

Überlegungen zu Reformen des Personengesellschaftsrechts

Professor Dr. Dres. h. c. Harm Peter Westermann^{*}

Die Abteilung „Wirtschaftsrecht“ des 71. Deutschen Juristentags soll sich mit einer grundlegenden Reform des Personengesellschaftsrechts befassen; über sein Gutachten hat Schäfer in NJW-Beilage 2016, 45 berichtet. Hierzu wird nachstehend Stellung genommen. Der hier zur Verfügung stehende Raum gestattet es nicht, die wichtigsten Reformfragen auch nur stichwortartig anzuschneiden. Der Beitrag konzentriert sich daher auf die Frage, wie die Rechtsformen-Gesetzlichkeit und Typologie des Personengesellschaftsrechts künftig aussehen sollen, ob neue Rechtsinstitute und Regeln geschaffen und bereitgestellt werden müssen und welche jetzt nicht oder nur unpassend im Gesetz geregelten Konstruktionen und Konfliktlösungen geändert werden müssen. Eine Folgefrage ist dann vor allem die Bedeutung der Publizität der Rechtsträgerschaft der GbR im Rechtsverkehr.

I. Zur künftigen Regelung der GbR

1. Der erste „Federstrich“ des Gesetzgebers

Schon oft war von dem Federstrich des Gesetzgebers die Rede, durch den ganze Bibliotheken Makulatur werden können.¹ Er könnte hier darin bestehen, dass die den §§ 705 ff. BGB zu Grunde liegende Vorstellung, dass nicht die Gesellschaft, sondern nur die Gesellschafter Rechtsträger sein sollten, die durch organische Vertretung im Außenverhältnis (§ 714 BGB) auch Schuldner der Verbindlichkeiten werden, offen zu Gunsten eigener Rechtsträgerschaft der Gesellschaft aufgegeben wird. Diesen Weg dürfte schon § 14 II BGB durch die Erwähnung einer „rechtsfähigen Personengesellschaft“ eingeschlagen haben; das könnte sich zwar nur auf OHG, KG, EWIV und Partnerschaft beziehen,² was aber jedenfalls hinnimmt, dass auch die GbR als „rechtsfähige“ hierher gezählt wird und auch Raum für weitere Rechtsfortbildungen besteht. Diese sollen aber nach der ganz überwiegenden Sichtweise³ nicht zur Qualifikation der rechtsfähigen Gesellschaft als juristische Person führen.

Nicht ganz so umwälzend, aber auch nicht mit dem einen Federstrich des Gesetzgebers abzuschließen, ist der Verständniswechsel vom „Anteil eines Gesellschafters“ „an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen“, also § 719 I BGB, zur Mitgliedschaft als einem vom Gesetzestext nicht erwähnten Rechts- und Verfügungsgegenstand.⁴

Mit einer bloßen Statuierung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft war bekanntlich auch die Haftungsverfassung noch nicht gesichert, diesbezüglich müsste die vom *BGH* jetzt angenommene und jedenfalls von der herrschenden Meinung gebilligte analoge Anwendung der §§ 128 ff. HGB festgeschrieben werden; ein Desiderat wäre vorläufig wahrscheinlich die gesetzgeberische Klärung des Inhalts einer quotalen Gesellschafterhaftung.⁵

Noch weiter greift die schon vor der Auseinandersetzung mit der Rechtsfähigkeit als Grundsatzproblem erkannte Vermischung personen- und kapitalgesellschaftsrechtlicher Strukturen in Gestalt der Grundtypenvermischung, die geradezu als Lehrmeisterin des Personengesellschaftsrechts bezeichnet⁶ und heute bei uns nicht mehr als problematisch empfunden wird. Es ist ganz bezeichnend, dass die Fortführung dieses Konstrukts zur so genannten Einheits-GmbH & Co. KG wiederum „Indizien für Rückständigkeit des Gesell-

schaftsrechts“⁷ zeigen soll; auch dies ist ein Projekt der Fortbildung der lex lata nach im Grundsätzlichen konsentierter Rechtsfortbildung.

2. Die nächste Zukunftsperspektive

Das Wort vom „Federstrich des Gesetzgebers“ läuft Gefahr, die Dinge zu verniedlichen, denn es genügt sicher nicht eine Formulierung, die die Rechtsfähigkeit der GbR ausdrücklich

Westermann: Überlegungen zu Reformen des Personengesellschaftsrechts (NJW 2016, 2625)

2626 ▲▼

festlegt, vielmehr muss entschieden werden, welche Gesellschaftstypen – Außen- oder auch Innengesellschaften, unter Umständen auch solche ohne ein von dem Vermögen der Gesellschafter gesondertes Vermögen – an der Rechtsfähigkeit teilhaben sollen. Die nächste Frage lautet dann, ob der Zugang zur Rechtsfähigkeit einer bestimmten darauf gerichteten Äußerung der Teilhaber bedürfen oder von einer Registereintragung abhängen soll (in welchem Zusammenhang uU ein neues Register bereitgestellt werden müsste). Schließlich ginge es darum, wie sich Gesellschaften, die kein kaufmännisches Unternehmen errichten oder betreiben wollen, zu den eingeführten Formen (OHG, KG sowie besonders GmbH & Co KG) verhalten sollen, was ein Bekenntnis zur Behandlung von „unternehmenstragenden“ GbR und zu ihrer Eignung für Freiberufler-Gemeinschaften erfordert.

Hier ist auf frühere Überlegungen von *Karsten Schmidt* zur Öffnung der Registereintragung für rechtsfähige Personengesellschaften hinzuweisen, die kein Gewerbe betreiben, aber als so genannte offene Gesellschaft mit entsprechendem Firmenzusatz im Handelsregister sollen eingetragen werden dürfen,⁸ während § 705 BGB künftig nur die Begründung einer rechtsfähigen Personengesellschaft iSd § 14 II BGB regeln soll. Konkret muss also aufgrund des Normtextes entschieden werden können, ob und aufgrund welcher Umstände eine Personengesellschaft OHG oder KG (damit derzeit auch GmbH & Co. KG) sein kann oder im Status der (rechtsfähigen) GbR verbleibt.

Damit hängt die gegebenenfalls vom Gesetzgeber zu entscheidende Frage zusammen, ob die Eigenschaft als Formkaufmann im Sinne des HGB wie bisher von einer Registereintragung abhängen und dadurch „formalisiert“ werden soll, was dann aber auch von der Art der Tätigkeit der Gesellschaft abhängig bleibt.⁹ Auf dieser Ebene werden dann auch ins Einzelne gehende Bestimmungen über die Vermögensstruktur, die Willensbildung und Vertretung sowie die Haftung entstehen müssen, wobei davon ausgegangen wird, dass auch bei Anerkennung der Rechtsfähigkeit aller Außengesellschaften nicht alle OHG-Regeln für dieses Gebilde passen würden.

II. Eckpunkte einer möglichen Verständigung über eine Regelung der GbR

1. Für die Rechtsfähigkeit in Betracht kommende Gesellschaftstypen

Nach der weitaus überwiegend gebilligten Rechtsfortbildung ist dem BGB-Gesetzgeber anzuraten, die Rechtsfähigkeit der Personengesellschaften nicht nur über § 105 I oder II HGB den als OHG oder KG angelegten Außen-Gesellschaften, sondern in § 705 BGB allen Außen-GbR offen und ausdrücklich beizulegen. Damit sind dann Zwischenschritte wie die vorgeschlagene Beschränkung der Rechtsfähigkeit auf „unternehmenstragende“ Gesellschaften oder solche mit „Identitätsausstattung“¹⁰ nicht mehr aktuell. Da dies für alle Gesellschaften dieses Typs gelten soll,¹¹ ist eine Verständigung über die Begriffselemente der Au-

Bengesellschaften nötig. Dieser Schritt ist allerdings nur notwendig, wenn den Innengesellschaften, worüber weitgehend Einigkeit besteht,¹² die Rechtsfähigkeit versagt wird, was freilich noch einmal wird überdacht werden müssen, wenn es um die Bedeutung und Notwendigkeit eines Gesellschaftsvermögens geht. Ohnehin und sogar unabhängig davon könnte sich die grundlegende Unterscheidung zwischen Außen- und Innengesellschaft als gelegentlich fragwürdig erweisen. Sie ist auch nicht der einzige Ansatzpunkt für eine Differenzierung der Gesellschaften im Hinblick auf die Rechtsfähigkeit, nachdem Röder¹³ als dritte Variante eine rein schuldrechtliche, also nicht rechts- und registerfähige GbR vorgeschlagen hat, die keine Vermögensbindung benötige, die aber von Schäfer¹⁴ als „vermögensfähig“ qualifiziert wird, was daraus folge, dass ein etwa nötiges Vermögen allein den Gesellschaftern – womöglich auch zur „gesamten Hand“ – zugeordnet werden könne. Dies hängt mit der schon erwähnten Frage zusammen, ob nicht nur das Vorhandensein eines gemeinsamen Außenverhältnisses, sondern auch die Rechtstechnik der Vermögensbindung typbildende Kraft haben soll.

Außen- und Innengesellschaft unterscheiden sich dadurch, dass bei der Ersteren nach dem Willen der Partner die Gesellschaft als solche, vertreten durch ihre Geschäftsführer, am Rechtsverkehr teilnehmen soll,¹⁵ während bei der Innengesellschaft die Geschäfte von einem „Haupt-Gesellschafter“ im eigenen Namen, aber für Rechnung aller Partner geschlossen werden. Dass dieser die Innengesellschafter an der internen Willensbildung beteiligen muss, stört wegen der Dispositivität des § 709 BGB¹⁶ nicht. Für die Praxis soll das Erfordernis, dass das gemeinsame Auftreten nach außen vom Willen aller Gesellschafter getragen sein muss, durch Indizien angezeigt werden können, als da sind die Vereinbarung eines Gesellschaftsnamens, vertragliche Bestimmungen zu Sitz und Haftung, sogar das bestimmungsgemäße Vorhandensein von Gesellschaftsvermögen. Aber allein das gemeinsame Auftreten nach außen, wenn es nur punktuell geschieht, kann eine an sich als Innengesellschaft geführte Partnerschaft nicht ohne Weiteres zur Außengesellschaft machen; man denke an ein von einem der Gesellschafter allein im eigenen Namen geführtes Kleinunternehmen, das aufgrund kurzfristig starken Arbeitsanfalls für einige Zeit einen Mitarbeiter braucht, der aber Wert darauf legt, seinen Vertrag mit allen Gesellschaftern abzuschließen: Wird dadurch die Gesellschaft plötzlich rechtsfähig und verliert sie diese Qualifikation, wenn man sich entschließt, den Mitarbeiter als Partner aufzunehmen, der dem „Haupt-Gesellschafter“ gegen Gewinnbeteiligung zur Hand gehen soll?

Es verwundert nicht, dass derartigen Unklarheiten nach dem Vorbild des neuen österreichischen ABGB (§ 1176 I 2) durch eine Vermutung begegnet werden soll,¹⁷ die allerdings an das Betreiben einer gewerblichen oder freiberuflichen Tätigkeit geknüpft werden solle. Aber das vorige Beispiel kann auch bei einem Freiberufler mit angestellten Berufsangehörigen vorkommen. Man wird sich auch der Frage stellen müssen, ob die Eindrücke eines gemeinsamen Auftretens im Verkehr, obwohl die Vergemeinschaftung gar nicht dem Willen aller Beteiligten entspricht, wirklich entscheidend für eine

Westermann: Überlegungen zu Reformen des Personengesellschaftsrechts (NJW 2016, 2625)

2627 ▲
▼

Außengesellschaft sprechen können.¹⁸ Jedenfalls würde der Umgang der Praxis mit den Vermutungstatbeständen für die Realitätsnähe der neuen normativen Ordnung wichtig werden.

Mit Publizitätstatbeständen wie einer Grundbucheintragung eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstücks gibt es, wie an der sehr variantenreichen und zum Teil schon verwirrenden Judikatur¹⁹ zu se-

hen ist, zu der *lex lata* noch keine klare Linie. Die im Schrifttum auch schon geäußerte Befürchtung, die grundbuchrechtliche Behandlung könnte Abstriche an der Rechtsfähigkeit darstellen,²⁰ lässt sich wohl nur überwinden, wenn die Neuordnung es generell vermeidet, dass ein publizitätsloses Rechtssubjekt gebildet werden kann.²¹

2. Die Registerfrage

Mehr oder weniger läuft dies auf die Frage nach einer eigenständigen, nicht nur durch das Grundbuch vermittelten Registrierung der GbR hinaus, ohne die ihre Rechts- und Parteifähigkeit auf schwachen Füßen stehen würde.²² Es muss allerdings entschieden werden, ob die Eintragung in ein (zu schaffendes) Register konstitutives Merkmal der Entstehung eines Rechtssubjekts sein soll oder ob fakultative Eintragung genügt – hierzu gibt es verschiedene Meinungen, die sich allerdings zumeist darin einig sind, dass die Einführung eines solchen Registers nützlich, vielleicht sogar unentbehrlich wäre;²³ umstritten ist aber, ob auch Eintragungszwang bestehen soll.

a) Ein reines Wahlrecht könnte durch Übernahme der auch von *K. Schmidt*²⁴ empfohlenen österreichischen Lösung verwirklicht werden, die das für Personenhandelsgesellschaften bestehende Register für alle Zwecke, also auch für nichtgewerbliche, öffnet. Das hätte aber den Nachteil, dass auch rechtsfähige Außengesellschaften die Eintragung und damit die nicht immer willkommene Publizität vermeiden könnten. Das ist zunächst eine Frage der Sicherheit des Rechtsverkehrs,²⁵ neben die der Ruf nach einer konstitutiven Wirkung der Registereintragung tritt. Daneben wird der Aufwand für die Eintragung und ihre laufende Kontrolle kritisiert,²⁶ was sich aber nicht durchzusetzen scheint.²⁷

Natürlich ist, wenn man ein Register schafft, ohne eine gesetzliche Regelung der Anmeldung und Eintragung nicht auszukommen, abgesehen von dem bisher nicht intensiv erörterten Problem der Vorgesellschaft. Ein anderes mit einer Eintragungspflicht verbundenes Thema ist, ob die eingetragenen Gesellschaften dann von der handelsrechtlichen Buchführungspflicht gem. § 241 a HGB ausgenommen werden können, die aber für diesen Fall eingeschränkt werden könnte, wenn ein bestimmter Umsatz oder Jahresüberschuss nicht überschritten wird.²⁸

Gegen eine Eintragungspflicht sprechen die unter Umständen auftretenden Abgrenzungsschwierigkeiten bezüglich des Vorliegens einer (gewollten) Außengesellschaft,²⁹ denen durch einen durch das Registerrecht im Zusammenhang mit der Antragspflicht einzubauenden Vermutungstatbestand vielleicht nicht immer befriedigend abgeholfen werden könnte, abgesehen von dem Aufwand des Registergerichts für manchmal notwendige Prüfungen hinsichtlich des Innenverhältnisses der Gesellschaft. Wenn man es mit dem Gutachten *Schäfer*³⁰ bei Freiwilligkeit der Eintragung mit Löschungsmöglichkeit entsprechend § 2 HGB belässt, würden wiederum in Zukunft rechtsfähige Gesellschaften existieren, die von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen.

b) Die Schaffung eines eigenständigen „Gesellschaftsregisters“, das dem Handelsregister ähnlich, aber doch nicht mit ihm identisch wäre, setzt – vermutlich nicht ganz einfache – legislatorische Aktivitäten voraus,³¹ die wohl auch eine Register-VO umfassen müssten. Es müssten wohl auch Vorkehrungen getroffen werden, in eher stärkerem Maße als im Handelsregister die zur Abbildung der Vielgestaltigkeit und Flexibilität der Gesellschaften nötigen Eintragungen zu ermöglichen, obwohl andererseits der *numerus clausus* zulässiger Registereintragungen auch hier gelten würde. Solange man keine Eintragungspflicht vorsieht, wäre auch eine dem § 15 HGB entsprechende Regelung nur für Berichtigungen des Registerinhalts sowie die Verlautbarung des Erlöschens einer Gesellschaft notwendig.³²

Wenn ein „Gesellschaftsregister“ besteht, werden dort die Gesellschaften als solche und wohl auch die Gesellschafter registriert, womit aber nichts zu dem Vermögen des Rechtsträgers gesagt ist. Nun ist inzwischen auch klar, dass Grundbesitz der Gesellschaft im Grundbuch publiziert wird, was Sicherheit nicht nur über den Inhalt der Eintragung, sondern auch für den Umfang des mit einer Eintragung verbundenen öffentlichen Glaubens erfordert.³³ Das war, solange es um Eintragungen im herkömmlichen Grundbuch ging, auch auf der Grundlage der neuen Regelungen – § 47 II GBO, besonders § 899 a BGB – eine reine Frage des Grundbuchrechts und könnte das auch bleiben, wenn man sich nicht künftig einfach damit begnügt, dass das Grundbuch auf die Eintragung im „Gesellschaftsregister“ verweist. Allerdings fragt sich auch, ob eine solche Verweisung die im Grundbuchverkehr an sich zu beachtenden Ansprüche des § 29 GBO abdeckt,³⁴ oder ob man auch für das Gesellschaftsregister Forderungen wie diejenige nach einer Erklärung der Einzutragenden, die alleinigen Gesellschafter zu sein,³⁵ übernehmen soll. Das würde wohl jedenfalls für die Notwendigkeit klar

Westermann: Überlegungen zu Reformen des Personengesellschaftsrechts (NJW 2016, 2625)

2628 ▲▼

stellender und dann auch vom Grundbuch zu übernehmender Vermerke für den Fall gelten, dass eine Gesellschaftergruppe gleichzeitig mehrere GbR gründet.³⁶ Wenn eine dem § 15 HGB entsprechende Regelung im Gesetz stünde, würde auch die Problematik erledigt, die sich im Grundbuchrecht in der bisherigen Anwendung des § 899 a BGB ergeben hat³⁷ und anscheinend darin besteht, dass bei Verträgen über Grundstücksvermögen der Gesellschaft bei fehlender Beteiligung einzelner Teilhaber am Verfügungsgeschäft ein gutgläubiger Erwerb ermöglicht werden sollte.³⁸

Die GbR kann schon nach bisher herrschender Meinung auch an einer anderen GbR oder Handelsgesellschaft beteiligt sein,³⁹ was dazu zwingt, für das zuständige Handels- oder Gesellschaftsregister die Eintragung dieser Gesellschafterstellung zu regeln. Nimmt man an, dass sich diese Eintragung dann auf die beteiligte „Unter-GbR“ erstreckt, so könnte gefolgert werden, dass die Gesellschafter insoweit gewissermaßen fiktive Buch- oder Registereigentümer würden.⁴⁰ Als Lösung würde sich anbieten, die Publizität des Gesellschaftsregisters auf andere Publizitätsträger zu erstrecken, was dann in § 67 II AktG, § 40 GmbHG, § 30 PatG, § 32 MarkenG und § 25 Nr. 15 MarkenVO niedergelegt werden müsste.⁴¹ Das alles bedürfte dann mühevoller Arbeit des Gesetzgebers, die nicht durch vertrauensvolles Warten auf richterliche Rechtsfortbildung eingespart werden könnte.

3. Innengesellschaften mit und ohne Vermögen

a) Auch wenn nur Außengesellschaften Rechtsfähigkeit haben, können Innengesellschaften verhältnismäßig rasch und – wenn keine konstitutive Eintragung verlangt wird – fast unbemerkt zu Außengesellschaften mutieren und damit rechtsfähig werden, was natürlich einem Gesellschaftsregister bekanntgemacht werden müsste. Der im HGB klare Unterschied zwischen den Außengesellschaften und der nicht unter § 124 HGB fallenden stillen Gesellschaft muss für das Verhältnis der Außen-GbR und der so genannten bürgerlich-rechtlichen stillen Gesellschaft⁴² nicht unbedingt ebenso wiederkehren.

Entscheidend gegen die Rechtsfähigkeit von Innengesellschaften wird nun manchmal angeführt, dass in ihnen kein gemeinsames Gesellschaftsvermögen gebildet werden könne, was ja eine Außengesellschaft begründen würde.⁴³ Indessen ist es doch so, dass auch bei der Innengesellschaft hinsichtlich des dem Ge-

sellschaftszweck gewidmeten Vermögens einzelne oder sogar alle Gesellschafter dieses gemeinsam, unter Umständen sogar zur gesamten Hand halten können, ohne damit nach außen zu treten, was dem „Hauptgesellschafter“ überlassen werden kann,⁴⁴ der dann die Befugnis hat, im eigenen Namen Verpflichtungen einzugehen, die sich (auch) auf die Vermögensgegenstände beziehen und gegebenenfalls durch Zugriff hierauf erfüllt werden können. In der Tat gibt es also einen zwingenden Zusammenhang zwischen Rechtsfähigkeit und der Fähigkeit, ein Gesellschaftsvermögen zu halten, nicht.⁴⁵ Würde entgegen der ganz herrschenden Ansicht auch Innengesellschaften Rechtsfähigkeit zugebilligt, so müssten diese dann auch im „Gesellschaftsregister“ eingetragen werden oder zumindest werden können – dass der Gesetzgeber so weit geht, ist aber unwahrscheinlich.

b) Anderes könnte bezüglich der Qualifikation und praktischen Behandlung des von Röder⁴⁶ vorgeschlagenen Typs einer rein schuldrechtlichen, aber nicht rechtsfähigen GbR gelten, die ein Gesellschaftsvermögen nicht soll halten können. Mit diesem Vorschlag steht Röder nicht allein; so sieht der Gesetzentwurf von Karsten Schmidt⁴⁷ als neue Fassung des § 705 BGB vor, dass durch den Gesellschaftsvertrag ein „den Regeln dieses Titels folgendes Schuldverhältnis oder eine rechtsfähige Personengesellschaft iSd § 14 II BGB begründet“ wird.

Man könnte dabei an Vereinbarungen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks, zum Beispiel Fahrge-meinschaften oder – weniger trivial und wirtschaftlich, auch steuerrechtlich bedeutsam – Unterbeteiligungen denken, die lediglich das nach außen gerichtete Handeln des Hauptgesellschafters in seinem Verhältnis zu den Unterbeteiligten bestimmten, nicht unbedingt geheimen Bindungen schuldrechtlicher Art unterwerfen,⁴⁸ was besonders die Vergemeinschaftung der Erträge (womöglich auch etwaiger Verluste) bezweckt. Auch in einer richtigen Außengesellschaft müsste hierzu kein gemeinschaftliches Vermögen gebildet werden, etwaige Erträge aus der Tätigkeit des Hauptgesellschafters (etwa Gewinne aus gemeinsam finanzierten Lotto-Einsätzen) könnten aufgeteilt werden und nur vorübergehend in das Vermögen des Hauptbeteiligten fallen.

c) Sollte sich angesichts des Gewichts der hier im Vordergrund erörterten Fragen um die Schaffung und Wirkung eines Gesellschaftsregisters der Gesetzgeber wirklich dieses gewiss nicht einfachen Problemkomplexes annehmen, so müsste dies auch das Haftungsstatut erfassen, obwohl dies von einer Registereintragung wohl nicht abhängen kann. Dies wäre gegenüber der Rechtslage bei den Außen-GbR, die wohl im Sinne der jetzt durchgesetzten Anwendbarkeit der gesamtschuldnerischen Haftung gelöst werden würde, eine ganz neue Aufgabe. So würde eine Regelung, die schlechthin die GbR erfassen will, nicht darum herumkommen, Gesellschaften, bei denen die Gemeinschaftssphäre allein in obligatorischen Rechten und Pflichten der Vertragschließenden untereinander besteht, die aber gemeinsame Zwecke verfolgen, im Hinblick auf Willensbildung der Gemeinschaft, Partnerwechsel, Tragung von Verbindlichkeiten und Ähnlichem mehr ein Modell zur Verfügung zu stellen, dessen Geltungsanspruch nicht erst einsetzt, wenn eine Außengesellschaft entstanden ist.

Daher überrascht es etwas, dass für so viele Erscheinungsformen der rein schuldrechtlichen GbR ein Bedürfnis nach gesetzlicher Regelung nicht bestehen soll, so für Gelegenheitsgesellschaften ohne Vermögen.⁴⁹ So wird bei einem Emissionskonsortium, bei dem im Außenverhältnis zum Emittenten

Westermann: Überlegungen zu Reformen des Personengesellschaftsrechts (NJW 2016, 2625)

2629 ▲
▼

ten allein die Konsortialführerin in Erscheinung tritt, die Finanzierung der Emission und die spätere Unter-

bringung der Titel am Kapitalmarkt von den Konsorten jeweils mit ihrem Anteil und im eigenen Namen durchgeführt.⁵⁰ Hier wie auch bei Gemeinschaftsunternehmen oder auch Sicherheitenpools ist das derzeitige weitgehend dispositive Modell der GbR keineswegs und jedenfalls nicht schon deswegen nutzlos, weil kein gemeinschaftliches Vermögen gebildet werden soll. Es verwundert daher in der Tat nicht, dass das Emissionskonsortium schon in der Frühzeit der Diskussion um die Rechtsfähigkeit der GbR als höherstufiges Gebilde für rechtsfähig erklärt wurde.⁵¹ Auch wenn dies künftig wegen des Fehlens eines gemeinschaftlichen Außenverhältnisses nicht mehr sollte angenommen werden können, sollte die Existenz oder die Nicht-Existenz von gemeinsamem Vermögen die Rechtslage nicht entscheidend beeinflussen.

III. Fazit

Wenn sich aus den Beschlüssen des dJt hinlängliche Impulse für die Schaffung einer rechtsfähigen GbR ergeben, ist der weitere Weg des Gesetzgebers, wie er im Vorigen in Ansätzen gezeichnet wurde, noch ziemlich lang. Er müsste auch einen Stolperstein in Gestalt des als Fehlkonstruktion oder als zumindest überholt angegriffenen Gesamthandsprinzips in Gestalt einer Regelung der Objektspublizität überwinden. So wäre auch bei einer rechtsfähigen Gesellschaft eine Regelung der Verfügungsbefugnis über Mitgliedschaften und die Versagung eines Anteils eines Gesellschafters an einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens (also wie § 719 BGB) kaum entbehrlich, abgesehen davon, dass dies auch für die Handelsgesellschaften, besonders auch für die An- und Abwachsung bei Veränderungen im Gesellschafterkreis, unverzichtbar ist.

Betrachtet man die Handhabung des Gesamthandsprinzips einschließlich der Regeln über An- und Abwachsung durch die Praxis zum geltenden Recht, so kann gesagt werden, dass das „gelebte Recht“ mit der Kodifikation nicht so schlecht gefahren ist, dass die erhebliche Mühe, die durch den Versuch einer positiven Regelung des Verhältnisses von Rechtsfähigkeit der Gesellschaft und einer bestimmten, nicht begriffsnotwendig vorzuhaltenden Regelung der Vermögenszuständigkeiten, gerechtfertigt wäre. Es ist daher Schäfer⁵² darin zuzustimmen, dass der Gesetzgeber getrost am Gesamthandsprinzip (in seiner reduzierten Tragweite) festhalten und sich mit einer redaktionellen Überarbeitung der §§ 718, 719, 738 BGB begnügen kann.

Zu entscheiden blieben dann noch die Handhabung von Vereinbarungen über eine quotale Gesellschafterhaftung, ebenso die heute noch umstrittene Haftung für deliktisches Fehlverhalten der Geschäftsführer.⁵³ Das Austrittsrecht von Gesellschaftern, jedenfalls ein solches aus wichtigem Grund, gehört ebenfalls hierher,⁵⁴ schließlich eine Anpassung der Regeln über die Kündigung (§ 723 BGB).⁵⁵

Über die Einbringung dieser Fragen in ein neues System wird nachzudenken sein, wenn die Beschlüsse des dJt die grundsätzliche Bereitschaft zu einer tiefgreifenden Reform zeigen.

* Der Autor ist (em.) Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung in Tübingen und Mitglied des Aufsichtsrats der SZA Schilling, Zutt & Anschütz Rechtsanwalts AG, Mannheim.

¹ Julius von Kirchmann, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, 17.

² Erman/Saenger, BGB, 14. Aufl. 2014, § 14 Rn. 7.

³ Zöllner, FS Claussen, 1997, 423 (430 f.); Prütting, ZIP 1997, 1725 (1729); anders T. Raiser, AcP 194 (1994), 435.

⁴ Zu diesen letzteren Schritten näher K. Schmidt, ZIP 2014, 493 (495). Auch in Österreich wird der „Geschäftsanteil“ (nicht nur bei der GmbH) als Summe der gesellschaftsvertraglichen Rechte und Pflichten verstanden, Koppensteiner, Wirtschaftsrechtliche Blätter 2016, 301 (303) für das

neue österreichische Recht.

Zur akzessorischen Haftung in diesem Zusammenhang *BGHZ* 142, 315 (319) = *NJW* 1999, 3483; *BGHZ* 146, 341 = *NJW* 2001, 1056; *Casper*, *JZ* 2002, 1112; *Wertenbruch* in *Westermann/Wertenbruch*, *HdB Personengesellschaften*, Stand April 2016, Rn. I 882; *Erman/H. P. Westermann*, vor § 705 Rn. 17 zur Auseinandersetzung mit den die Beschränkungen der quotalen Haftung weitgehend zurückweisenden Urteilen *BGHZ* 188, 233 = *NJW* 2011, 2040 = *ZIP* 2011, 909; *BGH*, *NZG* 2012, 701; *NZG* 2013, 266; *K. Schmidt*, *NJW* 2011, 2001; *H. P. Westermann*, *NZG* 2011, 1041.

So *K. Schmidt*, *FS Röhrich*, 2005, 511 (512) mit Blick auf die Binnenverfassung.

K. Schmidt, *FS H. P. Westermann*, 2008, 1425 (1427), dort auch zu den rechtskonstruktiven Schwierigkeiten und zu ihrer Überwindung.

So die Formulierung eines künftigen § 105 II HGB nach *K. Schmidt*, *ZHR* 177 (2013), 737.

So de lege ferenda auch *Schäfer*, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, *BJM* 2983, Bd. III, 27 f. mit dem weiteren Hinweis, dass auch § 5 HGB anwendbar bleiben soll.

So *K. Schmidt*, *BJM-Gutachten*, 428 (495 ff.); *Ulmer*, *AcP* 198 (1998), 126; *ders.*, *ZIP* 2001, 585 (593).

Habersack, *BB* 2001, 478; *Wertenbruch*, *NJW* 2002, 324 (328); *K. Schmidt*, *NJW* 2001, 993 (1004); *Servatius* in *Henssler/Strohn*, *Gesellschaftsrecht*, 3. Aufl. 2016, § 705 BGB Rn. 9; *Hadding/Kießling* in *Soergel*, *BGB*, 13. Aufl. 2011, vor § 705 Rn. 21; näher zu gewissen Differenzierungen *Schäfer*, Gutachten, E 20 ff.

Hier nur *K. Schmidt*, *ZHR* 177 (2013), 717; *Schäfer*, Gutachten, E 22.

Röder, *AcP* 215 (2015), 494 (Zusammenfassung S. 517).

Schäfer, Gutachten, E 23.

BGHZ 146, 341 (Ls. b) = *NJW* 2001, 1056; *MüKoBGB/Ulmer/Schäfer*, 6. Aufl. 2013, § 705 Rn. 305.

Erman/H. P. Westermann, § 705 Rn. 64, 67.

Schäfer, Gutachten, E 38.

S. dazu auch den bei *Röder*, *AcP* 215 (2015), 450 (461) erwähnten Fall des *OLG Celle* (*NJW-RR* 2001, 236 [238]): Der Kläger hatte geglaubt, es mit einer freiberufliche Leistungen anbietenden GbR zu tun zu haben, die in Wahrheit nicht existierte. Zur „Schein-Sozietät“ *Markworth*, *NJW* 2015, 2154.

Übersicht und Diskussion bei *Tebben*, *NZG* 2009, 288; *Krüger*, *NZG* 2010, 801; *Erman/H. P. Westermann*, § 705 Rn. 72; krit. *Bestelmeyer*, *ZIP* 2011, 1389.

Lehmann, *AcP* 2007 (2007), 225 (248); s. auch *Röder*, *AcP* 215 (2015), 450 (462).

So *Röder*, *AcP* 215 (2015), 450 (463): Punktuelle Objektpublizität kein Ersatz für generelle Subjektpublizität; s. auch *K. Schmidt*, *NJW* 2001, 993 (1002).

Für Abhängigkeit von einer Registereintragung für Außengesellschaften auch *K. Schmidt*, Gutachten, 508 f.; *Ulmer*, *ZIP* 2011, 1689 (1691); *Krüger*, *NZG* 2010, 801 (804).

Zahlr. Nachw. im Tagungsbericht von *Bayer/Koch*, *Die BGB-Gesellschaft im Grundbuch*, 2011, 95 ff.; s. auch *Krüger*, *NZG* 2010, 804; *H. P. Westermann*, *FS Sacker*, 2011, 543.

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

Krit. unter diesem Aspekt *Röder*, *AcP* 215 (2015), 450 (467).

Abl. *Schöpfli*, *NZG* 2003, 606; *Beuthien*, *NZG* 2011, 481 (485).

S. Tagungsbericht *Bayer/Koch*, *Die BGB-Gesellschaft im Grundbuch*, 96; idS auch *Schäfer*, Gutachten, E 53 ff.

Zu diesem Vorschlag von *K. Schmidt* s. *Röder*, *AcP* 215 (2015), 450 (467 ff.).

Dazu näher *Röder*, *AcP* 215 (2015), 450 (468 ff.).

Schäfer, Gutachten, E 55.

Dazu schon Tagungsbericht *Bayer/Koch*, *Die BGB-Gesellschaft im Grundbuch*, 8; ebenso *Schäfer*, Gutachten, E 53 ff.; zur Ausrichtung am Vorbild des Partnerschaftsregisters *Röder*, *AcP* 215

(2015), 450 (482).

Schäfer, Gutachten, E 52; *Röder*, AcP 215 (2015), 450 (483); s. auch *Erman/H. P. Westermann*, § 705 Rn. 72 c.

Auch dazu *Schäfer*, Gutachten, E 57 ff.; zur Publizität der Eintragungen der Gesellschaft eingehend *Tebben*, NZG 2009, 288; *Krüger*, NZG 2010, 801; *Tolani*, JZ 2013, 224.

Dies fordern für die grundbuchfähige GbR *OLG München*, ZIP 2010, 2248 sowie *KG*, NZG 2011, 61 = ZIP 2011, 814.

BGHZ 189, 274 = NJW 2011, 1958 = ZIP 2011, 1003 für Eigentumserwerb einer GbR.

BGH, NJW 2011, 1589; *OLG München*, NJOZ 2013, 843 = ZIP 2013, 725.

Zusammenstellung bei *Erman/H. P. Westermann*, § 705 Rn. 72 a; gegen jedes Anwendungsfeld für diese Vorschrift aber *Altmeppen*, NJW 2011, 1905.

Dazu etwa *OLG München*, ZIP 2011, 467; *Krüger*, NZG 2010, 805; *Ulmer*, ZIP 2011, 1689 (1692).

Näher *H. P. Westermann* in *Westermann/Wertenbruch*, HdB Personengesellschaften, Rn. I 149 b. Hierzu *Ulmer*, ZIP 2011, 1689.

Zu dieser Konsequenz *Schäfer*, Gutachten, E 57.

Hierzu *Erman/H. P. Westermann*, § 705 Rn. 69.

Schäfer, Gutachten, E 23 gegen die anderslautende Annahme bei *Beuthien*, NZG 2011, 161; *Erman/H. P. Westermann*, vor § 705 Rn. 28.

Dazu näher *H. P. Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1967, 187; zul. *Erman/H. P. Westermann*, vor § 705 Rn. 28; dagegen aber *Röder*, AcP 215 (2015), 450 (494 ff.).

Schäfer, Gutachten, E 23.

Röder, AcP 215 (2015), 450 (494 f.); ablehnend *Schäfer*, Gutachten, E 22.

K. Schmidt, ZHR 177 (2013), 712 (736).

Dass die Unterbeteiligungsgesellschaft keine Geheimgesellschaft sein muss, ist anerkannt; zur Konstruktion näher *Erman/H. P. Westermann*, vor § 705 Rn. 38.

Röder, AcP 215 (2015), 450 (498 f.).

Näher zu diesem Gesellschaftstyp als Beispiel einer extremen „Typendehnung“ (fast alle Merkmale der GbR sind abbedungen) *H. P. Westermann*, AG 1967, 285.

Dies sieht auch *Röder*, AcP 215 (2015), 450 (498 f.) in seinem Hinweis auf *Ulmer*, ZIP 2001, 585 (593) so.

Schäfer, Gutachten, E 72.

BGHZ 154, 88 = NJW 2003, 1445; *Goette*, DStR 2001, 315; zu den Begründungsmängeln *Tröger*, FS H. P. Westermann, 1533 (1541 ff.); krit. auch *Canaris*, ZGR 2004, 69 (111), ablehnend auch *Schäfer*, Gutachten, E 64 f.

Dazu – allerdings bezogen auf die Handelsgesellschaft – *Ulmer*, FS Goette, 2011, 545 (554 ff.); zustimmend *Schäfer*, Gutachten, E 83 f.

Dazu *Schäfer*, Gutachten, E 77 ff.