würde wahrscheinlich nicht zu einer Registrierungswelle führen. Nach dem Vorschlag hätten es die Gesellschafter in der Hand, im Gesellschaftsvertrag entweder eine nicht rechtsfähige Innengesellschaft oder eine stets rechtsfähige Außengesellschaft zu vereinbaren (§ 705 Abs. 1 E-BGB). Die rechtsfähige GbR würde durch einen weitreichenden Verweis auf die §§ 105 ff. HGB quasi zur nicht eingetragenen OHG (§ 718 E-BGB). Für unternehmenstragende GbRs soll die Verweisung auf das HGB noch umfassender ausfallen (§ 719 E-BGB). Wenn der Gesetzgeber die schon in der Rechtsprechung weit fortgeschrittene Annäherung der GbR an die OHG vollenden und insofern Rechtssicherheit herstellen würde, warum sollten dann mehr Gesellschaften als bisher den Weg in die Registerpublizität wählen? Bei ohnehin bestehender Eintragungsmöglichkeit müsste die Kosten-Nutzen-Abwägung der Gesellschaften bzw. ihrer Gesellschafter nachhaltig zugunsten der Eintragung verändert werden. Ein wichtiger Kostenfaktor der Registerpublizität ist derzeit die mit der Eintragung ins HGB verknüpfte handelsrechtliche Buchführungspflicht. Insofern schlägt *Karsten Schmidt* vor, die Befreiung von Einzelkaufleuten von der Buchführungspflicht nach § 241a HGB auf Personenhan-

⁸⁵ Insofern skeptisch auch *Richter* (Fn. 29), 283 f.; *HKK/Lepsius*, §§ 705–740, Rn. 72.

⁸⁶ Insbesondere steht seither allen „Erwerbsgesellschaften“ im Sinne des E II der Weg in die Registerpublizität offen. Vgl. *HKK/Lepsius*, §§ 705–740, Rn. 72.

⁸⁷ *Karsten Schmidt* ZHR 177 (2013), 712 ff. (Gesetzesvorschläge ab S. 735 ff.).

delsgesellschaften auszudehnen. Davon würden allerdings nur Gesellschaften mit einem Umsatz von maximal 500.000 € und einem Jahresüberschuss von maximal 50.000 € profitieren. Darüber hinaus hätten nach dem Vorschlag alle rechtsfähigen GbRs die Möglichkeit, durch konstitutive Eintragung im Handelsregister entweder zur – in „offene Gesellschaft“ umbenannten – OHG oder zur KG zu werden. Dadurch würde Freiberuflergesellschaften der ihnen bislang verwehrt Weg in die (GmbH & Co.) KG eröffnet. Im Zugang zum Haftungsregime der GmbH & Co. KG liegt derzeit der wohl größte mit der Eintragung ins Handelsregister verbundene Nutzen. Allerdings steht Freiberuflergesellschaften mittlerweile in Gestalt der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartG mbB) die Möglichkeit offen, zumindest die Haftung für Berufsfehler vollständig auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken (§ 8 Abs. 4 PartGG).

Selbst wenn man an die Eintragung weitere Vorteile knüpfte und/oder die fehlende Eintragung pönalisierte, ließe sich das Problem der fehlenden Subjektpublizität mit einer Eintragungsoption nur mindern, aber nicht beseitigen. Denn es würde stets rechtsfähige Gesellschaften geben, die aus Unkenntnis oder Bequemlichkeit von der Eintragungsmöglichkeit keinen Gebrauch machen.

b) Eintragungspflicht scheidet an Abgrenzungsproblematik

Als Alternative zu einem Eintragungswahlrecht käme eine Eintragungspflicht für rechtsfähige GbRs verknüpft mit einer adäquaten Sanktionsandrohung in Betracht. Eine solche Lösung, bei der die Eintragung nur deklaratorisch wirkt, wird in Deutschland bekanntlich für die OHG praktiziert. Eine Übertragung dieses Modells auf die rechtsfähige GbR sollte nur erwogen werden, wenn der Kreis der rechtsfähigen GbRs anhand klarer und objektiver Kriterien bestimmbar wäre.⁸⁸ Solche Kriterien sind allerdings aufgrund der Vielgestaltigkeit der GbR nicht ersichtlich.

Dies verdeutlicht ein kurzer Blick auf den derzeitigen Diskussionsstand zur Abgrenzung von rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger GbR. Der erste Leitsatz der Entscheidung *ARGE Weißes Ross* lautet:

„Die (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts besitzt Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet“.

⁸⁸ Nicht ausreichend wäre es, nur bestimmte Gesellschaften einem Registrierungs-zwang zu unterwerfen. Dies hat *Schöpflin* NZG 2003, 606, 610 vorgeschlagen, der alle kleingewerblichen Gesellschaften zur Eintragung ins Handelsregister und alle freiberuflichen Gesellschaften zur Eintragung ins Partnerschaftsregister verpflichten wollte.

2147 142 164 239 Thu, 19 Apr 2018 06:45:26
 Copyright Mohr Siebeck
 Delivered by Ingenta

Daran anknüpfend wird in der Literatur überwiegend angenommen, dass nunmehr jede Außengesellschaft rechtsfähig sei.⁸⁹ Dies führt unweigerlich zu der Frage, wie genau Außengesellschaft und Innengesellschaft voneinander abzugrenzen sind.⁹⁰ Die Auffassung, wonach umgekehrt jede rechtsfähige Gesellschaft eine Außengesellschaft und jede nicht rechtsfähige Gesellschaft eine Innengesellschaft ist,⁹¹ hilft offensichtlich nicht weiter. 1941 hatte das Reichsgericht eine Innengesellschaft qualifiziert als „eine Gesellschaft, bei der es an einer gemeinsamen Vertretung fehlt und bei der die Geschäfte nach außen im Namen eines Gesellschafters geschlossen werden, nach innen aber für die Rechnung der Gesellschaft gehen.“⁹² Dem hat sich der BGH 1954 ausdrücklich angeschlossen und zusätzlich hervorgehoben, dass bei einer Innengesellschaft „die Gesellschaft nach außen nicht auftritt“ und dass „die gesellschaftliche Beteiligung der Gesellschafter nach außen nicht erkennbar wird.“⁹³ Nach dieser Formulierung schien es darauf anzukommen, wie außenstehende Dritte den Sachverhalt wahrnehmen. Mittlerweile hat sich jedoch die Auffassung durchgesetzt, dass die Abgrenzung primär danach zu erfolgen hat, ob die Gesellschafter im Innenverhältnis eine Beteiligung der Gesellschaft als solcher am Rechtsverkehr vereinbart haben oder nicht.⁹⁴ Die vertragliche Vereinbarung einer Innengesellschaft ist nach einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1966 nur dann unbeachtlich „wenn sie in einem offensichtlichen Widerspruch zu dem sonst Vereinbarten stünd[e], wenn also der übrige Vertragsinhalt deutlich genug auf die Vereinbarung einer Außengesellschaft hinwies.“⁹⁵ Darauf, ob das Gesellschaftsverhältnis nach außen erkennbar ist

⁸⁹ Vgl. bspw. *Hadding* ZGR 2001, 712, 716; *Karsten Schmidt* ZHR 177 (2013), 712, 717, 721 f. (These Nr. 6), *Weiß*, Haftung in der nichtunternehmenstragenden GbR, 2003, 20; *Seiferlein*, Die Rechtsfähigkeit der BGB-Außengesellschaft unter Betrachtung ausgewählter Folgeprobleme, 2004, 115; *Wedemann* NZG 2011, 533.

⁹⁰ Eingehend dazu *Güven*, Die Unterscheidung von Innen- und Außengesellschaften bürgerlichen Rechts – Eine Untersuchung mit dem Schwerpunkt auf der Frage der Gesamthandsfähigkeit von Innengesellschaften, 2010, 93 ff.

⁹¹ So für Österreich *Told* (Fn. 18), 22 f. Lediglich verlagert wird die Abgrenzungproblematik, wenn man innerhalb der so definierten Gruppe der Innengesellschaft zwischen der „reinen“ Innengesellschaft und der sich „als Außengesellschaft gerierenden“ Innengesellschaft differenziert.

⁹² RGZ 166, 160, 163.

⁹³ BGHZ 12, 308, 314.

⁹⁴ BGH WM 1966, 31, 32. Vgl. auch *Flume* (Fn. 6), 4 f.; *Wiedemann* WM 1994, Sonderbeilage Nr. 4 zu Nr. 51/52, 4; *Bälz*, in: FS für Wolfgang Zöllner, 1998, Band I, 35, 47; *Karsten Schmidt* NJW 2001, 993, 1001; *ders.* (Fn. 19), 1288 (§ 43 II 3a); *ders.* ZHR 209 (2009), 181, 193 f. *Morawietz* (Fn. 19), 37. Ausdrücklich bspw. *Reuter* AcP 207 (2007), 673, 685: „Ist ein Auftreten im Rechtsverkehr nicht vorgesehen (Innengesellschaft statt Außengesellschaft), so scheidet die Rechtsfähigkeit von vornherein aus.“

⁹⁵ BGH WM 1966, 31, 32.

oder nicht, kommt es also nicht an.⁹⁶ Dieser in erster Linie auf den Willen der Gesellschafter abstellende Ansatz wurde in Österreich mittlerweile kodifiziert: Die Entscheidung für Außen- oder Innengesellschaft wird primär den Gesellschaftern überlassen (Art. 1176 Abs. 1 S. 1 ABGB). Wenn allerdings die Gesellschaft ein Unternehmen betreibt oder einen Gesellschaftsnamen führt, so soll die Vereinbarung einer Außengesellschaft vermutet werden (Art. 1176 Abs. 1 S. 2 ABGB).

Für ein Registergericht, das den Registrierungsanspruch durchsetzen müsste, dürfte eine Abgrenzung, die auf die subjektive Sicht der Gesellschafter abstellt, nur schwer handhabbar sein, zumal der Gesellschaftsvertrag keinerlei Formerfordernissen unterliegt.⁹⁷ Wie *Karsten Schmidt* zutreffend formuliert hat, ist es „alles andere als einfach, bei einem Streichquartett, einem Regattateam oder einer Werbegemeinschaft herauszubekommen, ob es sich um eine nach dem neuen Urteil parteifähige Außengesellschaft oder um eine rein schuldrechtliche Innengesellschaft handelt.“⁹⁸ Selbst wenn es aus Sicht eines Außenstehenden möglich wäre, Außen- und Innengesellschaft rechtssicher voneinander abzugrenzen, wäre es jedenfalls überzogen, jede – auch noch so flüchtige – Außengesellschaft einem Registrierungsanspruch zu unterwerfen. Es wäre im Übrigen auch nicht möglich, eine so weitreichende Pflicht zur Registrierung wirksam durchzusetzen. Der Rechtsverkehr würde also weiterhin mit rechtsfähigen GbRs ohne Subjektpublizität konfrontiert.

Tendenziell noch schwieriger wird die Abgrenzung, wenn man mit prominenten Stimmen in der Literatur – anknüpfend an die von *John* entwickelten Rechtsfähigkeitskriterien⁹⁹ – davon ausgeht, dass nur solchen Außengesellschaften Rechtsfähigkeit zukommen könne bzw. solle, die über eine eigene „Identitätsausstattung“ verfügen.¹⁰⁰ Selbst Vertreter dieser Auffassung räumen ein, dass nicht eindeutig geklärt ist, welche Anforderungen an die „Identitätsausstattung“ zu stellen sind.¹⁰¹ Jedenfalls seien hierfür ein unterscheidungsfähiger Name sowie ein Sitz erforderlich. Eventuell müsse sich dem Na-

⁹⁶ *Hadding* ZGR 2001, 712, 715; *Karsten Schmidt* NJW 2001, 993, 1001.

⁹⁷ So auch *Schöpfli* NZG 2003, 606, 610.

⁹⁸ *Karsten Schmidt* NJW 2001, 993, 1001. In diesem Sinne auch *ders.* AcP 209 (2009), 181, 193.

⁹⁹ *John*, Die organisierte Rechtsperson, 1977, 74 ff.

¹⁰⁰ *Ulmer* AcP 198 (1998), 113, 118, 126 ff.; *ders.* ZIP 2001, 585, 594; *Dauner-Lieb* DStR 2001, 356, 359; MünchKommBGB/*Ulmer/Schäfer*, 6. Aufl. 2013, § 705 Rn. 306; *Reuter* AcP 207 (2007), 673, 681 ff. Kritisch bspw. *Wertenbruch* NJW 2002, 324, 328 und aus prozessualer Sicht *Wagner* ZJP 117 (2004), 305, 338.

¹⁰¹ *Reuter* AcP 207 (2007), 673, 683 ff. Gegen die Verwendung der „Identitätsausstattung“ als Abgrenzungsmerkmal spricht sich deshalb bspw. *Morawietz* (Fn. 19), 43 aus.

Delivered by Ingenta
2.147.142.164 - 239 Thu 19 Apr 2013 06:45:26
Copyright Clearance Center, Inc. All rights reserved. www.copyright.com

men auch ein Hinweis auf den Gesellschaftszweck entnehmen lassen.¹⁰² Als Sitz sei der Ort anzusehen, an dem die Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrag ihren Tätigkeitsschwerpunkt habe. Eine Gesellschaft, bei der es hieran fehle, könne eben nicht rechtsfähig sein.¹⁰³ Teilweise werden auch noch strengere Anforderungen gestellt. Neben der „Identitätsausstattung“ müssten zusätzlich eine Handlungsorganisation sowie eine gewisse Haftungssubstanz vorhanden sein.¹⁰⁴ An derartig vage Kriterien sollten keine sanktionsbewehrten Rechtspflichten geknüpft werden. *Karsten Schmidt* hatte 1983 den Vorschlag gemacht, nur unternehmenstragende GbRs einer Eintragungspflicht zu unterwerfen. Abgesehen davon, dass es fraglich ist, ob das Kriterium „unternehmenstragend“ hinreichend klar ist,¹⁰⁵ wäre eine derartig enge Fassung des Anwendungsbereichs der rechtsfähigen GbR zumindest nach derzeitigem Rechtsstand nicht mehr angemessen.¹⁰⁶ Die Rechtsentwicklung hat gezeigt, dass es auch unterhalb der Schwelle der Unternehmensträgerschaft ein Bedürfnis für die Anerkennung der GbR als Rechtsträgerin gibt.¹⁰⁷ Allerdings sollte auch nicht jede beliebige Personenvereinigung in den Stand eines Rechtsträgers erhoben werden. Wie weit die allgemeine Unsicherheit inzwischen gediehen ist, zeigt sich daran, dass in der Literatur sogar über die Rechtsfähigkeit der schlichten Bruchteilsgemeinschaft spekuliert wird.¹⁰⁸

c) Konstitutives Eintragungserfordernis als Lösung

Die mit einem Registrierungswahlrecht oder einer Registrierungspflicht verbundenen Probleme können vermieden werden, wenn die Rechtsfähigkeit der GbR von der Eintragung in ein öffentliches Register abhängig gemacht wird. Anders als eine fakultative Registrierungsmöglichkeit würde ein konstitutives Eintragungserfordernis den Gleichlauf von Rechtsträgerschaft und Subjektpublizität sicherstellen. Für die eingetragene und damit rechtsfähige GbR ergäbe sich die Subjektpublizität über das Register. Rechtsträger einer nicht eingetragenen und damit nicht rechtsfähigen GbR wären dagegen deren Gesellschafter, die entweder als natürliche Personen über eine natürliche Sub-

¹⁰² *Reuter AcP* 207 (2007), 673, 683 f.

¹⁰³ *Reuter AcP* 207 (2007), 673, 686.

¹⁰⁴ *Ulmer AcP* 198 (1998), 113, 118 ff.; *ders. ZIP* 2001, 585, 593 f.

¹⁰⁵ Kritisch *Ulmer ZGR* 1984, 313, 323 f.; *Wertenbruch NJW* 2002, 324, 328. Vgl. zu den insofern bestehenden Schwierigkeiten auch *Weiß* (Fn. 89), 11 ff.

¹⁰⁶ *Ulmer ZIP* 2001, 585, 593. Siehe auch die Kritik von *Hüffer AcP* 184 (1984), 584, 591, der eine Differenzierung innerhalb des Unternehmensbegriffs für erforderlich hielt.

¹⁰⁷ *Schöpflin NZG* 2003, 606, 610.

¹⁰⁸ *Madaus ZHR* 178 (2014), 98, 113 (im Ergebnis verneint).

jektspublizität verfügen oder als juristische Personen oder rechtsfähige Personengesellschaften ihrerseits der Registerpublizität unterliegen. Das derzeitige Publizitätsdefizit der rechtsfähigen GbR wäre also vollständig beseitigt. Bei einer zwingenden Verknüpfung von Rechtsfähigkeit und Registerpublizität entfiel zudem die nach derzeitiger Rechtslage sowie nach den beiden Alternativmodellen bestehende Notwendigkeit, rechtsfähige und nicht rechtsfähige Gesellschaften mittels nur schwer fassbarer Kriterien wie „Innen- oder Außengesellschaft“ bzw. „Identitätsausstattung“ abgrenzen zu müssen. Anders als bei einer Eintragungspflicht für rechtsfähige GbRs entfiel zudem jedes Bedürfnis für eine Sanktion. Die Rechtsfähigkeit würde niemandem aufgedrängt, sondern wäre schlicht ein Angebot an den Rechtsverkehr, das mittels der Registereintragung angenommen werden könnte.

Auch eine rechtsvergleichende Umschau spricht dafür, dass Deutschland das Publizitätsproblem der rechtsfähigen GbR mittels eines konstitutiven Eintragungserfordernisses lösen sollte. Innerhalb Europas würde Deutschland damit den Sonderweg verlassen, den es mit der Anerkennung einer publizitätsfreien Gesellschaft als Rechtsträger eingeschlagen hat. In Frankreich ist grundsätzlich jede Personen- und Kapitalgesellschaft *personne morale*. Gleichzeitig wird die Erlangung dieses Status seit 1978 konstitutiv mit der Eintragung in das *registre des sociétés* verknüpft. Die einzige Gesellschaft, die nicht ins Gesellschaftsregister einzutragen ist, ist die *société en participation*. Diese ist zugleich die einzige Personengesellschaft, die kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung keine *personne morale* ist. Anders als in Deutschland und Frankreich konnten sich in Österreich die Verfechter einer Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GesbR nicht durchsetzen. Die absolut herrschende Auffassung, wonach die GesbR nicht rechtsfähig ist,¹⁰⁹ wurde im Rahmen der Reform 2014 gesetzlich festgeschrieben.¹¹⁰ Dies ist Ausdruck eines bewussten Regelungskonzepts: Rechtsfähigkeit soll nur solchen Gesellschaften zukommen, die in einem öffentlichen Register erfasst sind und für die somit Subjektspublizität besteht.¹¹¹ Für England schlug die *Law Commission* 2003 vor, die aufgrund einer klaren gesetzlichen Anordnung nicht rechtsfähige englische¹¹² *general partnership* in den *entity*-Status zu erheben, ohne

¹⁰⁹ *Told* (Fn. 18), 24 ff.; *Schauer* ZGR 43 (2014), 143, 148.

¹¹⁰ § 1175 Abs. 2 ABGB: „Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist nicht rechtsfähig.“

¹¹¹ *Schauer* ZGR 43 (2014), 143, 155.

¹¹² Der Partnership Act 1890 differenziert in der Frage der Rechtsfähigkeit in s.4 zwischen der englischen *partnership* (relevant für England und Wales) und der schottischen *partnership*: „(1) Persons who have entered into partnership with one another are for the purposes of this Act called collectively a firm, [...]. (2) In Scotland a firm is a legal person distinct from the partners of whom it is composed, [...]“.

eine Registrierung vorzuschreiben.¹¹³ Die *Law Commission* erkannte jedoch die mit dem daraus resultierenden Publizitätsdefizit verbundenen Nachteile ausdrücklich an und hatte sogar vorsorglich ein Konzept für die Einführung einer *registered partnership* entwickelt.¹¹⁴

Einen interessanten Sonderfall bilden die USA. Dort hatte man sich bei den Vorarbeiten zum Uniform Partnership Act 1914¹¹⁵ zunächst auf die *entity theory* gestützt, nach dem Tod des verantwortlichen Redakteurs jedoch einen Schwenk zur *aggregate theory* vollzogen.¹¹⁶ Im Laufe des 20. Jahrhunderts setzte sich dennoch die Auffassung durch, dass die *general partnership* als Rechtssubjekt anzusehen sei, was schließlich im Uniform Partnership Act 1992 nachvollzogen wurde.¹¹⁷ Dabei entschied man sich bewusst dagegen, die *general partnership* einer Registrierungspflicht zu unterwerfen.¹¹⁸ Stattdessen wurde der *general partnership* lediglich die Abgabe freiwilliger *statements* ermöglicht, etwa zur Frage der Vertretungsverhältnisse. Daraus lässt sich jedoch kein Argument dafür ableiten, dass sich auch der deutsche Gesetzgeber mit einem Eintragungswahlrecht begnügen sollte. Denn in den USA wird ein Mindestmaß an Subjektpublizität auf anderem Wege gewährleistet. In den meisten Staaten löst bereits das Auftreten im geschäftlichen Verkehr unter einem „künstlichen“ Namen eine Registrierungspflicht aus. Darunter fällt jede Geschäftsbezeichnung, die sich nicht im Namen der sie verwendenden natürlichen und juristischen Person erschöpft. Die juristischen Bezeichnungen variieren in den einzelnen Jurisdiktionen („*doing business as*“; „*assumed business name*“; „*fictitious name*“).¹¹⁹ Eine *general partnership* kann diesem Erfordernis nur entgehen, wenn sie ausschließlich unter dem Namen aller Gesellschafter im Rechtsverkehr in Erscheinung tritt. Bereits das Weglassen des

¹¹³ *Law Commission* (Fn. 23), Rn. 13.27 ff.

¹¹⁴ *The Law Commission/The Scottish Law Commission*, Consultation Paper No 159/Discussion Paper No 111 (2000), Rn. 20.1 ff.

¹¹⁵ Zum Status der „Uniform Laws“ als Modellgesetze siehe Fn. 24.

¹¹⁶ Vgl. *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, Uniform Partnership Act (1914), Prefatory Note.

¹¹⁷ Vgl. *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, Uniform Partnership Act (1992), Prefatory Note.

¹¹⁸ *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, Uniform Partnership Act (1992), Comment on sec. 105: „No filings are mandatory under RUPA. [...] A system of mandatory filing and disclosure for partnerships [...] was rejected [...]“

¹¹⁹ *Moye*, *The law of business organizations*, 6. Aufl. 2005, 17, 56. Entsprechende Gesetze existieren in den meisten Staaten. Vgl. für Kalifornien: *Business and Professions Code*, sec. 17900–17930 („individuals or partnerships doing business under fictitious names“); für Florida: *The Florida Statutes*, Title XLVI, Chapter 86509 (*Fictitious Name Act*); für New York: *N.Y. GBS. LAW § 130* : *NY Code – sec. 130* („conducting business under assumed name or as partners“).

Namens eines Gesellschafters macht den Namen „*fictitious*“.¹²⁰ Ziel der Registrierungspflicht ist die Information des Rechtsverkehrs.¹²¹ Angegeben werden müssen die Geschäftsbezeichnung, die Postanschrift des Geschäfts und die Namen und Adressen aller „Eigentümer“, im Falle einer *general partnership* der Gesellschafter.¹²² Der Name darf zudem keine zu große Ähnlichkeit mit einer bereits registrierten Geschäftsbezeichnung haben, um Verwechslungen auszuschließen.¹²³ Einige Staaten verlangen darüber hinaus, dass diese Angaben in lokalen Zeitungen veröffentlicht werden.¹²⁴ Durchgesetzt wird die Registrierungspflicht unter anderem dadurch, dass an ihre Befolgung der Zugang zu den Gerichten in dem jeweiligen Staat geknüpft wird.¹²⁵ An das so hergestellte Maß an Subjektpublizität kann das Gesellschaftsrecht anknüpfen. Die Publizität der Vertretungsverhältnisse wird dadurch gewährleistet, dass jedem Gesellschafter im Außenverhältnis grundsätzlich Einzelvertretungsbefugnis zukommt.¹²⁶ Allerdings können die Gesellschafter mittlerweile mittels eines *statement of partnership authority* eine abweichende Regelung öffentlich registrieren lassen.¹²⁷ Diese Regelungstechnik wird dadurch erleichtert, dass in den USA das „magische Viereck“ von Flexibilität, Vermögensbindung, Rechtsfähigkeit und Publizität anders aufgelöst wird: Dort ist die *general partnership* so eng definiert, dass sie nicht im gleichen Maße wie in

¹²⁰ *Moye* (Fn. 119), 56. Für Kalifornien siehe Business and Professions Code, sec. 1790(b)(2): „As used in this chapter, ‘fictitious business name’ means: In the case of a partnership or other association of persons, [...] a name that does not include the surname of each general partner or a name that suggests the existence of additional owners, [...]“

¹²¹ Für Kalifornien siehe Business and Professions Code, sec. 1790(a)(1): „The purpose of this section is to protect those dealing with individuals or partnerships doing business under fictitious names, [...]. The filing of a fictitious business name certificate is designed to make available to the public the identities of persons doing business under the fictitious name.“

¹²² *Moye* (Fn. 119), 17 f., 56. Für Florida siehe Fictitious Name Act, sec. 3(c): „A person may not engage in business under a fictitious name unless the person first registers the name with the division by filing a sworn statement listing: [...] The name and address of each owner [...]“

¹²³ *Moye* (Fn. 119), 17, 56.

¹²⁴ *Moye* (Fn. 119), 18, 56. Für Kalifornien siehe Business and Professions Code, sec. 17917.

¹²⁵ *Moye* (Fn. 119), 17 f., 56. Für Florida siehe Fictitious Name Act, sec. 9(a): „If a business fails to comply with this section, the business, its members, and those interested in doing such business may not maintain any action, suit, or proceeding in any court of this state until this section is complied with. [...]“

¹²⁶ Uniform Partnership Act 1914, sec. 9(1); Uniform Partnership Act 1997, sec. 301(1).

¹²⁷ Uniform Partnership Act 1997, sec. 303.

Deutschland als gesellschaftsrechtlicher Auffangtatbestand dienen kann und muss. Der auf den gemeinsamen Betrieb eines *business for profit* reduzierte Gesellschaftszweck ermöglicht eine Einheitslösung. Solange Deutschland nicht bereit ist, auf einen flexiblen gesellschaftsrechtlichen Auffangtatbestand zu verzichten, kann das amerikanische Modell nicht als Vorbild dienen.

Ein konstitutives Eintragungserfordernis zwingt zu einer Auseinandersetzung mit der Frage, was vor der Eintragung der Gesellschaft gelten soll. In Deutschland hat sich dieses Problem bisher nicht gestellt. Soweit die Eintragung der OHG konstitutiv wirkt, konnte man der Frage, ob es eine Vorgesellschaft zur OHG gibt, auch vor der Anerkennung der GbR als Rechtsträger durch die Annahme ausweichen, dass „die Gesellschaft vor und nach der Eintragung ihre Identität und die Vermögenszuordnung wahr.“¹²⁸ Wenn für die einfache GbR nicht am Gesamthandsprinzip festgehalten wird, wäre dieser Weg nicht mehr gangbar. Das Beispiel Österreichs zeigt jedoch, dass die Vorgesellschaftsproblematik im Personengesellschaftsrecht, wo es keine Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsgebote zu beachten gilt, gut beherrschbar ist.¹²⁹ In Österreich wird die Vorgesellschaft zur rechtsfähigen „Offenen Gesellschaft“ nicht als Rechtsträger *sui generis* angesehen, sondern schlicht als eine nicht rechtsfähige GesbR, deren Zweck in der Vollendung des Gründungsvorgangs besteht.¹³⁰ Dieser Ansatz sollte für Deutschland als Vorbild dienen. Zweck der hier vorgeschlagenen Eintragung der GbR ist gerade eine zwingende Verknüpfung von Rechtsträgerschaft und Subjektpublizität. Dieses Konzept sollte auch im Gründungsstadium nicht durch die Annahme einer rechtsfähigen Vorgesellschaft konterkariert werden.

Durch die Herstellung eines zwingenden Gleichlaufs von Rechtsfähigkeit und Registerpublizität würde der Rechtsverkehr erheblich erleichtert. Davon würden indirekt auch die rechtsfähigen Gesellschaften bzw. ihre Gesellschafter profitieren. Denn ohne die Lösung des Publizitätsproblems ist der praktische Wert der Rechtsfähigkeit der GbR gemindert. Gesellschafter müssen in der Praxis bei wichtigen Geschäften häufig weiterhin gemeinsam handeln.

¹²⁸ Karsten Schmidt (Fn. 14), 509.

¹²⁹ Zur Vorgesellschaftsproblematik bei Personengesellschaften siehe Karsten Schmidt (Fn. 14), 509; ders. ZHR 177 (2013), 712, 729 f.

¹³⁰ Appl, in: Bergmann/Ratka (Hg.), Handbuch Personengesellschaften, 2011, Rn. 3/29. Teilweise wird die Rechtsnatur der nicht eingetragenen OG vorsichtiger als der einer GesbR entsprechend bezeichnet, vgl. Krejci ZHR 170 (2006), 113, 131.

2. Eintragung der GbR statt (weiterer) Öffnung der Personenhandelsgesellschaften

Mit der Festlegung auf die zwingende Verknüpfung von Rechtsfähigkeit und Registerpublizität ist noch nicht gesagt, mit welcher Rechtsform das Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach einer rechtsfähigen Personengesellschaft befriedigt werden sollte. Zwei Lösungsansätze kommen in Betracht. Zum einen könnte der Gesetzgeber die Personenhandelsgesellschaften als Ersatz für die rechtsfähige Außen-GbR in Stellung bringen, indem mittels einer Modifikation des § 105 HGB die OHG für alle erlaubten Gesellschaftszwecke geöffnet wird. Zum anderen könnte der rechtsfähigen GbR selbst die Eintragung in ein öffentliches Register ermöglicht werden.

Die erstgenannte, handelsgesellschaftsrechtliche Lösung würde inhaltlich dem historischen Regelungskonzept sowohl des E I als auch des E II entsprechen. Wie bereits erwähnt, hätten die Gesellschafter nach § 659 E I die Anwendbarkeit der für die OHG geltenden Vorschriften vereinbaren können. Trotz der Einführung des Gesamthandprinzips hielt es auch die zweite Kommission für erforderlich, Erwerbsgesellschaften die Möglichkeit zu eröffnen, das bürgerliche Gesellschaftsrecht abzuwählen. In § 675 E II wurde sogar zusätzlich noch die Option zur KG eröffnet und gleichzeitig die Eintragung in das Handelsregister zur konstitutiven Voraussetzung für den Rechtsformwechsel erhoben. Diese Vorschrift wurde erst sehr spät im Gesetzgebungsverfahren unter Verweis auf eine geplante, dann aber doch nicht realisierte Erweiterung des Kaufmannsbegriffs gestrichen.¹³¹ Der Reformvorschlag *Karsten Schmidts* aus dem Jahr 1983 baut konzeptionell auf dem Modell des E II auf, geht aber in einem entscheidenden Punkt noch darüber hinaus: Für unternehmenstragende „Mitunternehmer-Gesellschaften“ ist in § 732 BGB des Entwurfs eine umfassende und *zwingende* Verweisung auf das Recht von OHG und KG sowie auf das handelsrechtliche Firmenrecht vorgesehen. Ausgenommen bleiben sollten lediglich die eine Fähigkeit zur Erteilung von Prokura voraussetzenden §§ 116 Abs. 3 und 125 Abs. 3 HGB. „Mitunternehmer-Gesellschaften“ wären verpflichtet gewesen, sich in eine neu zu schaffende „Abteilung C“ des Handelsregisters eintragen zu lassen. Die Rechtsfähigkeit wäre nach diesem Modell kein Angebot an den Rechtsverkehr, sondern würde bestimmten Kategorien von Gesellschaften aufgezwungen. Dass auch eine „liberalere“ Variante der handelsgesellschaftsrechtlichen Lösung eine realistische Option ist, zeigt das Beispiel Österreichs. Dort wurde 2005 die OHG für jeden erlaubten Zweck „einschließlich freiberuflicher und land- und forstwirtschaftlicher Tätigkeit“ geöffnet und in Offene Gesellschaft (OG) umbe-

¹³¹ HKK/*Lepsius*, §§ 705–740, Rn. 9 m.w.N.

nannt.¹³² Zugleich wurde klargestellt, dass die OG rechtsfähig ist.¹³³ Durch die Öffnung der OHG ist sichergestellt, dass jeder Gesellschaft der Weg zur Registrierung und damit zur Erlangung der Rechtsfähigkeit offen steht.¹³⁴ Daneben stellt das österreichische Recht lediglich die 2014 ausdrücklich für nicht rechtsfähig erklärte GesbR. Aufgrund dieser Regelungstechnik ist die Erlangung von Rechtsfähigkeit zwingend an die Eintragung einer OG (oder einer anderen Rechtsform) in das Firmenbuch geknüpft.

Eine grundlegende Reform der §§ 705 ff. BGB sollte sich nicht an diesen Vorbildern orientieren. Denn sie basieren auf einem Leitbild der rechtlich zu verselbständigenden GbR, das nicht zu den aktuellen Verhältnissen in Deutschland passt. Das Regelungsmodell der OHG bzw. (GmbH & Co.) KG wäre für GBRs geeignet, die Unternehmen von nennenswerter Größe tragen. Gleiches gilt für das Phänomen der „kapitalistischen GbR“ in Gestalt von körperschaftlich strukturierten Publikums-GBRs. Beide Erscheinungsformen der GbR spielen heute jedoch nur noch eine untergeordnete Rolle.

Für die Verwendung der GbR als Trägerin eines gewerblichen Unternehmens ergibt sich der marginale Anwendungsbereich schon aus § 105 Abs. 1 HGB. Jede Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist *ipso jure* OHG. Raum bleibt für die rechtsfähige GbR nur unterhalb der Schwelle des Erfordernisses eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes. Infolge der Änderung des Kaufmannsbegriffs durch die Handelsrechtsreform 1998 hat sich zudem der hypothetische exklusive Anwendungsbereich der §§ 705 ff. BGB nochmals verkleinert. Wichtiger noch ist, dass sich auch im Bereich der freien Berufe die GbR als Unternehmensträgerin auf dem Rückzug befindet. Hierfür sind zwei Gründe maßgeblich: Zum einen sind standesrechtliche Einschränkungen der Rechtsformwahlfreiheit größtenteils weggefallen.¹³⁵ Zum anderen steht mit der PartG seit 1995 eine auf freiberufliche Tätigkeiten zuge-

¹³² § 105 S. 3 UGB. Bereits 1990 hatte man in Österreich für alle Erwerbsgesellschaften, denen nicht der Weg in die OHG oder KG offen stand, die Rechtsformen der Offenen Erwerbsgesellschaft (OEG) und der Offenen Kommandit-Erwerbsgesellschaft (KEG) geschaffen (Bundesgesetz vom 25. April 1990 über eingetragene Erwerbsgesellschaften [Erwerbsgesellschaftengesetz – EGG], Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, Jahrgang 1990, ausgegeben am 18. Mai 1990, 114. Stück, 187 f.). OEG und KEG waren ins Handelsregister einzutragen. Insofern galt ein konstitutives Eintragungserfordernis (§ 3 Abs. 1 EGG). 2005 wurden OEG und KEG wieder abgeschafft.

¹³³ § 105 S. 2 UGB.

¹³⁴ Schauer ZGR 43 (2014), 143, 155.

¹³⁵ Eine der wenigen noch existierenden Einschränkungen der Rechtsformwahlfreiheit findet sich in § 8 ApoG, der einen Zusammenschluss mehrerer Apotheker nur in der Rechtsform der GbR bzw. OHG gestattet.

schnittene Gesellschaftsform zur Verfügung, die insbesondere ein günstigeres Haftungsregime als die GbR bietet.¹³⁶ Die große Bedeutung dieses Gesichtspunkts für die Rechtsformwahl verdeutlicht aktuell der Erfolg der erst 2013 eingeführten PartG mbB: Am 31.12.2014 waren bereits 1.702 Partnerschaftsgesellschaften mit beschränkter Berufshaftung im Partnerschaftsregister erfasst, was einem Anteil von 15 % am Gesamtbestand der PartG von 11.310 Gesellschaften entsprach.¹³⁷ Die geringe Bedeutung der GbR als „Unternehmensträgerin“ verdeutlicht auch ein Blick in die Umsatzsteuerstatistik: 2013 entfielen nur 1,4 % aller umsatzsteuerlich relevanten Umsätze auf Unternehmen in der Rechtsform der GbR.¹³⁸

Auch die „kapitalistische“ GbR hat ihre besten Tage hinter sich. Die in den 1970er Jahren aus steuerlichen Gründen aufgekommenen Publikumspersonengesellschaften waren zunächst fast durchgängig in der Rechtsform der GmbH & Co. KG verfasst.¹³⁹ Erst nachdem das steuerliche Gestaltungspotential für diese Konstruktion eingeschränkt worden war, wurde die GbR für steuergetriebene Fondsgestaltungen populär.¹⁴⁰ Dabei gingen Initiatoren und Anleger auf der Grundlage der Doppelverpflichtungslehre davon aus, die Haftung der Gesellschafter durch eine gesellschaftsvertragliche Beschränkung der Vertretungsmacht auf das Gesellschaftsvermögen begrenzen zu können.¹⁴¹ Nachdem der BGH diesem Haftungsmodell 1999 eine Absage erteilt hatte,¹⁴² wurde die GbR kaum noch als Rechtsform für Publikumsgesellschaften verwendet.¹⁴³

Den tatsächlichen Anwendungsschwerpunkt der rechtsfähigen GbR bilden heute einfach gelagerte, überschaubare Sachverhalte. Als Unternehmensträgerin spielt die GbR nur für Klein- bzw. Kleinstunternehmen eine nennenswerte Rolle. 2014 entfielen 11,8 % der auf der Grundlage der Gewerbeanmeldungen ermittelten Betriebsgründungen auf Unternehmen in der Rechtsform der GbR.¹⁴⁴ Dass es sich hierbei in aller Regel nicht um Großunternehmen

¹³⁶ § 8 Abs. 2–4 PartGG.

¹³⁷ Vgl. *Lieder/Hoffmann* NJW 2015, 897 f.

¹³⁸ Statistisches Bundesamt, Umsatzsteuerstatistik (Voranmeldungen), Fachserie 14, Reihe 8.1 (Umsatzsteuerpflichtige Unternehmen, Steuerpflichtige und deren Lieferungen und Leistungen 2013 nach der Rechtsform).

¹³⁹ *Karsten Schmidt* (Fn. 14), 449; *ders.* (Fn. 19), 1667 (§ 57 I 2a) und 1697 (§ 58 II 3).

¹⁴⁰ Unter anderem aufgrund der Einführung von § 15a EStG.

¹⁴¹ Vgl. *Heckschen*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Aufl. 2015, A.X. I., Rn. 3.

¹⁴² BGHZ 142, 315. Zur sog. GbR mbH siehe unter V.1.b).

¹⁴³ *Heckschen* (Fn. 141), A.X. I., Rn. 3: „Heute werden Fonds praktisch nur noch in der Rechtsform der KG aufgelegt.“ Seit Inkrafttreten des KAGB 2014 ist die Rechtsform der GbR für Investitionsvermögen mit einem verwalteten Vermögen von mehr als 100 Millionen Euro nicht mehr zulässig, §§ 1, 2 Abs. 5, 91, 139 KAGB.

¹⁴⁴ Statistisches Bundesamt, Unternehmen und Arbeitsstätten, Gewerbeanzeigen,

Delivered by Ingenta
2 147 142 164 239 Thu 19 Apr 2018 06:45:26
Copyright: Mithras

handelt, ergibt sich – wie schon gesagt – bereits aus § 105 Abs. 1 HGB. Als empirisches Indiz für die geringe Größe der von GbRs getragenen Unternehmen lässt sich zudem anführen, dass Gesellschaften bürgerlichen Rechts im Jahr 2013 im Durchschnitt umsatzsteuerlich relevante Umsätze von lediglich 399.609 € erzielten, während der entsprechende Wert für die GmbH bei 4.268.638 € und für die GmbH & Co. KG bei 8.193.915 € lag.¹⁴⁵ Eine praktisch bedeutsame Erscheinungsform der rechtsfähigen Außen-GbR bilden ferner vermögensverwaltende Gesellschaften mit überschaubarem Gesellschafterkreis. Typisch ist das gemeinsame Halten und Verwalten von Grundstücken durch Mitglieder einer Familie. Aber auch im außerfamiliären Kontext kommt die GbR – unterhalb der Schwelle regulärer geschlossener Fonds – als Instrument zur gemeinsamen Vermögensverwaltung zum Einsatz.¹⁴⁶ Soweit vermögensverwaltende Gesellschaften im Rechtsverkehr in Erscheinung treten, etwa indem sie als Vermieterin agieren, besteht auch für sie ein Bedürfnis nach Stabilität in Gestalt von Vermögensbindung und Rechtsfähigkeit.¹⁴⁷

Es wäre unangemessen und überzogen, kleinstunternehmerisch tätige oder vermögensverwaltende Gesellschaften zur Erlangung von Rechtsfähigkeit in die Rechtsform der OHG oder KG zu zwingen. Eine solche Lösung würde sich der von *von Gierke* am Optionsmodell des E I geäußerten Kritik ausgesetzt sehen:

„[Der Entwurf] gibt [...] den Gesellschaftern [...] die Befugnis [...] sich aus dem unzureichenden bürgerlichen Recht in das Handelsrecht hinüberzuflüchten (§ 659). [...] Nun hat die Gesellschaft alles, was sie zum Leben braucht. Sie hat jedoch zugleich Manches, was sie vielleicht gar nicht zu besitzen wünscht und als eine überflüssige und unter Umständen schädliche Zugabe mit in den Kauf nehmen muss.“¹⁴⁸

Zu den überflüssigen bzw. schädlichen Zugaben sind insbesondere das rigide Vertretungsrecht (§§ 125 und 126 HGB)¹⁴⁹ und das überstrenge Haftungsregime (§§ 128 ff. HGB)¹⁵⁰ der OHG sowie die handelsrechtliche Buchführungspflicht (§§ 238 ff. HGB) zu zählen.

Fachserie 2, Reihe 5 (Neugründungen sowie Gewerbetreibende nach der Rechtsform, Jahr 2014). In den Vorjahren war der Wert vergleichbar (2013: 12,5 %; 2012: 12,9 %; 2011: 13,4 %; 2010: 13,8 %; 2009: 13,0 %).

¹⁴⁵ Statistisches Bundesamt (Fn. 138). In der Statistik werden nur Gesellschaften mit steuerbaren Umsätzen von mehr als 17.500 € berücksichtigt. In die Berechnung des Durchschnittswerts gehen daher nur GbRs ein, die bereits eine wirtschaftliche Aktivität von einigem Gewicht entfalten.

¹⁴⁶ Siehe bspw. BGHZ 149, 80, 81.

¹⁴⁷ In diesem Sinne auch *Ulmer* ZGR 1984, 313, 325.

¹⁴⁸ *Von Gierke* (Fn. 37), 102.

¹⁴⁹ Siehe dazu unter V.1.a).

¹⁵⁰ Siehe dazu unter V.1.c) und d).

Um den typischen Erscheinungsformen der nach derzeitiger Rechtslage rechtsfähigen Außen-GbR gerecht zu werden, sollte daher zwischen die – als gesellschaftsrechtlicher Auffangtatbestand unverzichtbare – nicht rechtsfähige GbR und die Personenhandelsgesellschaften eine rechtsfähige und in einem öffentlichen Register eingetragene Variante der GbR gestellt werden.¹⁵¹ Die damit eröffneten Differenzierungsmöglichkeiten wiegen den mit der zusätzlichen Rechtsform verbundenen Zuwachs an Komplexität auf. Der ersichtlich von *Karsten Schmidt* favorisierte Weg, die als „offene Gesellschaft“ neu ausgeflaggte OHG zur Allzweckwaffe des Personengesellschaftsrechts zu erheben,¹⁵² leidet an einem strukturellen Problem. Unpassende handelsrechtliche Vorschriften punktuell zu suspendieren, funktioniert nur bei Vorschriften, die ersatzlos wegfallen können. Ein Beispiel hierfür ist die handelsrechtliche Buchführungspflicht. Insofern schlägt *Karsten Schmidt* – wie bereits erwähnt – eine Ausdehnung der §§ 241a, 242 Abs. 4 HGB auf Personengesellschaften vor.¹⁵³ Allerdings ist schon nicht ersichtlich, warum freiberufliche oder vermögensverwaltende Tätigkeiten jenseits der in § 241a HGB genannten Grenzwerte für Umsatz und Jahresüberschuss plötzlich eine handelsrechtliche Buchführungspflicht auslösen sollten, nur weil sie im Rahmen einer Personengesellschaft erfolgen. Nimmt man diese Tätigkeiten generell von der Buchführungspflicht aus, ist das Einheitsmodell bereits wieder durchbrochen. Unumgänglich ist dies bei Vorschriften, die durch eine alternative Regelung ersetzt werden müssen. Beispielsweise plädiert *Karsten Schmidt* dafür, das von ihm als „weiterfressender Mangel im System des Personengesellschaftsrechts“¹⁵⁴ charakterisierte PartGG zu streichen. Geschähe dies ersatzlos, ginge Differenzierungsspielraum verloren. Da aber auch *Karsten Schmidt* den PartGs nicht ihr gegenüber den §§ 128 ff. HGB günstigeres Haftungsregime nehmen will, muss er ein Sonderhaftungsregime für freiberufliche Gesellschaften im HGB implementieren (§ 128 E-HGB). Nähme man zusätzlich noch Sondervorschriften für Gesellschaften auf, die bislang als rechtsfähige Außen-GbR verfasst sind, würde das Einheitsmodell der offenen Gesellschaft noch weiter geschwächt. Zumindest im Rahmen des hier vorgeschlagenen Reformkonzepts erscheint es vorzugswürdig, dem Rechtsver-

¹⁵¹ Damit wäre der von *von Gierke* geforderte „Mittelweg“ zwischen der GbR des E I und den Personenhandelsgesellschaften verwirklicht, vgl. *ders.* (Fn. 2), 255. Zugleich würde auf die hier vorgeschlagene Lösung die Kritik von *Schöpflin* NZG 2003, 117, 118 sowie *ders.* NZG 2003, 606, 609 nicht zutreffen, dass die Schaffung eines GbR-Registers eine weitere Annäherung an die OHG bedeuten würde. Im Gegenteil erlaubte sie im Vergleich zur bestehenden Rechtslage eine Stärkung des eigenständigen Profils der rechtsfähigen Variante der GbR.

¹⁵² *Karsten Schmidt* ZHR 177 (2013), 712 ff.

¹⁵³ *Karsten Schmidt* ZHR 177 (2013), 712, 728 f.

¹⁵⁴ *Karsten Schmidt* ZHR 177 (2013), 712, 732.

kehr ein eigenständiges Rechtsformangebot neben der OHG zu machen, statt die erforderlichen Differenzierungen hinter der einheitlichen Fassade einer „offenen Gesellschaft“ zu verstecken. Es bleibt noch anzumerken, dass sich die Eintragung der rechtsfähigen GbR in ein Register und die Öffnung der Personenhandelsgesellschaften für alle denkbaren Gesellschaftszwecke nicht ausschließen. Man kann das eine tun, ohne das andere lassen zu müssen. Allerdings besteht nach hier vertretener Auffassung ein Bedürfnis für eine weitere rechtsfähige Personengesellschaft in Gestalt einer eingetragenen GbR.

Die zentrale Funktion der eingetragenen GbR im Gefüge der Rechtsformen bestünde darin, einen unkomplizierten Zugang zu einem Rechtsträger für Gestaltungen zu eröffnen, für die eine komplexere Rechtsform zu teuer oder schlicht nicht nötig ist. Die nach der hier vorgeschlagenen Lösung erforderlichen materiell-rechtlichen Anpassungen würden nicht wesentlich über das hinausgehen, was bei jeder Reform der §§ 705 ff. BGB neu geregelt werden müsste, nämlich die Vermögensordnung – da die entsprechenden Vorschriften durch *ARGE Weißes Ross* schlicht überholt sind – und das Haftungsregime – das für die rechtsfähige GbR in den §§ 705 ff. BGB überhaupt nicht geregelt ist. Im Übrigen könnte es im Wesentlichen bei dem Normenbestand der §§ 705 ff. BGB bleiben. Erforderlich wären zusätzlich noch Vorschriften, welche die hier erhobene Forderung nach Herstellung von Registerpublizität für die rechtsfähige GbR praktisch umsetzen.

3. Umsetzung der Forderung nach Registerpublizität

Das mit der Einführung einer eingetragenen GbR gewonnene Differenzierungspotential sollte schon beim Registerverfahren genutzt werden. Die der eingetragenen GbR im Gefüge der Rechtsformen zugeordnete Rolle besteht darin, einen einfachen Zugang zu einer als Rechtsträger verselbständigten Gesellschaft zu eröffnen. Das Leitmotiv bei der Gestaltung des Eintragungsverfahrens muss daher sein, das Verfahren so niedrigschwellig, kostengünstig und unkompliziert wie möglich auszugestalten, ohne den mit der Registrierung verfolgten Zweck – die Herstellung von Subjektpublizität für die eingetragene GbR – zu gefährden. Die Eintragung würde grundsätzlich auch Gelegenheitsgesellschaften offen stehen, sofern die Gesellschafter dies als sinnvoll erachten. Damit wäre auch eine ARGE selbstverständlich eintragungsfähig.

Karsten Schmidt hatte 1983 die Schaffung einer „Abteilung C“ des Handelsregisters für die Mitunternehmer-Gesellschaft angeregt.¹⁵⁵ Um die Eigenständigkeit der eingetragenen GbR gegenüber den Personenhandelsgesellschaften und ihre Offenheit für jeglichen zulässigen Zweck zu betonen,

¹⁵⁵ *Karsten Schmidt* (Fn. 14), 508.

erscheint es jedoch vorzugswürdig, nach dem Vorbild des Partnerschaftsregisters ein separates GbR-Register zu schaffen. Dennoch kann und sollte natürlich im Hintergrund eine enge organisatorische Verknüpfung mit dem Handelsregister erfolgen, wie dies auch beim Partnerschaftsregister der Fall ist.¹⁵⁶ Das GbR-Register sollte dementsprechend bei den gleichen Amtsgerichten angesiedelt werden, die auch für die Führung des Handelsregisters und des Partnerschaftsregisters zuständig sind.¹⁵⁷ So wäre gewährleistet, dass für die Einführung des GbR-Registers auf vorhandene und bewährte personelle wie technische Ressourcen zurückgegriffen werden kann.

Der zwingende Inhalt der Eintragung sollte sich auf Angaben beschränken, die für eine Information des Rechtsverkehrs über Existenz, Identität, Vertretungsverhältnisse und Haftungsgrundlage der Gesellschaft unbedingt erforderlich sind. Insofern kann auf das Vorbild des § 106 Abs. 2 HGB zurückgegriffen werden. Anzugeben wären dementsprechend der Name der Gesellschaft, also die Bezeichnung, unter der sie im Rechtsverkehr auftritt, der Ort, an dem sie ihren Sitz hat, eine inländische Geschäftsanschrift, sowie die Vertretungsverhältnisse.¹⁵⁸ Zudem müsste die Identität der Gesellschafter offengelegt werden. Anders als bei der OHG und der PartG sollte keine Anmeldung bzw. Eintragung des Gesellschaftsgegenstandes gefordert werden. Dies wäre angesichts der Offenheit des Gesellschaftszwecks und des Ziels, die eingetragene GbR als eine möglichst flexible Rechtsform auszugestalten, problematisch. Für eine entsprechende Eintragung besteht auch kein Bedürfnis, da dem „Gegenstand“ in Deutschland – anders als in Frankreich, England und den USA – grundsätzlich keine Bedeutung für den Umfang der Rechtsfähigkeit oder der Vertretungsmacht der Gesellschafter zukommt.¹⁵⁹ Um die Verwechslungsgefahr zu minimieren, müsste der Name der Gesellschaft entsprechend der Regelung in § 30 HGB vom Registergericht darauf geprüft werden, ob er sich von den Namen bereits bestehender Gesellschaften am gleichen Ort deutlich unterscheidet. Darüber hinaus sollten aus dem handelsrechtlichen Firmenrecht – entsprechend der Verweisung in § 2 Abs. 2 PartGG – auch die §§ 18 Abs. 2, 21, 22 Abs. 1, 23, 24, 31 Abs. 2, 32 und 37 HGB für die eingetragene GbR entsprechend gelten. Ferner wäre die neue Rechtsform durch einen geeigneten Rechtsformzusatz kenntlich zu machen. Analog

¹⁵⁶ Siehe die weitreichende Verweisung in § 1 Abs. 1 der Partnerschaftsregisterverordnung (PRV) auf die Handelsregisterverordnung (HRV).

¹⁵⁷ Gemäß §§ 1 HRV und 1 Abs. 1 PRV werden das Handelsregister und das Partnerschaftsregister im Regelfall von dem Amtsgericht, in dessen Bezirk ein Landgericht seinen Sitz hat, für den Landgerichtsbezirk geführt.

¹⁵⁸ Siehe dazu unter V.1.a).

¹⁵⁹ Siehe dazu rechtsvergleichend *Windbichler ZGR* 43 (2014), 110, 130 ff. sowie für die eingetragene GbR *de lege ferenda* unter V.1.a).

zum eingetragenen Kaufmann wäre insofern an „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ bzw. als Kurzform an „eingetragene GbR“ oder „eGbR“ o.Ä. zu denken. Ergeben sich im Hinblick auf die im GbR-Register zwingend einzutragenden Umstände Veränderungen, so müssten diese selbstverständlich ebenfalls zur Eintragung angemeldet werden.

Anmeldungen wären entsprechend § 108 HGB grundsätzlich durch alle Gesellschafter gemeinschaftlich zu bewirken. Allerdings könnte vorgesehen werden, dass bei der erstmaligen Eintragung die Gesellschafter gemeinschaftlich einzelnen Gesellschaftern die Befugnis einräumen können, Änderungen allein oder gemeinsam anzumelden. Ein Missbrauch dieser Befugnis könnte dadurch verhindert werden, dass das Registergericht die übrigen Gesellschafter über Änderungen informiert und ihnen so Gelegenheit zum Widerspruch gibt. Ein solcher Mechanismus ist in sec. 303(e) des Uniform Partnership Act 1997¹⁶⁰ vorgesehen.

Den Eintragungen in das GbR-Register sollte nach dem Vorbild des § 15 HGB öffentlicher Glaube zukommen. Um dies zu rechtfertigen, muss bei der Eintragung einer GbR die Identität der Gesellschafter verifiziert werden. Eine sonstige Qualitätssicherung durch die zwingende Beteiligung eines Notars am Gründungsprozess ist hingegen nicht erforderlich. Eine rechtsfähige GbR kann *de lege lata* formfrei und ohne jegliche Auflagen gegründet werden. Es besteht kein Bedürfnis, die Anforderungen für die Eintragung einer GbR höher anzusetzen, zumal sich die Mitwirkung des Notars auch bei der Gründung einer OHG auf die öffentliche Beglaubigung der Anmeldung beschränkt. Wenn es nur darauf ankommt, bei Eintragungen die Identität der Eintragenden zu verifizieren, so kann auf die Mitwirkung eines Notars ganz verzichtet werden. Stattdessen sollte ein kostengünstiges und schnelles Onlineverfahren zur Verfügung gestellt werden. Insofern könnte die eingetragene GbR einen Beitrag zur Modernisierung des deutschen Registerverfahrens leisten.

Der Trend geht ohnehin in diese Richtung. Würde der im April 2014 veröffentlichte „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter“¹⁶¹ umgesetzt, so wäre in Deutschland sogar die Online-Gründung einer Kapitalgesellschaft möglich.¹⁶² Der Kommissionsvorschlag zur „*Societas Unius Personae*“ ist zu Recht dafür kritisiert worden, dass er keine verbindlichen Vorgaben zur Identitätsprüfung macht.¹⁶³ Allerdings bedeu-

¹⁶⁰ Zum Status der „Uniform Laws“ als Modellgesetze siehe Fn. 24.

¹⁶¹ COM (2014) 212 final.

¹⁶² Siehe Art. 14(3) des Richtlinienentwurfs.

¹⁶³ Laut Art. 14(5) des Richtlinienentwurfs sind die Mitgliedstaaten lediglich er-

tet dies nicht, dass eine solche Identitätsprüfung online nicht möglich wäre. Obwohl Deutschland insofern noch recht zögerlich agiert, sind auch hierzulande mittlerweile die rechtlichen und technischen Voraussetzungen für eine effiziente Online-Identifizierung gegeben. Seit November 2011 ist jeder in Deutschland ausgegebene Personalausweis mit der Funktionalität für den sog. elektronischen Identitätsnachweis ausgestattet. Gemäß § 18 Abs. 1 Personalausweisgesetz kann der Inhaber den Ausweis „dazu verwenden, seine Identität gegenüber öffentlichen und nichtöffentlichen Stellen elektronisch nachzuweisen.“ Alternativ könnten auch die Möglichkeiten des De-Mail-Gesetzes genutzt werden.¹⁶⁴ Wenn daneben auch ein traditioneller Kommunikationskanal mit dem Registergericht eröffnet werden soll, so könnte auf das bewährte und in der deutschen Verwaltungspraxis nach wie vor sehr beliebte Konzept des persönlichen Erscheinens zurückgegriffen werden. Bis 1970 konnten Eintragungen in das Handelsregister auch „persönlich bei dem Gerichte“ angemeldet werden.¹⁶⁵ Bei dieser Gelegenheit könnte der Personalausweis dann ganz klassisch vorgelegt werden. Durch den Verzicht auf die zwingende Einschaltung eines Notars wäre gewährleistet, dass die Gründung nicht nur schnell und unkompliziert, sondern auch kostengünstig erfolgen könnte. Derzeit wird vom Registergericht für die Ersteintragung einer OHG oder einer PartG mit drei Gesellschaftern eine moderate Gebühr in Höhe von 100 € erhoben.¹⁶⁶ Könnten auch GbRs nach dem hier vorgeschlagenen Modell eingetragen werden, wäre aufgrund der zu erwartenden Skaleneffekte unter Umständen sogar eine noch niedrigere Gebühr möglich.

Es versteht sich von selbst, dass auch die öffentliche Einsichtnahme in das GbR-Register online möglich sein sollte. Insofern könnte auf die für das Unternehmensregister geschaffene Infrastruktur zurückgegriffen werden. Ein entsprechendes Angebot sollte ohne großen Aufwand in das gemeinsame Registerportal der Länder integrierbar sein. Die Geschäftspartner einer eingetragenen GbR könnten sich dann „in Echtzeit“ über die Vertretungsverhältnisse informieren. Daneben sollte auch für die eingetragene GbR ein amtlicher Registerausdruck nach dem Vorbild von § 30a HRV vorgesehen werden. Eine „Hemmung wirtschaftlicher Aktivitäten“¹⁶⁷ wäre bei einem so ausgestalteten Registrierungsverfahren nicht zu erwarten. Insofern sollte man sich auch vor Augen führen, dass selbst die Aufnahme einer Einzelunternehmerischen Tä-

mächtigt, Vorschriften für die Identitätsüberprüfung zu erlassen. Kritisch bspw. *Eickelberg NZG 2015, 81 ff.* Differenziert *Beurskens GmbH R 2014, 738, 745.*

¹⁶⁴ De-Mail-Gesetz vom 28.4.2011, BGBl. 2011 I, 666.

¹⁶⁵ Diese Möglichkeit wurde durch das Beurkundungsgesetz vom 28.8.1969, BGBl. 1969 I, 1513 gestrichen.

¹⁶⁶ Vgl. Anlage 1 zu § 1 der Handelsregistergebührenverordnung, Teil 1, Nr. 1101.

¹⁶⁷ So die Befürchtung von *Schöpflin NZG 2003, 606, 607.*

tigkeit eine Reihe von teilweise erheblich belastenderen Formalitäten nach sich zieht (Gewerbeanmeldung; Fragebogen zur steuerlichen Erfassung).

Für eingetragene GbRs, deren Gesellschaftszweck auf eine gewerbliche Tätigkeit gerichtet ist, wäre nach wie vor eine Abgrenzung zur OHG erforderlich. Nach derzeitiger Rechtslage würde sich die eingetragene GbR *ipso jure* in eine OHG verwandeln, sobald ihr Unternehmen einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Im umgekehrten Fall gibt es kein Problem, da eine eingetragene OHG auch dann OHG bleibt, wenn sie diesen Schwellenwert nicht mehr erreicht. Da es sich sowohl bei der eingetragenen GbR als auch bei der OHG um rechtsfähige Personengesellschaften handelt, würde diese Umwandlung – wie derzeit im Hinblick auf den Übergang von der rechtsfähigen GbR zur OHG – keine grundsätzlichen rechtlichen Probleme aufwerfen. Es wäre lediglich erforderlich, den Rechtsformwechsel durch eine „Umbuchung“ vom GbR-Register in das Handelsregister nachzuvollziehen. Für nicht rechtsfähige, rein schuldrechtliche GbRs wäre der Übergang zur OHG allerdings mit einem Wechsel des Rechtsträgers verbunden. Damit wäre dem Modell der automatischen, identitätswahrenden Umwandlung und der nur deklaratorisch wirkenden Registereintragung die Grundlage entzogen. Stattdessen sollten die Gesellschafter einer solchen einfachen GbR verpflichtet werden, eine OHG zu gründen, wozu sie erforderlichenfalls vom Registergericht mittels Zwangsgeld angehalten werden könnten. Um die Rechtssicherheit in dieser Frage zu erhöhen, sollte nach dem Vorbild Österreichs das Kriterium des „in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs“ aufgegeben und stattdessen eine Abgrenzung anhand leicht nachprüfbarer quantitativer Ergebnisgrößen vorgenommen werden.¹⁶⁸ Das Kriterium des „in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs“ ist für diejenigen Rechtsanwender, für die seine Erfüllung zweifelhaft ist, mit großer Rechtsunsicherheit verbunden. Für freiberufliche, landwirtschaftliche oder vermögensverwaltende Gesellschaften besteht hingegen mangels handelsrechtlicher Eintragungsmöglichkeit oder -pflicht kein Abgrenzungsproblem.

Schwer abzuschätzen ist *ex ante*, ob Änderungen, die sich nach der erstmaligen Eintragung ergeben, im Regelfall tatsächlich zeitnah in das GbR-Register eingetragen würden. Für den Rechtsverkehr ist das wegen der Publizitätswirkung des Registers grundsätzlich kein Problem. Die Folgen fehlerhafter Eintragungen würden die Gesellschaft und deren Gesellschafter treffen. Insbesondere für die Gesellschafter bestünde im Hinblick auf ihre persönliche

¹⁶⁸ Die gleichen Abgrenzungskriterien sollten natürlich auch für Einzelunternehmer gelten. Kritisch gegenüber einer Abgrenzung anhand von Ergebnisgrößen *Kersting BB 2008, 790 ff.*

Haftung ein erhebliches Eigeninteresse, das Register aktuell zu halten. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass sich die eingetragene GbR gerade auch an eine Klientel richtet, bei der keine geschäftliche Erfahrung erwartet werden kann. Daher bestünde die Gefahr, dass Änderungen schlicht aus Unkenntnis nicht eingetragen werden. Um dem entgegenzuwirken, sollte den Gesellschaftern jährlich der aktuelle Stand der Eintragung mitgeteilt werden, verbunden mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit der Anmeldung etwaiger Änderungen. Ein einfacher Weg, um erloschene Gesellschaften zu identifizieren, wäre eine niedrige jährliche Registergebühr im zweistelligen Eurobereich.¹⁶⁹ Das Ausbleiben der Zahlung würde das Registergericht auf mögliche Problemfälle aufmerksam machen.

IV. Vermögensordnung

Aus der Rechtsfähigkeit der eingetragenen GbR ergibt sich, dass die Gesellschaft grundsätzlich selbst Trägerin des Gesellschaftsvermögens ist. Allerdings muss insoweit geklärt werden, wie weit die Verselbständigung der eingetragenen Gesellschaft tatsächlich reicht (1.). Demgegenüber gilt es, die nicht rechtsfähige Variante der GbR konsequent als reines Schuldverhältnis auszugestalten und die Gesellschafter als Vermögensträger in den Vordergrund zu rücken (2.). In Abgrenzung zur eingetragenen GbR wird die nicht rechtsfähige Variante der GbR nachfolgend als rein schuldrechtliche GbR bezeichnet.

1. Verselbständigung der eingetragenen GbR als Rechts- und Vermögensträgerin

Seit der Anerkennung der Außen-GbR als rechtsfähig steht fest, dass sie grundsätzlich selbst Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann. *De lege lata* ist jedoch nach wie vor umstritten, wie weit die rechtliche Verselbständigung der GbR „nach außen“ gegenüber Dritten und „nach innen“ gegenüber den Gesellschaftern tatsächlich reicht. Diese Fragen stellen sich *de lege ferenda* auch für die eingetragene GbR.

¹⁶⁹ Vgl. zu entsprechenden Überlegungen in England *Law Commission* (Fn. 114), Rn. 20.28 ff.

a) *Konsequente rechtliche Verselbständigung der eingetragenen GbR „nach außen“*

Obwohl mittlerweile anerkannt ist, dass die Außen-GbR rechtsfähig sein kann, wird sie bislang nicht immer konsequent als Rechtsträger „nach außen“ verselbständigt. Bereits vor 2001 hatte der BGH der GbR insofern eine partielle Rechtsfähigkeit zugestanden, als „die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts [...] als Teilnehmer am Rechtsverkehr grundsätzlich, d.h. soweit nicht spezielle rechtliche Gesichtspunkte entgegenstehen, jede Rechtsposition einnehmen [konnte].“¹⁷⁰ Obwohl der BGH in *ARGE Weißes Ross* an diese Rechtsprechung explizit anknüpfte, stellte die ausdrückliche Anerkennung der GbR als Rechtsträger einen Dambruch dar, der das Regel-/Ausnahmeverhältnis umkehrte. Die Fähigkeit der GbR zum Innehaben einer Rechtsposition ist seither die Regel, ihr Fehlen die Ausnahme. Insbesondere ist die rechtsfähige Außen-GbR „nach außen“ unzweifelhaft selbst Trägerin des Gesellschaftsvermögens – sowohl der Aktiva als auch der Passiva. Es war gerade die Stellung der GbR als materielle Grundstückseigentümerin, die den BGH zur Anerkennung ihrer Grundbuchfähigkeit „als solcher“ bewogen hatte.¹⁷¹

Ungeachtet der weitreichenden praktischen Folgen dieser Umwälzung spricht der BGH der GbR allerdings konzeptionell nur eine „beschränkte Rechtssubjektivität“¹⁷² zu und hält somit an der überkommenen Auffassung fest, wonach nur natürliche und juristische Personen umfassend rechtsfähig seien, während rechtsfähige Personengesellschaften nur über eine verminderte Rechtsfähigkeit oder Teilrechtsfähigkeit verfügten.¹⁷³ Dementsprechend hat es die Rechtsprechung – entgegen dem allgemeinen Trend – in einer Reihe von Fällen abgelehnt, die Anerkennung der GbR als Rechtssubjekt konsequent umzusetzen. So kann die GbR laut BGH keine Vollmacht erteilen. Lediglich die zu ihrer Vertretung berufenen Gesellschafter können Dritte bevollmächtigen, sie bei der Vertretung der Gesellschaft zu vertreten.¹⁷⁴ Auch kann eine GbR – entgegen der Prognose *Ulmers*¹⁷⁵ – weiterhin nicht als Verwalterin

¹⁷⁰ BGHZ 116, 86, 88.

¹⁷¹ BGHZ 179, 102, 109. *Wagner* hatte bereits zuvor darauf hingewiesen, dass sich die Grundbuchfähigkeit der GbR aus ihrer Rechtsfähigkeit ergebe, und dass die Gegenargumente Argumente gegen die Anerkennung der GbR als Rechtsträger seien, vgl. *Wagner ZZP* 117 (2004), 305, 348 ff. sowie *ders.* ZIP 2005, 637, 642 ff.

¹⁷² BGHZ 146, 341, 344.

¹⁷³ In diesem Sinne bspw. *Flume ZHR* 136 (1972), 177, 192; *Wiedemann WM* 1994, Sonderbeilage Nr. 4 zu Nr. 51/52, 6 ff. Kritisch gegenüber dieser Sichtweise bspw. *Huber*, in: FS für Marcus Lutter, 2000, 107, 109 ff.

¹⁷⁴ BGH DNotZ 2011, 361. Zustimmung *Armbrüster ZGR* 2013, 366, 369 f.

¹⁷⁵ *Ulmer ZIP* 2001, 585, 588.

einer WEG fungieren.¹⁷⁶ Anders als für Personenhandelsgesellschaften soll nach Auffassung des OLG Koblenz und des OLG Nürnberg für die Frage der familienrechtlichen Genehmigungsbefähigung nach den §§ 1821 f. BGB durch die GbR hindurchgeblickt und auf die Beteiligung minderjähriger Gesellschafter abgestellt werden.¹⁷⁷ Eine GbR als Vermieterin von Wohnraum kann – anders als eine (auch rein vermögensverwaltende) Personenhandels-gesellschaft¹⁷⁸ – ein Mietverhältnis wegen Eigenbedarfs eines Gesellschafter kündigen.¹⁷⁹ Schließlich kann die GbR nach Auffassung des BGH Verbraucher sein.¹⁸⁰ Auch insofern wird die GbR als Rechtsträger ignoriert und auf die Schutzwürdigkeit der Gesellschafter abgestellt.

Die in diesen Entscheidungen zum Ausdruck kommende selektive Beurteilung der Rechtsfähigkeit der GbR ist nicht überzeugend. Zu ihrer Begründung schlicht auf die „beschränkte Rechtssubjektivität“ bzw. „Teilrechtsfähigkeit“ der rechtsfähigen GbR zu verweisen, wäre eine Tautologie. Diese Schlagworte gehen am eigentlichen Problem vorbei. Es ist schon oft und überzeugend dargelegt worden, dass der Begriff „Teilrechtsfähigkeit“ irreführend ist.¹⁸¹ Soweit die Rechtsfähigkeit eines Rechtsträgers reicht, ist er schlicht rechtsfähig. Dass nicht jede Art von Rechtsträger jede Rechtsposition einnehmen kann, ist trivial. Niemand würde eine GmbH als „teilrechtsfähig“ bezeichnen, weil sie kein Testament verfassen kann, und niemand würde natürlichen Personen lediglich „beschränkte Rechtssubjektivität“ zuerkennen, weil sie keine Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften erhalten können.¹⁸² Die eigentliche Frage ist, ob es, abgesehen von Rechtspositionen personenrechtlicher Art, nennenswerte Rechtspositionen gibt, die eine rechtsfähige Außen-GbR – und damit *de lege ferenda* eine eingetragene GbR – nicht einnehmen kann. Dies ist zu verneinen. Seit der prinzipiellen Anerkennung der GbR als Rechtssubjekt ist eine überzeugende bereichsspezifische Einschränkung ihrer Rechtsfähigkeit nicht mehr möglich.¹⁸³ Jedenfalls für die eingetragene GbR – die wie

¹⁷⁶ BGH NJW 2006, 2189 ff.

¹⁷⁷ OLG Koblenz NJW 2003, 1401; OLG Nürnberg NJW 2013, 82.

¹⁷⁸ BGH NJW 2011, 993.

¹⁷⁹ BGH NJW 2007, 2845; BGH NJW 2009, 2738.

¹⁸⁰ BGHZ 149, 80, 84. Kritisch *Lehmann* AcP 207 (2007), 225, 246.

¹⁸¹ Siehe bspw. *Huber*, in: FS für Marcus Lutter, 2000, 107, 112; *Lehmann* AcP 207 (2007), 225, 236 ff. Kritisch gegenüber dem Begriff der Teilrechtsfähigkeit auch *Bork*, in: Martinek/Sellier (Redaktoren), 100 Jahre BGB – 100 Jahre Staudinger, 1999, 181, 185.

¹⁸² § 2b KWG.

¹⁸³ In diesem Sinne bspw. auch *Wagner* ZIP 2005, 637, 642 (zur Frage der Grunderwerbsfähigkeit der GbR); *Reuter* AcP 207 (2007), 673, 682 f. A.A. *Armbrüster* ZGR 2013, 366, 390, der die Differenzierungen der Rechtsprechung überwiegend gutheißt.

OHG und KG der Registerpublizität unterliegen würde – besteht keinerlei Anlass zu Abstrichen an ihrer Verselbständigung „nach außen“.

Daher würde die eingetragene GbR beispielsweise eine Vollmacht erteilen und als Verwalterin einer WEG fungieren können. Wie bei den Personengesellschaften dürfte für die Frage der familienrechtlichen Genehmigungsbefähigung nach den §§ 1821 f. BGB nicht durch die eingetragene GbR hindurchgeblendet werden. Eine eingetragene GbR als Vermieterin von Wohnraum könnte ein Mietverhältnis *nicht* wegen Eigenbedarfs eines Gesellschafters kündigen. Ferner könnte eine eingetragene GbR nicht Verbraucher im Sinne des § 13 BGB sein. Für die eingetragene GbR sind auch die für die rechtsfähige Außen-GbR noch nicht höchststrichterlich geklärten Fragen der Eignung als Komplementärin einer KG bzw. Gesellschafterin einer OHG¹⁸⁴ selbstverständlich zu bejahen. Wie eine OHG müsste eine eingetragene GbR auch als erbfähig angesehen werden.¹⁸⁵

b) Ausmaß der rechtlichen Verselbständigung der eingetragenen GbR gegenüber ihren Gesellschaftern?

Von der rechtlichen Verselbständigung der GbR im Außenverhältnis ist die Frage zu unterscheiden, inwieweit die Gesellschaft auch „nach innen“, gegenüber ihren Gesellschaftern verselbständigt ist. Das ist das große offene Problem des Personengesellschaftsrechts. Für *Flume* waren die Gesellschafter einer GbR „als Gruppe“ rechtsfähig. Sie konnten daher nicht gegenüber sich selbst verselbständigt sein:

„Die Gesamthand als Gruppe ist nicht eine außer den Personen der Gesamthänder noch bestehende Wesenheit. Die Gruppe sind vielmehr die Gesamthänder selbst [...]“¹⁸⁶

Am anderen Ende des Spektrums steht die vollständige rechtliche Verselbständigung der Gesellschaft gegenüber ihren Mitgliedern, wie sie für juristische Personen kennzeichnend ist.¹⁸⁷ Diese Problematik weist weit über eine Reform der GbR hinaus und erfordert eine an dieser Stelle nicht zu leistende Grundsatzdiskussion.¹⁸⁸ Allerdings soll zumindest eine kurze Positionsbe-

¹⁸⁴ Vgl. dazu *Ulmer/Schäfer*, in: *Ulmer/Schäfer* (Hg.) (Fn. 72), § 705 Rn. 317.

¹⁸⁵ *Ulmer* ZIP 2001, 585, 596; *MünchKommBGB/Berger*, 6. Aufl. 2013, § 1923 Rn. 31. Anders noch *Flume* ZHR 136 (1972), 177, 193, der sowohl die Erbfähigkeit der OHG als auch der GbR ablehnte. Zur Problematik der Erbfähigkeit der rechtsfähigen GbR *de lege lata* siehe *Heid*, Die GbR als Erbin, 2011, *passim*.

¹⁸⁶ *Flume* (Fn. 6), 56. In diesem Sinne bspw. auch *Huber*, in: FS für Marcus Lutter, 2000, 107, 113 f.

¹⁸⁷ *Flume* (Fn. 6), 98.

¹⁸⁸ So zu Recht *Karsten Schmidt* ZIP 2014, 493, 497.

stimmung erfolgen, um den für die Vermögensordnung der eingetragenen GbR *de lege ferenda* als gesichert anzusehenden Stand von den offenen Fragen abgrenzen zu können.

Sowohl die höchstrichterliche Rechtsprechung als auch die herrschende Lehre gehen derzeit (noch?) davon aus, dass es im deutschen Recht drei Kategorien von Rechtsträgern gibt: Zwischen die natürliche und die juristische Person ist – *tertium datur* – die rechtsfähige Personengesellschaft getreten.¹⁸⁹ Ob dieses Triptychon der Rechtsträgerschaft Bestand haben wird, dürfte sich danach entscheiden, wie die Frage nach der rechtlichen Verselbständigung der Personengesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern zukünftig beantwortet wird.¹⁹⁰ Den übrigen für die Unterscheidung angeführten Kriterien mangelt es an Überzeugungskraft.¹⁹¹ Bei der Frage nach dem Ausmaß der rechtlichen Verselbständigung von Personengesellschaften gegenüber ihren Gesellschaftern handelt es sich keineswegs nur um ein akademisches Problem. Bejaht man eine umfassende Verselbständigung nach dem Vorbild der juristischen Person, so wäre der Boden bereitet für einen weiteren Rechtsfortbildungsschub, der auf eine Einebnung der Unterschiede zwischen rechtsfähigen Personengesellschaften und Ka-

¹⁸⁹ Der BGH hat es ausdrücklich abgelehnt, die als rechtsfähig anerkannte GbR zugleich als juristische Person zu qualifizieren, vgl. BGHZ 146, 341, 343; BGHZ 149, 80, 84. In der Literatur sprechen sich für die beschriebene Dreiteilung bspw. aus *Ulmer* AcP 198 (1998), 113, 122; *Huber*, in: FS für Marcus Lutter, 2002, 107, 111. Die Mindermeinung qualifiziert die rechtsfähigen Personengesellschaften als juristische Personen, vgl. bspw. *Raiser* AcP 194 (1994), 495; *ders.* AcP 199 (1999), 104; *Bälz*, in: FS für Wolfgang Zöllner, 1998, Band I, 35, 58 ff. Wenn man die rechtsfähigen Personengesellschaften in ihrer gegenwärtigen Form als eigenständigen Subtyp der juristischen Person ansieht (in diesem Sinne etwa *Karsten Schmidt* AcP 209 (2009), 181, 201), so wird das Abgrenzungsproblem lediglich verlagert. Es stellt sich dann die Frage nach der Existenzberechtigung dieses Subtyps neben den übrigen Subtypen.

¹⁹⁰ Bezüglich der Parteifähigkeit hat *Wagner* ZZP 117 (2004), 305, 336 f. bereits darauf hingewiesen, dass die Unterscheidung zwischen juristischer Person und rechtsfähiger Personengesellschaft bedeutungslos ist, da es insofern nur auf das Außenverhältnis, nicht hingegen auf die Beziehung der Gesellschafter untereinander ankommt.

¹⁹¹ Rechtsvergleichend zeigt sich, dass insbesondere die in der deutschen Diskussion als Spezifika der juristischen Person angesehenen Merkmale der Fremdorganshaft und der Tauglichkeit als ausschließliches Haftungssubjekt (vgl. *Ulmer* AcP 198 (1998), 113, 122; *Reuter* AcP 207 (2007), 673, 675, 687 ff.) keine eindeutige Zuordnung erlauben. In Frankreich ist die Fremdorganshaft bei Personengesellschaften ganz selbstverständlich zulässig – selbst bei der nicht mit *personnalité morale* ausgestatteten *société en participation* (*Merle*, Droit commercial – Sociétés commerciales, 17. Aufl. 2014, Rn. 717 f.). In den USA schirmt die LLP die Gesellschafter vollständig vor einer Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten ab, ohne dass deshalb ihre Einordnung als *partnership* in Frage gestellt würde. Die LLP ist im Uniform Partnership Act 1997 schlicht als besondere Ausprägung der *general partnership* geregelt. Siehe auch Fn. 24.

pitalgesellschaften abzielen würde.¹⁹² In der Literatur gibt es bereits Stimmen, die sich für die Zulässigkeit des Erwerbs eigener Anteile durch Personengesellschaften sowie für Einpersonen-Personengesellschaften aussprechen.¹⁹³ Sollten sich die Befürworter einer umfassenden Verselbständigung der Personengesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern durchsetzen, würden die daraus resultierenden Umwälzungen auch die Vermögensordnung der eingetragenen GbR erfassen. Insofern bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten.

Zumindest im Hinblick auf die Zuordnung des Gesellschaftsvermögens ist jedoch eine klare Stellungnahme möglich. Für die rechtsfähige Außen-GbR wird sowohl eine konsequente Verselbständigung der Gesellschaft als Vermögensträgerin auch gegenüber ihren Gesellschaftern¹⁹⁴ als auch eine Mitberechtigung der Gesellschafter an den der rechtsfähigen Gesamthand zugeordneten Vermögensgegenständen¹⁹⁵ vertreten. Im Interesse von Rechtssicherheit und dogmatischer Klarheit ist für die eingetragene GbR *de lege ferenda* von einer klaren Trennung der Vermögenssphären von Gesellschaft und Gesellschaftern auszugehen. Wenn die Gesellschaft selbst Trägerin des Gesellschaftsvermögens ist, so kann es an den gleichen Gegenständen – will man metaphysische Zustände vermeiden – keine dingliche Mitberechtigung der Gesellschafter geben.¹⁹⁶ Aus der Trennung der Vermögenssphären folgt, dass die Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter keinen direkten Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen haben. Sie können zwar gemeinschaftlich über jeden dazugehörigen Gegenstand verfügen – allerdings nur in ihrer Eigenschaft als Vertreter der Gesellschaft.¹⁹⁷ Die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen erfordert einen Titel gegen die Gesellschaft. Ein Titel gegen alle Gesellschafter – der *de lege lata* noch gemäß § 736 ZPO für eine Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen genügt – wäre hingegen nicht ausreichend. Privatgläubiger der Gesellschafter könnten mangels Gegenseitigkeit nicht gegen Forderungen der Gesellschaft aufrechnen.

¹⁹² Für eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Problematik siehe *Karsten Schmidt* ZIP 2014, 493, 497 f.

¹⁹³ Vgl. bspw. *Weimar* ZIP 1997, 1765 ff. (Einpersonen-Personengesellschaft); *Priester* ZIP 2014, 245 ff. (Eigene Anteile). Daran zeigt sich, dass ein Festhalten an der Unterscheidung von Personengesellschaften und juristischen Personen unter Verweis auf noch bestehende Strukturunterschiede wenig ergiebig ist. Denn diese Strukturunterschiede stehen – jeweils einzeln – ihrerseits unter Druck.

¹⁹⁴ *Staudinger/Habermeier*, 2003, Vorbem zu §§ 705–740 Rn. 10 ff.; *Soergel/Hadding/Kießling*, §§ 705–758, 13. Aufl. 2012, Vor § 705 Rn. 21; § 719 Rn. 1, 5. So bereits auch *Flume* (Fn. 6), 73.

¹⁹⁵ *MünchKommBGB/Schäfer*, 6. Aufl. 2013, § 719 Rn. 4.

¹⁹⁶ In diesem Sinne bereits *Mülbert* AcP 199 (1999), 38, 46.

¹⁹⁷ A.A. *Huber*, in: FS für Marcus Lutter, 2000, 107, 113, der davon ausgeht, dass die „Gesamthand“ mit ihren Mitgliedern „identisch“ sei.

Delivered by Ingenta
2.147.142.164 on Tue, 19 Apr 2016 06:41:26
All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording, or otherwise, without the prior written permission of the copyright holder.

c) Veränderungen im Gesellschafterbestand

Kommt es durch den Eintritt oder den Austritt von Gesellschaftern zu Veränderungen im Gesellschafterbestand einer rechtsfähigen Außen-GbR, so hat dies auf die dingliche Zuordnung des Gesellschaftsvermögens keine Auswirkungen. Das Gesellschaftsvermögen steht weiterhin allein der Gesellschaft zu – sofern diese fortbesteht. Aufgrund der rechtlichen Verselbständigung der GbR ist für eine dinglich wirkende Anwachsung, wie sie dem ursprünglichen Regelungskonzept des § 738 Abs. 1 S. 1 BGB entsprach, kein Raum mehr.¹⁹⁸ Der Regelungsgehalt des § 738 Abs. 1 S. 1 BGB erschöpft sich für rechtsfähige Personengesellschaften in der „Verteilung“ der Mitgliedschaft des Ausgeschiedenen¹⁹⁹. *Karsten Schmidt* hat zutreffend darauf hingewiesen, dass dies eine nicht regelungsbedürftige Banalität darstellt.²⁰⁰ Die Summe der Anteile muss – nach dem Ausscheiden von Altgesellschaftern wie nach dem Eintritt von Neugesellschaftern – denotenwendig immer 100 % betragen. Einer dinglich wirkenden Anwachsung bedarf es auch nicht, wenn der vorletzte Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet²⁰¹ – entweder weil er austritt oder weil er seinen Anteil auf den letzten Gesellschafter überträgt. Die Gesellschaft erlischt schlicht *praeter legem* ohne Liquidation und das Gesellschaftsvermögen geht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter über. Dieser Fall ist insbesondere deshalb wichtig, weil er über die GbR hinaus von großer praktischer Bedeutung ist. Erwähnt sei nur die Beseitigung einer GmbH & Co. KG-Struktur durch die Einbringung der Kommanditanteile in die Komplementärs-GmbH. Sofern der Gesetzgeber zu einer Grundsatzentscheidung gegen die Einpersonen-Personengesellschaft bereit ist, könnte die geschilderte Rechtsfolge zur Erhöhung der Rechtssicherheit nach dem österreichischen Vorbild des § 142 UGB kodifiziert werden.²⁰² Angesichts der Funktion der GbR als gesellschaftsrechtlicher Grundtatbestand ist es ausreichend, diese Vorschrift für alle rechtsfähigen Personengesellschaften *de lege ferenda* im BGB anzusiedeln. § 738 Abs. 1 S. 1 BGB kann dagegen für die eingetragene GbR ersatzlos gestrichen werden. Auswirkungen auf die

¹⁹⁸ Vgl. *Karsten Schmidt* (Fn. 19), 1319 (§ 45 II 5), *ders.*, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 969, 980; *ders.* ZHR 177 (2013), 712, 728; *Bälz*, in: FS für Wolfgang Zöllner, 1998, Band I, 35, 51 f.; *Cordes* JZ 1998, 545, 547; *Staudinger/Habermeier*, 2003, § 738 Rn. 4.

¹⁹⁹ *Soergel/Hadding/Kießling*, §§ 705–758, 13. Aufl. 2012, § 738 Rn. 3.

²⁰⁰ *Karsten Schmidt*, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 969 f.

²⁰¹ *Karsten Schmidt*, in: FS für Ulrich Huber, 2006, 969, 991 f.

²⁰² § 142 Abs. 1 UGB: „Verbleibt nur noch ein Gesellschafter, so erlischt die Gesellschaft ohne Liquidation. Das Gesellschaftsvermögen geht im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf diesen über.“ Eine entsprechende Regelung findet sich nun auch in § 1215 ABGB für die nicht rechtsfähige GesBR.

übrigen rechtsfähigen Personengesellschaften, insbesondere die (GmbH & Co.) KG, ergeben sich hierdurch nicht.

Veränderungen im Gesellschafterbestand bis hin zu einem kompletten Austausch der Gesellschafter können sich auch durch Anteilsübertragungen ergeben. Auch hierdurch wird die Vermögenssphäre der Gesellschaft nicht berührt. Allerdings stellt sich die Frage, wie mobil die Anteile an einer eingetragenen GbR *de lege ferenda* sein sollten. *De lege lata* kann die generelle Zustimmung zu Anteilsübertragungen antizipiert im Gesellschaftsvertrag erteilt werden, was zur freien Übertragbarkeit der Anteile führt.²⁰³ Frankreich ist insofern strenger. Im Gesellschaftsvertrag einer *société civile* kann lediglich vorgesehen werden, dass für die grundsätzlich stets erforderliche *ad-hoc*-Genehmigung ein Mehrheitsbeschluss ausreicht.²⁰⁴ Für eine derartige Einschränkung der Dispositionsfreiheit der Gesellschafter besteht für die eingetragene GbR kein Bedürfnis. Der Bedeutung der Identität der Mitgesellschafter für die Beteiligung an einer GbR wird schon durch die gesetzliche Grundregel hinreichend gewahrt, dass Anteilsübertragungen die Zustimmung aller Gesellschafter erfordern. Wenn die Gesellschafter hiervon privatautonom abweichen wollen, sollte ihnen dies möglich sein.

Ferner sollte die Übertragung von Anteilen an einer eingetragenen GbR grundsätzlich formfrei möglich sein. Wie bereits *de lege lata* ist die Formfreiheit dann problematisch, wenn zum Gesellschaftsvermögen Gegenstände gehören, bezüglich derer gesetzliche Formerfordernisse für Verpflichtungs- und/oder Verfügungsgeschäfte bestehen. Praktisch relevant sind insofern vor allem Grundstücke und GmbH-Anteile. In der Literatur wird teilweise die analoge Anwendung von § 311b Abs. 1 BGB bzw. § 15 Abs. 4 GmbHG auf Verpflichtungsgeschäfte über GbR-Anteile befürwortet, wenn sich die Tätigkeit der betreffenden Gesellschaft im Wesentlichen auf das Halten von Grundstücken bzw. GmbH-Anteilen beschränkt.²⁰⁵ Die Rechtsprechung ist bislang allerdings sehr zurückhaltend und will eine Analogie allenfalls bei einer zielgerichteten Umgehung der Formvorschriften in Erwägung ziehen. Allein der Umstand, dass das Vermögen einer Gesellschaft im Wesentlichen aus Grund-

²⁰³ Ulmer/Schäfer, in: Ulmer/Schäfer (Hg.) (Fn. 72), § 719 Rn. 27.

²⁰⁴ Art. 1861 Code civil. Alternativ kann die Entscheidung über die Zustimmung an die Geschäftsführer delegiert werden. Eine freie Abtretbarkeit besteht nur unter in gerader Linie Verwandten und kann nur für Anteilsübertragungen zwischen Gesellschaftern im Vorhinein vereinbart werden.

²⁰⁵ Karsten Schmidt ZIP 1998, 2, 6 f.; Ulmer/Schäfer, in: Ulmer/Schäfer (Hg.) (Fn. 72), 719 Rn. 35 f. Weitergehend spricht sich Martens, Der Gesellschafterwechsel in der BGB-Gesellschaft mit Grundeigentum, 2007, 107 ff. für die analoge Anwendung von § 311b Abs. 1 BGB aus, sobald zum Gesellschaftsvermögen ein Grundstück gehört. Eine Analogie insgesamt ablehnend Morawietz (Fn. 19), 30 f.

Delivered by Ingenta
 147.142.164.239 Thu, 10 Apr 2015 06:45:26
 from IP address 147.142.164.239
 See http://www.ingenta.com

besitz oder GmbH-Anteilen besteht, indiziert keine Umgehung.²⁰⁶ Das Spannungsverhältnis zu den Formvorschriften ist offensichtlich. Dennoch sollte es auch *de lege ferenda* bei den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen bleiben. Eine generelle notarielle Beurkundungspflicht für Anteilsübertragungen wäre unverhältnismäßig. Eine rechtssichere Abgrenzung der problematischen Gestaltungen ist auch *de lege ferenda* nicht zu leisten, insbesondere wenn man bedenkt, dass die verschiedenen Formerfordernisse unterschiedlichen Schutzzwecken dienen.

2. Ausgestaltung der nicht rechtsfähigen GbR als reines Schuldverhältnis

Für die nicht eingetragene, rein schuldrechtliche GbR folgt aus der fehlenden Rechtsfähigkeit, dass die Gesellschaft nicht als Vermögensträgerin fungieren kann. Vielmehr sind es die Vermögensverhältnisse der Gesellschafter selbst, die es zu ordnen gilt.

a) Keine Wiederbelebung der gesamthänderischen Vermögensbindung

Eine auf den ersten Blick verführerisch einfache Regelung der Vermögensordnung der nicht rechtsfähigen GbR würde darin bestehen, die Uhren um vierzig Jahre zurückzudrehen. Der Gesetzgeber könnte schlicht klarstellen, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht rechtsfähig ist, solange sie nicht in das GbR-Register eingetragen ist, und im Übrigen am Prinzip der gesamthänderischen Vermögensbindung festhalten.

Ein solches Vorgehen ist jedoch nicht empfehlenswert, da es im Hinblick auf den Ausgang des „Dreißigjährigen Krieges“ einen krassen Anachronismus darstellen würde. Nachdem die Außen-GbR zum Rechtsträger erhoben wurde, wäre es schwer vermittelbar, wenn der Gesetzgeber mehrere Jahrzehnte Rechtsentwicklung mit einem Federstrich für irrelevant erklären würde. Das Prinzip der gesamthänderischen Vermögensbindung im traditionellen Sinne spielt im Gesellschaftsrecht allenfalls noch eine marginale, nach vorzugswürdiger Ansicht überhaupt keine Rolle mehr. Die Gesamthand des BGB war ursprünglich konzipiert als ein dinglich gebundenes Sondervermögen, das *mehreren* Personen zugeordnet ist.²⁰⁷ Sieht man auf der Grundlage

²⁰⁶ BGHZ 86, 367; BGH NJW-RR 2008, 773.

²⁰⁷ Vgl. nur *Schulze-Osterloh*, Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, 1972, 8; *Wiedemann* WM 1994, Sonderbeilage Nr. 4 zu Nr. 51/52, 4 f.; *Bälz*, in: FS für Wolfgang Zöllner, 1998, Band I, 35, 44.

2147 142 164 239 Thu, 19 Apr 2018 06:45:26
 Delivered by Ingenta
 Content Delivery Network
 to: 130.237.165.40
 via: https://www.ingenta.com

von *ARGE Weißes Ross* jede Außengesellschaft als rechtsfähig an – wofür gute Gründe sprechen – und folgt man gleichzeitig – mit ebenfalls guten Gründen – der Auffassung, wonach eine Innengesellschaft kein Gesamthandsvermögen haben kann,²⁰⁸ so gibt es eine gesamthänderische Bindung des Vermögens mehrerer Personen im Recht der GbR nicht mehr. Es stehen sich vielmehr die rechtsfähige Außen-GbR, die selbst Trägerin ihres Vermögens ist, und die nicht rechtsfähige, vermögenslose Innen-GbR gegenüber.²⁰⁹ Eine Überwindung des Prinzips der gesamthänderischen Vermögensbindung für nicht rechtsfähige Gesellschaften wäre also keineswegs revolutionär, sondern im Gegenteil – im Hinblick auf das fortgebildete Recht – zutiefst konservativ. Es geht eigentlich nur noch darum, die bereits erfolgte dogmatische Umwälzung auch sprachlich nachzuvollziehen. Es ist heute immer noch weit verbreitet, die *rechtsfähige* GbR ebenso wie die OHG und die KG als „Gesamthand“ oder „Gesamthandsgesellschaft“ zu bezeichnen.²¹⁰ Spätestens nach einer Neuordnung des Rechts der GbR sollte diese historisch überkommene Ausdrucksweise zugunsten des treffenderen und weniger missverständlichen Begriffs „rechtsfähige Personengesellschaft“ aufgegeben werden.

Die Wiederbelebung der traditionellen gesamthänderischen Vermögensbindung im Recht der GbR wäre auch der Sache nach verfehlt. Die Zuordnung eines gebundenen Vermögens zu einer Mehrzahl von Rechtsträgern hat sich zumindest für das Gesellschaftsrecht als klare Fehlkonstruktion herausgestellt. Die lange Zeit herrschende Auffassung hat versucht, den Widerspruch zwischen Einheit des Vermögens und Vielheit der Gesellschafter zu überbrücken, indem sie das Vermögen den Gesellschaftern „in ihrer Verbundenheit“ zuordnete und von einer „Einheit in der Vielheit“ ausging.²¹¹ Die diesem Ansatz inhärente Vagheit ermöglichte es, bis zu einem gewissen Grade zwischen Einheit und Vielheit zu changieren und für einzelne Fragestellungen differenzierte Lösungen zu finden.²¹² Allerdings leidet die Zuordnung eines dinglich gebundenen Gesellschaftsvermögen zu mehreren Rechtsträgern – wie bereits dargelegt – an einem unüberwindbaren strukturellen Problem. Das Prinzip der gesamthände-

²⁰⁸ Dies ist eine alte, aber nach wie vor ungelöste Streitfrage, vgl. *Flume* (Fn. 6), 6; *Güven* (Fn. 90), 117 ff. Offengelassen in BGHZ 12, 308, 314.

²⁰⁹ So zutreffend *Karsten Schmidt* (Fn. 19), 1697 (§ 58 II 2 b), *ders.* ZHR 177 (2013), 712, 717.

²¹⁰ Vgl. bspw. *MünchKommBGB/Reuter*, 6. Aufl. 2012, § 31 Rn. 25; *Wilhelm NZG* 2011, 801 ff. Kritisch gegenüber diesem Sprachgebrauch bereits 1998 *Bälz*, in: FS für Wolfgang Zöllner, 1998, Band I, 35, 42: „Die Außengesellschaft ist nie Gesamthandsgesellschaft“.

²¹¹ Vgl. *Blomeyer JR* 1971, 397 m.w.N.

²¹² Vgl. *Blomeyer JR* 1971, 397, 399 ff., der diese Offenheit als Stärke der h.M. begreift.

Delivered by Ingenta
147.142.164.239 - 19.04.2018 06:45:26
Copyright: Munich Personal
RePEc

rischen Bindung des „Gesellschaftsvermögens“ wurde von der zweiten Kommission eingeführt, um am Rechtsverkehr teilnehmenden Gesellschaften Stabilität zu verleihen.²¹³ Insofern leistet es einerseits zu wenig und andererseits zu viel. Die gesamthänderische Vermögensbindung allein bietet zu wenig Stabilität, da sie im Außenverhältnis keine Kontinuität bei Veränderungen im Gesellschafterbestand gewährleistet. Andererseits bietet die Vermögensbindung ohne Publizität zu viel Stabilität. Denn ein Zugriff auf die separierte, aber nicht rechtsfähige Vermögensmasse erfordert nach § 736 ZPO konsequenterweise einen Titel gegen alle Gesellschafter. Da weder der Gesellschafterbestand zu einem bestimmten Zeitpunkt noch Änderungen im Gesellschafterbestand für einen Außenstehenden nachvollziehbar sind, ergeben sich für die Gläubiger, die ein solches Gebilde verklagen, die bekannten prozessualen Schwierigkeiten.²¹⁴ Auf das Konzept eines gesamthänderisch gebunden Sondervermögens, das mehreren Rechtsträgern zugeordnet ist, sollte daher im Gesellschaftsrecht zumindest *de lege ferenda* endgültig verzichtet werden.

Der beschriebene strukturelle Konstruktionsfehler des gesellschaftsrechtlichen Gesamthandsprinzips hat dazu geführt, dass die GbR mit gesamthänderischer Vermögensbindung lange vor der Entscheidung *ARGE Weißes Ross* eine Tendenz zur Verselbständigung aufwies. Die bloße gesetzliche Anordnung, dass die GbR ohne Eintragung nicht rechtsfähig ist, würde an dem hinter dem Drang zur Verselbständigung stehenden praktischen Bedürfnis, das zum „Dreißigjährigen Krieg“ geführt hat, nichts ändern. Daher überzeugt auch das in der Reformdiskussion in Österreich vorgeschlagene – letztlich aber nicht umgesetzte – Gesamthandskonzept für die GesbR nicht. Innerhalb der Redaktionskommission für die Reform der GesbR gab es „erhebliche Sympathien für eine Abkehr vom Miteigentum [...] und für die Verankerung einer gesamthänderischen Zuordnung des [...] Vermögens“.²¹⁵ Allerdings sollte diese gesamthänderische Bindung keineswegs „als – versteckte – Wurzel einer Personifikation der Gesellschaft dienen“.²¹⁶ Auch wenn die Gerichte

²¹³ Mugdan (Hg.) (Fn. 1), II. Band, S. 991 (Protokolle): „Für die Einführung des Prinzipes der gesamten Hand wurde nun geltend gemacht: Der Zweck der Gesellschaft und die regelmäßige Absicht der Parteien führe darauf hin, ein gemeinschaftliches Gesellschaftsvermögen anzunehmen, welches der einzelne Gesellschafter nicht beliebig dadurch zerstören könne, daß er über seine Antheile an den einzelnen Vermögensstücken verfüge. Schaffe man in dieser Beziehung nicht eine reale Sicherheit, so könne die Erreichung der gemeinschaftlichen Zwecke jederzeit durch einen einzelnen Gesellschafter oder dessen Gläubiger unmöglich gemacht werden.“

²¹⁴ Vgl. *Wiedemann* WM 1994, Sonderbeilage Nr. 4 zu Nr. 51/52, 9 f.; *Karsten Schmidt* (Fn. 19), 1693 (§ 58 I 3 a).

²¹⁵ *Schauer* ZGR 43 (2014), 143, 156.

²¹⁶ Ebenda.

eine klare gesetzgeberische Festlegung in der Frage der Rechtsfähigkeit nicht komplett ignorieren könnten, bestünde doch ein erheblicher Druck zur Verselbständigung zumindest in Teilbereichen fort. In England beispielsweise ist die *partnership* keine *entity*. Dennoch stellen sich dort natürlich die gleichen praktischen Probleme wie in Deutschland vor *ARGE Weißes Ross*. Die hierfür gefundenen pragmatischen Lösungen laufen auf eine partielle Rechtsfähigkeit der *partnership* hinaus. So werden Verträge mit einer *partnership* im Zweifel dahingehend ausgelegt, dass sie einen Gesellschafterwechsel – und damit die Beendigung der bisherigen und die Gründung einer neuen *partnership* – überdauern sollen.²¹⁷ Auch der BGH ist lange vor der Anerkennung der GbR als rechtsfähig von der Stabilität von vertraglichen Beziehungen zu Dritten ausgegangen²¹⁸ – ein Ergebnis, das sich auf der Grundlage der Annahme eines Vertragsschlusses mit den Gesellschaftern schwer begründen lässt.²¹⁹

Im Erb- und Familienrecht mag die Beurteilung des Prinzips der gesamthänderischen Vermögensbindung positiver ausfallen.²²⁰ Hier besteht ein besonderes personenrechtliches Band²²¹ zwischen den Beteiligten, wie es für die Gesamthandsgemeinschaft ursprünglich als konstitutiv angesehen wurde.²²² Die Erbengemeinschaft soll nach dem gesetzlichen Leitbild zudem nur für eine begrenzte Zeit bestehen und ist auf Auseinandersetzung angelegt. In diesem Rahmen erscheint eine – zeitlich begrenzte – Vermögensbindung sinnvoll, um eine geordnete Abwicklung des Nachlasses zu ermöglichen. Eine Tendenz zur Verselbständigung ist allerdings auch bei der Erbengemeinschaft dann zu beobachten, wenn sie entgegen der gesetzgeberischen Intention nicht zeitnah abgewickelt wird.²²³ Bei der grundsätzlich auf zwei Ehegatten beschränkten Gütergemeinschaft ist die Interessenlage ohnehin eine völlig andere.

²¹⁷ *Law Commission* (Fn. 23), Rn. 5.18 f.

²¹⁸ BGHZ 79, 374.

²¹⁹ *Ulmer AcP* 198 (1998), 113, 142. A.A. *Zöllner*, in: FS für Alfons Kraft, 1998, 701, 715 ff., der davon ausgeht, dass der Neugesellschafter im Wege einer Art Gesamtrechtsnachfolge in alle dem Gesellschaftsvermögen zuzuordnenden Rechtspositionen – inklusive Vertragsstellungen – hineinwache.

²²⁰ Bereits *Weber-Grellet AcP* 182 (1982), 316, 324 ff., wies darauf hin, dass die Gesamthandsgemeinschaften des BGB – abgesehen von dem Ausschluss von Sonderverfügungen – nicht viel gemein haben. Dies spricht für die Möglichkeit einer Differenzierung. Gegen ein Einheitskonzept der Gesamthand auch *Karsten Schmidt AcP* 209 (2009), 181, 197 ff.

²²¹ Bei der Erbengemeinschaft ist dies zumindest der Regelfall.

²²² *Wächter* (Fn. 2), 47 ff.

²²³ Dies sollte jedoch keineswegs dazu verleiten, auch die Erbengemeinschaft zum Rechtsträger aufzuwerten. Siehe dazu ausführlich *Bork*, in: *Martinek/Sellier* (Redaktoren) (Fn. 181), 181 ff. So auch BGH NJW 2002, 3389, in Abgrenzung zu BGHZ 146, 341.

b) Fehlendes Regelungsbedürfnis für wichtige Erscheinungsformen

Für zahlreiche Erscheinungsformen der rein schuldrechtlichen GbR besteht von vornherein kein Bedürfnis nach einer Ordnung der Vermögensverhältnisse der Gesellschafter untereinander.

Das fehlende Regelungsbedürfnis ist offensichtlich für diejenigen Gesellschaften, die *de lege ferenda* das gesetzliche Leitbild der nicht rechtsfähigen, nicht eingetragenen GbR bilden würden. Der primäre Zweck der rein schuldrechtlichen GbR bestünde darin, das Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach einem flexiblen gesellschaftsrechtlichen Auffangtatbestand zu befriedigen. Für die Gesellschaften, die in diese Kategorie fallen, ist die Bildung eines den Gesellschaftern gemeinsam zustehenden – gesamthänderisch oder auf andere Weise gebundenen – Gesellschaftsvermögens in der Regel schlicht irrelevant. Dies trifft auf die meisten Gelegenheitsgesellschaften zu, für welche die GbR – zukünftig die rein schuldrechtliche GbR – das primäre Rechtsformangebot ist, seit die noch im ADHGB geregelte handelsrechtliche Gelegenheitsgesellschaft nicht in das HGB übernommen wurde.²²⁴ Dementsprechend ist es nicht überraschend, dass die Gelegenheitsgesellschaft einen Anwendungsschwerpunkt der GbR bildet.²²⁵ Vom gemeinschaftlichen Erwerb eines Lotterieloses über die Mitfahrgelegenheit unter Kostenbeteiligung bis hin zur Sammelbestellung von Heizöl ist die GbR im Alltag weit verbreitet – oftmals ohne dass sich die Beteiligten dessen bewusst sind. Als Gelegenheitsgesellschaft spielt die GbR aber auch im Wirtschaftsleben eine wichtige Rolle, beispielsweise in der Gestalt von Kredit- oder Emissionskonsortien²²⁶ von Banken oder als ARGE in der Baubranche. Abgesehen von der ARGE sind Gelegenheitsgesellschaften *de lege lata* in der Regel vermögenslose Innengesellschaften²²⁷ oder können zumindest problemlos als solche ausgestaltet werden. Ein instruktives Beispiel für die Flexibilität der Gestaltungspraxis bietet die Entwicklung der Emissionskonsortien, die *Ulmer* 2001 noch ganz selbstverständlich nicht nur zu den Außengesellschaften, sondern sogar zu den höherstufigen und damit nach seiner Auffassung allein rechtsfähigen GbRs zählte.²²⁸ Unter anderem wegen der sich aus einer solchen Einordnung ergebenden unerwünschten Haftungsfolgen haben Konsortialbanken mittlerweile eine entschiedene Präferenz dafür,

²²⁴ In Art. 266 ff. ADHGB war die „Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung“ geregelt.

²²⁵ Vgl. *Alberts* (Fn. 72), 81 ff. In Österreich ist die Situation vergleichbar, siehe *Schauer* ZGR 2014, 143, 146.

²²⁶ Siehe dazu *Schaffelhuber/Sölch*, in: Gummert/Weipert (Hg.) (Fn. 20), § 31 sowie *Schücking*, ebenda, § 32.

²²⁷ Vgl. *Karsten Schmidt* (Fn. 19), 1708 f. (§ 58 III 6).

²²⁸ *Ulmer* ZIP 2001, 585, 593.

untereinander eine Innengesellschaft zu vereinbaren.²²⁹ Aber auch jenseits des Kreises der Gelegenheitsgesellschaften finden sich zahlreiche wirtschaftlich relevante Ausprägungen der GbR, die keiner besonderen Vermögensordnung bedürfen. Gleichordnungskonzerne können mittels einer rein schuldrechtlichen „Innen-GbR“ gebildet werden. Um ein Gemeinschaftsunternehmen mittels einer GbR zu führen, müssen die Anteile der Gesellschafter am Unternehmen kein gesamthänderisch gebundenes Vermögen der GbR werden. Die Einräumung einer Unterbeteiligung an einem Gesellschaftsanteil erfordert ebenfalls kein „gebundenes“ Gesellschaftsvermögen. Gleiches gilt für die diversen auf der Rechtsform der GbR basierenden Poolgestaltungen (Sicherheiten-Pools; Stimmbindungsverträge; Versicherungs-Pools; Cash-Pools).²³⁰

Ebenfalls unproblematisch und nicht regelungsbedürftig sind Gestaltungen, bei denen alle dem Gesellschaftszweck dienenden Vermögensgegenstände dinglich exklusiv einem der Gesellschafter zugeordnet sind.²³¹ Ist dieser Gesellschafter eine natürliche Person, die kein Kaufmann ist, so unterfällt eine solche Gestaltung den §§ 705 ff. BGB. Handelt es sich bei dem als Rechtsträger fungierenden Gesellschafter um einen Kaufmann oder eine Handelsgesellschaft, so kommt auch eine stille Gesellschaft gemäß den §§ 230 ff. HGB in Betracht, die eine besondere Ausprägung der GbR darstellt.²³² An all dem würde sich *de lege ferenda* bei einem Verzicht auf jegliche Vermögensbindung nichts ändern. Die rein schuldrechtliche GbR könnte weiterhin für Gestaltungen nach dem Modell der stillen Gesellschaft genutzt werden. Alternativ wäre auch eine Gestaltung nach dem Modell der Metagesellschaft möglich, bei der mehrere oder alle Gesellschafter im Rechtsverkehr auftreten und jeweils gesondert als Vermögensträger fungieren.²³³ Wegen der exklusiven dinglichen Zuordnung von dem Gesellschaftszweck gewidmeten Vermögensgegenständen zu einzelnen Gesellschaftern ergeben sich keine Publizitätsprobleme. Spiegelbildlich fehlt es an einem Ansatzpunkt für eine Vermögensseparierung und für eine Beschränkung des Zugriffs der Privatgläubiger der als Vermögensträger fungierenden Gesellschafter. Ungeachtet der klaren dinglichen Rechtslage sind die Gesellschafter schuldrechtlich natürlich völlig frei. Sie können sich also insbesondere wirtschaftlich so stellen, als ob die

²²⁹ *Ulmer/Schäfer*, in: *Ulmer/Schäfer* (Hg.) (Fn. 72), Vor § 705 Rn. 56.

²³⁰ *Karsten Schmidt* (Fn. 19), 1710 f. (§ 58 III 7 d).

²³¹ *Flume* ZHR 136 (1972), 177, 180.

²³² *Flume* ZHR 136 (1972), 177, 180; *MünchKommHGB/Karsten Schmidt*, 3. Aufl. 2012, § 230 Rn. 4, 7. Zu fragen ist dann, ob auch die übrigen Voraussetzungen der stillen Gesellschaft vorliegen. Für eine entsprechende Anwendung der §§ 230 ff. HGB auch auf die Beteiligung an einem nichtkaufmännischen Unternehmen spricht sich bspw. aus *MünchKommHGB/Karsten Schmidt*, 3. Aufl. 2012, § 230 Rn. 24.

²³³ *MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer*, 6. Aufl. 2013, Vor § 705 Rn. 72.

dem Gesellschaftsvermögen gewidmeten Gegenstände allen Gesellschaftern gemeinschaftlich bzw. der Gesellschaft zustünden, also ein „virtuelles“ Gesellschaftsvermögen bilden.²³⁴

c) *Angemessene Vermögensordnung durch Regelungsverzicht im Übrigen*

Die Frage der Ordnung der Vermögensverhältnisse der Gesellschafter untereinander – und damit die Problematik der Vermögensbindung – wird erst dann akut, wenn die Gesellschafter einer rein schuldrechtlichen GbR dem Gesellschaftszweck gewidmete Gegenstände auch dinglich vergemeinschaften wollen. Dann provoziert die Ablehnung der vom historischen Gesetzgeber für die GbR vorgesehenen Vermögensordnung die Frage, was an die Stelle der gesamthänderischen Vermögensbindung treten soll. *De lege ferenda* kann die Antwort für die rein schuldrechtliche GbR konsequenterweise nur lauten: Nichts. Wie nachfolgend gezeigt werden soll, wird gerade durch einen schlichten Regelungsverzicht der für die rein schuldrechtliche GbR angemessene Rechtsrahmen hergestellt.

Nach einer Streichung von § 719 Abs. 1 BGB könnten die Gesellschafter dem Gesellschaftszweck gewidmete Gegenstände nur noch in Gestalt einer Gemeinschaft nach Bruchteilen vergemeinschaften. Privatautonom kann ein Äquivalent zur gesamthänderischen Vermögensbindung nicht erzeugt werden. Dem stehen § 137 S. 1 BGB²³⁵ sowie der durch Typenfixierung abgesicherte *numerus clausus* dinglicher Rechte²³⁶ entgegen.²³⁷ Eine Bruchteilsgemeinschaft kann auch an Forderungen bestehen. Im Außenverhältnis sind die Beteiligten dann als Mitgläubiger im Sinne von § 432 BGB anzusehen.²³⁸ Auch im Übrigen wären für durch die Gesellschafter begründete Gläubigermehrheiten die §§ 420 ff. BGB einschlägig.²³⁹ Im Ergebnis müssten die Gesellschafter mit relativ instabilen Vermögensverhältnissen vorliebnehmen.

²³⁴ Vgl. weiterführend Karsten Schmidt ZHR 178 (2014), 10 („Innenkommanditgesellschaft“ als Verband und virtueller Rechtsträger).

²³⁵ Liebs AcP 175 (1975), 1, 41; Staudinger/Kohler, 2003, § 137 Rn. 8. Siehe auch Schulze-Osterloh (Fn. 207), 178.

²³⁶ Vgl. MünchKommBGB/Gaier, 6. Aufl. 2013, Einleitung zu Buch 3, Rn. 11. Der *numerus clausus* der Sachenrechte wird seinerseits wiederum durch § 137 S. 1 BGB abgesichert, vgl. Liebs AcP 175 (1975), 1, 26.

²³⁷ So schon die erste Kommission, vgl. Mugdan (Hg.) (Fn. 1), II. Band, 335 (Motive) (kein „anomales Miteigentum“ möglich).

²³⁸ Staudinger/Looschelders, 2012, § 432 Rn. 24; MünchKommBGB/Karsten Schmidt, 6. Aufl. 2013, § 741 Rn. 47 f. A.A. MünchKommBGB/Bydlinski, 6. Aufl. 2012, § 432 Rn. 2.

²³⁹ Die negative Vermögensordnung, also die Haftung für Verbindlichkeiten, soll an dieser Stelle zunächst ausgeklammert werden. Siehe dazu unter V.2.

Jeder Gesellschafter könnte dinglich frei über ihm im Rahmen einer Gemeinschaft nach Bruchteilen zugeordnete Anteile an den einzelnen Vermögensgegenständen verfügen. Ein gesellschaftsvertragliches Veräußerungsverbot würde gemäß § 137 BGB nur schuldrechtliche Wirkung entfalten. Auch eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung, wonach ein Gesellschafter nur *en bloc* über seine Anteile an den zum „Gesellschaftsvermögen“ gehörenden Gegenständen verfügen darf, hätte keine dingliche Wirkung. Denn nach überwiegender Auffassung kann zwar die Gemeinschaft als Schuldverhältnis an einer Sachgesamtheit bestehen.²⁴⁰ Insofern ist auch eine Überlagerung der Gemeinschaft durch ein Gesellschaftsverhältnis möglich.²⁴¹ Dies betrifft jedoch nur das Innenverhältnis der Gemeinschaft/Gesellschafter. Die dingliche Bruchteilsberechtigung bezieht sich aufgrund des Spezialitätsgrundsatzes stets auf einzelne Gegenstände. Allerdings ermöglicht die Gemeinschaft zumindest nach innen ein gewisses Maß an Vermögensbindung.²⁴² Das Recht, gemäß § 749 Abs. 1 BGB jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen zu können, kann vertraglich für immer oder auf Zeit abbedungen werden. Alternativ könnte auch vereinbart werden, dass der Aufhebungsanspruch für alle dem Gesellschaftszweck gewidmeten Gegenstände nur gleichzeitig geltend gemacht werden kann.²⁴³ Eine solche Vereinbarung wirkt gemäß § 751 S. 1 BGB auch gegenüber dem Sonderrechtsnachfolger. Der Sonderrechtsnachfolger kann diese Einschränkung seiner Dispositionsfreiheit selbst bei Gutgläubigkeit nicht überwinden. Lediglich bei Grundstücken ist gemäß § 1010 Abs. 1 BGB ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb möglich, was allerdings wiederum durch eine entsprechende Eintragung im Grundbuch ausgeschlossen werden kann. Gemäß § 746 BGB wäre ein Sonderrechtsnachfolger auch an eine etwaige Verwaltungs- und Benutzungsregelung gebunden. Ein Gesellschafter könnte somit zwar auch entgegen einer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag über seinen Anteil an der Gesellschaft gewidmeten Gegenständen verfügen. Dadurch würden diese Gegenstände aber nicht unbedingt der Verwendung für den Gesellschaftszweck entzogen.²⁴⁴

Anders ist dies, wenn Privatgläubiger eines Gesellschafters auf dessen Anteil an einem bestimmten Gegenstand zugreifen. Die vertragliche Abbedingung des Rechts, Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, wirkt gemäß § 751 S. 2 BGB nicht gegenüber einem Gläubiger, der eine Pfändung des Anteils eines Teilhabers erwirkt hat. Demgegenüber kann der Privatgläubiger eines Gesell-

²⁴⁰ BGHZ 140, 63; MünchKommBGB/Karsten Schmidt, 6. Aufl. 2013, § 741 Rn. 33. Ablehnend Schnorr, Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741–758 BGB), 2004, 6 ff.

²⁴¹ MünchKommBGB/Karsten Schmidt, 6. Aufl. 2013, § 741 Rn. 4.

²⁴² In diesem Sinne Madaus ZHR 178 (2014), 98, 102 f.

²⁴³ Schnorr (Fn. 244), 150.

²⁴⁴ So auch Schnorr (Fn. 244), 149.

schafters *de lege lata* nicht im Wege der Zwangsvollstreckung auf gemäß § 719 Abs. 1 BGB gesamthänderisch gebundene Gegenstände zugreifen. Auch eine Aufrechnung mit einer Privatforderung gegen eine gesamthänderisch gebundene Forderung ist gemäß § 719 Abs. 2 BGB generell ausgeschlossen, während *de lege ferenda* mit einer Privatforderung zumindest gegenüber Forderungen aufgerechnet werden könnte, bezüglich derer die Gesellschafter Teilgläubiger (dann nur anteilig) oder Gesamtgläubiger sind.²⁴⁵ *De lege lata* bleibt dem Privatgläubiger eines Gesellschafters gemäß § 725 BGB nur, den Gesellschaftsanteil seines Schuldners zu pfänden und die Gesellschaft zu kündigen, um Zugriff auf das Auseinandersetzungsguthaben zu erlangen. Er muss dabei in Kauf nehmen, dass die Gesellschaftsgläubiger vorab befriedigt werden.²⁴⁶ Anders als bei einer Gemeinschaft nach Bruchteilen ist das Gesellschaftsvermögen auf diese Weise davor geschützt, durch multiple Einzelpfändungen zerfleddert zu werden.²⁴⁷ Die Gemeinschaft nach Bruchteilen stellt daher auch nach der *Rittergut*-Entscheidung²⁴⁸ – in welcher der BGH bestätigt hatte, dass schuldrechtlich in einer Gemeinschaft mehrere Grundstücke zusammengefasst werden können – keine angemessene Vermögensordnung für Unternehmen dar. Erst recht sollte man sich von dem Sonderfall eines „seit Jahrhunderten gemeinschaftlich als Forst verwaltet[en]“ und aus mehr als 200 Grundstücken bestehenden Rittergutes nicht dazu hinreißen lassen, die Gemeinschaft selbst zur tauglichen „Unternehmensträgerin“ zu proklamieren.²⁴⁹ Das ist sie in aller Regel nicht.

Dieser Befund stellt jedoch für die rein schuldrechtliche GbR kein Problem dar. Bislang hat es die Überspannung des Einheitsmodells der GbR erforderlich gemacht, dass die §§ 705 ff. BGB auch die Bedürfnisse von Gesellschaften in den Blick nehmen, für die eine Gemeinschaft nach Bruchteilen keine ausreichende Stabilität liefert. Im Rahmen der hier angestellten Reformüberlegungen würde dieses Problem entfallen. Das Bedürfnis nach einer Rechtsform mit stabilem Gesellschaftsvermögen würde *de lege ferenda* durch die eingetragene GbR befriedigt. Für die nicht rechtsfähige, rein schuldrechtliche GbR bestünde daher keine Notwendigkeit für eine wie auch immer ausgestaltete Vermögensbindung. Hierin unterscheidet sich der hier unterbreitete

²⁴⁵ Bei durch die Gesellschafter gemeinschaftlich begründeten vertraglichen Forderungen ist allerdings im Regelfall von Mitgläubigerschaft i.S.v. § 432 BGB auszugehen, vgl. Staudinger/*Looschelders*, 2012, § 428 Rn. 2 und § 432 Rn. 4 f., 24.

²⁴⁶ Kritik hieran wurde in der zweiten Kommission laut, vgl. Mugdan (Hg.) (Fn. 1), II. Band, S. 991 (Protokolle).

²⁴⁷ Entgegen der Auffassung von *Madaus* ZHR 178 (2014), 98, 102, besteht also *de lege lata* hinsichtlich der Stabilität der gebundenen Vermögensmasse ein erheblicher Unterschied zwischen Gesellschaft und Gemeinschaft an einer Sachgesamtheit.

²⁴⁸ BGHZ 140, 63.

²⁴⁹ So aber *Madaus* ZHR 178 (2014), 98 ff.

Reformvorschlag grundlegend von bislang entwickelten Alternativkonzepten. Das Einheitsmodell der GbR im E I musste *auch* den passenden rechtlichen Rahmen für Gesellschaften bieten, die eines „Gesellschaftsvermögens“ im Sinne eines dauerhaft dem Gesellschaftszweck gewidmeten Sondervermögens bedürfen.²⁵⁰ Daher enthielt selbst der E I, der die Gesellschaft als reines Schuldverhältnis konstruierte, Vorschriften zur Vergemeinschaftung beizutragender Gegenstände „dem Rechte nach“ (§§ 631, 641 E I). Das so gebildete „Gesellschaftsvermögen“ sollte schuldrechtlich durch eine Verpflichtung zum Verfügungsverzicht gebunden werden (§ 645 Abs. 1 E I). Außerdem sollte den Gesellschaftern untersagt werden, im Hinblick auf so „vergemeinschaftete“ Gegenstände vor Auflösung der Gesellschaft „Theilung“ zu verlangen (§ 645 Abs. 2 E I).²⁵¹ Auch der Reformvorschlag *Karsten Schmidts* aus dem Jahr 1983, der lediglich „Mitunternehmer-BGB-Gesellschaften“ zur quasi-OHG erheben wollte, hätte die strukturelle Überforderung des Einheitsmodells nicht beseitigt. Folgerichtig lehnte *Karsten Schmidt* es ab, dem Modell einer rein schuldrechtlichen Vermögensbindung nach dem Vorbild des E I zu folgen.²⁵² Stattdessen schlug er ein „gebundenes Miteigentum“ vor, bei dem es ohne rechtliche Verselbständigung und unter Verzicht auf eine dinglich wirkende Anwachsung bei der Vermögensbindung nach § 719 Abs. 1 BGB geblieben wäre. In Österreich steht dem Rechtsverkehr ebenfalls nur die als „offene Gesellschaft“ firmierende OHG als Alternative zur nicht rechtsfähigen GesBR zur Verfügung. Dementsprechend wurde die reformierte GesBR ausdrücklich auch auf eine Rolle als Außengesellschaft, sogar als „unternehmenstragende“ Außengesellschaft ausgelegt.²⁵³

²⁵⁰ Lediglich für Erwerbsgesellschaften war ein Ausweg in Gestalt der Option zum Recht der OHG eröffnet.

²⁵¹ Insofern wurde dem E I von Stimmen in der zweiten Kommission Inkonzistenz vorgeworfen, da er im Innenverhältnis die Vermögensbindung der Gesamthand nachbilde, ohne ihr im Außenverhältnis effektiv Geltung zu verschaffen. Vgl. Mugdan (Hg.) (Fn. 1), II. Band, 991 (Protokolle).

²⁵² *Karsten Schmidt* erachtete den Verzicht auf die Möglichkeit, mittels einer GbR die dinglich wirksame Zweckbindung eines Vermögens herbeizuführen, als einen zu hohen Preis. Vgl. *ders.* (Fn. 14), 492 f.

²⁵³ An dem Gesellschaftsvermögen gewidmeten beweglichen und unbeweglichen Sachen besteht Miteigentum der Gesellschafter nach ideellen Quoten. Für Forderungen gilt hingegen das Gesamthandsprinzip (§1180 ABGB). Vgl. *Schauer* ZGR 43 (2014), 143, 148, 157. Dementsprechend können Privatgläubiger eines Gesellschafters nicht gegen eine zum „Gesellschaftsvermögen“ gehörende Forderung aufrechnen (§ 1178 Abs. 2 ABGB). Eine Vollstreckung von Privatgläubigern in „gesellschaftsgebundene Miteigentumsanteile“ ist hingegen weiterhin möglich (Erläuterungen zum GesBR-Reformgesetz [Fn. 18], 4).

Mit der hier vorgeschlagenen Schaffung einer eingetragenen GbR stünde für auf eine Teilnahme am Rechtsverkehr angelegte Gesellschaften unterhalb der Schwelle der OHG/KG/GmbH jedoch ein maßgeschneidertes Rechtsformangebot zur Verfügung. Selbst für das legitime Interesse zweier Ehegatten an einer dinglichen Bindung ihrer Anteile am Familien-Eigenheim, mit dem *Karsten Schmidt* 1983 die Beibehaltung des § 719 Abs. 1 BGB gerechtfertigt hat,²⁵⁴ bietet eine eingetragene GbR eine im Hinblick auf die Vermögensbindung gleichwertige und im Übrigen transparentere Gestaltungsalternative: Wird ein Grundstück über eine eingetragene GbR gehalten, so kann ein Anteil an der Gesellschaft im gesetzlichen Regelfall nur mit Zustimmung aller Mitgesellschafter übertragen werden. Durch die Schaffung der eingetragenen GbR entfele somit der Druck, bei der Ausgestaltung der rein schuldrechtlichen GbR auf Gesellschaftstypen mit einem Bedürfnis nach dinglicher Vermögensbindung Rücksicht zu nehmen.

Eine solche Rücksichtnahme ist nicht nur nicht erforderlich, sondern wäre im Hinblick auf die Ausdifferenzierung der GbR in eine rechtsfähige und eine nicht rechtsfähige Variante sogar kontraproduktiv. Wenn die Gesellschafter ein dinglich gebundenes Sondervermögen bilden wollen, so sollen sie sich nach dem hier vorgeschlagenen Regelungskonzept im Interesse des Rechtsverkehrs an transparenten Vermögensverhältnissen zumindest einer eingetragenen GbR bedienen. Es ist daher sogar geboten, das Bedürfnis nach stabilen Vermögensverhältnissen im Rahmen der rein schuldrechtlichen GbR *nicht* zu berücksichtigen, um die Nachfrage nach einem dinglich gebundenen Gesellschaftsvermögen in die hierfür vorgesehenen Rechtsformen zu lenken.²⁵⁵ Selbst eine Regelung nach dem Vorbild von § 645 E I, durch die eine schuldrechtliche Bindung der Bruchteile zur gesetzlichen Regel erhoben wird, verbietet sich deshalb. Um einen angemessenen Rahmen für die Vermögensverhältnisse der Gesellschafter einer rein schuldrechtlichen GbR zu schaffen, genügt die Streichung von § 719 Abs. 1 BGB. Im Übrigen sollte sich der Gesetzgeber in Regelungsverzicht üben. Allenfalls ist zu erwägen, dem neuen Regelungskonzept durch gesetzliche Zweifelsregelungen und Klarstellungen Ausdruck zu verleihen. Als Vorbild könnte beispielsweise Art. 1872 al. 1 *Code civil* dienen, der für die *société en participation* Folgendes bestimmt: „A l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société.“²⁵⁶

²⁵⁴ Vgl. aber *Told* (Fn. 18), 107, die darin eine Umgehung von § 364c ABGB – dem österreichischen Pendant zu § 137 BGB – sieht.

²⁵⁵ Mit dem gleichen Argument spricht sich *Schöpflin* NZG 2003, 606, 609 gegen die Aufwertung der GbR aus.

²⁵⁶ Demgegenüber hatte § 631 E I die Vergemeinschaftung der beizutragenden Gegenstände „dem Rechte, der Nutzung oder dem Gebrauche nach“ noch gleichwertig

d) Veränderungen im Gesellschafterbestand und Umwandlung

Auch die vermögensrechtlichen Konsequenzen von Veränderungen im Gesellschafterbestand einer rein schuldrechtlichen GbR sind *de lege ferenda* nicht regelungsbedürftig. Auf schuldrechtlicher Ebene kann es bei der bestehenden Rechtslage bleiben. Die verbleibenden Gesellschafter würden sich gegebenenfalls mit einem ausscheidenden Gesellschafter gemäß den §§ 738 ff. BGB (schuldrechtlich) auseinandersetzen. Tritt ein Gesellschafter entgeltlich in eine bestehende Gesellschaft ein, so muss er das vereinbarte Entgelt entrichten. An wen die Zahlung zu erfolgen hat, ist eine Frage der konkreten Gestaltung. Auf dinglicher Ebene wäre mit der Aufgabe der gesamthänderischen Vermögensbindung auch dem dinglichen Anwachsungsmodell des § 738 Abs. 1 S. 1 BGB die Grundlage entzogen. Die Vorschrift sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

Der Wegfall des dinglichen Anwachsungsmodells hat keinerlei Auswirkungen auf Gesellschaften, bei denen es nicht zu einer Vergemeinschaftung von Vermögensgegenständen durch die Begründung einer Gemeinschaft nach Bruchteilen gekommen ist. Denn dann besteht keine Notwendigkeit, Änderungen im Gesellschafterbestand dinglich nachvollziehen. Wurde hingegen eine Gemeinschaft nach Bruchteilen an dem Gesellschaftszweck gewidmeten Gegenständen begründet, so muss eine Veränderung im Gesellschafterbestand bei Wegfall des Anwachsungsprinzips dinglich durch eine Verfügung über den Anteil an jedem einzelnen Gegenstand nachvollzogen werden. Anteile an beweglichen und unbeweglichen Sachen müssen gemäß §§ 929 ff. bzw. §§ 873, 925 BGB übereignet, Anteile an Forderungen gemäß §§ 398 ff. BGB abgetreten werden. Es versteht sich von selbst, dass ein Wechsel im Gesellschafterbestand zudem keine unmittelbaren Auswirkungen auf von den Gesellschaftern gemeinschaftlich eingegangene Vertragsverhältnisse hätte. Diese würden vielmehr mit den ursprünglichen Gesellschaftern fortbestehen. Um den Wechsel im Gesellschafterbestand insofern nachzuvollziehen, müssten Verhandlungen mit den jeweiligen Vertragspartnern aufgenommen werden.

Dieses Ergebnis kann zwar für die beteiligten Gesellschafter unbequem sein, entspricht aber voll und ganz dem hier vorgeschlagenen Regelungskonzept. Wie bereits dargelegt, sollte die Vergemeinschaftung von Vermögensgegenständen im Rahmen der rein schuldrechtlichen GbR keinesfalls gefördert werden, um die Gesellschafter in eine für die Bildung eines Gesellschaftsvermögens adäquatere Rechtsform – mindestens eine eingetragene GbR – zu lenken. Daher verbietet es sich, die in Österreich 2014 eingeführten gesetzlichen

nebeneinander gestellt. Als Vorbild könnte auch Art. 1872–1 al. 1 *Code civil* dienen: „Chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers.“

Erleichterungen für den Fall eines Gesellschafterwechsels nachzubilden. Österreich hat im Ergebnis ein partielles Anwachsungsmodell ohne gesamthänderische Vermögensbindung kodifiziert.²⁵⁷ Für der Gesellschaft gewidmete Sachen, die keiner Objektpublizität unterliegen, gilt die Übergabe mit dem Wirksamwerden des Wechsels im Gesellschafterbestand als vollzogen. Damit wird faktisch auf ein Verfügungsgeschäft verzichtet.²⁵⁸ Anteile an Grundstücken müssen jedoch auch in Österreich weiterhin gesondert übereignet werden. In Anlehnung an eine entsprechende Regelung in § 38 UGB sieht § 1201 ABGB zudem nunmehr einen gesetzlichen Übergang von Vertragsverhältnissen mit Dritten auf den neuen Gesellschafterbestand vor. Um sich hiergegen zu wehren, müssen die Vertragspartner widersprechen. Beide Regelungen weisen in Richtung auf eine Verselbständigung der GesbR und stehen im Widerspruch zu ihrer gesetzlich angeordneten fehlenden Rechtsfähigkeit.

Ebenfalls nicht als Vorbild für die rein schuldrechtliche GbR taugt der neue § 1206 ABGB, der die Umwandlung einer GesbR in eine OG oder KG durch eine partielle Gesamtrechtsnachfolge erleichtert. Ausgenommen von der Gesamtrechtsnachfolge sind nur „bücherliche Rechte“, die weiterhin gesondert übertragen werden müssen. Auf den ersten Blick scheint gegen die Übernahme einer solchen Vorschrift für die rein schuldrechtliche GbR nichts einzuwenden zu sein. Auch wenn die Gesellschafter nicht gesetzlich ermutigt werden sollten, Vermögensgegenstände durch Begründung einer Bruchteilsgemeinschaft zu vergemeinschaften, so scheint doch im Grunde nichts dagegen zu sprechen, ihnen den Ausweg aus dieser Situation zu erleichtern. Bei einer dynamischen Betrachtung zeigt sich jedoch, dass gerade von der Existenz eines einfachen Auswegs ein Anreiz ausgehen könnte, in der rein schuldrechtlichen GbR Vermögenswerte zu vergemeinschaften. Insbesondere die „Vorgesellschaftsproblematik“ könnte sich verschärfen. Es würde für die Gesellschafter erheblich einfacher, sich zunächst ohne Eintragung am Rechtsverkehr zu beteiligen, wenn sie die Gewissheit hätten, dass sie die Eintragung ohne großen Aufwand nachholen können. Dies gilt es zu vermeiden. Soll eine rein schuldrechtliche GbR eingetragen werden, so sind damit weitreichende dingliche Folgen verbunden. Das Gesellschaftsvermögen muss aus seiner Zuordnung zu den Gesellschaftern gelöst und auf die Gesellschaft übertragen werden. Dies sollte den Gesellschaftern einer rein schuldrechtlichen GbR dadurch bewusst gemacht werden, dass sie jeden einzelnen Vermögensgegenstand auf die neu gegründete eingetragene GbR übertragen müssen und bezüglich der Überleitung von Vertragsverhältnissen in Verhandlungen mit ihren Vertragspartnern eintreten müssen.

²⁵⁷ Schauer ZGR 43 (2014), 143, 161.

²⁵⁸ Ebenda.

V. Haftung

Die Weichenstellung der bestehenden bzw. fehlenden rechtlichen Verselbständigung der beiden Varianten der GbR schlägt über die Vermögensordnung auch auf die Haftungsverfassung durch. Die eingetragene GbR ist selbst Trägerin des Gesellschaftsvermögens, einschließlich der Schulden, und es stellt sich die Frage, wie Gesellschaftsverbindlichkeiten begründet werden und inwieweit die Gesellschafter hierfür haften. Nachfolgend werden für die eingetragene GbR sowohl für die Begründung von Gesellschaftsverbindlichkeiten als auch für die Haftung der Gesellschafter eigenständige, vom Vertretungs- und Haftungsregime der OHG abweichende Regelungen vorgeschlagen (1.). Demgegenüber sind bei der rein schuldrechtlichen GbR Aktiva und Passiva den Gesellschaftern direkt zugeordnet, soweit sie als Vermögensträger für die Gesellschaft agieren. Schuld und Haftung fallen daher zusammen (2.).

1. Elemente eines eigenständigen Haftungsregimes der eingetragenen GbR

Der historische Gesetzgeber traf für die Haftungsverfassung einer als Rechtsträger verselbständigten GbR keine Vorsorge.²⁵⁹ Der BGH schloss diese Regelungslücke durch die Übertragung des Haftungsregimes der OHG auf die rechtsfähige GbR.²⁶⁰ Daran ist bemerkenswert, dass der BGH zuvor mehrfach, zuletzt noch 1998, erklärt hatte, dass die analoge Anwendung der §§ 128 ff. HGB auf die GbR nicht in Betracht komme, da

„die Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts einer Vielzahl recht unterschiedlicher Personenverbindungen zur Verfügung steht, die unterschiedslose Strenge der handelsrechtlichen Haftungs Vorschriften zur Vielgestaltigkeit dieser Erscheinungsformen wenig passend erscheint, dem Interesse der Beteiligten häufig nicht gerecht wird und im Rechtsverkehr in vielen Fällen nicht geboten erscheint.“²⁶¹

Dies lässt nur zwei Schlüsse zu: Entweder war die jahrzehntelange Rechtsprechung zur Unangemessenheit der §§ 128 ff. HGB für die GbR falsch, oder die rechtsfähige GbR muss derzeit mit einem unangemessenen Haftungs-

²⁵⁹ Wiedemann WM 1994, Sonderbeilage Nr. 4 zu Nr. 51/52, 17; Bälz, in: FS für Wolfgang Zöllner, 1998, Band I, 35, 53; Karsten Schmidt (Fn. 19), 1790 (§ 60 III 2); Schäfer ZIP 2003, 1225, 1226. A.A. Huber, in: FS für Marcus Lutter, 2000, 107, 118, der unmittelbar § 427 BGB anwenden will. Dies ist allerdings mit einer Verselbständigung der GbR als Rechtsträger nicht vereinbar.

²⁶⁰ BGHZ 146, 341 (§§ 128 f. HGB); BGHZ 154, 88 (§ 31 BGB); BGHZ 154, 370 (§ 130 HGB).

²⁶¹ Sinngemäß BGHZ 74, 240, 243; BGHZ 117, 168, 176 f. Wörtlich BGH NJW 1998, 2904.

regime vorliebnehmen. Wie nachfolgend näher begründet werden soll, trifft Letzteres zu.²⁶² Für die eingetragene GbR muss daher *de lege ferenda* ein eigenständiges, angemessenes Haftungsregime geschaffen werden.

a) Begründung von Gesellschaftsverbindlichkeiten

Aufgrund der rechtlichen Verselbständigung der eingetragenen GbR muss bezüglich des Haftungsregimes klar zwischen der Ebene der Gesellschaft und der Ebene der Gesellschafter unterschieden werden. Auf der Ebene der Gesellschaft fallen Schuld und Haftung zusammen. Die Gesellschaft ist Vermögensträgerin sowohl im Hinblick auf Aktiva als auch Passiva. Sie muss für ihre wirksam begründeten Verbindlichkeiten einstehen.

Die Begründung vertraglicher Verbindlichkeiten setzt eine wirksame Vertretung der Gesellschaft voraus. *De lege lata* ist für die rechtsfähige Außen-GbR auf der Grundlage der §§ 714, 709 BGB im Zweifel davon auszugehen, dass nur alle Gesellschafter gemeinsam die Gesellschaft vertreten können.²⁶³ Eine abweichende Regelung ist zwar zulässig, kann aber mangels Registerpublizität der GbR nicht transparent gemacht werden.²⁶⁴ Um sicherzugehen, dass die GbR wirksam vertreten wird, muss ein potentieller Vertragspartner daher auf der Mitwirkung aller Gesellschafter bestehen. Erschwerend kommt hinzu, dass sich ein außenstehender Dritter mangels Publizität des Gesellschafterbestandes nicht sicher sein kann, dass tatsächlich alle Gesellschafter mitwirken.

Vor diesem Hintergrund ist es nachvollziehbar, dass in der Literatur Sympathien für eine Übertragung des rigiden Vertretungsregimes der OHG auf die GbR bestehen. *Karsten Schmidt* will *de lege ferenda* für die unternehmenstragende GbR auf § 125 HGB verweisen und erwägt dies zumindest – tendenziell ablehnend – auch für die rechtsfähige GbR im Allgemeinen.²⁶⁵ Damit würde die Einzelvertretung zum Regelfall. Für die publizitätslose Außen-GbR mag dies angemessen sein. Für die eingetragene GbR ist ein solcher Rigorismus jedoch *de lege ferenda* nicht erforderlich. Sowohl die Zahl der Gesellschafter als auch die getroffene Vertretungsregelung ergeben sich aus dem GbR-Register. Die gegenwärtig durch den Grundsatz der Gesamtvertretung hervorgerufenen Probleme würden also entfallen. Auch sonst ist kein Grund für einen Übergang zum Grundsatz der Einzelvertretung ersichtlich. Dieser

²⁶² In diesem Sinne auch *Huber*, in: FS für Marcus Lutter, 2000, 107, 134; *Schäfer* ZIP 2003, 1225, 1226 ff.

²⁶³ *Wiedemann* (Fn. 40), 653.

²⁶⁴ Vgl. *Wiedemann* WM 1994, Sonderbeilage Nr. 4 zu Nr. 51/52, 10.

²⁶⁵ *Karsten Schmidt* ZHR 177 (2013), 712, 737.

Delivered by Ingenta
2.147.142.164:230 Tue, 19 Apr 2016 06:45:26
Copyright Mohr Siebeck

dient primär der Schnelligkeit und Einfachheit des kaufmännischen Verkehrs, wie die Erläuterung zur entsprechenden Regelung im Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland von 1848/1849 beispielhaft deutlich macht:

„Die rasche und ungehemmte Entwicklung der kaufmännischen Thätigkeit erfordert es, daß die Geschäfte geschlossen werden können, ohne dass jedesmal alle Gesellschafter mitwirken müssen.“²⁶⁶

Für die eingetragene GbR spielt dieser Gesichtspunkt keine Rolle. Im Gegenteil ist für die eingetragene GbR – die sich auch an wenig geschäftsgewandte Personen richtet – gerade der Grundsatz der Gesamtvertretung die angemessene Grundregel. So wird sichergestellt, dass sich kein Gesellschafter unbewusst den Gefahren der Einzelvertretung aussetzt. Natürlich kann bei Bedarf auch Einzelvertretung oder eine sonstige Abweichung vom Grundsatz der Gesamtvertretung vereinbart werden (Vertretung durch bestimmte Gesellschafter gemeinsam; Ausschluss bestimmter Gesellschafter von der Vertretungsmacht). Solche besonderen Vertretungsregelungen müssten die Gesellschafter allerdings *gemeinsam* zur Eintragung in das GbR-Register anmelden.

Bereits *de lege lata* wird in der Literatur die analoge Anwendung von § 126 HGB auf die rechtsfähige Außen-GbR gefordert.²⁶⁷ Eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht einzelner Gesellschafter wäre dann Dritten gegenüber unwirksam. § 126 HGB dient zwar ohne Zweifel der Sicherheit des Rechtsverkehrs,²⁶⁸ weist aber gleichzeitig einen unverkennbaren Bezug zu den spezifischen Bedürfnissen des Handelsverkehrs auf, dessen Schnelligkeit und Bequemlichkeit die Vorschrift gewährleistet.²⁶⁹ Die Forderung nach einer Übertragung von § 126 HGB auf die rechtsfähige Außen-GbR rechtfertigt sich *de lege lata* primär durch ihre fehlende Registerpublizität. Für die eingetragene GbR besteht *de lege ferenda* hingegen die Möglichkeit, auch Beschränkungen des Umfangs der Vertretungsmacht durch eine Registereintragung transparent zu machen. Es besteht daher keine Notwendigkeit, dies nach dem Vorbild des § 126 HGB generell zu untersagen.

²⁶⁶ Baums (Hg.), Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland (1848/49), Text und Materialien, 1982, 140 (Zu Art. 39). Dort heißt es weiter: „Soll aber der Zweck erreicht werden, so darf man dem Dritten nicht zumuthen, dass das betreffende Geschäft nicht etwa doch im Interesse des Gesellschafters und nicht in dem der Gesellschaft geschlossen werde [...]. Jedes im Namen der Gesellschaft geschlossene Geschäft verbindet dieselbe [...]“

²⁶⁷ Bspw. von Schäfer ZIP 2003, 1225, 1233; Karsten Schmidt ZHR 177 (2013), 712, 737.

²⁶⁸ MünchKommHGB/Karsten Schmidt, 3. Aufl. 2011, § 126 HGB Rn. 1.

²⁶⁹ Vgl. BGHZ 38, 26, 33.

Natürlich kann nicht jede beliebige Vertretungsregelung als eintragungsfähig angesehen werden. Sowohl die Sicherheit des Rechtsverkehrs als auch die Erfordernisse eines effizienten, onlinebasierten Registerverfahrens erfordern eine Einschränkung auf bestimmte typische Regelungen. Praktikabel erscheint insofern eine Orientierung am Katalog des § 54 Abs. 2 HGB. Wenn es möglich ist, die dort enumerativ aufgezählten Arten von Geschäften rechtssicher vom gesetzlichen Standardumfang der Handlungsvollmacht auszunehmen, dann gilt Gleiches auch für den Umfang der Vertretungsmacht der Gesellschafter. Dementsprechend könnte für die eingetragene GbR *de lege ferenda* der Umfang der Vertretungsmacht einzelner Gesellschafter im Hinblick auf die Veräußerung oder Belastung von Grundstücken, das Eingehen von Wechselverbindlichkeiten, die Aufnahme von Darlehen sowie das Führen von Prozessen beschränkt werden. Über § 54 Abs. 2 HGB hinaus könnte auch der Erwerb von Grundstücken und dinglichen Rechten an Grundstücken einbezogen werden. Gerade für vermögensverwaltende GBRs dürfte es durchaus von Interesse sein, zwar für die laufenden Geschäfte Einzelvertretung zu vereinbaren, für Grundstückstransaktionen und die Aufnahme von Darlehen dagegen am Grundsatz der Gesamtvertretung festzuhalten. Auch rechtsvergleichend wäre eine solche Regelung nicht vorbildlos. In den USA ist in sec. 303 des Uniform Partnership Act vorgesehen, dass die Gesellschafter in einem *statement of partnership authority* die Beschränkung der Vertretungsmacht einzelner Gesellschafter offenlegen können. Zumindest für grundstücksbezogene Geschäfte entfaltet die Regelung der Vertretungsmacht in einem solchen, beim *Secretary of State* des jeweiligen Staates einzureichenden *statement* Wirkung gegenüber Dritten, selbst wenn diese hiervon keine positive Kenntnis haben.²⁷⁰ Voraussetzung für eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht ist, dass zusätzlich vom Grundsatz der Gesamtvertretung abgewichen wird. Der Umfang der Vertretungsmacht der Gesellschafter im Kollektiv ist gemäß dem Grundsatz der Selbstorganschaft keiner Beschränkung zugänglich.

Gesetzliche Verbindlichkeiten der eingetragenen GbR werden grundsätzlich dadurch begründet, dass die Gesellschaft den entsprechenden Tatbestand erfüllt. Ist etwa das Vermögen der Gesellschaft ungerechtfertigt bereichert, so haftet die Gesellschaft selbst und unmittelbar gemäß den §§ 812 ff. BGB. Anders verhält es sich im Hinblick auf die deliktische Haftung. Begehen die Gesellschafter einer eingetragenen GbR eine unerlaubte Handlung im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit für die Gesellschaft, so haften sie zunächst persönlich. 2003 hat der BGH entschieden, dass sich die rechtsfähige GbR – nach

²⁷⁰ Uniform Partnership Act 1997, sec. 303(e).

dem Vorbild von OHG und KG²⁷¹ – das deliktische Verhalten ihrer geschäftsführenden Gesellschafter in entsprechender Anwendung von § 31 BGB zu rechnen lassen muss.²⁷² Für die eingetragene GbR kann *de lege ferenda* nichts anderes gelten.

b) Akzessorische Haftung der Gesellschafter

Für die eingetragene GbR ist *de lege ferenda* daran festzuhalten, dass die Gesellschafter unbeschränkt persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften müssen. Jedoch wäre es argumentativ zu kurz gegriffen, dies schlicht mit der Natur der GbR als Personengesellschaft zu begründen.

Das zentrale Argument für die persönliche Haftung der Gesellschafter einer eingetragenen GbR ist die fehlende Kapitalsicherung.²⁷³ Anders als bei einer GmbH oder GmbH & Co. KG haben die Gesellschafter ungehinderten Zugriff auf das Vermögen der Gesellschaft. Allerdings zeigt das Beispiel der LLP in den USA, dass eine fehlende Kapitalsicherung nicht überall als ein zwingender Grund für einen Verzicht auf eine Haftungsbegrenzung angesehen wird. In vielen Staaten der USA hat sich das Konzept der „full shield LLP“ durchgesetzt.²⁷⁴ Eine *general partnership* kann sich schlicht durch die Abgabe einer entsprechenden Erklärung (*statement of qualification*) gegenüber dem *Secretary of State* in eine LLP verwandeln. Bei einer LLP ist die persönliche Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten ausgeschlossen, ohne dass dies – wie sonst bei haftungsbeschränkten Rechtsformen in den USA üblich²⁷⁵ – zumindest durch eine an einen Solvenztest gekoppelte Ausschüttungssperre kompensiert würde.²⁷⁶ Die Abschirmung gegenüber Gesellschaftsverbindlichkeiten in der LLP ist zudem typischerweise vollständig („full shield“) und nicht nur partiell wie bei der deutschen PartG mbB. Eine Übertragung dieses amerikanischen Sonderwegs auf Deutschland kommt allerdings nicht in Betracht. Die eingetragene GbR soll einen kostengünstigen Zugang zu einer rechtsfähigen Gesellschaft für Gesellschaftszwecke ermög-

²⁷¹ Seit 1900 ist die analoge Anwendbarkeit von § 31 BGB auf OHG und KG ganz allgemein anerkannt, vgl. MünchKommBGB/Reuter, 6. Aufl. 2012, § 31 Rn. 15.

²⁷² BGHZ 154, 88, 93 f. Zustimmend Karsten Schmidt NJW 2003, 1897, 1898 f.

²⁷³ Siehe bspw. BGHZ 36, 224, 227; Bälz, in: FS für Wolfgang Zöllner, 1998, Band I, 35, 54. In diesem Sinne auch BGHZ 142, 315, 322 sowie Schön DB 1998, 1169, 1177.

²⁷⁴ Vgl. Ribstein/Lipshaw/Miller/Fershee, *Unincorporated Business Entities*, 5. Aufl. 2013, 558, 564 f.

²⁷⁵ Vgl. beispielhaft für die *Limited Liability Company* (LLC) Revised Uniform Limited Liability Company Act 2004, sec. 405.

²⁷⁶ Vgl. Ribstein/Lipshaw/Miller/Fershee (Fn. 274), 569 f.; Henssler, in: FS für Herbert Wiedemann, 2002, 907, 918 ff.

Delivered by Ingenta
2/147 142/164/239/19 April 2018 06:45:26

lichen, für die sich die Gründung einer komplexeren Rechtsform nicht lohnt. Würde man den Gesellschaftern einer eingetragenen GbR eine generelle Haftungsbeschränkung ohne effektiven Gläubigerschutz gewähren, würde dies die der eingetragenen GbR im Gefüge der Rechtsformen zugeordnete Rolle radikal verändern. Sie würde dann in direkte Konkurrenz zu den komplexeren Rechtsformen treten, die sie lediglich komplementieren soll. Ein genereller Haftungsausschluss ohne eine adäquate Sicherung des Gesellschaftsvermögens im Interesse der Gläubiger ist daher klar abzulehnen.²⁷⁷ Ein notwendig mit einer gewissen Komplexität verbundenes Gläubigerschutzregime wäre jedoch wiederum mit dem Charakter der eingetragenen GbR als einer einfachen und flexiblen Rechtsform unvereinbar.

Zumindest für eine bestimmte Erscheinungsform der GbR wird jedoch auch in Deutschland bereits *de lege lata* ein Ausschluss der persönlichen Gesellschafterhaftung gefordert: Wegen ihrer wertungsmäßigen Nähe zum nichtrechtsfähigen Idealverein und den insofern bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten sollen die Gläubiger einer Idealgesellschaft generell mit dem Gesellschaftsvermögen vorliebnehmen.²⁷⁸ Eine solche punktuelle Ausnahme, die ihrerseits wieder neue Abgrenzungsschwierigkeiten heraufbeschwören könnte,²⁷⁹ ist *de lege ferenda* nicht erforderlich. Sollten Idealgesellschaften das Haftungsregime der eingetragenen GbR scheuen, so müssen sie sich nicht eintragen lassen.

Die persönliche Haftung der Gesellschafter einer eingetragenen GbR ist – wie dies auch international Standard ist²⁸⁰ – akzessorisch auszugestalten. Eine Wiederbelebung der Doppelverpflichtungslehre *de lege ferenda* kommt nicht in Frage. Auf der Grundlage der Doppelverpflichtungslehre war bekanntlich der Versuch unternommen worden, mittels einer Beschränkung der Vertretungsmacht auf eine Verpflichtung des Gesellschaftsvermögens die persönliche Haftung der Gesellschafter einer GbR einseitig auszuschließen (sog. GbR mbH). Dem hat der BGH 1999 eine klare Absage erteilt. Laut Auffassung des BGH ist es ein

„allgemeine[r] Grundsatz des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts, daß derjenige, der als Einzelperson oder in Gemeinschaft mit anderen Geschäfte betreibt, für die daraus entstehenden Verpflichtungen mit seinem gesamten Vermögen haftet, solange sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt oder mit dem Vertragspartner keine Haftungsbeschränkung vereinbart wird.“²⁸¹

²⁷⁷ Vgl. BGHZ 154, 370, 373; *Reuter AcP* 207 (2007), 673, 688.

²⁷⁸ *Reiff ZGR* 2003, 550, 572 f.

²⁷⁹ Ist ein in der Rechtsform der GbR betriebener Golfclub – so das von *Reiff ZGR* 2003, 550, 568 gewählte Beispiel – stets eine Idealgesellschaft?

²⁸⁰ Frankreich: Art. 1857 Code civil. USA: Uniform Partnership Act 1997, sec. 306(a).

²⁸¹ BGHZ 142, 315, 319.

Delivered by Ingenta
147.142.164.239 Thu 19 Apr 2018 06:45:26
Copyright Clearance Center

Darüber hinaus litt die Doppelverpflichtungslehre unter strukturellen Schwächen im Hinblick auf gesetzliche Verbindlichkeiten und sollte daher Rechtsgeschichte bleiben.²⁸²

Ferner stellt sich die Frage, ob für die eingetragene GbR *de lege ferenda* an einer primären Haftung der Gesellschafter festgehalten werden sollte. In Frankreich und in den USA ist die akzessorische Haftung der Gesellschafter subsidiär gegenüber der Haftung der Gesellschaft.²⁸³ In England wäre die Haftung der rechtlich verselbständigten *general partnership* nach dem Vorschlag der *Law Commission* ebenfalls subsidiär ausgestaltet worden.²⁸⁴ Eine Orientierung an diesen Vorbildern empfiehlt sich jedoch für die eingetragene GbR nicht. Durch eine Subsidiarität der Haftung droht eine Schlechterstellung der Gläubiger, die nicht durch berechnete Interessen der Gesellschafter aufgewogen würde. Ist die Gesellschaft solvent, so kann der in Anspruch genommene Gesellschafter von dieser Freistellung verlangen. Ist die Gesellschaft hingegen nicht solvent, bedeutet es eine unnötige Komplikation, dem Gläubiger den direkten Zugriff auf das Vermögen der Gesellschafter zu verwehren.

c) Akzessorische Haftung auch für deliktische Verbindlichkeiten

Im Zuge der Übertragung des Haftungsregimes der §§ 128 ff. HGB auf die rechtsfähige Außen-GbR hat der BGH auch die persönliche Haftung *aller* Gesellschafter für deliktische Verbindlichkeiten bejaht, für welche die Gesellschaft aufgrund der entsprechenden Anwendung von § 31 BGB eintreten muss.²⁸⁵ Dies ist in der Literatur teils auf heftige Kritik gestoßen.²⁸⁶

Für OHG und KG entspricht es seit langem der herrschenden Meinung, dass die akzessorische Haftung nach § 128 HGB unterschiedslos alle Gesellschaftsverbindlichkeiten erfasst – inklusive deliktischer Verbindlichkeiten, für die sich die Haftung der Gesellschaft aus der analogen Anwendung des § 31 BGB ergibt.²⁸⁷ Nachdem der BGH die entsprechende Anwendbarkeit von § 31 BGB auf die Außen-GbR bejaht hatte, ergab sich die akzessorische Haftung der Gesellschafter für deliktische Verbindlichkeiten daher ganz na-

²⁸² Vgl. *Wiedemann* WM 1994, Sonderbeilage Nr. 4 zu Nr. 51/52, 18; *Mülbert* AcP 199 (1999), 38, 69 ff.; *Schäfer* ZIP 2003, 1225.

²⁸³ Art. 1858 Code civil; Uniform Partnership Act 1997, sec. 307(d).

²⁸⁴ *Law Commission* (Fn. 23), Partnership Bill, s.24.

²⁸⁵ BGHZ 154, 88, 90 f.

²⁸⁶ Vgl. nur *Flume* DB 2003, 1775 ff.; *Schäfer* ZIP 2003, 1225, 1227 ff.; *Canaris* ZGR 2004, 69, 109 ff.; *Armbrüster* ZGR 2005, 34, 56 ff.; *Rappen*, Die Haftung für Delikte der Mitgesellschafter bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2010, 82 ff.

²⁸⁷ MünchKommHGB/*Karsten Schmidt*, 3. Aufl. 2012, § 128 Rn. 10 m.w.N. Zur Gegenauffassung siehe Nachweise in Fn. 291.

türlich aus der zusätzlichen Analogie zu § 128 HGB.²⁸⁸ An diesem Ergebnis ist wertungsmäßig problematisch, dass dem deutschen Deliktsrecht eine Haftung für fremdes Verschulden grundsätzlich fremd ist. Auch wenn diese „Schwäche des Deliktsrechts“ rechtspolitisch fragwürdig sein mag,²⁸⁹ wäre das Personengesellschaftsrecht jedenfalls nicht der richtige Ort für eine punktuelle Korrektur. Der Wertungswiderspruch lässt sich auch nicht schlicht mit dem Verweis darauf entkräften, dass die Gesellschafter über § 128 HGB nicht direkt, sondern nur akzessorisch haften.²⁹⁰ Es werden daher schon lange gewichtige Einwände dagegen erhoben, die akzessorische Haftung nach § 128 HGB bei OHG und KG und erst Recht bei der GbR auf deliktische Verbindlichkeiten zu erstrecken.²⁹¹

Zumindest für die eingetragene GbR sollten jedoch auch *de lege ferenda* deliktische Verbindlichkeiten aus pragmatischen Gründen nicht von der akzessorischen Haftung ausgenommen werden. Bei einem Ausschluss der persönlichen Haftung der Gesellschafter für deliktische Verbindlichkeiten würde sich erneut das Fehlen eines Kapitalerhaltungsregimes als problematisch erweisen. Selbst *Altmeyden*, der die gegen eine Erstreckung des § 128 HGB auf deliktische Verbindlichkeiten sprechenden Gründe sehr überzeugend dargelegt hat, konzidiert, dass die fehlende Sicherung des Gesellschaftsvermögens ein gewichtiges Argument *für* eine akzessorische Haftung auch für deliktische Verbindlichkeiten darstellt.²⁹² Er will diese Schwierigkeit durch eine persönliche Entnahmehaftung der Gesellschafter nach dem Vorbild der §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB überwinden. Um den Gläubiger vor Beweisschwierigkeiten zu schützen, sollen die Gesellschafter die Beweislast dafür tragen, dass das Gesellschaftsvermögen nach der Entstehung des Haftungsanspruchs nicht geschmälert wurde. Es ist fraglich, ob ein solches Haftungssystem bei der eingetragenen GbR praktikabel wäre.

Hinzu kommt, dass dem damit verbundenen Zuwachs an Komplexität in vielen Fällen kein adäquater Nutzen für die Gesellschafter gegenüberstünde. Aufgrund der Verdopplung deliktischer Sorgfaltspflichten in Gestalt von vertraglichen Schutzpflichten und deren Ausdehnung in den vorvertraglichen Bereich mittels der Haftung aus *culpa in contrahendo*²⁹³ bestehen neben de-

²⁸⁸ BGHZ 154, 88, 90 f.

²⁸⁹ Für einen Überblick über die Problematik und Reformüberlegungen siehe MünchKommBGB/Wagner, 6. Aufl. 2013, § 831 Rn. 1 ff.

²⁹⁰ Karsten Schmidt NJW 2003, 1897, 1900.

²⁹¹ Vgl. Flume (Fn. 6), 343 f.; Knobbe-Keuk, in: FS für Walter Stimpel, 1985, 187, 202 f.; Altmeyden NJW 1996, 1017 ff.; ders. NJW 2003, 1553 ff.; Schäfer ZIP 2003, 1225, 1227 ff. Kritisch auch Bork, in: Martinek/Sellier (Redaktoren) (Fn. 181), 181, 191.

²⁹² Altmeyden NJW 1996, 1017, 1024; ders. NJW 2003, 1553, 1558.

²⁹³ MünchKommBGB/Wagner, 6. Aufl. 2013, § 831 Rn. 2.

liktischen häufig konkurrierende vertragliche oder quasi-vertragliche Schadensersatzansprüche.²⁹⁴ Für rechtsgeschäftliche Sekundärverbindlichkeiten entspricht es jedoch unabhängig vom dogmatischen Ansatz der herrschenden Meinung, dass grundsätzlich alle Gesellschafter solidarisch haften müssen.²⁹⁵ Ein wichtiger Unterschied zwischen vertraglichen bzw. vorvertraglichen und deliktischen Schadensersatzansprüchen ist zudem entfallen, seit der Schmerzensgeldanspruch nicht mehr in § 847 BGB a.F., sondern in § 253 Abs. 2 BGB geregelt ist. Wäre der *Werkstatt*-Fall²⁹⁶ des BGH aus dem Jahr 1966 nach der aktuellen Rechtslage zu entscheiden gewesen, hätte die Problematik der Zurechnung deliktischen Verhaltens keine Rolle gespielt: Zwei Personen betrieben eine Kfz-Werkstatt in der Rechtsform der GbR. Einer von ihnen verursachte durch einen fahrlässigen Wartungsfehler einen Unfall des Kunden. Für den Sachschaden am Kfz des Geschädigten haftete auch der Mitgesellschafter – entgegen der Grundregel des § 425 Abs. 2 BGB – aus positiver Vertragsverletzung, ohne dass der BGH dies weiter problematisiert hätte.²⁹⁷ Auch der Schmerzensgeldanspruch, den der BGH damals mangels Zurechenbarkeit fremden deliktischen Handelns noch verneint hatte,²⁹⁸ würde sich heute problemlos über die werkvertragliche Mängelhaftung begründen lassen. Die Haftung für deliktische Schäden spielt nach wie vor dann eine Rolle, wenn Personen zu Schaden kommen, die in keiner vertraglichen Beziehung zur Gesellschaft stehen. Im *Werkstatt*-Fall wäre dieses Problem akut geworden, wenn in den Unfall noch weitere Verkehrsteilnehmer verwickelt gewesen wären. Allerdings sind rein deliktische, nicht vorsätzlich herbeigeführte Schäden – anders als Vertragsschäden – häufig zumindest zu akzeptablen Konditionen versicherbar.²⁹⁹ Schließlich hat *Karsten Schmidt* darauf hingewiesen, dass die Gesellschafter bei fehlender Leistungsfähigkeit der Gesellschaft im Zweifel über die §§ 735, 739 BGB ohnehin für deliktische Gesellschaftsverbindlichkeiten haften müssten bzw. eine Sonderbehandlung deliktischer Verbindlichkeiten nicht praktikabel sei.³⁰⁰

²⁹⁴ So standen bspw. in dem Fall, der BGHZ 154, 88 zugrunde lag, konkurrierende Ansprüche auf Schadensersatz wegen vertraglicher Nebenpflichtverletzung sowie aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung im Raum.

²⁹⁵ Vgl. *Eigner*, Die Beschränkung der persönlichen Gesellschafterhaftung bei Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaft, 2004, 115 f., 126 ff., 142 ff. m.w.N. Siehe auch *Huber*, in: FS für Marcus Lutter, 2000, 107, 131 ff.

²⁹⁶ BGHZ 45, 311.

²⁹⁷ BGH WM 1966, 859 = BGHZ 45, 311 (in BGHZ 45, 311 nicht abgedruckt).

²⁹⁸ BGHZ 45, 311.

²⁹⁹ In diesem Sinne auch *Schöpflin* DStR 2003, 1349, 1351.

³⁰⁰ *Karsten Schmidt* NJW 2003, 1897, 1900.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, entsprechend der herrschenden Meinung für OHG, KG und GbR *de lege lata* auch für die eingetragene GbR *de lege ferenda* eine umfassende akzessorische Haftung für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten vorzusehen.

d) Akzessorische Haftung solidarisch oder pro rata?

In Deutschland ist es üblich, von einem Gleichlauf von akzessorischer, unbeschränkter und solidarischer Haftung auszugehen.³⁰¹ Dementsprechend wird auch nicht in Frage gestellt, dass die Gesellschafter einer rechtsfähigen Außen-GbR *de lege lata* grundsätzlich solidarisch für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften müssen. Eine Haftungserleichterung wird zumeist nur für bestimmte Erscheinungsformen der GbR gefordert.³⁰² Aber auch als allgemeines Haftungsregime ist ein Rückgriff auf die solidarische Haftung nach § 128 HGB nicht alternativlos.³⁰³ Das Fehlen eines Kapitalsicherungssystems macht es zwar unausweichlich, dass die Gesellschafter einer eingetragenen GbR *de lege ferenda* akzessorisch und unbeschränkt haften. Ihre Haftung könnte jedoch gegenüber § 128 HGB zumindest insofern erleichtert werden, als sie nicht solidarisch, sondern nur entsprechend ihres Anteils an der Gesellschaft für deren Verbindlichkeiten eintreten müssen.

Aus heutiger Sicht wirkt ein solches System der quotalen Haftung zunächst ungewohnt. Im Gesellschaftsrecht war eine quotale Außenhaftung bis 2013 nur für die Partenreederei vorgesehen (§ 507 HGB a.F.).³⁰⁴ Im 19. Jahrhundert war dies noch anders. Damals galt die solidarische Haftung als ein Charakteristikum des „Handelsverkehrs“, während im Übrigen außerhalb des Geltungsbereiches des Allgemeinen Preussischen Landrechts die Teilschuld dominierte.³⁰⁵ In Frankreich besteht diese Tradition fort. Dort müssen nur die

³⁰¹ Vgl. nur BGHZ 163, 154,174: „Daß der Verband teilrechtsfähig ist, führt nicht per se zu einer *persönlichen gesamtschuldnerischen* Haftung seiner Mitglieder“ [Hervorhebung durch den Verfasser].

³⁰² Vgl. *Reiff* ZGR 2003, 550, 565; *Jacobs*, Die institutionelle Haftungsbeschränkung bei atypischen Erscheinungsformen der Außen-GbR, 2007, 19 ff.; *Schäfer* NZG 2010, 241 ff.; *Thürling*, Die quotale Haftung in der Publikums-GbR, 2012, 39. *Henssler*, in: FS für Herbert Wiedemann, 2002, 907, 927 f. erwägt hingegen zumindest eine „OHG mit beschränkter Haftung“.

³⁰³ *Wiedemann* (Fn. 40), 667.

³⁰⁴ Siehe dazu *Karsten Schmidt*, Die Partenreederei als Handelsgesellschaft, 1995, 69 ff.

³⁰⁵ Vgl. Mugdan (Hg.) (Fn. 1), II. Band, 84 f. und 341 f. (Motive) sowie 603 f. (Protokolle); Schubert (Hg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 3, Besonderer Teil II (Verfasser: Franz Philipp von Kübel und Hilfsarbeiter), 1980, 1220 f. (Vorlage von *Kübel*s zum Gesamtschuldverhältnis); Entwurf ei-

Delivered by Ingenta
? 147.112.164.239 Tue, 19 Apr 2016 06:45:26
Copyright Mohr Siebeck

Gesellschafter einer *société en nom collectif* – also des französischen Pendantes zur OHG – und die Komplementäre einer *société en commandite* solidarisch für Gesellschaftsverbindlichkeiten einstehen, während die Gesellschafter einer *société civile* nach dem ursprünglichen Regelungsmodell des *Code civil* anteilig nach Köpfen (*par part virile*) hafteten.³⁰⁶ Bei der grundlegenden Reform der *société civile* 1978 ist man nicht etwa zum Haftungsregime der Handelsgesellschaften übergegangen, sondern hat für die *société civile* ein eigenständiges Haftungsregime geschaffen. Seither haften die Gesellschafter *pro rata* entsprechend ihrer Kapitalanteile.³⁰⁷

Überlieferte Traditionen sind kein Wert an sich. Wenn man jedoch schlicht die aktuelle Situation in Deutschland betrachtet, so erscheint es angemessen, die zwingende gesamtschuldnerische Haftung nach § 128 HGB für die eingetragene GbR *de lege ferenda* durch ein System der *pro-rata*-Haftung zu ersetzen. Insofern muss man sich zunächst nochmals klar machen, dass die solidarische Haftung keineswegs der „Naturzustand“ eines akzessorischen Haftungsregimes ist. Dies trifft allenfalls für die Personenhandelsgesellschaften zu. Für die Ausgestaltung des Haftungsregimes der eingetragenen GbR *de lege ferenda* bilden solidarische und *pro-rata*-Haftung jedoch *ex ante* zwei gleichrangige Alternativen. Ein System quotaler Haftung steht unter keinem erhöhten Rechtfertigungsdruck. Ausschlaggebend sollte allein sein, welches Haftungsregime spezifisch für die eingetragene GbR besser geeignet ist.

Wie bereits dargelegt, wird die private Vermögensverwaltung voraussichtlich einen Anwendungsschwerpunkt der eingetragenen GbR bilden. Insofern sprechen gute Gründe für eine lediglich quotale Haftung. Denn durch die solidarische Haftung wird die Kapitalanlage mittels einer GbR gegenüber anderen Anlageformen diskriminiert. Erwirbt beispielsweise ein Investor eine Immobilie als Anlageobjekt, so geht er ein Risiko ein, das proportional zu seinem investierten Kapital ist. Genauso verhält es sich, wenn er in Immobilienaktien investiert oder sich an einem Immobilienfonds in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG beteiligt. Hier ist das Risiko zudem auf das investierte Kapital beschränkt. Es gibt jedoch auch Situationen, in denen sich einerseits eine

nes Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten, Nebst Motiven, Zweiter Theil: Motive, 1857, 105; Lutz (Hg.), Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, II. Theil: Protokoll XLVI-XCVIII, 1858, 499 (LVI. Sitzung).

³⁰⁶ Art. 1863 Code civil in der Fassung von 1804.

³⁰⁷ Seither geregelt in Art. 1857 Code civil. Vgl. *Chartier* *JurisClasseur périodique* – édition générale 1978, I, Art. 2917, Rn. 276 ff.; *Corlay* *Revue trimestrielle de droit commercial* 1981, 233, 258 ff. Siehe auch *Müller-Gugenberger*, Gesellschaft, Société und Groupement als Rechtsformen zur Unternehmenskooperation, 1976, 296, 316; *ders.* *ZHR* 142 (1978), 589, 607 f.

institutionelle Form der Kapitalanlage noch nicht lohnt, während andererseits das Investitionsvolumen die Ressourcen eines einzelnen Investors übersteigen bzw. ein ineffizientes Klumpenrisiko bedeuten würde. So hatten sich beispielsweise in einem vom BGH 2001 entschiedenen Fall vier Rechtsanwälte und ein Bankbetriebswirt zusammengeschlossen, um ein Grundstück zu erwerben, das darauf befindliche Gebäude für 9.500.000 DM umzubauen und das Grundstück anschließend zu verwalten und gegebenenfalls zu verwerthen.³⁰⁸ Bei einer solidarischen Haftung nach den §§ 128 ff. HGB ist das Risiko für jeden Gesellschafter gegenüber einer Einzelanlage – etwa dem Kauf einer Eigentumswohnung statt eines Mehrfamilienhauses – massiv erhöht. Durch eine *pro-rata*-Haftung würde demgegenüber Neutralität im Vergleich zu einer Einzelinvestition hergestellt. Auch bei einer Anlage im Verbund mit anderen mittels einer eingetragenen GbR würde jeder Gesellschafter nur proportional zu seinem finanziellen Engagement haften.³⁰⁹

Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass es für Fonds in der Rechtsform der GbR unter der Geltung der Doppelverpflichtungslehre Standard war, die persönliche Haftung der Gesellschafter für zur Finanzierung des Investitionsobjekts aufgenommene Darlehen quotal entsprechend der Kapitalbeteiligung zu beschränken.³¹⁰ Dieses Haftungsmodell hat der BGH in die neue akzessorische Haftungswelt der GbR hinübergerettet, indem er bei geschlossenen Immobilienfonds ausnahmsweise eine Modifikation der solidarischen Haftung der Gesellschafter in AGB statt durch Individualvereinbarung mit dem Vertragsgläubiger zulässt.³¹¹ In der Literatur wurde wegen der Schwächen des AGB-rechtlichen Ansatzes darüber hinaus schon wiederholt eine „institutionelle“ Haftungsbeschränkung für Fondsgestaltungen nach dem Modell der quotalen Haftung gefordert.³¹² Wenn für einen geschlossenen Immobilienfonds eine *pro-rata*-Haftung als notwendig angesehen wird, so ist kein Grund ersichtlich, warum nicht beispielsweise auch eine vermögensverwaltende Familien-GbR in den Genuss dieses Haftungsregimes kommen sollte.³¹³ Warum sollten drei Geschwister, die ein ererbtes Mietobjekt gemein-

³⁰⁸ BGHZ 149, 80, 81.

³⁰⁹ Dass eine quotale Haftung zu einer Verwendung der eingetragenen GbR als Publikumsgesellschaft im großen Stil führen würde, ist hingegen nicht zu erwarten. Denn alternative Formen der institutionellen Kapitalanlage böten weiterhin den Vorteil eines vollständigen Ausschlusses der persönlichen Haftung.

³¹⁰ Siehe bspw. den Sachverhalt von BGHZ 134, 224 sowie *Karsten Schmidt* NJW 1997, 2201 ff.

³¹¹ BGHZ 150, 1, 5 f.

³¹² *Jacobs* (Fn. 302), 181 ff.; *Thürling* (Fn. 302), 189 ff.; *Klaiber*, Die *pro-rata*-Haftung der GbR-Gesellschafter, 2014, 247 ff.

³¹³ In diesem Sinne auch *Reiff* ZGR 2003, 550, 564.

Delivered by Ingenta
6147 142.164.239 Thu, 19 Apr 2018 06:45:26
Copyright Clearance Center, Inc. www.copyright.com

sam in einer eingetragenen GbR halten, schlechter gestellt werden als 50 Investoren, die sich in einem geschlossenen Fonds zur Errichtung und Verwaltung eines Mietobjekts zusammenschließen? Der Umstand, dass die quotale Haftung eine Voraussetzung dafür ist, dass die Fondsbeteiligung erfolgreich auf dem Kapitalmarkt angeboten werden kann, rechtfertigt keine haftungsrechtliche Diskriminierung von nicht kapitalmarktorientierten Formen der Kapitalanlage. Demgegenüber liefert der Gedanke der Haftungsbegrenzung entsprechend einer Einzelinvestition zur Vermeidung von Verzerrungen der Anlageentscheidung eine tragfähige konzeptionelle Grundlage für die *pro-rata*-Haftung im gesamten Bereich der privaten Vermögensverwaltung. Eine *pro-rata*-Haftung ist unterhalb der Schwelle organisierter Fonds sogar leichter zu rechtfertigen. Denn anders als ein Fonds können etwa Familienmitglieder, die ein Mietobjekt geerbt haben und dieses gemeinsam halten wollen, aus Kostengründen häufig *nicht* auf eine GmbH & Co. KG ausweichen.

Dieser Gesichtspunkt kann verallgemeinert werden und trägt insbesondere auch für kleinstgewerbliche Gesellschaften, die voraussichtlich den zweiten Anwendungsschwerpunkt der eingetragenen GbR bilden werden: Die eingetragene GbR soll *de lege ferenda* einen unkomplizierten Zugang zu einem Rechtsträger für Gestaltungen eröffnen, für die komplexere Rechtsformen zu teuer oder nicht erforderlich sind. Diese komplexeren Rechtsformen – insbesondere die GmbH und die GmbH & Co. KG – schirmen die Gesellschafter in der Regel vollständig von einer persönlichen Haftung ab. Der wichtigste Grund, warum nicht auch kleinstunternehmerisch tätige Gesellschaften durchgängig eine haftungsbeschränkte Rechtsform wählen, dürften die zu hohen Transaktionskosten der Gründung einer GmbH oder GmbH & Co. KG sein. Daher geht der Hinweis des BGH fehl, die Übertragung des Haftungsregimes der OHG auf die GbR sei kein Problem, da solche Gesellschaften problemlos auf eine haftungsbeschränkte Rechtsform ausweichen könnten.³¹⁴ Dafür, dass sich die Gesellschafter einer eingetragenen GbR aus Kostengründen nicht komplett von der persönlichen Haftung freikaufen können, müssen sie nicht noch zusätzlich durch das besonders strenge Haftungsregime der OHG gestraft werden, dessen innere Rechtfertigung heute obsolet ist.

Für die OHG erfüllt das Haftungsregime der §§ 128 ff. HGB nach allgemeiner Meinung eine doppelte Funktion:³¹⁵ Zum einen kompensiere es das Fehlen eines Kapitalschutzsystems – was allerdings auch ein System der *pro-rata*-Haftung vermag. Zum anderen nütze es auch der OHG selbst, da es ihren

³¹⁴ BGHZ 142, 315, 322. So auch *Reiff*ZGR 2003, 550, 573 f.

³¹⁵ BGHZ 23, 302, 305. Für die GbR siehe BGHZ 154, 370, 373.

„Kredit“³¹⁶ bzw. ihre „besondere Wertschätzung [...] im Wirtschaftsleben“³¹⁷ begründe. Besonders deutlich wird dieser Gesichtspunkt in den Erläuterungen zum Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland von 1848/1849:

„Die solidarische Haftbarkeit jedes Gesellschafters befördert den Credit der Gesellschaft und erleichtert den Geschäftsverkehr, indem ein Dritter ohne Bedenken mit der Gesellschaft contrahiren kann, wenn ihm auch nur die Zahlungsfähigkeit eines der Gesellschafter bekannt ist.“³¹⁸

Betrachtet man allerdings die nüchternen Zahlen, so ist es mit der besonderen Wertschätzung der OHG nicht weit her. Am 1.1.2014 waren bundesweit 24.991 OHGs im Handelsregister eingetragen. Ihnen standen 249.372 KGs und 1.127.620 GmbHs gegenüber.³¹⁹ Ein noch klareres Bild von der geringen Bedeutung der OHG als Unternehmensträgerin vermitteln die Umsatzsteuerstatistik und die Betriebsgründungsstatistik: 2013 entfielen nur 1,3 % aller umsatzsteuerlich relevanten Umsätze auf Unternehmen in der Rechtsform der OHG. Demgegenüber betrug der entsprechende Wert für die GmbH & Co. KG 19,2 % und für die GmbH 38,4 %.³²⁰ Bei den Betriebsgründungen schnitt die OHG 2014 mit einem Anteil von nur 0,8 % noch schlechter ab (GmbH & Co. KG: 8,0 %; GmbH: 48,1 %).³²¹ Daraus kann nur der Schluss gezogen werden, dass der Vorteil einer haftungsbeschränkten Rechtsform den Vorteil einer potentiell gesteigerten Kreditwürdigkeit weit überwiegt. Früher mag dies anders gewesen sein. Aus dem mittelalterlichen Siena ist überliefert, dass der Übergang von der solidarischen zur *pro-rata*-Haftung in der *compagnia* die Kreditgrundlage der sienesischen Bankhäuser so nachhaltig schwächte, dass Siena binnen kurzer Zeit von Florenz als führender europäischer Finanzplatz verdrängt wurde.³²² Heute ist dies jedoch offenbar kein bedeutsamer Gesichtspunkt mehr, zumal auch die Gesellschafter einer GmbH bei Bedarf durch Individualvereinbarung die persönliche Haftung übernehmen können, um der Gesellschaft Kredit zu verschaffen. Es ist fast schon ironisch, dass das Haftungsregime der §§ 128 ff. HGB, das maßgeblich für den Niedergang der OHG verantwortlich ist, derzeit aufgrund seiner Transplantation in die Außen-GbR einen zweiten Frühling erlebt. Es gibt jedoch keinen

³¹⁶ Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 36. Aufl. 2014, § 128 Rn. 1.

³¹⁷ Habersack, in: Großkomm. HGB., 5. Aufl. 2009, § 128 Rn. 1.

³¹⁸ Baums (Hg.) (Fn. 266), 140 (Zu Art. 40).

³¹⁹ Kornblum GmbHR 2014, 694, 695.

³²⁰ Statistisches Bundesamt (Fn. 138).

³²¹ Statistisches Bundesamt (Fn. 144) (GmbH inklusive Unternehmungsgesellschaft i.S.v. § 5a GmbHG).

³²² Hansmann/Kraakman/Squire 119 Harvard Law Review (2006), 1335, 1374.

Grund, *de lege ferenda* auch der eingetragenen GbR den zweifelhaften Vorteil einer solidarischen Haftung zwangsweise aufzunötigen.

Im Ergebnis sprechen somit die besseren Gründe dafür, für die eingetragene GbR *de lege ferenda* die akzessorische Haftung der Gesellschafter nicht solidarisch, sondern quotaal auszugestalten. Für eine gesamtschuldnerische Haftung kann in erster Linie angeführt werden, dass sie die Gläubiger besserstellt. Auch dieser Gesichtspunkt führt jedoch nicht dazu, dass die Entscheidung zu Lasten einer *pro-rata*-Haftung ausfallen müsste.

e) Ausgestaltung der *pro-rata*-Haftung und Gläubigerschutz

Kurz skizziert, könnte ein *pro-rata*-Haftungsregime für die eingetragene GbR wie folgt ausgestaltet werden: Die Gesellschafter haften nur entsprechend ihres Anteils an der Gesellschaft. Die Anteile der Gesellschafter werden im GbR-Register eingetragen. Die Eintragung genießt für Haftungszwecke öffentlichen Glauben. Verzichten die Gesellschafter auf die Eintragung der Anteile, was ihnen frei stünde, so haften sie solidarisch. Da die anteilige Haftung akzessorisch ist, kommt den Gesellschaftern jede Rückführung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft automatisch *pro rata* zu Gute. Fällt ein Gesellschafter mit seinem Anteil aus, so müssten die übrigen Gesellschafter hierfür nicht einstehen. Wird ein Gesellschafter zwar entsprechend seiner Quote, jedoch im Vergleich zu den anderen Gesellschaftern überproportional in Anspruch genommen, so kann er insofern grundsätzlich – ungeachtet des Fehlens einer solidarischen Haftung – bei den übrigen Gesellschaftern Regress nehmen.³²³

Mit der mit einem *pro-rata*-Haftungssystem verbundenen Erleichterung für die Gesellschafter korrespondiert spiegelbildlich eine Belastung der Gläubiger der Gesellschaft. Die Beitreibung von Gesellschaftsverbindlichkeiten bei den Gesellschaftern wird insofern erschwert bzw. gefährdet, als sich Gläubiger nicht schlicht auf einen solventen Gesellschafter konzentrieren können. Die Gläubiger müssen vielmehr alle Gesellschafter entsprechend ihres Haftungsanteils in Anspruch nehmen und würden zudem mit dem Risiko des Ausfalls einzelner Gesellschafter belastet. Dessen ungeachtet steht ein System der quotalen Haftung mit den Erfordernissen des Gläubigerschutzes im Einklang. Nach wie vor ist die komplette Gesellschaftsschuld durch eine persönliche Haftung der Gesellschafter abgesichert. Den Vertragsgläubigern ist die Erschwerung der Forderungsbeitreibung zumutbar, weil die Haftungsverhältnisse in der eingetragenen GbR transparent sind. Dass für die OHG

³²³ So bspw. Karsten Schmidt (Fn. 304), 72, für die *pro-rata*-Haftung in der Partenreederei.

Delivered by Ingenta
2014/142/164/239 Thu 19 Aug 2015 06:45:26
from 130.237.165.34

insofern andere Maßstäbe gelten, steht dem nicht entgegen. So wurde für die im Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland von 1848/1849 vorgesehenen Kollektiv-Gesellschaften ein einseitiger Ausschluss der Solidarität noch ausdrücklich abgelehnt:

„Das Gesetz behält es den Gesellschaftern nicht vor, etwa durch eine Clausel im Gesellschaftsvertrag die Solidarität auszuschließen und diese mit der Wirkung zu veröffentlichen, daß Dritte sich dieselbe müssten entgegensetzen lassen. Die Solidarität liegt so sehr im Wesen der Kollektiv-Gesellschaft [...], daß es dem Publikum nicht zugemuthet werden kann, die Handelsregister nachzusehen, um sich von dem Nichtvorhandensein einer Einschränkung in dieser Hinsicht zu überzeugen [...].“³²⁴

Die solidarische Haftung mag zwar dem Wesen der „Kollektiv-Gesellschaft“, also der OHG, entsprechen. Für die GbR und damit *de lege ferenda* die eingetragene GbR trifft dies jedoch nicht zu. Insofern ist es dem Verkehr durchaus zumutbar, das GbR-Register online einzusehen oder auf der Vorlage eines Registerausdrucks zu bestehen. Wer auf dieser Grundlage mit einer eingetragenen GbR kontrahiert, wüsste, worauf er sich einlässt, und könnte gegebenenfalls zusätzliche Sicherheiten verlangen. Auch für gesetzliche Verbindlichkeiten besteht kein zwingendes Bedürfnis für eine solidarische Haftung, da diese in der Regel ohne Rücksicht auf die Bonität des Schuldners begründet werden.

Vor Falscheintragungen wären die Gläubiger durch den öffentlichen Glauben der Eintragung der Anteile im GbR-Register geschützt. Im Ergebnis könnten sie bei Falscheintragungen in der Regel auf Anteile von insgesamt mehr als 100 % zugreifen, da sie sich sowohl auf die eingetragenen als auch auf die wahren Quoten berufen könnten. Eine Benachteiligung eines Gläubigers durch (fahrlässige) Falscheintragungen droht nur, wenn dieser bei der Betreuung einer Forderung die wahren Anteile nicht in Erfahrung bringen kann und der Anteil eines Gesellschafters mit geringer Bonität fälschlich zu hoch eingetragen ist. Einen gewissen Schutz vor fahrlässigen Falscheintragungen der Quoten dürfte allerdings gerade die negative Haftungsfolge für den Gesellschafter bewirken, dessen Anteil zu hoch eingetragen ist. Bei Gesellschaften, die einkommensteuerlich relevante Tätigkeiten entfalten, würde zudem das Finanzamt indirekt dafür sorgen, dass die Gesellschafter ein Interesse an der korrekten Eintragung ihrer Anteile haben. Sobald mehrere Personen gemeinsam Einkünfte erzielen, müssen sie gegenüber dem Finanzamt ihren Anteil offenlegen. Disquotale Ertragszuweisungen sind steuerlich besonders rechtfertigungsbedürftig.

Auch die mit einem System quotaler Haftung verbundenen Missbrauchsgefahren erscheinen beherrschbar. Ein klarer Missbrauchsfall wäre es bei-

³²⁴ Baums (Hg.) (Fn. 266), 140 f. (Zu Art. 40).

spielsweise, wenn eine vermögenslose Person mit einem Anteil von 100 % im GbR-Register eingetragen würde, während in Wahrheit ein Gesellschafter, dessen Anteil formal 0 % beträgt, alle Fäden in der Hand hält. Dies ist die klassische Strohmännchenproblematik, die allerdings kein Spezifikum der eingetragenen GbR darstellt. Als Strohmännchen kann auch ein Einzelunternehmer dienen, wie Fälle zeigen, in denen sich Bankrotteure für den geschäftlichen Neuanfang hinter ihrem Ehepartner verstecken. Auch bei der Kommanditgesellschaft ist die Strohmännchen-Problematik schon lange bekannt. Der BGH musste sich damit schon 1966 in der berühmten *Rektor*-Entscheidung befassen.³²⁵ Anders als in einer Kommanditgesellschaft, in der der Kapitalanteil des Strohmännchen-Komplementärs auf 0 % festgesetzt werden kann, wäre bei der eingetragenen GbR ein Anteil des Strohmännchens von 100 % erforderlich. Der Strohmännchen könnte die Gesellschaft daher nach § 723 BGB kündigen und unter Berufung auf seinen im GbR-Register eingetragenen Anteil den Nettowert des Gesellschaftsvermögens für sich einfordern. Der Hintermann könnte sich hiergegen nur wehren, indem er in einem Prozess die vorsätzliche Falscheintragung offenlegt.³²⁶

Die *pro-rata*-Haftung der Gesellschafter einer eingetragenen GbR würde Abstimmungsbedarf mit dem Insolvenzrecht im Hinblick auf § 15a Abs. 1 S. 2 InsO auslösen. Nach dieser Vorschrift werden „Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit“ hinsichtlich der Insolvenzantragspflicht juristischen Personen gleichgestellt, wenn kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Dieses Regelungskonzept könnte mittels einer eingetragenen GbR unterminiert werden, indem eine natürliche Person mit einem minimalen Anteil beteiligt wird und dann auch nur entsprechend dieses Anteils haftet – anders als die stets solidarisch haftenden Gesellschafter einer OHG oder Komplementäre einer KG. Dem könnte beispielsweise dadurch begegnet werden, dass die Insolvenzantragspflicht auf Gesellschaften erweitert wird, bei denen keine natürliche Person für einen substantiellen Anteil der Verbindlichkeiten

³²⁵ BGHZ 45, 204. Damals hat der BGH ausgesprochen, dass „[e]in Kommanditist [...] nicht schon dann unbeschränkt [haftet], wenn er wirtschaftlich gesehen der alleinige Inhaber des Handelsgeschäfts ist und der persönlich haftende Gesellschafter mittellos ist.“ (Leitsatz).

³²⁶ Eine weitere Gefahr für Gläubiger könnte sich aus disquotalen Auskehrungen von Vermögenswerten des Gesellschaftsvermögens an einzelne Gesellschafter ohne angemessene Gegenleistung in das Vermögen der Gesellschaft oder der unterquotal bedachten Gesellschafter ergeben. Auch dies ist im Kern kein Problem, das allein einem System quotaler Haftung immanent wäre. Unentgeltliche Vermögensverschiebungen zu Lasten von Gläubigern sind ein allgemeines Problem, dem die Anfechtungstatbestände des AnfG und der InsO begegnen.

persönlich haftet. An die gleichen Voraussetzungen sollte dann auch ein Zahlungsverbot nach dem Vorbild des § 130a Abs. 1 HGB geknüpft werden.

Bei einer solchen Ausgestaltung stünde eine allgemeine *pro-rata*-Haftung bei der eingetragenen GbR mit den Erfordernissen des Gläubigerschutzes im Einklang. Gleichzeitig wäre es eine liberale Lösung. Den Gesellschaftern einer eingetragenen GbR würde weder ein bestimmtes Haftungsregime noch die Offenlegung ihrer Anteile aufgedrängt. Wenn sie sich gegen die Eintragung der Anteile entscheiden, haften sie solidarisch – anderenfalls anteilig. Ein besonderer Vorteil des hier vorgeschlagenen Systems einer allgemeinen *pro-rata*-Haftung besteht darin, dass es das allgemein anerkannte Bedürfnis nach einer Einschränkung des Haftungsregimes der §§ 128 ff. HGB³²⁷ aufgreift, ohne zwischen bestimmten Erscheinungsformen der GbR differenzieren zu müssen.

f) Haftung nach Veränderungen im Gesellschafterbestand

Veränderungen im Gesellschafterbestand haben keinerlei Auswirkungen auf die Haftung der eingetragenen GbR. Problematisch ist allein die zeitliche Dimension der akzessorischen Haftung der Gesellschafter. Sofern die Gesellschafter von der Möglichkeit Gebrauch machen, die akzessorische Haftung gemäß ihrer Anteile zu beschränken, würde sich dieses Problem bei der eingetragenen GbR nicht nur beim Hinzutritt oder Wegfall von Gesellschaftern stellen, sondern auch bei Anteilsübertragungen unter weiter beteiligt bleibenden Gesellschaftern.

Für den ausscheidenden Gesellschafter stellt sich die Frage, wie lange er für Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet, die während seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft begründet wurden. Insofern ist von zentraler Bedeutung, dass die Kreditwürdigkeit der GbR wegen der akzessorischen Haftung auf der Kreditwürdigkeit ihrer Gesellschafter beruht. Ein Vertragsgläubiger muss daher davor geschützt werden, dass sich nach Vertragsschluss durch einen Austausch der Gesellschafter die Haftungsgrundlage der Gesellschaft wesentlich ändert. *De lege lata* haftet der ausscheidende Gesellschafter gemäß den §§ 736 Abs. 2 BGB, 160 HGB für zum Zeitpunkt seines Ausscheidens bereits begründete Verbindlichkeiten, die binnen fünf Jahren fällig werden.³²⁸ Diese Regelung stellt einen angemessenen Kompromiss zwischen dem Sicherungsinteresse des Gläubigers und dem Enthafungsinteresse des Gesellschafters dar und sollte auch *de lege ferenda* für die eingetragene GbR beibehalten werden.

³²⁷ Schäfer NZG 2010, 241, 243, spricht insofern von „Gemeingut“. Siehe auch die Nachweise in Fn. 302.

³²⁸ Die gleichen Grundsätze gelten – entsprechend § 159 HGB – auch bei Auflösung einer Gesellschaft.

Bei quotaler Haftung würde sie auch gelten, wenn ein Gesellschafter seinen Anteil verringert.

Spiegelbildlich zur Situation ausscheidender Gesellschafter stellt sich beim Beitritt eines neuen Gesellschafter die Frage, inwieweit er für zu diesem Zeitpunkt bereits bestehende Gesellschaftsverbindlichkeiten einstehen muss. Gemäß § 130 HGB haftet der Neugesellschafter einer OHG ohne jede Einschränkung akzessorisch für Altverbindlichkeiten. 2003 hat der BGH das Regelungsmodell des § 130 HGB – unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung³²⁹ – auf die rechtsfähige Außen-GbR übertragen.³³⁰ Nach Auffassung des BGH entspricht die Haftung des Neugesellschafter „für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft ohne Unterscheidung nach dem Zeitpunkt ihrer Begründung [...] sowohl dem Wesen der Personengesellschaft als auch [...] einer im Verkehrsschutzinteresse zu Ende gedachten Akzessorietät der Haftung“.³³¹ Allerdings wurden in der Literatur erhebliche Zweifel geäußert, ob es sich bei der Übertragung des Regelungsmodells des § 130 HGB auf die GbR tatsächlich, wie der BGH meint, um „das wohlbegründete Ergebnis einer Abwägung der legitimen Interessen der Gläubiger und des Neueingetretenen [handelt]“.³³² Diese Zweifel verstärken sich bei einer rechtsvergleichenden Umschau. Wenn § 130 HGB tatsächlich dem „Wesen“ der Personengesellschaft entspränge bzw. unausweichliche Konsequenz akzessorischer Haftung wäre, so sollte es sich um eine Regelung von nahezu universeller Gültigkeit handeln. In Frankreich haften allerdings nur Neugesellschafter einer *société en nom collectif* unbeschränkt für Altverbindlichkeiten.³³³ Demgegenüber beschränkt sich die Haftung bei der *société civile* auf Verbindlichkeiten, die nach dem Beitritt fällig werden.³³⁴ In England und in den USA haften Neugesellschafter sogar ausschließlich für Verbindlichkeiten, die ab dem Beitrittszeitpunkt begründet wurden.³³⁵

³²⁹ BGHZ 74, 240, 243.

³³⁰ BGHZ 154, 370, 372 f. Hierfür hatten sich bereits zuvor prominente Stimmen in der Literatur ausgesprochen, vgl. *Ulmer* ZIP 2001, 585, 593; *Karsten Schmidt* NJW 2001, 993, 999; *Habersack* BB 2001, 477, 482.

³³¹ BGHZ 154, 370, 373.

³³² BGHZ 154, 370, 374. Kritisch bspw. *Canaris* ZGR 2004, 69 ff.; *Armbrüster* ZGR 2005, 34, 49 ff. Bereits vor der Entscheidung des BGH vom 7.4.2003 sprachen sich gegen eine analoge Anwendung des § 130 HGB auf die GbR bspw. aus *Wiedemann* JZ 2001, 661, 664; *Dauner-Lieb*, in: FS für Peter Ulmer, 2003, 73 ff.

³³³ Gemäß Art. L221–1 *Code de commerce*. Vgl. *Merle* (Fn. 191), Rn. 185.

³³⁴ Vgl. Art. 1857 al. 1 *Code civil*: „A l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales [...] à la date de l'exigibilité [...]“

³³⁵ UK: S.17(1) Partnership Act 1890: „A person who is admitted as a partner into an existing firm does not thereby become liable to creditors of the firm for anything done before he became a partner.“ Daran sollte nach der Vorstellung der *Law Commission*

Delivered by Ingenta
? 147.142.164.239 Tue, 19 Apr 2016 06:45:26
from 193.50.135.100

Gegen die Übernahme einer § 130 HGB entsprechenden Regelung in das Haftungsregime der eingetragenen GbR spricht, dass die schrankenlose Einbeziehung von Neugesellschaftern in die Haftung für Altverbindlichkeiten in der Regel eine ungerechtfertigte Begünstigung der Gläubiger darstellt. Ein Vertragsgläubiger hat seine Entscheidung, mit der Gesellschaft zu kontrahieren, auf der Grundlage des Gesellschafterbestandes bei Vertragsschluss getroffen. Kommt später ein weiterer Gesellschafter hinzu, ist dies ein unverhofftes Geschenk. Denn selbst wenn im Gegenzug ein bisheriger Gesellschafter ausscheidet, haftet dieser fünf Jahre lang weiter.

Andererseits wäre es problematisch, wenn der Neugesellschafter unter Umständen über einen langen Zeitraum an Leistungen aus einem Dauerschuldverhältnis – etwa einem Mietverhältnis über von der Gesellschaft genutzte Räume – partizipieren würde, ohne persönlich zu haften.³³⁶ Diesem Problem ließe sich jedoch *de lege ferenda* dadurch begegnen, dass für die zeitliche Abgrenzung der Haftungssphären auf den Fälligkeitszeitpunkt abgestellt wird. Dann würde der Neugesellschafter ganz selbstverständlich für die in der Regel laufend fällig werdenden Entgeltforderungen aus einem Dauerschuldverhältnis haften – beispielsweise Miet-, Pacht- oder Darlehenszinsen. Nicht haften müsste der Neugesellschafter hingegen etwa für bis zum Zeitpunkt seines Beitritts aufgelaufene Zinsrückstände. Zudem würde durch ein Abstellen auf den Fälligkeitszeitpunkt sichergestellt, dass bei Endfälligkeit eines Darlehens stets persönlich haftende Gesellschafter vorhanden sind. Der BGH hatte die Analogie zu § 130 HGB schließlich damit begründet, dass „ein neu eintretender Gesellschafter dieselben Zugriffsmöglichkeiten auf das Gesellschaftsvermögen wie die Altgesellschafter [erlangt].“³³⁷ Bei einem Abstellen auf den Fälligkeitszeitpunkt würde sich das damit angesprochene Problem der fehlenden Kapitalsicherung stark relativieren, da ein Neugesellschafter nur für solche Verbindlichkeiten nicht haften würde, die schon vor dem Beitrittszeitpunkt begründet *und* fällig waren und deren Beitreibung daher in der Regel ohnehin kurz bevor steht. Hinzu kommt, dass durch den Beitritt eines Neugesellschafters die Haftungsgrundlage für Altgläubiger im Regelfall sogar dann gestärkt wird, wenn der Neugesellschafter *nicht* für Altverbindlichkeiten haftet. Im Fall einer entgeltlichen Anteilsübertragung stärkt das gezahlte Entgelt die Haftungsmasse des Altgesellschafters, der weiter haftet.

auf für den Fall festgehalten werden, dass der englische Gesetzgeber die *partnership de lege ferenda* als *entity* ausgestaltet. *Law Commission* (Fn. 23), Rn. 6.73 ff. USA: Sec. 306(b) Uniform Partnership Act (1997): „A person admitted as a partner into an existing partnership is not personally liable for any partnership obligation incurred before the person’s admission as a partner.“

³³⁶ BGHZ 154, 370, 375.

³³⁷ BGHZ 154, 370, 374.

Muss der Neugesellschafter hingegen im Gegenzug für seinen Beitritt eine Einlage in das Gesellschaftsvermögen leisten, so ist dort mehr Haftungsmasse vorhanden.³³⁸ Für alle nach dem Beitritt fällig werdenden Forderungen gewinnen Altgläubiger für einen Zeitraum von mindestens fünf Jahren einen zusätzlichen Schuldner, denn für diesen Zeitraum haftet ein gegebenenfalls im Gegenzug ausscheidender Gesellschafter weiter. Bei einem Abstellen auf den Fälligkeitszeitpunkt werden die Interessen von Gläubigern und Neugesellschaftern somit zu einem angemessenen Ausgleich gebracht. Bei quotaler Haftung würden die gleichen Grundsätze zum Tragen kommen, wenn sich der Anteil eines Altgesellschafters erhöht.

Anders als *de lege lata* für die Außen-GbR könnte die Anwendung des § 130 HGB *de lege ferenda* auch nicht mit Beweisschwierigkeiten für die Gläubiger gerechtfertigt werden. Aufgrund der fehlenden Registerpublizität der Außen-GbR können Gläubiger derzeit nicht sicher wissen, wann ein bestimmter Gesellschafter in die Gesellschaft eingetreten ist.³³⁹ Für die eingetragene GbR kommt diesem Gesichtspunkt kein maßgebliches Gewicht zu. Der Beitritt eines neuen Gesellschafters wird im Regelfall zeitnah durch die Eintragung im GbR-Register dokumentiert. Die Eintragung hat zwar nur deklaratorische Wirkung.³⁴⁰ Allerdings besteht vorher regelmäßig auch kein schutzwürdiges Vertrauen der Gläubiger in die Existenz eines zusätzlichen Schuldners. Zudem könnte man den Gläubigern insofern nötigenfalls durch eine Umkehr der Beweislast hinsichtlich des Beitrittszeitpunkts helfen.³⁴¹

2. Haftung der Gesellschafter einer rein schuldrechtlichen GbR

Bei der rein schuldrechtlichen GbR fallen Schuld und Haftung zusammen. Soweit die Gesellschafter im Rechtsverkehr gemeinschaftlich oder einzeln Verbindlichkeiten begründet haben, haften sie auch für diese. Allerdings muss es dazu gar nicht kommen. Für Gesellschaften, die sich in Rechtsbeziehungen unter den Gesellschaftern erschöpfen, stellen sich naturgemäß keine Fragen nach Schuld und Haftung gegenüber Dritten. Unkompliziert sind ferner Fälle, in denen nach dem Modell der stillen Gesellschaft nur ein Gesellschafter im eigenen Namen handelt bzw. wenn im Fall der Metagesellschaft mehrere Gesellschafter nur im eigenen Namen agieren. Dann haftet jeder han-

³³⁸ *Dauner-Lieb*, in: FS für Peter Ulmer, 2003, 73, 76.

³³⁹ *Ulmer* ZIP 2001, 585, 598; *Habersack* BB 2001, 477, 482; *Karsten Schmidt* NJW 2001, 993, 999. Dem folgend BGHZ 154, 370, 375 f.

³⁴⁰ Auch wenn die Eintragung nur deklaratorisch wirkt, so sind die Gläubiger doch zumindest insoweit geschützt, als ihnen auch der Austritt eines Gesellschafters erst ab Eintragung entgegengehalten werden kann.

³⁴¹ *Dauner-Lieb*, in: FS für Peter Ulmer, 2003, 73 ff.; *Ulmer* ZIP 2003, 1113, 1116.

delnde Gesellschafter nur persönlich gegenüber Dritten. Inwieweit einem im Rechtsverkehr auftretenden Gesellschafter gegenüber seinen Mitgesellschaftern Ausgleichsansprüche zustehen, die gegebenenfalls von Dritten gepfändet werden könnten, ist eine Frage des zur Disposition der Gesellschafter stehenden Innenverhältnisses und nicht Teil der hier angestellten Reformüberlegungen.

Wenn die Gesellschafter gemeinsam in rechtliche Beziehungen zu Dritten treten, so entsteht aufgrund der fehlenden rechtlichen Verselbständigung der rein schuldrechtlichen GbR auf Seiten der Gesellschafter eine Schuldnermehrheit. Das Gesellschaftsverhältnis spielt im Außenverhältnis grundsätzlich keine Rolle. Gemäß den §§ 714, 709 BGB würde es bei dem Grundsatz bleiben, dass alle Gesellschafter im Zweifel nur gemeinsam handeln können. Treffen die Gesellschafter eine von § 709 Abs. 1 BGB abweichende Vereinbarung zur Geschäftsführung, so ergibt sich die Ermächtigung geschäftsführungsbefugter Gesellschafter zur Vertretung der übrigen Gesellschafter aus § 714 BGB. Im Übrigen würden für Vertretung und Vollmacht die §§ 164 ff. BGB gelten. In Österreich wird bei „unternehmerisch tätigen Außengesellschaften“ vermutet, dass jeder Gesellschafter einzelvertretungsberechtigt ist. Einen Mangel der Vertretungsbefugnis muss sich ein Dritter nur entgegenhalten lassen, wenn er ihn kannte oder kennen musste.³⁴² Dies ist ein weiterer Ausdruck des fragwürdigen Konzepts der österreichischen GesbR-Reform, die GesbR einerseits ausdrücklich nicht rechtlich zu verselbständigen, sie andererseits aber wie einen Rechtsträger zur Teilnahme am Rechtsverkehr zu ertüchtigen und sie sogar zum tauglichen „Unternehmensträger“ zu machen. Wie bereits im Rahmen der Vermögensordnung angesprochen, wird hier ein anderes Konzept verfolgt. Die Gesellschafter sollen ermutigt werden, für die offene Teilnahme am Rechtsverkehr in gesellschaftlicher Verbundenheit eine hierfür vorgesehene Rechtsform zu wählen – zumindest also die eingetragene GbR. Daher wäre es kontraproduktiv, für die rein schuldrechtliche GbR Rechtssicherheit hinsichtlich der Vertretungsverhältnisse zu schaffen. Grundsätzlich müssen sich Vertragspartner stets der Vertretungsmacht eines Bevollmächtigten vergewissern.³⁴³ Würde man für die rein schuldrechtliche GbR eine günstigere Regelung vorsehen, könnte dies ihre Akzeptanz im Rechtsverkehr erhöhen und den Anreiz für eine Eintragung senken. Handeln Gesellschafter ohne Vertretungsmacht, so gelten die §§ 177 ff. BGB sowie die Grundsätze zu Duldungs- und Anscheinsvollmacht.

Begründen die Gesellschafter gemeinsam vertragliche Verbindlichkeiten, so kommen die §§ 420 ff. BGB zum Tragen. Danach haften die Gesellschafter

³⁴² § 1197 Abs. 2 ABGB.

³⁴³ Vgl. *Wiedemann* WM 1994, Sonderbeilage Nr. 4 zu Nr. 51/52, 13.

im Regelfall gemäß § 427 BGB als Gesamtschuldner. Dabei sollte es auch *de lege ferenda* bleiben. Demgegenüber war noch im E I eine anteilige Haftung nach Köpfen vorgesehen (§ 642 E I). Dies war insofern folgerichtig, als der E I noch keine § 427 BGB entsprechende Regelung enthielt und die Teilschuld gemäß § 320 E I daher bei vertraglich begründeten Verbindlichkeiten ganz allgemein die Regel war. Eine Gesamtschuld hätte nach dem E I ausdrücklich vertraglich vereinbart werden müssen.³⁴⁴ Vor dem Hintergrund der Gesamtschuld als gesetzlichem Regelfall für vertragliche Schuldnermehrheiten wäre eine isolierte teilschuldnerische Haftung der Gesellschafter einer rein schuldrechtlichen GbR ein Fremdkörper im BGB.³⁴⁵ Gegen eine Haftung nach Köpfen spricht zudem, dass sie aufgrund der Nichtberücksichtigung der wahren Beteiligungsverhältnisse willkürlich ist.³⁴⁶ Ein Abstellen auf die tatsächlichen Beteiligungsverhältnisse kommt bei der rein schuldrechtlichen GbR ebenfalls nicht in Betracht, da diese für Dritte nicht erkennbar sind. In Österreich wurde unter anderem aus diesem Grund 2014 die ursprünglich im ABGB als gesetzliche Grundregel vorgesehene *pro-rata*-Haftung der Gesellschafter einer GesbR³⁴⁷ – die in der Rechtspraxis bereits weitgehend bedeutungslos geworden war³⁴⁸ – durch eine gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter ersetzt.³⁴⁹ § 427 BGB ordnet die gesamtschuldnerische Haftung nur im Zweifel an. Die Regelung bietet daher genug Flexibilität, um eine Teilschuld anzunehmen, wenn dies der Interessenlage der Parteien entspricht.³⁵⁰ So hat etwa das LG Augsburg 2004 bei einer Sammelbestellung von Heizöl eine gesamtschuldnerische Haftung der Besteller abgelehnt.³⁵¹

³⁴⁴ § 321 Abs. 2 E I.

³⁴⁵ Das Festhalten an der grundsätzlich gesamtschuldnerischen Haftung der Gesellschafter einer rein schuldrechtlichen GbR gemäß § 427 BGB steht auch nicht im Widerspruch zur hier befürworteten *pro-rata*-Haftung der Gesellschafter einer eingetragenen GbR (siehe unter V.1.d). Aufgrund ihrer rechtlichen Verselbständigung ist die eingetragene GbR alleinige Vertragspartnerin. Es fehlt insofern also bereits an einer Schuldnermehrheit. Lediglich die akzessorische Haftung der Gesellschafter für die einheitliche Verbindlichkeit der Gesellschaft wäre *pro rata* ausgestaltet.

³⁴⁶ Warum sollte bei einer Zwei-Personen-Gesellschaft der zu 10 % beteiligte Gesellschafter zu 50 % haften?

³⁴⁷ § 1203 ABGB a.F.

³⁴⁸ *Told* (Fn. 18), 145 ff. Kritisch gegenüber der Praxis, die klare gesetzliche Entscheidung zugunsten der anteiligen Haftung im Ergebnis ins Gegenteil zu verkehren *Hofmann*, Gesellschafterhaftung in der GesbR, 2008, 72 ff.

³⁴⁹ § 1199 Abs. 1 ABGB.

³⁵⁰ So auch schon *Canaris* ZGR 2004, 69, 102.

³⁵¹ LG Augsburg NJW-RR 2004, 852 f. Anders noch LG Konstanz NJW 1987, 2521. Das LG Augsburg lehnte die Annahme einer rechtsfähigen Außen-GbR ab. Demgegenüber hatte das AG Pirmasens 2002 bei einer Sammelbestellung von Heizöl die Existenz einer rechtsfähigen Außen-GbR und – insofern folgerichtig – eine akzes-

Haften die Gesellschafter einer rein schuldrechtlichen GbR gemäß § 427 BGB als Gesamtschuldner und verletzt einer von ihnen schuldhaft eine Vertragspflicht, so müssten sich die übrigen Gesellschafter das Verschulden gemäß § 425 BGB grundsätzlich nicht zurechnen lassen. Sie würden dementsprechend auch nicht für einen durch die Pflichtverletzung verursachten Schaden haften. Der Grundsatz, dass Gesamtschuldner im Zweifel nur für eigenes Verschulden haften, passt jedoch wertungsmäßig nicht, wenn die Gesellschafter einer rein schuldrechtlichen GbR gemeinsam im Rechtsverkehr auftreten und gemeinsam Verpflichtungen eingehen. Es wäre ein Widerspruch, wenn sich die Gesellschafter das Verschulden eines Angestellten über § 278 BGB stets zurechnen lassen müssten, füreinander aber wegen der grundsätzlichen Einzelwirkung des Verschuldens gemäß § 425 BGB nicht einzustehen hätten.³⁵² Dieses Problem ist nicht neu. Bereits vor der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR entsprach es der überwiegenden Auffassung, dass die Gesellschafter einer GbR nicht unter Berufung auf § 425 BGB der gesamtschuldnerischen Haftung entgehen können.³⁵³ Hierfür wurde entweder auf § 278 BGB zurückgegriffen, mit der Begründung, dass die Gesellschafter füreinander Erfüllungsgehilfen seien, oder es wurde bei Vorliegen einer GbR ein generelles Abweichen von der Zweifelsregel des § 425 BGB befürwortet.³⁵⁴ Hieran kann angeknüpft werden, wenn die Gesellschafter einer rein schuldrechtlichen GbR gemeinsam im Rechtsverkehr in Erscheinung treten. Eine Entscheidung des Gesetzgebers für einen der beiden Ansätze im Rahmen der Reform der §§ 705 ff. BGB ist nicht erforderlich.

Gesetzliche Verbindlichkeiten würden bei der nicht rechtsfähigen schuldrechtlichen GbR grundsätzlich nur den Gesellschafter treffen, der die Voraussetzungen des jeweiligen Tatbestandes persönlich erfüllt.³⁵⁵ Eine Zurechnung deliktischen Verhaltens nach § 31 BGB analog käme unter den Gesellschaftern einer rein schuldrechtlichen Gesellschaft nicht in Betracht.³⁵⁶ Auch eine Haftung für eigenes Verschulden gemäß § 831 BGB im Hinblick auf einen durch

sorische Haftung aller Gesellschafter/Besteller nach § 128 HGB analog grundsätzlich bejaht (Urteil v. 3.7.2002, 1 C 197/02, juris).

³⁵² Huber, in: FS für Marcus Lutter, 2000, 107, 131.

³⁵³ Vgl. Ulmer AcP 198 (1998), 113, 139 m.w.N.; Zöllner, in: FS für Alfons Kraft, 1998, 701, 712.

³⁵⁴ Vgl. Eigner (Fn. 295), 117 f. m.w.N. Vertiefend zu der gesamten Problematik Meier, Gesamtschulden, 2010, 74 ff.

³⁵⁵ Insofern bleibt alles beim Alten, vgl. Wiedemann WM 1994, Sonderbeilage Nr. 4 zu Nr. 51/52, 15.

³⁵⁶ Vor der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR wurde vertreten, dass auch auf die nicht rechtsfähige GbR § 31 BGB analog anzuwenden sei, vgl. Zöllner, in: FS für Alfons Kraft, 1998, 701, 712. Bei der rein schuldrechtlichen GbR würde es *de lege ferenda* aber selbst an einem gebundenen Sondervermögen fehlen.

einen anderen Gesellschafter verursachten Schaden dürfte in aller Regel ausscheiden, weil die Gesellschafter untereinander nicht weisungsgebunden sind und in keinem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen.³⁵⁷

Eine Veränderung im Gesellschafterbestand hat auf die Haftungsverhältnisse grundsätzlich keinen Einfluss. Jeder Gesellschafter haftet nur für Verbindlichkeiten, an deren Begründung er selbst beteiligt war oder die er ausdrücklich übernommen hat. Wegen der Aufgabe des Prinzips der gesamthänderischen Bindung ist damit kein Vollstreckungsproblem mehr verbunden. Ohne die Annahme einer eigenständigen und gegenüber Veränderungen im Gesellschafterbestand immunen „Gesellschaftsschuld“ war es vor der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR nicht einfach zu begründen, wie die Gläubiger für eine Altverbindlichkeit einen Titel auch gegen einen Neugesellschafter erlangen konnten, den sie gemäß § 736 ZPO für einen Zugriff auf das gesamthänderisch gebundene Vermögen benötigten.³⁵⁸ *De lege ferenda* wäre – mangels Vermögensbindung bei der rein schuldrechtlichen GbR – für § 736 ZPO kein Raum mehr. Die Vorschrift müsste ersatzlos gestrichen werden. Die Gläubiger könnten sich darauf konzentrieren, die Gesellschafter zu verklagen, derer sie leicht habhaft werden können. Mit einem Titel könnten sie jeweils unmittelbar auf deren gesamtes Vermögen zugreifen. Für eine zeitliche Begrenzung der Nachhaftung bestünde bei der rein schuldrechtlichen GbR ebenso wenig ein Bedürfnis wie beim Abschluss eines Miet- oder Darlehensvertrages durch mehrere Personen.

VI. Fazit

Das gesetzliche Einheitsmodell der §§ 705 ff. BGB leidet angesichts des weitgefassten Tatbestands der GbR an einer strukturellen Überforderung. Die verschiedenen Erscheinungsformen der GbR erfordern Flexibilität, Vermögensbindung, Rechtsfähigkeit und Publizität. Um diesen innerhalb eines einheitlichen rechtlichen Rahmens unvereinbaren Anforderungen gerecht zu werden, sollte der gesetzliche Einheitstypus der GbR in eine rechtsfähige Variante und in eine nicht rechtsfähige, rein schuldrechtliche Variante ausdifferenziert werden. Für die rechtsfähige GbR sollte Subjektpublizität mittels einer für die Erlangung der Rechtsfähigkeit konstitutiven Eintragung in ein neu

³⁵⁷ Vgl. *Wiedemann* WM 1994, Sonderbeilage Nr. 4 zu Nr. 51/52, 14; *Eigner* (Fn. 295), 117 f. m.w.N. Zum Begriff des Verrichtungsgehilfen siehe *MünchKommBGB/Wagner*, 6. Aufl. 2013, § 831 Rn. 14 f.

³⁵⁸ Siehe dazu *Ulmer* AcP 198 (1998), 113, 142; *Zöllner*, in: FS für Alfons Kraft, 1998, 701, 714; *Cordes* JZ 1998, 545, 547; *Huber*, in: FS für Marcus Lutter, 2000, 107, 128.

zu schaffendes GbR-Register hergestellt werden. Die eingetragene und damit rechtsfähige GbR würde im Rechtsverkehr mittels eines aussagekräftigen Rechtsformzusatzes kenntlich gemacht („eingetragene GbR“ oder „eGbR“). Die zentrale Funktion der eingetragenen GbR im Gefüge der Rechtsformen bestünde darin, einen einfachen Zugang zu einem Rechtsträger für Gestaltungen zu eröffnen, für die komplexere Rechtsformen zu teuer oder schlicht nicht erforderlich sind. Dementsprechend sollte das Registerverfahren unkompliziert und kostengünstig sein. Das Vertretungs- und Haftungsregime der eingetragenen GbR sollte gegenüber dem der OHG eigenständig und weniger rigide ausgestaltet werden. Die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter könnte entgegen § 126 HGB für bestimmte Arten von Geschäften auch dem Umfang nach beschränkt werden. Statt einer zwingend solidarischen Haftung nach dem Vorbild des § 128 HGB sollte den Gesellschaftern einer eingetragenen GbR die Möglichkeit eröffnet werden, ihre akzessorische Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten entsprechend ihres Anteils an der Gesellschaft zu beschränken. Die nicht rechtsfähige Variante der GbR sollte durch eine konsequente Ausgestaltung als reines Schuldverhältnis auf ihre Funktion als flexibler gesellschaftsrechtlicher Auffangtatbestand ausgerichtet werden. Da für die Teilnahme am Rechtsverkehr die eingetragene GbR zur Verfügung stünde, bedürfte die rein schuldrechtliche GbR keinerlei Vermögensbindung. Das im Hinblick auf die Transparenz der Vermögensverhältnisse problematische Prinzip der gesamthänderischen Vermögensbindung sollte daher im Gesellschaftsrecht ersatzlos gestrichen werden.

Der „Dreißigjährige Krieg“ um die Rechtsfähigkeit der GbR ist seit 2001 entschieden. Eine überzeugende „Friedensordnung“ für das Recht der GbR hat sich seither nicht herausgebildet. Die Rechtsprechung hat das ihr Mögliche getan. Nun ist der Gesetzgeber am Zug.